



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN  
Carrera 4ª No. 2-18 FAX (092)8209563  
Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad y fecha: Popayán, dos (2) de mayo del año dos mil dieciocho (2018)

EXPEDIENTE: 190013333008 2015 00182 00  
DEMANDANTE: COMPAÑÍA DE SEGUROS DEL ESTADO S.A.  
DEMANDADO: EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE SUAREZ-  
EMSUAREZ Y OTRO  
MEDIODE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

### **SENTENCIA No. 071**

#### 1. ANTECEDENTES

##### 1.1. La demanda y su oposición

Procede el Juzgado a decidir la acción contencioso administrativa – medio de control Controversias Contractuales que promueve la entidad aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A en contra de LA EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE SUAREZ - EMSUAREZ y del Litisconsorte INVERSIONES C.L.H.S.A, tendiente a que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 022 de 05 de julio de 2013, proferida por el Gerente de EMSUAREZ ESP, mediante la cual se declaró el siniestro de calidad y estabilidad de la obra del contrato de obra No. 046 de 2011, y la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 038 de 06 de noviembre de 2013, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a la EMPRESA EMSUAREZ ESP hacer efectiva la póliza de cumplimiento por estabilidad de la obra contratada según los lineamientos establecidos en el artículo 1077 del Código de Comercio y demás normas de derecho privado que regulen la materia, y a título de restablecimiento del derecho se condene a EMSUAREZ ESP a la devolución de la suma que llegare a pagarse, en virtud de la declaratoria del siniestro del contrato 046 de 2011.

##### 1.2. Contestación de la demanda por parte de la Empresa Municipal de Servicios Públicos de Suarez Cauca EMSUAREZ E.I.C.E (folios 167-181).

EMSUAREZ en su contestación manifestó en síntesis que los dineros invertidos en el contrato 046 de 2011 son dineros públicos, toda vez que afirma provienen del Municipio de Suárez - Cauca. Se aduce que el día 24 de junio de 2011, el gerente de la Empresa Municipal de Suarez E.I.C.E suscribió contrato con el contratista Fredy Canencio para el objeto de *“rehabilitación y mejoramiento de los acueductos de las veredas de Portugal, Asnazu, Los sandoval, Caloto, Cañutico, Pizamos, del corregimiento de Asnazu del Municipio de Suarez”*. Afirma que dado a que la contratación no cumplía con los requisitos legales, como lo fue la omisión en el principio de planeación y estudios previos, el representante legal de EMSUAREZ E.I.C.E presentó denuncia ante los entes de control de Procuraduría, Contraloría y Fiscalía para que se procediera a

adelantar una investigación. Se argumenta que dada a la situación contractual, dicha Empresa Municipal designó ingenieros que visitaran la referida obra y emitieran concepto técnico. Así mismo afirma que profesionales de la ingeniería de la Contraloría emitieron un informe definitivo del estado de la obra, por lo que EMSUAREZ declaró el siniestro de la obra y procedió a cobrar la Póliza a la hoy demandante Seguros del Estado S.A.

De esta forma, solicita denegar las pretensiones de la demanda.

#### 1.2.1 Contestación del Litisconsorte CLHSA

El Litisconsorte no emitió pronunciamiento alguno frente a la demanda.

#### 1.3. Relación de etapas surtidas

La demanda se presentó el día 14 de mayo de 2015 (folio 148); y se cumplió con las ritualidades propias del proceso así: fue admitida mediante auto interlocutorio No.563 del 28 de mayo de 2015 (folios 150-154), debidamente notificada (folios 158 a 165), se corrió traslado de las excepciones propuestas (folio 400); luego se fijó fecha para la realización de audiencia inicial (folio 406) la que se llevó a cabo el día 08 de febrero de 2017 en la que se fijó el litigio y se decretó una prueba de oficio (folios 409-413), se llevó a cabo la audiencia de pruebas (folio 416-418 Cdo. Ppal), en la que se prescindió de la etapa de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado para alegar (folios 362-364 C. Principal).

#### 1.4. Los alegatos de conclusión

##### 1.4.1. De la parte demandante (folios 419-425 C. Ppal. Nro. 3).

En sus alegatos conclusivos, se ratifica en los términos de la demanda y -en síntesis- la parte demandante manifiesta que EMSUAREZ es una empresa de servicios públicos domiciliarios organizada en forma de Empresa industrial y comercial del Estado, siendo según se afirma, de régimen privado, conforme al artículo 13 de la Ley 142 de 1991. De esta manera, se argumenta que su manual de contratación no podía vía acto administrativo, declarar la ocurrencia del siniestro, pues esa es una facultad de la que sólo dispone los entes sometidos al estatuto general de contratación, en tanto las entidades de carácter privado no gozan. Afirma, que de lo manifestado se logró demostrar la existencia de una falta de competencia material de la administración de la Empresa Municipal de Suarez, al haber expedido un acto administrativo en ejercicio de régimen contractual que le asiste, no teniendo la atribución legal para hacerlo.

Así mismo, insiste en afirmar que la entidad demandada al momento de declarar el siniestro, no tenía la información necesaria para determinar con meridiana claridad cuáles eran las causas del incumplimiento y si las mismas eran imputables al contratista, ni siquiera para cuantificar los perjuicios. Arguye que los informes que sirven de soporte para tal declaración, no resultan suficientes para acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 1077 del Código de Comercio.

Plantea que de las pruebas presentadas por la Entidad demandada como el informe del ingeniero contratado por dicha entidad, carecen de precisión, claridad e información.

Por lo anterior, solicita se declare como procedentes las pretensiones plasmadas dentro de la demanda que hoy se resuelve.

#### 1.4.2. De la parte demandada.

La Empresa Municipal de Servicios públicos de Suarez - EMSUAREZ E.I.C.E E.S.P.- se ratifica en los términos de la contestación de la demanda, y –en síntesis- argumenta en esta ocasión que ante las quejas y reclamos de la comunidad sobre las obras del contrato No. 046 de 2011, dicha entidad procedió a requerir al contratista, al interventor de la obra y a la aseguradora a fin de que se presentaran a la audiencia de conciliación conforme a lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Se dice que ante la no comparecencia ni del contratista ni de la aseguradora Seguros del Estado S.A. (hoy demandante dentro del presente asunto) con quien se había suscrito póliza de cumplimiento el día 05 de julio del año 2013, EMSUAREZ emitió resolución No. 022 por medio de la cual se declaró la ocurrencia del siniestro que afectaba la calidad y estabilidad de la obra del contrato No. 046 de 2011, y se ordenó hacer efectiva una póliza de garantía.

Aduce que con las pruebas aportadas dentro del proceso, se logró probar de manera adecuada que en el acueducto de la vereda "Catoto" no se encontró el relleno compacto con material del sitio en una proporción del 30% de la longitud ejecutada, situaciones que permiten según este extremo procesal establecer un posible detrimento a los dineros del Estado por valor de \$11.718.679,50 incluido AIU del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%). También se dice que en el acueducto de la vereda "Pizamos" no se encontró el relleno compacto con material del sitio en una proporción del 30% de la longitud ejecutada, situaciones que permiten establecer un posible detrimento a los dineros del estado por valor de \$5.029.770,23 incluido AIU del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%). Agrega que en el sistema de acueducto de la vereda "Cañutico", no se encontró en funcionamiento, situación que no permite el cumplimiento de la función social para la cual se invirtieron, situación por la cual establece el posible detrimento a los dineros del estado por valor de \$176.683.274,53 incluido AIU del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad.

Este extremo procesal refiere que la ocurrencia del siniestro se declaró siguiendo la normatividad vigente y solicita se estimen los argumentos incoados en la contestación de la demanda.

#### 1.4.3. Del Litisconsorte

No presentó alegatos de conclusión.

#### 1.4.4. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no conceptuó de fondo dentro del presente asunto.

## 2. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

### 2.1. Presupuestos procesales

#### 2.1.1 Caducidad y procedibilidad del medio de control

La demanda se presentó el día 14 de mayo de 2015 (folio 148 C. Ppal.), siendo admitida por medio de Auto interlocutorio Nro. 563 de 28 de mayo de 2015, en donde al momento de estudiar la caducidad del medio de control, se determinó que el término de los dos (2) años se contaría según el artículo 164 numeral 2 literal j de la Ley 1437 de 2011, es decir, dentro del término oportuno que ordena el artículo 164 literal j numeral 5 del CPACA.

Por la naturaleza del medio de control y el lugar de los hechos, el Juzgado es competente para conocer de este asunto en primera instancia conforme a lo previsto en los artículos 141 y 155 # 5 de la Ley 1437 de 2011.

## 2.2. Problema jurídico principal

Tal y como se dispuso en la etapa de fijación del litigio, el problema jurídico a resolver dentro del presente asunto se centra en determinar si hay lugar a declarar la nulidad total de la Resolución Nro. 022 de 05 de julio de 2013, proferido por el gerente de EMSUAREZ mediante la cual se declaró el siniestro de calidad y estabilidad de la obra del contrato de obra Nro. 046 de 2011 y la Nulidad total de la Resolución Nro. 038 de 06 de noviembre de 2013, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición, con el consecuente restablecimiento del derecho consistente en condenar a EMSUAREZ EICE a la devolución de la suma que llegare a pagarse en virtud de la declaratoria del siniestro del contrato 046 de 2011.

## 2.3. Problemas jurídicos secundarios

(i) ¿SEGUROS DEL ESTADO S.A logró demostrar el vicio que se le imputa a los actos administrativos enjuiciados?

(ii) ¿La parte demandante probó que el monto definido en la parte resolutive del acto administrativo que declaró el siniestro de calidad y estabilidad de la obra del contrato de obra Nro. 046 de 2011 no podía ser por el total del valor asegurado?

## 2.4. Tesis del Despacho

El Despacho denegará las pretensiones planteadas por el extremo procesal demandante, por cuanto no se logró probar los vicios que se le imputaban a los actos administrativos atacados, ni tampoco se acreditó el monto definido en la parte resolutive de la Resolución que declaró el siniestro de calidad y estabilidad del contrato de obra Nro. 046 de 2011.

Lo anterior por cuanto los actos administrativos están amparados por las presunciones de legalidad y veracidad, en virtud de las cuales, se consideran ajustados al ordenamiento jurídico mientras no se demuestre lo contrario.

Correspondía entonces al actor, que demandó la declaratoria de nulidad de los actos, la carga de probar ante esta instancia judicial, la existencia de vicios que afectaban la decisión administrativa; en el caso concreto, la no ocurrencia del siniestro o la no determinación o determinación en exceso del valor del perjuicio que se hizo efectivo como consecuencia de la declaratoria del mismo.

Para explicar la tesis planteada se abordará el estudio de los siguientes temas: (i) Lo probado en el proceso, y (ii) Jurisdicción y competencia de lo contencioso administrativo.

## 2.5. Lo probado en el proceso

De la demanda, la contestación y de los documentos aportados con las mismas, se pudieron establecer como ciertos los siguientes hechos, tal y como quedó señalado al momento de fijar el litigio en la Audiencia Inicial celebrada en este asunto:

- ❖ Por medio de contrato de obra No. 046 de 2011 de fecha 24 de junio de 2011, Empresas municipales de servicios públicos "EMSUAREZ" E.S.P celebró contrato de obra con el ingeniero Fredy Canencio Sánchez en representación de INVERSIONES CLH, con objeto de "rehabilitación y mejoramiento de los acueductos de las veredas Deportugal, Asnazu, los Sandoval, Catoto, Cañutico, Pizamos corregimiento de Asnazu y Municipio de Suarez (Cauca); por un valor de contrato de: SETECIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CIENTO NOVENTA Y OCHO PESOS (\$775.388.198.) pesos M/Cte y con un plazo de ejecución: Cuatro meses (120) días. Dentro de las Cláusulas pactadas, se tienen las siguientes: "CLAUSULA SEPTIMA -GARANTIAS: *El CONTRATISTA se obliga para con la empresa dentro de los tres días hábiles siguientes al perfeccionamiento del contrato, a constituir a favor de la Empresa, la garantía ante una compañía de seguros o entidad bancaria cuya póliza matriz está aprobada por la Superintendencia bancaria que ampare los siguientes riesgos: AMPARO DEL ANTICIPO, el cual deberá ser equivalente al ciento por ciento (100%) del monto que el CONTRATISTA reciba a título anticipado: por una vigencia igual a la del contrato, la cual se empezara a contar a partir de la fecha de perfeccionamiento del acuerdo contractual y por cuatro meses más; 2. CUMPLIMIENTO, en cuantía equivalente al 10% de valor total del contrato, con vigencia igual al mismo y cuatro meses más contados a partir de su perfeccionamiento; 3. CALIDAD DE LA OBRA, a prestar en cuantía equivalente al (10%) del valor total del contrato y cuatro meses más contados a partir de la fecha del primer informe de cumplimiento del contrato a entera satisfacción de la EMPRESA, 4. De Estabilidad en cuantía equivalente al 30% por tres años más una vez recibida la obra (...) CLAUSULA DECIMA-CLAUSULA PENAL PECUNIARIA; Si se llegare a suceder el evento de incumplimiento total de las obligaciones a cargo de EL CONTRATISTA, deberá pagar a título de clausula penal pecuniaria, el valor correspondiente al 20% del valor total del contrato, de lo que se podrán cobrar, previo requerimiento con base en el amparode cumplimiento, constituido a través de la garantía única; (...) CLAUSULA TERCERA VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO: el valor total del presente contrato es la suma de (\$775.388.198) (...)"<sup>1</sup>*
- ❖ A través de Acta de inicio de fecha 08 de agosto de 2011 se acordó fecha de inicio de labores del contrato de obra No. 046 entre el contratante: Empresa de servicios públicos de Suarez "EMSUAREZ" y el contratista: INVERSIONES CLH S.A y/o Fredy Canencio Sánchez.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Lo anterior obrante a folios 34 a 39 del expediente

<sup>2</sup>Esto según folio 40 del expediente

- ❖ El día 30 de diciembre de 2011, el Municipio de Suarez canceló al señor Fredy Canencio Sánchez y/o Inversiones CLH S.A el pago final de contrato de rehabilitación y mejoramiento de acueductos de las veredas de Portugal, Asnazu, los Sandoval, Catoto, Cañutico, Pizamos del corregimiento de Asnazu Municipio de Suárez según contrato No. 046, por un valor de \$387.694.099, en donde se hizo un pago neto por valor de \$356.673.575.3
- ❖ Por medio de constancia de fecha 06 de diciembre de 2011, el Comité de veeduría del contrato de obra No. 046 de 2011 certificó que INVERSIONES CLH S.A. ejecutó a plena satisfacción el objeto del contrato No. 046 de 2011, el cual consiste en la "Rehabilitación y mejoramiento de los acueductos de las veredas Deportugal, Asnazu, Sandoval, Catoto, Pizamos y Cañutico corregimiento de Asnazu, Municipio de Suarez-Cauca."<sup>4</sup>
- ❖ INVERSIONES CLH S.A en calidad de tomador/Garantizado suscribió póliza de seguro de cumplimiento de Entidad Estatal No. 40-44-101018575 de fecha 06 de julio de 2011 y con vigencia desde el día 24 de junio de 2011 hasta el día 24 de octubre de 2014, en donde se aseguró a la EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PUBLICOS DE SUAREZ-EMSUAZ. El objeto de la mencionada póliza fue el de "*cumplimiento de las obligaciones adquiridas, el buen manejo del anticipo, el pago de salarios y prestaciones sociales, la estabilidad de la obra y la calidad en virtud del contrato de obra No. 046 de 2011 (...)*". El monto de amparos suscritos fueron los siguientes: "*CUMPLIMIENTO: Vigencia desde: 24 de junio de 2011 hasta 24 de febrero de 2012, suma asegurada: \$77.538.879,80; BUEN MANEJO DEL ANTICIPO, Vigencia desde: 24 de junio de 2011 hasta 24 de febrero de 2012 por la suma asegurada de: \$387.694.099,00; ESTABILIDAD DE LA OBRA: vigencia desde 24 de junio de 2011 hasta el 24 de junio de 2014, por la suma asegurada de \$232.616.459,40 y CALIDAD DEL SERVICIO: vigencia desde 24 de junio de 2011 hasta 24 de febrero de 2012, por la suma asegurada de \$77,538,819,80.5.*"
- ❖ INVERSIONES CLH S.A en calidad de tomador/Garantizado suscribió póliza de seguro de responsabilidad extracontractual derivada de cumplimiento No. 40-40-101003169 de fecha 06 de julio de 2011, con vigencia desde 24 de junio de 2011 hasta el 24 de octubre de 2011, en donde como asegurado/beneficiario figura la EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PUBLICOS DE SUAREZ-EMSUAZ, siendo el objeto de esta póliza: "*Garantizar la responsabilidad civil derivada del cumplimiento en virtud del contrato de obra No. 046 de 2011*". Como amparo figura el riesgo: construcción de obras civiles y edificios.<sup>6</sup>
- ❖ Por medio de Resolución No. 022 de 05 de julio de 2013, el Gerente de la EMSUAZ E.I.C.E resolvió declarar la ocurrencia del siniestro por el riesgo de calidad y estabilidad de la obra estipulada en la CLAUSULA SEPTIMA del contrato de obra No. 046 de 2011, toda vez que la obra no

<sup>3</sup>Esto según folio 42 del expediente.

<sup>4</sup>Esto según folio 56 del legajo

<sup>5</sup>Lo anterior obrante a folio 46 del legajo.

<sup>6</sup>Lo anterior obrante a 47 del expediente.

funciona, no cumplió con el fin del objeto contractual y que consecuencia de la declaración del siniestro, se hicieron efectivas las pólizas de garantía No. 40-44-101018575 y 40-101003169, expedidas por la Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A, hasta el monto máximo cubierto por la misma<sup>7</sup>.

- ❖ En la constancia de ejecutoria de la Resolución del 30 de julio de 2013, el Gerente de EMSUAREZ E.I.C.E de dicha Empresa, publicó el Edicto emplazatorio de conformidad con el artículo 45 del código contencioso administrativo (Decreto 01 de 1984) y se desfijó el día 29 de julio de 2013, dejando constancia de que quedó ejecutoriada la Resolución No. 022 de 5 de julio de 2013, mediante la cual se declara la ocurrencia del siniestro que afecta la calidad y estabilidad de la obra del contrato No. 046 de 2011 suscrito entre EMSUAREZ EICE e INVERSIONES CLH SA y como consecuencia de la declaratoria del siniestro se hicieron efectivas las pólizas de garantía No. 40-44-101018575 y 40101003169 expedida por la Compañía Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A, hasta el monto máximo cubierto por las pólizas<sup>8</sup>.
- ❖ Por medio de Resolución No. 038 de 06 de noviembre de 2013, el Gerente de EMSUAREZ EICE resolvió confirmar en su totalidad la Resolución No. 022 de 05 de julio de 2013, por medio de la cual se declaró la ocurrencia del siniestro que afecta la calidad y estabilidad de la obra del Contrato No. 046 de 2011 y se ordenó hacer efectiva una póliza de garantía, hasta el monto máximo cubierto por la misma<sup>9</sup>.
- ❖ En la Constancia de fecha 08 de mayo de 2015, el Director de Gerencia Nacional de Finanzas de Seguros del Estado S.A, consignó que dicha aseguradora expidió el 18 de febrero de 2010 la póliza de seguros de cumplimiento entidad estatal Nro. 96-44-101040632, con vigencia inicial entre el 24 de junio de 2011 y el 24 de octubre de 2014, por un valor total asegurado de \$814.157.607, cuyo tomador era INVERSIONES CLH S.A y cuyo asegurado figura la Empresa Municipal de Servicios públicos de Suarez. El valor total de la póliza se dividió en 5 amparos, y se estableció como cobertura limitada lo siguientes:  
  
*"Cumplimiento: \$77.538.819  
Buen Manejo anticipo: \$387.694.099  
Salarios y prestaciones sociales: \$38.769.409  
Estabilidad de la obra: \$232.616.459  
Calidad del servicio: \$77.538.81910"*
- ❖ En los Acuerdos Nro. 002 de 1991, 003 de 1992 y 015 de 1998 se creó y modificó la naturaleza jurídica de la Empresa municipal de servicios públicos de Suárez<sup>11</sup>.

7Lo mencionado a folios 58 a 70 del cuaderno principal.

8Esto según folio 57 del Cuaderno principal.

9Lo anterior a folios 72 a 80 del expediente

10A Folio 81 Ibídem.

11A folios 96 a 128 del expediente

- ❖ Por medio de informe de cantidades de obra y registro fotográfico efectuado por el Ing. ALEXANDER MUÑOZ MUÑOZ al Contrato de obra No. 046, EMSUAREZ declaró la ocurrencia del siniestro que afecta la calidad y estabilidad de la obra del contrato referido.<sup>12</sup>
- ❖ Por medio de visita fiscal llevada a cabo por el auditor de la Gerencia departamental de la Contraloría General de la República el día 21 de febrero de 2013, se estableció las condiciones encontradas en las obras derivadas y ejecutadas de las actividades fijadas en el contrato No. 046 de 2011, derivado del convenio interadministrativo 023 de mayo 24 de 2011. Lo anterior obra a folios 140 a 143 del cuaderno principal.
- ❖ Por medio de oficio EICE 019-2014 de fecha 22 de enero de 2014, el Gerente de EMSUAREZ EICE solicitó a la ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO S.A el cobro de la póliza de cumplimiento del contrato No. 046 de 2011, con base en la Resolución No. 029 de 02 de agosto de 2013 por suma de TRESCIENTOS DIEZ MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$310.155.279.20). Esto a folio 144 del expediente.
- ❖ Por medio de escrito, el alcalde municipal de Suárez presenta informe a la Fiscalía de Santander de Quilichao sobre la contratación del "Plan carrasquilla" y manifiesta respecto del Contrato No. 046 de 2011 lo siguiente: *"los entes de control describen las diferentes irregularidades presentadas en la mencionada obra concluyendo que en el acueducto de la vereda Cañutico se encontraron irregularidades en el repello para impermeabilizar el tanque de almacenamiento que no cumple su función en el relleno compacto con material del sitio se encontró ausencia del mismo en una proporción del 30% de longitud ejecutada, situaciones que permiten establecer un posible detrimento de \$117.186.679.50 incluido AIU del 25% en IVA del 16% sobre la utilidad pactada 5%. En el acueducto de la vereda Pízamos no se encontró que el relleno compacto con material del sitio en una proporción del 30% de la longitud ejecutada, situaciones que permiten establecer un posible detrimento a los dineros del estado por valor de \$5.029.770,23 incluido IVA del 16% sobre utilidad pactada 5%. El sistema de Acueducto de la vereda Cañutico no se encontró un funcionamiento situación que no permite el cumplimiento de la función social para la cual se invirtieron estos recursos, situación que permite establecer un posible detrimento a los dineros de estado por valor de \$176.683.274,53 incluido AIU del 25% el IVA 16% sobre utilidad pactada 5%. Se colige que tales irregularidades detectadas en la ejecución del contrato No. 046 de 2011, alcanzaron un valor de \$193.431.724, 26 incluido AIU del 25% de IVA del 15% sobre utilidad pactada 5%, que corresponde al detrimento presuntamente ocasionado al Patrimonio Estatal."*<sup>13</sup>
- ❖ Por medio de oficio FGN-DS-10-26-1-SINV No. 1537 de 04 de marzo de 2015, el técnico investigador I de Grupo delitos financieros y contra la administración pública CTI-Popayán, dentro del proceso penal N.U.C. 190016000703201301187, le solicitó al Gerente de la Empresa de servicios Públicos ESP de Suárez Cauca la siguiente documentación: *"Estudios Previos De Conveniencia Y Oportunidad, Proceso De Selección*

<sup>12</sup>Lo anterior a folios 132 a 139 del expediente

<sup>13</sup>Lo anterior obrante a folio 208 a 212 del expediente.

*Del Contratista, Documento Del Contratista, Registro Presupuestal, Certificado De Disponibilidad, Acta De Selección Del Contratista, Acta De Recepción De Obra, Extractos Bancarios De La Cuenta Desde Donde Se Giraron Los Recursos Al Contratista, Actas De Interventoría, Comprobantes De Egreso-Facturas, Acta De Liquidación, Certificar Si Ante Las Respectivas Compañías Aseguradoras Se Han Realizado Las Reclamaciones Pertinentes, Aportando Copia De Todo El Proceso, Estado Actual De Las Obras.*"<sup>14</sup>

- ❖ Por medio de oficio ESP 202-2012 de fecha 03 de junio de 2012 el gerente de EMSUAREZ EICE solicitó al Procurador General de la Nación se iniciaran investigaciones por una serie de hallazgos respecto de los contratos celebrados por dicha entidad entre los cuales se encuentra el No. 046 de 2011.<sup>15</sup>.
- ❖ En oficios realizados por miembros de las comunidades de CAÑUTICO, ASNAZU en donde le solicitan al Gerente de EMSUAREZ se abstenga de cancelar recursos al señor FREDY CANENCIO SANCHEZ por concepto de rehabilitación, mejoramiento del acueducto de las diferentes localidades por concepto del Contrato No. 046 de 2011.<sup>16</sup>
- ❖ El día 21 de julio de 2012 se llevó a cabo audiencia de trámite administrativo sancionatorio contractual en contra del Ingeniero FREDY CANENCIO SANCHEZ y donde se concluyó que el contratista vulneró la cláusula primera relativa al objeto contractual, así como las obligaciones específicas contenidas en la cláusula segunda del contrato 046 de 2011. Lo anterior obrante a folios 282 a 295 del expediente.

Durante la Audiencia de Pruebas se recaudaron los elementos probatorios solicitados oportunamente y aportados con la contestación de la demanda, con los cuáles se demostraron los siguientes hechos:

- ❖ A folio 7 del cuaderno de pruebas 1 obra oficio 2017EE0017291 a través del cual el Grupo de investigaciones, juicios fiscales y jurisdicción coactiva departamental colegiada del Cauca-Contraloría General de la República remitió en formato digital (CD-DVD) el cual contiene el proceso de responsabilidad fiscal No. 2015-00549. De dicho formato digital se resalta lo siguiente:

.- En el informe de la visita técnica realizada por la Contraloría General de la Republica, producto de la denuncia No. 2012-44378-80194-D, se consignó entre otras cosas lo siguiente:

**"Objetivo General**

*Brindar apoyo técnico a la atención de la denuncia 2012-44378-80194-D que se relaciona con presuntas irregularidades en el Municipio de Suarez en los sistemas de acueductos intervenidos y que hacen parte de las obras a ejecutar en el contrato de obra civil No. 046 de 2011.*

(...)

<sup>14</sup> Lo anterior obra a folio 213 del legajo.

<sup>15</sup> Lo anterior obrante a folios 219 a 220 del legajo.

<sup>16</sup> A folios 227 a 234 del expediente, obran

## **Estado de la obra**

*Para realizar la verificación de las obras ejecutadas en este contrato, se solicitó a la Contraloría delegada para Participación ciudadana que autorizará comisión por 8 días, teniendo en cuenta que mediante el contrato en estudio se ejecutaron obras en 6 acueductos veredales, debiéndose recorrer cada uno de ellos para verificación; sin embargo a esta Gerencia Departamental llegó Resolución No. 0543 de 12 de febrero de 2013 con 3 días para realizar estas actividades.*

*Por tal motivo, durante el cumplimiento de esta comisión fue posible verificar tres (03) de los seis (06) sistemas de acueducto ejecutados con este contrato, tomando como criterio aquellos con mayor número de quejas de beneficiarios y se tomó como base el acta de recibí y liquidación final de fecha 06 de diciembre de 2011 (...) Durante el recorrido efectuado se encontró lo siguiente:*

### **1. ACUEDUCTO VEREDA CATOTÓ:**

*.- Después de recorrer este sistema de acueducto, se pudo verificar que se encuentra en funcionamiento; la tubería instalada observada concuerda con la establecida en el acta de recibo y liquidación final en diámetros que oscilan entre 4´´ a ¾´´*

*.-No obstante lo anterior, se encontraron irregularidades en el cumplimiento de la función de los repellos impermeables aplicados en el tanque de almacenamiento en una cantidad de 160,18 M2 por valor de \$4.307.974 incluido AUI del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%).*

*.- El relleno compactado con material de sitio presentó irregularidades, pues la profundidad de instalación de la tubería se encuentra superficial, por debajo del valor mínimo (1.0 metro) establecido por la norma RAS 2000 título B, numeral B 7.5.10.1. Además, se encontraron tramos de tubería expuesto totalmente a la luz solar acelerando su deterioro, en una cantidad aproximada al 30 % de su cantidad total, es decir 414.18 M3 del ítem relleno del ítem relleno compactado con material del sitio, que con un valor unitario de \$14.223 entrega un subtotal de \$7.410.729,74 incluido AUI del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%).*

*.- Se detectaron falencias en los viaductos construidos en este acueducto, por ser demasiado inestables y sensibles a movimientos por vientos, que han llegado a ocasionar interrupciones en el servicio de agua a los beneficiarios por desconexión entre tubos.*

### **2. ACUEDUCTO VEREDA PIZAMOS**

*.- Después de recorrer este sistema de acueducto, se pudo verificar que se encuentra en funcionamiento; la tubería instalada observada concuerda con la establecida en el acta de recibo y liquidación final en diámetros que oscilan entre 4´´ a ½´´.*

*.-El relleno compactado con material de sitio presentó irregularidades, pues la profundidad de instalación de la tubería se encuentra superficial, por debajo del valor mínimo (1.0 metro) establecido por la norma RAS 2000 Título B, numeral B 7.5.10.1. Además, se encontraron tramos de tubería expuesta totalmente a la*

*luz solar acelerando su deterioro, en una cantidad aproximada al 30% de su cantidad total, es decir 281.11 M3 del ítem que, con un valor unitario de \$14.223 entrega un subtotal de \$5.029.770,23 incluido AUI del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%).*

(...)

### 3. ACUEDUCTO VEREDA CAÑUTICO

(...)

*.- La estructura de almacenamiento se encontró vacía, así mismo se pudo verificar que por las tuberías que conecta el desarenador con tanque de almacenamiento hasta la de su posterior distribución a beneficiarios no transporta ni contiene agua.*

*.-Frente a las cantidades de obra no se encontraron diferencias que permitan establecer un faltante, sin embargo, teniendo en cuenta que el sistema de acueducto construido no presta la función social para la cual fue construido, se encuentra un posible detrimento a los dineros del estado por el valor total de los recursos ahí invertidos, suma que asciende a \$176.683.274,53 incluido AUI del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%).*

(...)

### CONCLUSIONES

*1. En el acueducto de la Vereda Catoto se encontraron irregularidades en el repello para impermeabilizar el Tanque de almacenamiento, en el relleno compacto con material del sitio hay ausencia del mismo en una proporción del 30% de la longitud ejecutada, situaciones que permiten establecer un posible detrimento a los dineros del estado por valor de \$11.718.673,50 incluido AUI del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%).*

*2. En el acueducto de la Vereda PIZAMOS no se encontró que el relleno compacto con material del sitio en una proporción del 30% de la longitud ejecutada, situaciones que permiten establecer un posible detrimento a los dineros del Estado por valor de \$5.029.770,23 incluido AUI del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%).*

*3. El sistema de acueducto de la Vereda Cañutico no se encontró en funcionamiento, situación que no permite el cumplimiento de la función social para la cual se invirtieron estos recursos, situación que permiten establecer un posible detrimento a los dineros de estado por valor de \$176.683.274,53 incluido AUI del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%).*

*4. Las irregularidades anteriores permiten establecer que frente al contrato Nro. 046 de 2011 se establece un detrimento a los dineros del estado por un valor total de \$193.431.724,26 incluido AUI del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%).*

*.- En la ampliación del informe denuncia Nro. 2012-44378-80194-D, acumulada con la Denuncia No. 2012-44378-80194-D, acumulada con Denuncia No. 2012-41752-82111-D, se consignó entre otras cosas lo siguiente:*

*"Contrato 046 de 2011*

*(...) CONCLUSIÓN:*

*En mérito de lo expuesto, es procedente recomendar adelantar proceso de responsabilidad fiscal frente a los hechos derivados de la ejecución del contrato de obra No. 046 de 2011, celebrado entre la Empresa Municipal de servicios públicos (EMSUAREZ) y el contratista Fredy Canencio Sánchez.*

- ❖ A Folio 9 del Cuaderno de pruebas 1 obra oficio DS-10-21FS1ARP-0041 de fecha 16 de febrero de 2017 a través del cual la Fiscalía Seccional 001 remitió copia de la indagación número 190016000703201301187 adelantada en ese despacho por el presunto delito de peculado por apropiación. La Fiscal seccional 001 hace claridad que solo se remitió los documentos referidos al contrato número 046 de 2011, suscrito entre el señor Wesnert Alegría Gómez en calidad de gerente de EMSUAREZ y el ingeniero Freddy Canencio Sánchez por valor de \$775.388.198. Dado la gran cantidad de documentos que se allegaron por parte de la Fiscalía en mención, este Despacho a través de auto de sustanciación No. 142 de 20 de febrero de 2017 ordenó su digitalización y obran a folio 415 del Cuaderno principal Nro. 2.

Una vez determinados los hechos que resultaron probados dentro del presente litigio, el Despacho hará un breve recuento sobre los principios que rigen la contratación estatal que será el marco jurídico para resolver el litigio.

SEGUNDO.- Jurisdicción y competencia de lo contencioso administrativo.

Las Empresas de servicios públicos, se rigen por las Leyes 142 de 1994 (artículos 31 y 32), Ley 80 de 1993 (artículo 32) y Ley 689 de 2001 (artículo 3) y en jurisprudencia constante del Consejo de Estado, cuyas premisas abstractas han variado desde el diseño original de la Ley 80 de 1993 y del estatuto especial que las rige, hasta el ordenamiento vigente; sin embargo, la conclusión ha sido en términos generales la misma: sus contratos no están sometidos al régimen de la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones; por ello, salvo disposición imperativa de las comisiones de regulación o autorización previa por solicitud de las ESP, no pueden pactar, incluir ni ejercer unilateralmente cláusulas exorbitantes típicamente administrativas y si lo hacen, ellas son absolutamente nulas; vicio que los jueces deben constatar y declarar de oficio.<sup>17</sup>

Debe precisarse que la redacción original del art. 31 de la Ley 142, que remitía al parágrafo 1º del art. 32 de la Ley 80 de 1993, generó dificultades interpretativas que generaron un complejo péndulo jurisprudencial que en ocasiones mantuvo el espectro del Estatuto de contratación estatal para los contratos de obras públicas de las ESP. Ese panorama cambió y se clarificó a partir de la Ley 689 de 2001 (artículo 3), de manera que desde entonces se admite que ni siquiera dichos negocios jurídicos se regulan integralmente por el régimen de derecho administrativo; quedaron así zanjadas tensiones pretorianas que provocaron razonables dudas en la Administración y la Judicatura.

Ello no obsta para tener presente que aun los entes estatales cuyos contratos se rijan por el derecho común están obligados a respetar principios constitucionales relativos a función pública y gestión fiscal acorde con el artículo

<sup>17</sup>Sentencia del 13/11/2014, R. Pazos Guerrero, radicación (26901); Sentencia del 03/12/2015, radicación (50.464) Ponencia de J. O. Santofimio Gamboa.

13 de la Ley 1150 de 2007, igualmente es pertinente acotar que si en alguno de tales contratos se incluyen cláusulas exorbitantes forzosas, ellas en toda su dimensión se someterán al derecho público (Ley 142 artículo 31 subrogado por el artículo 3º de la Ley 689).

La pacífica tesis que antecede abre paso a interrogantes cuya respuesta es menos sencillas: ¿todas las decisiones unilaterales contractuales de una ESP pueden calificarse como exorbitancias regidas por la Ley 80 y sus modificaciones? ¿Constituye la declaración de incumplimiento del contrato celebrado con la ESP de naturaleza pública, para hacer efectiva las garantías, típica exorbitancia administrativa vedada a esas entidades estatales?

Este despacho manifiesta que las cláusulas exorbitantes están expresa y claramente tipificadas en el Estatuto de la contratación estatal (Ley 80 y sus modificaciones), aunque no se reducen a declarar caducidad, terminar y liquidar unilateralmente el contrato, como pareciera a primera vista, tampoco abarcan todas las decisiones que pueda tomar una ESP pública con fundamento en el ordenamiento jurídico legislado integralmente armonizado, con una finalidad primaria: *Garantizar la efectiva prestación de sus servicios a su cargo, como un asunto de interés general, cuya habilitación no deriva ni del clausulado, ni del régimen restrictivo de la contratación estatal.*

La jurisprudencia del Consejo de Estado (Sección Tercera), con sucesiva sustitución del fundamento normativo, ha indicado que a pesar del régimen de derecho privado de los contratos de algunos entes estatales, tienen habilitación legal específica para declarar ocurrido el incumplimiento de un contratista, y por ende, configurado el siniestro amparado por las garantías de rigor, así:

*“Como puede observarse, desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, la sección admitía la posibilidad de declarar la ocurrencia del siniestro en contratos como el que aquí ocupa la atención de la Sala, con fundamento, principalmente, en lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del artículo 68 del Código Contencioso administrativo. Con todo, no puede desconocerse que también se sostuvo que esa facultad se derivaba del privilegio de la decisión previa<sup>18</sup>, posición que fue precisada en el sentido de confirmar su origen legal. Lo importante hasta aquí, es relieves que desde el Decreto 222 de 1983 se advertía que esa facultad se encontraba por fuera del marco de la normatividad contractual. Ese entendimiento, lo acuñó la jurisprudencia, ya en vigencia de la citada Ley 80, cuando señalaba que esa facultad más que exorbitante o excepcional, se trataba de una potestad administrativa otorgada a todas las entendidas públicas frente a las garantías que se constituyeran a su favor.*

*(...) De lo expuesto, se desprende que la facultad de declaratoria de siniestro es una facultad administrativa otorgada en forma amplia a las entidades públicas<sup>19</sup>”*

Similar opción pretoriana para las ESP, cuyos contratos también se rigen en términos generales por el derecho común (civil y comercial), puede verse en los siguientes pasajes más recientes:

<sup>18</sup>Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 24 de mayo de 2001, expd. 13.598, M.P Ricardo Hoyos Duque.

<sup>19</sup>Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 06 de junio de 2007, exp. 30.565, MP Ramiro Saavedra Becerra.

*"Luego, la Sala precisa que el ejercicio de funciones administrativas en la que se pueda encuadrar una decisión de una empresa de prestación de servicios públicos, como puede ser la declaratoria del siniestro (como ocurre en el caso en concreto) se hace por ministerio de la ley<sup>20</sup> y con la finalidad de preservar la materialización efectiva del servicio público que pueda verse en cuestión, legitimándose y ajustándose como una potestad que cae bajo la cobertura de las normas de derecho público, en concreto del código contencioso administrativo al momento del examen de su correspondencia con el principio de legalidad y las garantías que para su expedición está llamado a respetar quien lo produce respecto de su destinatario.*

*(...)*

*La sala tiene en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia C 666-2000 avaló que organismos vinculados, como son las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios, ejercieran la jurisdicción coactiva (...)*

*Obsérvese que la Corte Constitucional al aclarar la exequibilidad de la norma que establecía jurisdicción coactiva para las entidades vinculadas, entre las que se encuentran las Empresas industriales y comerciales del Estado, está dando pautas, puesto que no excluyó ningún elemento de esa jurisdicción coactiva. Pues bien, uno de los actos que se pueden proferir en ejercicio de la jurisdicción coactiva, es que declara la ocurrencia del siniestro y ordena hacer efectiva la garantía, como son las Resoluciones cuya nulidad se pretende en este proceso.*

*(...)*

*Para el caso en concreto de la decisión de declarar el siniestro respecto a un contrato suscrito por una empresa de prestación de servicios públicos (v. gr., Empresas públicas de Medellín ESP), la jurisprudencia de la Sección tercera ha señalado que una de las prerrogativas con las que se cuenta en desarrollo es la de declarar su ocurrencia por medio de acto administrativo unilateral debidamente motivado, potestad que se deriva de lo previsto en los Nro. 4 y 5 del artículo 68 del C.C.A.<sup>21</sup>*

*Se puede plantear, además, como hipótesis de encuadramiento de ciertas decisiones que adoptan las empresas de prestación de servicios públicos como actos administrativos, aquellas relacionadas con la disposición para que una aseguradora ejecute lo que el contratista no hizo, siempre en busca de la materialización efectiva de la prestación del servicio; eso demuestra que el legislador en la búsqueda de la tutela efectiva del interés general considera tan importante la ejecución del objeto contractual que le permite a la misma asegurada realizarlo, lo cual se*

---

<sup>20</sup>Debe tenerse presente que el acto administrativo no se limita la ejecución de la ley en los casos en que opere de manera clara una subsunción con los supuestos de hecho previstos por las normas, sino por el contrario como lo afirma una doctrina autorizada "el acto administrativo es más bien el instrumento adecuado para el ejercicio de las habilitaciones que la Ley efectúa a favor de la administración para que esta contribuya a configurar la realidad (...) el acto administrativo reduce la inseguridad y crea un supuesto al que pueden anudarse consecuencias jurídicas de forma sólida y segura (el acto administrativo como título jurídico, así como los efectos jurídicos de legalización, concentración y preclusión producidos por los actos administrativos". Schmidh Assmann, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, Madrid, 2003, página 320.

<sup>21</sup>Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia del 3 de mayo de 2001, Exp. 12.724, Sentencia del 27 de noviembre de 2013, Exp 25.742, Sentencia del 27 de marzo de 2014, Exp 29.857, entre otras.

*impone hacerlo mediante el ejercicio del poder público materializado en un acto administrativo*<sup>22</sup>

(...)

*En esta misma línea de pensamiento, la necesidad de que el servicio público sea prestado de manera eficiente, impide una aplicación del iter de reclamación que se le exige a los particulares, conforme a lo dispuesto por el artículo 1075 del código de comercio, cuando son ellos los asegurados o beneficiarios del contrato de seguros, esto es, la obligación de reportar la ocurrencia del siniestro y esperar la respuesta de la Compañía aseguradora. No estaría acorde con las necesidades del servicio, exigir a una Empresa prestadora de servicios públicos, que tuviera que reclamar a la compañía aseguradora, esperar a que tal reclamación fuese aceptada, y de no ser así, demandar en un proceso declarativo para que la jurisdicción ordinaria determinara si hay lugar o no al seguro, todo ello so pretexto que el contrato de seguros que celebró el contratista con dicha compañía se rige por el derecho privado. Hacerlo de esta forma implicaría colocar una barrera a la efectiva prestación del servicio.*<sup>23"</sup>

De esta manera, las ESP, al igual que otros entes estatales cuyos contratos se ciñen por regla general al derecho privado, tienen la *potestad de deducir por acto administrativo unilateral los efectos del incumplimiento del contratista sin más propósitos ni alcances que hacer valer las garantías del contrato*, en virtud de la ocurrencia de varias fuentes legales que las habilitan, leídas en el espectro constitucional de la prevalencia del interés público que subyace al deber de hacer efectiva la prestación de los servicios públicos domiciliarios, sin que para ello sea necesario ni pertinente invocar las *clausulas exorbitantes del Estatuto de Contratación Estatal*, pues son diferentes estas últimas potestades de la que ha sido objeto de análisis en este primer bloque de argumentos.

Por lo demás, el empresario que libremente expide pólizas para garantizar contratos entre un particular y una ESP sabe o debe saber que la relación asegurada no se traba entre dos patrimonios privados de los que cada quien pueda disponer a discreción: pese a que el régimen jurídico contractual de las ESP sea de derecho común, los recursos que el Estado deja a su disposición para que honre ese deber prestacional estatal, en concurrencia con cualquier otro agente económico del mercado de libre competencia que adoptó la Ley 142 de 1994, preservan su naturaleza pública y por ellos ha de velar la ESP para la efectiva prestación de los servicios públicos domiciliarios como tiene que hacerlo cualquier otra autoridad administrativa respecto de otras entidades de la misión de Estado.

Así que el pacto entre la entidad contratante (ESP) y su contratista de obras, en virtud del cual deban otorgarse garantías típicas de los contratos estatales, en cuanto aceptado por voluntad propia por el asegurador en desarrollo de su objeto social por el cual obtienen una remuneración de rigor, impone sujeciones que no tendría el último si se tratara simplemente de un contrato de seguros convenido entre el asegurador privado y su cliente igualmente privado:

---

<sup>22</sup>Así las cosas, el contrato de seguros que se celebra con una empresa de servicios públicos puede llegar a diferir de aquel celebrado entre particulares, pues una vez ocurra el siniestro, estas entidades en la ejecución de contratos con ocasión de la prestación de servicios públicos no tiene la obligación de acudir ante la aseguradora para que esta así lo reconozca, sino que se le otorga la posibilidad de declarar unilateralmente su ocurrencia mediante un acto administrativo que se presume legal.

<sup>23</sup>C. E, Sección 3, Sentencia del 06/07/2015, J. O. Santofimio Gamboa, Radicación (40789).

mientras que en esa relación entre particulares con intereses de la misma índole debe surtir el protocolo de reclamación previsto en el código de comercio, y si no hay acuerdo, dirimirse el conflicto por el juez para constituir un título de recaudo (fallo), la póliza global de cumplimiento del contrato estatal permite a las ESP, como a otros entes estatales con régimen contractual de derecho común, ejercer un privilegio o potestad (no clausula exorbitante de la ley 80) de origen legal para *declarar unilateralmente que ocurrieron el incumplimiento y el siniestro para conformar el título ejecutivo*, cuya controversia llegará al estrado, pero por demanda del asegurador para tratar de liberarse de la obligación así impuesta por acto administrativo que se presume legal.

Debe concluirse que no prosperan los cargos expuestos por la parte actora relativos a *incompetencia* del gerente de la pasiva para declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista de obras, y por ende, *incompetencia y falsa motivación* para declarar ocurridos los siniestros amparados, en cuanto tuvieron como sustento la predica de estar vedadas esas facultadas a las ESP, por ser sus contratos de derecho privado; por consiguiente, se ha quebrado igualmente la base conceptual de las pretensiones orientadas a que se anulen los actos administrativos demandados.

Sin embargo, este Juzgador se pronunciará respecto a la configuración del siniestro declarado por la Empresa de servicios públicos de Suarez "EMSUAZREZ". Para ello, como referencia la reseña probatoria documental ofrecida por ambas partes y verificada por el Juez permite reconstruir lo siguiente:

1. En los anexos digitales se encuentran los registros de las irregularidades más relevantes del desempeño del contratista de obras:
  - ❖ A folio 7 del Cuaderno de pruebas 1 obra oficio 2017EE0017291 a través del cual el Grupo de investigaciones, juicios fiscales y jurisdicción coactiva departamental colegiada del Cauca - Contraloría General de la República remitió en formato digital (CD-DVD) el cual contiene el proceso de responsabilidad fiscal No. 2015-00549. De dicho formato digital se resalta lo siguiente:

.- En el informe de la visita técnica realizada por la Contraloría General de la Republica, producto de la denuncia No. 2012-44378-80194-D, se consignó entre otras cosas lo siguiente:

*"Objetivo General*

*Brindar apoyo técnico a la atención de la denuncia 2012-44378-80194-D que se relaciona con presuntas irregularidades en el Municipio de Suarez en los sistemas de acueductos intervenidos y que hacen parte de las obras a ejecutar en el contrato de obra civil No. 046 de 2011.*

*(...)*

*Estado de la obra*

*Para realizar la verificación de las obras ejecutadas en este contrato, se solicitó a la Contraloría delegada para Participación ciudadana que autorizará comisión por 8 días, teniendo en cuenta que mediante el contrato en estudio se ejecutaron obras en 6 acueductos veredales, debiéndose recorrer cada uno de ellos para verificación; sin embargo a esta Gerencia Departamental llegó Resolución No. 0543 de 12 de febrero de 2013 con 3 días para realizar estas actividades.*

*Por tal motivo, durante el cumplimiento de esta comisión fue posible verificar tres (03) de los seis (06) sistemas de acueducto ejecutados con este contrato, tomando como criterio aquellos con mayor número de quejas de beneficiarios y se tomó como base el acta de recibo y liquidación final de fecha 06 de diciembre de 2011 (...) Durante el recorrido efectuado se encontró lo siguiente:*

## **2. ACUEDUCTO VEREDA CATOTO:**

*.- Después de recorrer este sistema de acueducto, se pudo verificar que se encuentra en funcionamiento; la tubería instalada observada concuerda con la establecida en el acta de recibo y liquidación final en diámetros que oscilan entre 4'' a 3/4''*

*.-No obstante lo anterior, se encontraron irregularidades en el cumplimiento de la función de los repellos impermeables aplicados en el tanque de almacenamiento en una cantidad de 160,18 M2 por valor de \$4.307.974 incluido AUI del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%).*

*.- El relleno compactado con material de sitio presentó irregularidades, pues la profundidad de instalación de la tubería se encuentra superficial, por debajo del valor mínimo (1.0 metro) establecido por la norma RAS 2000 título B, numeral B 7.5.10.1. Además, se encontraron tramos de tubería expuesto totalmente a la luz solar acelerando su deterioro, en una cantidad aproximada al 30 % de su cantidad total, es decir 414.18 M3 del ítem relleno del ítem relleno compactado con material del sitio, que con un valor unitario de \$14.223 entrega un subtotal de \$7.410.729,74 incluido AUI del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%).*

*.- Se detectaron falencias en los viaductos construidos en este acueducto, por ser demasiado inestables y sensibles a movimientos por vientos, que han llegado a ocasionar interrupciones en el servicio de agua a los beneficiarios por desconexión entre tubos.*

## **2. ACUEDUCTO VEREDA PIZAMOS**

*.- Después de recorrer este sistema de acueducto, se pudo verificar que se encuentra en funcionamiento; la tubería instalada observada concuerda con la establecida en el acta de recibo y liquidación final en diámetros que oscilan entre 4'' a 1/2''.*

*.-El relleno compactado con material de sitio presentó irregularidades, pues la profundidad de instalación de la tubería se encuentra superficial, por debajo del valor mínimo (1.0 metro) establecido por la norma RAS 2000 Titulo B, numeral B 7.5.10.1. Además, se encontraron tramos de tubería expuesta totalmente a la luz solar acelerando su deterioro, en una cantidad aproximada al 30% de su cantidad total, es decir 281.11 M3 del ítem que, con un valor unitario de \$14.223 entrega un subtotal de \$5.029.770,23 incluido AUI del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%).*

*(...)*

## **3. ACUEDUCTO VEREDA CAÑUTICO**

*(...)*

*.- La estructura de almacenamiento se encontró vacía, así mismo se pudo verificar que por las tuberías que conecta el desarenador con tanque de almacenamiento hasta la de su posterior distribución a beneficiarios no transporta ni contiene agua.*

*.-Frente a las cantidades de obra no se encontraron diferencias que permitan establecer un faltante, sin embargo, teniendo en cuenta que el sistema de acueducto construido no presta la función social para la cual fue construido, se encuentra un posible detrimento a los dineros del estado por el valor total de los recursos ahí invertidos, suma que asciende a \$176.683.274,53 incluido AUI del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%).*

*(...)*

### CONCLUSIONES

*5. En el acueducto de la Vereda Catoto se encontraron irregularidades en el repello para impermeabilizar el Tanque de almacenamiento, en el relleno compacto con material del sitio hay ausencia del mismo en una proporción del 30% de la longitud ejecutada, situaciones que permiten establecer un posible detrimento a los dineros del estado por valor de \$11.718.673,50 incluido AUI del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%).*

*6. En el acueducto de la Vereda PIZAMOS no se encontró que el relleno compacto con material del sitio en una proporción del 30% de la longitud ejecutada, situaciones que permiten establecer un posible detrimento a los dineros del Estado por valor de \$5.029.770,23 incluido AUI del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%).*

*7. El sistema de acueducto de la Vereda Cañutico no se encontró en funcionamiento, situación que no permite el cumplimiento de la función social para la cual se invirtieron estos recursos, situación que permiten establecer un posible detrimento a los dineros de estado por valor de \$176.683.274,53 incluido AUI del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%).*

*8. Las irregularidades anteriores permiten establecer que frente al contrato Nro. 046 de 2011 se establece un detrimento a los dineros del estado por un valor total de \$193.431.724,26 incluido AUI del 25% e IVA del 16% sobre la utilidad pactada (5%).*

*.- En la ampliación del informe denuncia Nro. 2012-44378-80194-D, acumulada con la Denuncia No. 2012-44378-80194-D, acumulada con Denuncia No. 2012-41752-82111-D, se consignó entre otras cosas lo siguiente:*

*"Contrato 046 de 2011*

*(...) CONCLUSIÓN:*

*En mérito de lo expuesto, es procedente recomendar adelantar proceso de responsabilidad fiscal frente a los hechos derivados de la ejecución del contrato de obra No. 046 de 2011, celebrado entre la*

*Empresa Municipal de servicios públicos (EMSUAREZ) y el contratista Fredy Canencio Sánchez.*

2. Contenido general y alcances de la Resolución que declaró el siniestro:
  - 2.1 En lo que atañe a hechos relevantes para la fijación del valor de los siniestros y la efectividad de las garantías del contrato 046 de 2011.
  - 2.2 Se imputó incumplimiento total de la ejecución del objeto del contrato.
  - 2.3 Para establecer el valor del siniestro y afectar las garantías, determinó que con base en el informe efectuado por el ingeniero Alexander Muñoz Muñoz, declaró configurado el siniestro y a cargo de la aseguradora por la suma de \$310.155.279,20.

La parte actora no refutó la evidencia ni ofreció prueba contraria a la que apreció la Administración, su discrepancia, respecto del punto que se anuncia, radicó en la *valoración y en las consecuencias* que a título de hechos probados de allí deba deducirse. Así que este despacho ponderará la documental, incluidos informes técnicos presentados tanto por el ingeniero Alexander Muñoz Muñoz como por la Contraloría General de la República, en que se apoyó el acto acusado.

.- Las variables fácticas son las siguientes:

1. El valor contratado fue de setecientos setenta y cinco millones trescientos ochenta y ocho mil ciento noventa y ocho pesos (\$775.388.198); según la cláusula séptima denominada "garantías" se pactó la garantía de cumplimiento en cuantía equivalente al diez (10%) del valor total del contrato; garantía de estabilidad de la obra en cuantía equivalente al 30% por tres años más una vez recibida la obra; y según el informe presentado por el ingeniero Alexander Muñoz Muñoz y el acta de visita fiscal realizada por la Contraloría, se llegó a la conclusión de la existencia de graves irregularidades en las obras realizadas, llevando a la parte demandada a declarar el incumplimiento hasta el monto máximo cubierto por la misma.
2. Vista la cláusula de garantías y la constancia suscrita entre SEGUROS DEL ESTADO S.A, el tomador "INVERSIONES CLH S.A" y el asegurado "La Empresa Municipal de servicios públicos de Suárez" se estipuló como valor asegurado por riesgo de cumplimiento: \$77.538.819 y estabilidad de la obra: "\$232.616.459".
3. Si el incumplimiento fue total, el siniestro podía ser equivalente a la totalidad de la garantía por riesgo de cumplimiento y estabilidad de la obra que suman \$310.155.279,20.
4. En consecuencia, conocido el límite del valor asegurado por el riesgo de incumplimiento del contrato, que es de \$310.155.279,20; equivalente al 40% del valor total contratado, no puede desbordarse ni siquiera en caso del incumplimiento total, en cuanto atañe a la responsabilidad patrimonial del asegurador.

Referenciado lo anterior, se tiene que EMSUAREZ declaró el siniestro por el riesgo de calidad y estabilidad de la obra estipulada en la cláusula séptima del contrato de obra No. 046 de 2011, haciendo efectiva las pólizas de garantía No. 40-44-101018575 y 40-101003169 expedidas por la Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A, hasta el monto máximo cubierto por la misma, lo que se atempera a los límites pactados.

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

No obstante en este caso las pruebas no acreditan la mentada falsa motivación y, por lo tanto, los argumentos expuestos no pasan del plano teórico, más no se concretó con base en las pruebas violación legal alguna.

Para este despacho, según las circunstancias anotadas, al actor correspondía la carga de probar, en el proceso, los siguientes aspectos, a fin de sacar adelante sus pretensiones:

- i) De un lado, debió probar que los hechos constitutivos del siniestro, expuestos en los actos acusados, no existieron, pero como se evidencia del análisis del material probatorio, el actor no logró probarlo y, por el contrario, se acreditó la existencia de un grave estado de la obra que configuró el siniestro.
- ii) De otro lado, debió demostrar el vicio que se le imputa a los actos demandados, referido a la falta de determinación del perjuicio sufrido por la entidad, pero no simplemente para impetrar su nulidad, sino acreditando que el monto definido en la parte resolutive del primero de los actos expedidos, no podía ser por el total del valor asegurado, sino por una suma inferior en razón de la proporcionalidad, que tampoco pudo demostrar.

Lo anterior por cuanto los actos administrativos están amparados por las presunciones de legalidad y veracidad, en virtud de las cuales, se consideran ajustados al ordenamiento jurídico mientras no se demuestre lo contrario, como se ha dicho.

Correspondía entonces al actor que demandó la declaratoria de nulidad de los actos, la carga de probar ante la instancia judicial, la existencia de vicios que afectaban la decisión administrativa; en el caso concreto, la no ocurrencia del siniestro o la no determinación o determinación en exceso del valor del perjuicio que se hizo efectivo como consecuencia de la declaratoria del mismo.

Tratándose de una Empresa de servicios públicos en cumplimiento de funciones administrativas y que como se estableció en líneas anteriores, y estando claro que ella es quien declara el siniestro, correspondiéndole a la compañía aseguradora discutir estos aspectos, para lo cual puede acudir en primer lugar a la vía administrativa y, luego, de ser necesario, ante la instancia judicial, en procura de desvirtuar la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo, esto es, debe demostrar que

el siniestro no existe, que el monto del perjuicio no fue determinado por la Administración o que a pesar de haber sido declarado, su monto es inferior.

En el presente caso se advierte que la compañía de seguros afirmó que los hechos constitutivos del siniestro no acaecieron y que los actos acusados no determinaron el monto del perjuicio, cuando en verdad, como se evidenció con el material probatorio, sí se presentaron irregularidades en la obra entregada que afectaban su calidad, adicionalmente, como pudo demostrarse al examinar los actos acusados, éstos determinaron el monto del perjuicio sufrido por EMSUAREZ, los cuales se encuentran dentro de los límites pactados; solo que de una manera que no resulta aceptable para el actor, quien finalmente no logró probar en el proceso que el monto del perjuicio causado por los defectos de la obra objeto del contrato, era menor de aquel que fue determinado en los actos administrativos acusados.

Los anteriores razonamientos son suficientes para que las pretensiones de la demanda sean denegadas.

### 3.- COSTAS PROCESALES – AGENCIAS EN DERECHO

Conforme el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, salvo en los procesos en que se ventile un interés público la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Bajo este lineamiento, es del caso condenar en costas a la parte demandante con fundamento en el artículo 365 del C.G.P., cuya liquidación se hará por secretaría del Despacho, conforme lo establece el artículo 366 de la misma codificación, como quiera que la acción contenciosa no prosperó.

Respecto a las agencias en derecho, se fijarán éstas teniendo en cuenta las actuaciones adelantadas por el apoderado de la parte demandada, para lo cual es preciso hacer remisión a lo dispuesto por el Numeral 3.1.2 del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 10 de diciembre de 2003, así como al numeral 3 del artículo 366 del CGP. Agencias en derecho que se fijarán en el 3% respecto de las pretensiones solicitadas por la parte demandante.

### 4.- DECISIÓN

Por lo expuesto, el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE

PRIMERO.- Declarar probada la excepción denominada "*Inexistencia de la falsa motivación del acto administrativo que hizo efectiva la póliza de calidad y estabilidad de la obra*", propuesta por la Entidad demandada, por lo manifestado en referencia.

SEGUNDO.- Negar las pretensiones de la demanda.

TERCERO.- Condenar en costas a la parte demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., las cuales se liquidarán por secretaría. Fíjense las agencias en derecho de acuerdo a lo expuesto en este fallo, en la suma equivalente al 3% respecto de las pretensiones de la demanda, las que serán tenidas en cuenta al momento de liquidar las costas.

CUARTO.- Archívese el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre firmeza esta providencia. Por secretaría liquídense los gastos del proceso.

QUINTO.- Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de Lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso.

SÉXTO.- En firme esta providencia, entréguese la primera copia de la misma a la parte interesada para los efectos pertinentes, ello a la luz de lo dispuesto en el artículo 114 del Código General del Proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,



JUAN CARLOS PEREZ REDONDO