TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Proceso	: 41001 2331 000 2011 00338 00
	: 41001 2331 000 2011 00561 00 (Acumulado)
Acción	: Contractual
Demandante	: Oica S.A; Compañía Mundial de Seguros
Demandado	: Instituto Nacional de Vías –Invías-
Providencia	: Sentencia de primera instancia

Decide de fondo el Tribunal Administrativo de Arauca los procesos de la referencia, luego de adelantados los correspondientes trámites judiciales.

ANTECEDENTES

Proceso 2011-00338

1. La demanda

OICA S.A. presentó (fls. 1-48, c.1) demanda contractual en contra del Instituto Nacional de Vías-Invías.

Dentro de los **hechos** que se invocan, informa que celebró el Contrato de Obra Pública 2562 de 2004 con Invías, cuyo objeto era realizar las obras de mejoramiento de la carretera Sombrerillos - San Agustín - Parque Arqueológico - Huila - Ruta 20 HL 01, por $3.019.715.836.00, incluido Iva, ajustes y obras complementarias, con un plazo inicial de siete meses; que se suscribió acta de recibo definitivo de obra el 2 de noviembre de 2006, el valor final fue $4.715.011.194, el plazo de 14.5 meses venció el 6 de octubre de 2006. Y que las obligaciones como contratista fueron amparadas por Mundial de Seguros a través de la Póliza N-A004955 del 27 de agosto de 2007 y la interventoría estuvo a cargo de la Sociedad DIA Ltda.

Manifiesta que el Invías consideró que la contratista no había realizado algunas reparaciones en la obra, dándose inicio a una posible declaratoria del siniestro de estabilidad de la obra objeto del Contrato 2562 de 2004, y que con fundamento en el Informe suministrado por la Territorial Huila del Invias, mediante Oficio AMV-01-119-09 del 10 de Junio de 2009, consideró que se trataba de una responsabilidad del contratista garantizar la estabilidad de la obra, una vez acaecido el riesgo de estabilidad consistente en los deterioros o daños sufridos luego de la entrega de la misma, debiendo a juicio del INVIAS, el Contratista concurrir a su saneamiento.

Menciona que finiquitado el trámite administrativo, el Instituto Nacional de Vías profirió la Resolución 01310 del 5 de abril de 2010, mediante la cual

declaró ocurrido el siniestro de la obra objeto del Contrato de Obra Pública 2562 de 2004 por $426.844.177.50, y ordenó que el Contratista OICA S.A. debía pagar ese valor; que contra la citada Resolución interpuso el único recurso que le fue otorgado por el Invías, el de reposición, resuelto mediante la Resolución 03486 del 4 de agosto de 2010, que confirmó en todas sus partes la Resolución 01310 de 2010 y declaró que no procedía recurso alguno quedando de esta manera agotada la vía gubernativa; la última decisión se notificó por edicto desfijado el 15 de septiembre de 2010.

Considera que el Invías resolvió sin que existieran suficientes elementos probatorios y fundamentos de orden legal, así como la ausencia de argumentos técnicos que ameritaran tal determinación, violando el artículo 29 Superior; y que no se demostró la ocurrencia del siniestro ni su responsabilidad, tampoco la cuantía de la pérdida, incurriendo en la causal de anulación del Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo de expedición irregular del acto por falta de motivación suficiente.

Como **pretensiones,** solicita que se declare la nulidad de las resoluciones 01310 y 03486 de 2010, por las cuales se declaró y confirmó el siniestro de estabilidad de las obras objeto del contrato 2562 de 2004 por $426.844.177.50; y que a título de restablecimiento del derecho se disponga que no está obligada a pagar dicha suma, entre otras. Como **normas violadas** cita los artículos 29 de la Constitución Política, 84 del Código Contencioso Administrativo, 1074, 1077 y 1081 del Código Comercio y 25.12 y 26.3 3 de la Ley 80 de 1993.

Como **concepto de la violación** expone que a los actos acusados les endilga los siguientes cargos: i). Prescripción del hecho u operación mediante el cual el Instituto Nacional de Vías declara ocurrido el siniestro de estabilidad de las obras objeto del contrato 2562 de 2004, ii). Expedición irregular del acto administrativo contenido en la Resolución 01310 del 5 de abril de 2010, por ausencia de elementos fácticos y jurídicos que la hagan viable a la luz de la normatividad que rige y ausencia de elementos probatorios que ameritaran la declaratoria del siniestro de estabilidad de obra y dieran lugar a la fijación del monto de la cuantía económica del mismo, iii). Inexistencia de dolo o mala fe por parte de OICA S.A., en la ejecución el contrato de obra pública 2562 de 2004, iiii). Ausencia de responsabilidad administrativa de OICA S.A. por los supuestos daños de carácter post-contractual presentados en la obra relacionada con el contrato estatal 2562 de 2004 de acuerdo a lo afirmado en la parte motiva de los actos administrativos demandados y v). Responsabilidad del Invías.

Proceso 2011-00561

La Compañía Mundial de Seguros S.A. presentó (fl. 1-358, c.1), demanda contractual en contra del Instituto Nacional de Vías – Invías-.

Dentro de los **hechos** que se invocan, se refiere al objeto, valor, plazo y garantías del contrato 2562 de 2004, dentro del cual expidió la Póliza de

seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales N-A 0049552 el 27 de agosto de 2007, con amparo de estabilidad de obra por cinco años contados desde la suscripción del acta de recibo final de obra que se llevó a cabo el 2 de noviembre de 2006, en donde se dejó constancia que las obras recibidas estaban de acuerdo con las especificaciones generales de construcción de Invías de 1996 y 2002.

Agrega que el Invías no aplicó la normativa que cita para declarar ocurrido el siniestro de estabilidad de obra por medio de la Resolución 01310 de 2010 confirmada por la 03486 de 2010, sin tener en cuenta que desde que se adjudicó el Contrato 2562 de 2004, OICA dejó constancia de problemas de taludes y drenaje en la carretera que se presentaban con antelación a la ejecución del contrato; menciona la ausencia de cobertura según condiciones generales de la garantía N-A 0049552 en cuanto al amparo de estabilidad de obra, falta de demostración de la cuantía, garantías prestadas por el contratista y la prescripción del contrato de seguro.

Como **pretensiones,** solicita dejar sin efectos y anular las resoluciones 01310 del 5 de abril y 3486 del 4 de agosto de 2010, por las que Invías declaró ocurrido el siniestro de estabilidad de obra del contrato 2562 de 2004; que se declare la prescripción del contrato de seguro contenido en la Garantía Única de Cumplimiento N-A0049552, en su amparo de estabilidad, entre otras.

Las **normas violadas** que cita son los artículos 4, 6, 13, 29, 83, 90, 91, 123 y 209 de la Constitución Política; 4, 23, 25.1, 25.12, 26.1, 26.3, 51, 52, 53 y 59 de la Ley 80 de 1993; 1602 y 1606 del Código Civil; 3, 34, 35 y 84 del Código Contencioso Administrativo y 1054, 1077 y 1081 del Código de Comercio.

En el **concepto de la violación,** aduce la vulneración de la normativa citada como violada, la ausencia de cobertura según las condiciones generales de la garantía única de cumplimiento N-A 0049552, la falta de demostración de la ocurrencia y de la cuantía del siniestro, la indebida motivación del acto administrativo, las reparaciones efectuadas por el contratista e inexigibilidad del amparo de estabilidad por buen estado de la carretera objeto del contrato, la prescripción del contrato de seguro y la violación al debido proceso; en este último cargo, expresa que Invías "*no citó a Audiencia de descargos a la Compañía Mundial de Seguros ni al Contratista e hizo efectivo el amparo de Estabilidad, por medio de la Resolución Administrativa No. 01310 del 05 de Abril de 2010, si dar la oportunidad de controvertir los cargos imputados y los supuestos hechos que dieron lugar a la afectación del amparo de Estabilidad*".[1]

---

[1] Las transcripciones que se incluyen en esta sentencia, así están escritas en el texto del que se tomaron; por lo tanto, los errores, imprecisiones y resaltados son del original, y con este aviso general, no se hará la advertencia específica cada vez que se amerite un (sic), para evitar su inútil y prolífica repetición; no obstante, se advierte que de algunas citas se suprimen notas de pie de página, por lo cual o no aparecen todas las del texto o las que aparecen no siempre tienen el mismo número que registra la sentencia o el documento original que se transcribe.

2. La contestación de la demanda

El Instituto Nacional de Vías –Invías- contestó las dos demandas (fl. 68-88, c.1 y 389-432, c.1); se opone a todas y cada una de las pretensiones por considerar que no existe fundamento de hecho ni de derecho que las sustenten y por las razones que dice se probarán; y se pronuncia frente a todos los hechos y cargos formulados en aquellas.

Propone las excepciones de *"Inepta demanda por falta de indicación de normas violadas y concepto de su violación"*, *"Falta de requisito de procedibilidad"* e *"Incumplimiento del contratista"*.

3. Trámite surtido

3.1. Las partes. La demandante está integrada por OICA S.A. (2011-00338), y la Compañía Mundial de Seguros (2011-00561); la parte demandada por el Instituto Nacional de Vías –Invías-, en ambos casos.

3.2.1. Proceso 2011-00338

La demanda se radicó (fl. 1-44, c.1), se admitió (fl. 56, c.1), el Instituto Nacional de Vías contestó (fl. 65–129), se dio traslado de las excepciones propuestas (fl. 131, 132, c.1), se abrió el periodo probatorio (fl. 136–138, c.1), se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos y al Ministerio Público para concepto (fl.300, c.1). Se ordenó la acumulación del proceso 41001233100020110056l (fl. 425, c.1).

3.2.2 Proceso 2011-00561

La demanda se radicó (fl. 1-359, c.1) se admitió y se integró al litisconsorte necesario OICA S.A. a la parte demandada (fl.361-363, c.1), el Instituto Nacional de Vías contestó (fl. 389–432, c.1) al igual que OICA como litisconsorte (478-539, c.1). Se dio traslado de las excepciones (fls. 446-453, c.1), se abrió el periodo probatorio (fls. 564 – 566, c.1), se corrió traslado a las partes para alegatos y al Ministerio Público para concepto (fl. 838, c.1). Se acumuló al proceso 41001233100020110033 8 (fl. 950, c.1).

4. Los alegatos de conclusión

4.1. Proceso 2011-00338

4.1.1. OICA S.A. presentó su escrito de alegatos de conclusión (fl. 315-327, c.1), en el que reitera los cargos de la demanda contra los actos administrativos cuya nulidad pretende.

4.1.3. La parte demandada reiteró (fl. 302 - 307, c.1) los argumentos de su escrito de contestación; expresa que se informó a la contratista sobre los daños presentados, solicitó sus descargos e inició el procedimiento de

declaratoria de siniestro, confirmándose su ocurrencia, y se refiere a los efectos de la liquidación del contrato sobre la póliza de estabilidad de obra.

Proceso 2011-00561

4.2.1. La Compañía Mundial de Seguros presentó alegatos de conclusión (fl. 840-866, c.1), en los que se refiere a los fundamentos de la demanda, a la contestación que presentó el Invías, a reparaciones que no fueron objeto del contrato, a la falta de diseños, a la decisión de la Contraloría General de la República de fallo sin responsabilidad fiscal, a la violación al debido proceso y al principio de accesoriedad del contrato de seguros.

4.2.2. Invías expresó (fl. 867-886, c.1) la razón de su oposición a las pretensiones, y se pronuncia sobre las normas jurídicas que rigen el contrato estatal y el de seguro, la cláusula de garantía y el amparo de estabilidad de obra y a la figura de la prescripción.

4.2.3. OICA S.A. en su escrito (fl. 887-914, c.1) pide que se tenga en cuenta la contestación de la demanda y demás memoriales del expediente, anexa y comenta documentos que aduce en su favor y reitera el tema de la prescripción del contrato de seguro.

5. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no emitió concepto en los procesos.

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la primera instancia, la Sala decidirá enseguida y de fondo, el presente proceso judicial acumulado.

1. El problema jurídico

Consiste en: ¿Son ilegales las Resoluciones 01310 de 2010 y 03486 de 2010 del INVÍAS, por medio de las cuales se declaró y luego se confirmó la ocurrencia del siniestro de estabilidad de obra, dentro del contrato número 2562 de 2004, suscrito entre Invías y Oica S.A.?

2. Análisis de aspectos procedimentales

2.1. Sentencia de fondo. El proceso cumple con el cometido encargado a la Administración de Justicia de dirimir la disputa puesta a su consideración[2].

[2] Significa que se controló en forma exitosa la legalidad procesal en todos sus aspectos, como jurisdicción, competencia, otros presupuestos exigidos, y sin nulidades u otros trámites por decidir.

2.2. Las excepciones. Respecto de las propuestas. Invías planteó las de "*Inepta demanda por falta de indicación de normas violadas y concepto de su violación*", "*Falta de requisito de procedibilidad*" e "*Incumplimiento del contratista*".

Con los fundamentos que sustentan la primera, la entidad acusa a la demanda de falta de requisitos formales (La otra posibilidad es por indebida acumulación de pretensiones, artículo 97.7, C.P.C.), de manera específica a la exigencia del artículo 137.4, C.C.A: "*Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación*", y se tiene en cuenta que en la pretensión principal de la demandante pide que se declare la nulidad de actos administrativos.

Un detallado análisis de la demanda permite determinar que su contenido sí cumple con la exigencia legal, pues de manera concreta cuestiona los actos administrativos cuya nulidad pide porque "*se violaron por parte del INVÍAS las siguientes disposiciones normativas constitucionales y Legales*" e invoca los artículos 29 de la Constitución Política, 84 del Código Contencioso Administrativo, 1074, 1077 y 1081 del Código Comercio y 25.12 y 26.3 3 de la Ley 80 de 1993, al tiempo que expone los motivos por los que considera que los actos demandados deben anularse (fl. 11-35, c.1), lo que se aplica para los dos procesos. Asunto diferente es que al momento de decidir el caso, prosperen estos fundamentos, que por lo mismo, no se analizan en esta etapa judicial.

Es necesario precisar que la normativa procesal no impone requisitos adicionales de extensión mínima, o de calidad de los argumentos, pero ni siquiera es exigible una matemática precisión de las disposiciones violadas.

Cosa distinta es que no se comparta su estilo o contenido, como lo hace la demandada, lo cual no configura motivo descalificatorio.

Con ello, se tiene por cumplido el requisito, pues además como lo consagró la Corte Constitucional al declarar condicionalmente exequible dicha exigencia en vigencia del C.C.A. en la sentencia C-197 de 1999, "*bajo la condición de que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución*" y que '*No obstante lo anterior, debe advertir la Corte que en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es*

fácilmente identificable por el Juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad".

Criterios estos que también acoge el Consejo de Estado (M.P. Gerardo Arenas Monsalve, 11 de julio de 2013, rad. 520012331 000200400188-02, 1982-09, entre otras sentencias).

Por lo tanto, la demanda tiene plena aptitud legal para abordarse su estudio y en consecuencia, no se declarará probada esta excepción.

Respecto de la "*Falta de requisito de procedibilidad*", se verifica que en el expediente del proceso 2011-00338 consta la realización del trámite conciliatorio (fl. 48, c.1). El que se haya adelantado en Bogotá no lo anula, máxime cuando la demanda inicialmente se radicó en esa ciudad (fl. 49, c.1), lo que guardaba concordancia con el requisito exigido. No prospera.

Y la de "*Incumplimiento del contratista*", no se tiene como una excepción propiamente dicha, toda vez que no constituye hechos que se opongan a las pretensiones de la demanda; por el contrario, son aspectos sustanciales de derecho, argumentos de defensa y de respaldo a las resoluciones demandadas que se dirimirán más adelante en esta sentencia al momento de decidir de fondo el asunto litigioso, por cuanto son temas objeto del debate judicial; por lo tanto, conforme con el resultado que se expondrá en las presentes consideraciones, de manera consecuencial se tendrá la respuesta a los planteamientos efectuados por la demandada.

Sobre **Excepciones de oficio**, no se encuentra probada alguna para declarar (Artículo 164, C.C.A)[3].

3. Principales pruebas

Del acervo probatorio allegado y valorado, se destacan las siguientes:

3.1. Proceso 2011 00338

- Informes de la Administración de Mantenimiento Vial Grupo 01 Huila (fl. 72-129, c.1).

- Dictamen pericial suscrito por el Ingeniero Humberto Liévano Rodríguez y documentos anexos (fl. 164-220, c.1).

---

[3] C.C.A corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha, como el presente; CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que reemplazó al C.C.A. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es Código de Procedimiento Civil; CGP es Código General del Proceso; al mencionar C.C, es Código Civil, CST es Código Sustantivo del Trabajo, C. Co. es Código de Comercio y E. T. Estatuto Tributario. C. P. es Código Penal y CPP se refiere al Código de Procedimiento Penal. M. P. es el Magistrado Ponente en sentencias que se citan; de otra parte, "fl" indica el número de folio o página en donde se encuentra la prueba invocada, "c" se refiere a la carpeta o cuaderno que la contiene, "a" es Anexo, "c.pr" es cuaderno de pruebas.

- Documentos de la Licitación Pública número LP-PRE-DO-SRN-059-2014, anexos y fotografías (fl. 329-386, c.1).

- Actos administrativos demandados: Resolución 01310 del 5 de abril de 2010, por medio de la cual se declara ocurrido el siniestro de estabilidad de las obras objeto del contrato 2562 de 2004, suscrito entre OICA S.A, y el Instituto Nacional de Vías (fl. 5–11, c.pr.1). Resolución 03486 del 4 de agosto de 2010 por la cual se confirma en todas sus partes la Resolución 01310 de 2010 (fl. 13–31, c.pr.1). Edicto notificatorio de la Resolución 03486 del 4 de Agosto de 2010 y su constancia de fijación en cartelera (fl. 2-3, c.pr.1).

- Contrato de obra pública número 2562 de 2004 y sus seis adicionales (fl 33–48, c.pr.1).

- Recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 01310 de 2010 (fls. 50–104, c.pr.1).

- Póliza única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales número A-0049552 y sus anexos de modificación (fl. 106–127, c.pr.1).

- Acta de recibido definitivo de obra del contrato de obra pública número 2562 de 2004 del 2 de noviembre de 2006 (fl. 130–138, c.pr.1).

- Comunicación SRN 44141 del 31 de diciembre de 2004 del Instituto Nacional de Vías dirigida a OICA S.A, por la cual se imparte orden de iniciación al contrato de obra pública número 2562 de 2004 (fl. 140, c.pr.1).

- Comunicación OI-11-005 del 7 de enero de 2005 de OICA, solicitando los estudios y diseños de la carretera objeto del contrato de obra pública número 2562 de 2004 (fl. 142, c.pr.1).

- Comunicación SRN 01122 del 20 de enero de 2005, de Invías dirigido a OICA (fl. 144, c.pr.1).

- Comunicación OI-36-019 del 21 de enero de 2005 de OICA dirigida a DIA LTDA, (fl. 146–148, c.pr.1).

- Comunicaciones DIA-14-05 del 24 de enero y DIA-19-05 del 28 de enero de 2005 de DIA LTDA a OICA (fl. 150, 152, c.pr.1).

- Comunicación OI-036-007 del 12 de febrero de 2005, de OICA dirigida a DIA LTDA (fl. 154–162, c.pr.1).

- Comunicación OI-36-089 del 24 de febrero de 2005, de OICA a Invías (fl. 164-171, c.pr.1).

- Comunicación OI-36-093 del 25 de febrero de 2005, de OICA al Supervisor del contrato 2562 de 2004 (fl. 173, c.pr.1).

- Comunicación E-S S.A. PA-DIA-062-05 del 28 de mayo de 2005, de DIA LTDA, dirigido a OICA (fl. 175, c.pr.1).

- Comunicación E-S S.A. PA-DIA-06-06 del 30 de junio de 2006 de DIA LTDA a OICA (fl. 177, c.pr.1).

- Comunicación E-DIA-311-06 del 5 de septiembre de 2006, de DIA LTDA, a OICA y su anexo (fl. 179–183, c.pr.1).

- Comunicación OI-36-250 del 21 de septiembre de 2006 de OICA a DIA LTDA y su anexo (fl. 185–190, c.pr.1).

- Comunicación 80412-011 INV 031 del 7 de noviembre de 2006, de la Contraloría General de la República a Invías (fl. 192, c.pr.1).

- Comunicación DT HUI 1035 del 3 de diciembre de 2007, de Invías a OICA, donde le remite el oficio AMV-G1-2007-407 (fl. 194-199, c.pr.1).

- Comunicación AMV-G1-2008-103 del 1 de abril de 2008 a Invías (fl. 201-202, c.pr.2).

- Comunicación DTHUI 1216 del 9 de abril de 2008, de Invías a la Administración Vial JB (fl. 204, c.pr.2).

- Comunicación DTHUI 1220 del 10 de abril de 2008, de Invías a DIA LTDA (fl. 206, c.pr.2).

- Comunicación AMV-G1-2008-127 del 18 de abril de 2008 del Consorcio JB, a Invías (fls. 208-210, c.pr.2).

- Memorando DT-HUI 19704 del 22 de abril de 2008 y DT-HUI 22248 del 21 de abril de 2009 de Invías (fl. 212-213, 235-236 c.pr.2).

- Comunicaciones SRN-21381 del 6 de junio de 2008 y SRN-44479 del 13 de octubre de 2009, de Invías a OICA; con la primera, le remite a ala contratista el Memorando DT-HUI 19704 del 22 de abril de 2008 (fl. 215, 240-272, c.pr.2).

- Memorando SRN 11167 del 3 de marzo y SRN 12267 del 6 de marzo de 2009 de Invías (fl. 217, 218, 220 c.pr.2).

- Comunicación DTHUI 0242 del 10 de marzo de 2009 de Invías a DIA LTDA, (fl. 222, c.pr.2).

- Comunicaciones AMV 01-056-09 del 30 de marzo, AMV 01-119-09 del 10 de junio de 2009 y AMV 01-003-10 del 6 de enero de 2010 a Invías (fl. 224-230, 238 y 282-287, c.pr.2).

- Acta de visita a la obra realizada el 16 de abril de 2009 (fl. 232-233, c.pr.2).

- Comunicación AMV 01-276-09 del 4 de diciembre de 2009 a la Contraloría General de la República (fl. 274-280, c.pr.2).

- Memorando DT-HUI 2434 del 21 de enero y DT-HUI-31657 del 01 de junio de 2010 de Invías (fl. 289-295, 329-334, c.pr.2).

- Memorando SRN 4351 del 1 de febrero de 2010 de Invías (fl. 297-298, c.pr.2).

- Comunicación AMV 01-103-10 del 27 de mayo de 2010 del Administrador de Mantenimiento Vial a Invías (fl. 300-327, c.pr.2).

- Fotografías (fl. 336, 337-339, c.pr.2).

- Estudio para el diseño del pavimento de la vía Sombrerillos – San Agustín en el departamento del Huila, realizado por OICA (fl. 341-428, c.pr.2).

- Pliego de condiciones de la licitación pública número SRN-161 de 2004, que dio origen al contrato de obra 2562 de 2004 (fl. 430-543, c.pr.3).

- Actas de suspensión y órdenes de reiniciación en desarrollo del contrato de obra pública número 2562 de 2004 (fl. 545-586, c.pr.3).

- Actas de modificación de cantidades de obra, en desarrollo del contrato de obra pública número 2562 de 2004 (fl. 588-600, c.pr.3).

- Contrato entre la abogada Pilar Bibiana Cortés Herrera y OICA (fl. 602-603, c.pr.3).

- Comunicación dirigida a Invías por la Contraloría General de la República del 7 de noviembre de 2006 (fl. 1-6, c.pr.4).

- Contrato número 3409 de 2008, suscrito entre el Consorcio Alfa y el Instituto Nacional de Vías (fl. 8-23, c.pr.4).

- Libro Bitácora de obra (fl. 25-86, c.pr.4).

- Estudio para el diseño de pavimentos de la vía Sombrerillos-San Agustín-Parque Arqueológico, presentado por OICA (fl. 88-129, c.pr.4).

- Informes mensuales de interventoría (fl. 131-1965, c.pr.4-13).

3.2. Proceso 2011 00561

- Actos administrativos demandados: Resolución 01310 del 5 de abril de 2010, por medio de la cual se declara ocurrido el siniestro de estabilidad de las obras objeto del contrato 2562 de 2004, suscrito entre OICA S.A, y el Instituto Nacional de Vías. Resolución 03486 del 4 de agosto de 2010 por la cual se confirma en todas sus partes la Resolución 01310 de 2010. Constancia de fijación en cartelera (fl. 26-52, c.1) y recursos de reposición (fl. 254-319, c.1).

- Contrato de obra pública número 2562 de 2004 y seis adicionales (fl. 53-62, c.1).

- Actas de suspensión (fl. 63-87, c.1).

- Pliego de condiciones de la licitación pública SRN-161 de 2004 (fl. 89-153, c.1).

- Póliza única de seguro de cumplimiento A-0049552, sus condiciones generales y actos de aprobación (fl. 155-178, c.1).

- Acta de entrega final de obra (fl. 180-188, c.1).

- Órdenes de reiniciación (fl. 189-207, c.1).

- Oficios de OICA y sus anexos (fl. 208-214, 216-252, 574-578, 582-585, c.1), del Administrador de Mantenimiento Vial (fl. 325-332, 407-432, 572-573, 579-581, 586-604, 725-750, c.1), de DIA LTDA (fl. 334-343) y memorandos de Invías (fl. 345-353, 604-634, 636-641, c.1).

- Fotografías (fl. 532-537, c.1).

- Testimonios de Ferney José Marín Varón y Ana Lucía Martínez Orozco (fl. 768-771, c.1).

- Documentos allegados con escritos de alegatos (fl. 855-866, 897-914, c.1).

4. Caso concreto

En el proceso se discute la legalidad de las resoluciones 01310 y 03486 de 2010, proferidas por Invías; mediante la primera se declaró la ocurrencia del siniestro de estabilidad de obra dentro del contrato de obra pública número 2562 de 2004 suscrito entre dicho Instituto y Oica S.A; la segunda confirmó esa decisión; y que como consecuencia, se acojan las varias pretensiones que plantean Oica S.A. y Mundial de Seguros.

4.1. Respecto del contrato de seguro en la contratación estatal, se encuentra que si bien es cierto a primera vista se observa como si las autoridades desconocieran que están obligadas a garantizar el derecho de la buena fe (Artículo 83, C. Po) y por ello suponen que sus contratistas no van a ser leales a los compromisos de los negocios jurídicos que suscribirán y prefieren asegurarse ante varias de las conductas en las que pueden faltar, no es menos cierto que su utilización tiene como propósito la protección del patrimonio público, además de dotar de seguridad y eficiencia el cumplimiento de las funciones del Estado. De ahí que exigen que una compañía de seguros se obligue a responder por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el tomador, en razón de la existencia de un contrato estatal, en aras de salvaguardar el erario.

La Ley 80 de 1993 (Artículo 25.19) disponía para el momento del perfeccionamiento del contrato 2562 de 2004, que el contratista -Con las excepciones que fijaba- de manera obligatoria debía -"*Prestará*"- otorgar una garantía única que avalara el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato; con la Ley 1150 de 2007 se derogó dicha disposición (Artículo 32) y dictó su nueva reglamentación en términos similares (Artículo 7).

Se determinaron dos clases de garantías: La de seriedad de la propuesta y la Garantía Única de Cumplimiento, la cual debía contemplar el amparo de varios riesgos, como los de buen manejo y correcta inversión del anticipo, cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, calidad del bien o del servicio, el correcto funcionamiento de los equipos y el pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones; entre otras normas jurídicas sobre el tema, regía entonces el Decreto 679 de 1994, artículos 16-19.

Es necesario precisar, que en principio el contrato de seguro se encuentra regulado por el derecho privado; lo que implica que la mayor parte de las disposiciones aplicables se encuentran en el Código de Comercio, por tenerse la actividad aseguradora como de carácter comercial; también se aplica que las estipulaciones pueden tener un origen convencional, que se materializa con las condiciones particulares incorporadas en la póliza. No obstante, en materia de contratación estatal el tema se encuentra permeado por el derecho público que tiene el carácter imperativo.

4.2. El amparo de estabilidad de obra, objeto de controversia en el proceso, es uno de los riesgos asegurables en la Garantía Única de Cumplimiento; se pacta en los contratos de obra pública, para garantizar que la ejecutada por el contratista cumplirá con las especificaciones exigidas y mantendrá las calidades convenidas. Este amparo no actúa ante cualquier imperfección o defecto, o ante falencias totalmente ajenas al contratista, o las causadas por mal uso o derivadas de errores de diseños o estudios entregados por la contratante, sino ante circunstancias imputables al contratista, entre otras razones, por no usar los elementos con las calidades, especificaciones o cantidades acordadas, o dejar de lado las técnicas o los métodos constructivos que debía utilizar.

El citado Decreto 679 de 1994 prescribía en el artículo 17.d que "*La vigencia de los amparos de estabilidad de la obra, calidad de la obra o servicio suministrado, provisión de repuestos y accesorios deberá cubrir cuando menos por el lapso en que, de acuerdo con el contrato y la legislación civil o comercial, el contratista debe responder por la garantía mínima presunta por vicios ocultos, garantizar el buen funcionamiento de los bienes suministrados, responder por la estabilidad de la obra o asegurar el suministro de repuestos y accesorios. // El término del amparo de estabilidad de la obra lo determinará la entidad según la naturaleza del contrato y no será inferior a cinco (5) años*" y el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el tema en múltiples sentencias, dentro de ellas, la del 5 de diciembre de 2016, M. P. Ramiro Pazos Guerrero, rad. 73001-23-31-000-2001-02407-01, 35057.

El Decreto 679 de 1994 fue derogado por el Decreto 4828 de 2008 "*Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública*"; con posterioridad, el tema se ha reglamentado entre otros, en el Decreto 734 de 2012 y compilado en el Decreto 1082 de 2015.

Tiene este amparo la característica que se exige en periodo post contractual, no lo impide ni el recibo de obra a satisfacción ni la existencia de liquidación del contrato, ni la falta de declaratoria de caducidad del mismo, no requiere previo pronunciamiento judicial, ni reclamación preliminar ante la aseguradora.

Y en principio, por cuanto es viable desvirtuar, cuando la Administración profiere la declaración de siniestro, se encuentran configurados los elementos que trata el artículo 1077 del Código de Comercio, esto es, su ocurrencia y la cuantía de la pérdida.

4.3. En el expediente se acreditó, sin controversia alguna:

- Entre Invías y Oica S.A. se suscribió el 28 de diciembre de 2004, el contrato de obra pública número 2562 de 2004, cuyo objeto era realizar las obras de mejoramiento de la carretera Sombrerillos-San Agustín-Parque Arqueológico, Huila, Ruta 20 HL 01, por $3.019.715.836.oo, incluido Iva, ajustes y obras complementarias, con un plazo inicial de siete meses, y este se adicionó en seis oportunidades (fl 33-48, c.pr.1).

En la cláusula décima novena (En el texto se menciona "*novena*") del contrato se pactó la garantía única y dentro de los amparos que debía asegurar se convino: "*d). La estabilidad de las obras ejecutadas, por el equivalente al treinta por ciento (30%) del valor final de la obra, con vigencia de cinco (5) años contados a partir de la fecha de recibo definitivo de las obras a satisfacción del INSTITUTO*" (fl. 35-envés).

- La Póliza única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales número A-0049552 que se otorgó dentro del contrato, fue expedida por la Compañía Mundial de Seguros S. A. y en ella se incluyó el amparo de estabilidad de obra, con vigencia entre el 30 de agosto de 2006 y el 2 de noviembre de 2011 (fl. 106-127, c.pr.1).

- Invías profirió la Resolución 01310 del 5 de abril de 2010, por medio de la cual declaró ocurrido el siniestro de estabilidad de las obras objeto del contrato 2562 de 2004, suscrito con Oica S.A (fl. 5-11, c.pr.1). Se interpusieron recursos de reposición contra dicha decisión (fl. 50-104, c.pr.1), los que se resolvieron mediante la Resolución 03486 del 4 de agosto de 2010 por la cual se confirmó en todas sus partes la Resolución 01310 de 2010 (fl. 13-31, c.pr.1), la que se notificó (fl. 2-3, c.pr.1).

4.4. Los cargos contra las decisiones demandadas

En las demandas que se radicaron, se les cuestiona:

I. Oica S.A:

i). Prescripción del hecho u operación mediante el cual el Instituto Nacional de Vías declara ocurrido el siniestro de estabilidad de las obras objeto del contrato estatal 2562 de 2004, ii). Expedición irregular del acto administrativo contenido en la Resolución 01310 del 5 de abril de 2010, por ausencia de elementos fácticos y jurídicos que la hagan viable a la luz de la normatividad que rige y ausencia de elementos probatorios que ameritaran la declaratoria del siniestro de estabilidad de obra y dieran lugar a la fijación del monto de la cuantía económica del mismo, iii). Inexistencia de dolo o mala fe por parte de Oica S.A., en la ejecución el contrato de obra pública 2562 de 2004, iiii). Ausencia de responsabilidad administrativa de Oica S.A. por los supuestos daños de carácter post-contractual presentados en la obra relacionada con el contrato estatal 2562 de 2004 de acuerdo a lo afirmado en la parte motiva de los actos administrativos demandados y v). Responsabilidad del Invías.

II. Mundial de Seguros:

i). Ausencia de cobertura según las condiciones generales de la garantía única de cumplimiento N-A 0049552, ii). Falta de demostración de la ocurrencia y de la cuantía del siniestro, indebida motivación del acto administrativo con violación a los artículos 84 del C.C.A., artículos 26 y 59 de la Ley 80 de 1993, iii). Reparaciones efectuadas por el contratista e inexigibilidad del amparo de estabilidad por buen estado de la carretera objeto del contrato de obra No. 2562 de 2004, iiii). Prescripción del Contrato de Seguro, v). Violación al debido proceso, artículos 29 C. Po., Ley 80 de 1993, artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, artículos 14, 14.1, 14.2 y 14.3 del Decreto 4828 de 2008.

Como quiera que los dos demandantes coinciden en varios de los cuestionamientos, se abordarán de manera conjunta los cargos que tengan identidad en su argumentación, independiente de la denominación que se le haya otorgado.

4.5. Respecto del cargo de prescripción, los demandantes consideran (fl. 16-20, exp. 2011-00561; 12-15, exp. 2011-00338) que los dos años extintivos del derecho se deben contar a partir del 28 de noviembre de 2007, fecha desde la cual Invías conocía los daños que se generaban en la obra ejecutada, pues en esa fecha se le remitió por parte de la interventoría del contrato, el oficio AMV-G1-2007-407 (fl. 194 -199, c.pr.1). Luego, al declararse el siniestro el 5 de abril de 2010 con la Resolución 01310 de ese año (fl. 11, c.1), hay prescripción.

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

El oficio al que hacen referencia, el AMV-G1-2007-407 (fl. 195-199, c.pr.1), fue remitido por Maira Bonilla Ramos, Residente AMV-G1, del Consorcio J&B Administración Vial Grupo 1-Invías Territorial Huila, al Director Territorial Huila de Invías, quien lo recibió el 29 de noviembre de 2007, y tenía como referencia, "*Seguimiento estado del pavimento contrato 2562-04-sector Sombrerillos-San Agustín-Parque Arqueológico*". Informaba:

> *"En general el pavimento presenta buen estado. Sin embargo, algunos sitios comprendidos particularmente entre el PR1 al PR4 presentan indicios de deterioro en su mayoría incipientes, pero requieren un tratamiento a corto plazo para evitar el incremento acelerado de los daños observados.*
>
> *En la mayoría de los sectores reportados en el cuadro de inspección de daños presenta pérdida de agregados y cabezas duras. La severidad de estos daños es baja, sin embargo se observan otros daños adyacentes como algunas fisuras en piel de cocodrilo y figuración incipiente que pueden trascender a fisuras en bloque, piel de cocodrilo y descascaramientos.*
>
> *En una amplia longitud, tanto en el carril izquierdo como el derecho, se aprecian fisuras longitudinales en juntas de construcción; igualmente, acompañadas con otros daños moderados como pérdida de agregados y fisuración incipiente. (...)*
>
> *A la fecha no se presentan daños de consideración, pero es necesario requerir al contratista para que efectúe actividades de sello de fisuras con arena-asfalto o arena-emulsión,*
>
> *Por otra parte, se recomienda una inspección detallada con la participación del contratista, Territorial Huila y Administración Vial; con el fin de definir otras actividades a que hubiera lugar y un cronograma para la ejecución de las mismas*

por parte del contratista; conforme a la garantía del contrato No. 2562-04 y con el fin de preservar la estabilidad de la obra ejecutada".

Este Informe le fue remitido al Contratista Oica S.A. por el Invías con la Comunicación DTHUI 1035 del 3 de diciembre de 2007 (fl. 194, c.pr.1), en el que se le cita para el 7 de diciembre de 2007 a la visita propuesta, y se le requiere a "*como se van a adelantar las acciones de reparación al pavimento que son necesarias con el fin de preservar la estabilidad de la obra*".

Por su parte, la entidad considera en la Resolución 03486 de 2010 (fl. 28-30, c.pr.1) cuando resolvió los recursos de reposición contra la Resolución 01310 de 2010, que al no haber realizado el contratista las reparaciones respectivas, "*esta Subdirección procedió a solicitar los descargos a OICA S.A. mediante oficio SRN 21381 del 6 de junio de 2008 y a comunicar el inicio del proceso de declaratoria de siniestro de estabilidad a MUNDIAL DE SEGUROS S.A. a través de oficio SRN 21380 de la misma fecha*".

Y por ello, sobre el término de prescripción, considera que "*Entonces no es de recibo lo alegado por la atacante por cuanto la Entidad tuvo certeza que el contratista no repararía la obra y que debía proceder a declarar el sinestro a partir del 6 de junio de 2008, fecha a partir de la cual debe contabilizarse los dos (2) años que establece la ley, específicamente el artículo 1081 del Código de Comercio, para que opere el término de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro*" (fl. 29, c.pr.1).

Pero en la contestación de la demanda plantea un criterio distinto al oponerse al cargo de prescripción: El "*conocimiento, de deterioro de la vía se concreta o se establece técnicamente, en el informe AMG-G1-2008-127 de 18 de abril de 2008, lo que origina el oficio SRN 21381 de 6 de junio de 2008 (...) Luego, es claro que el conocimiento de las fallas se concretan el 18 de abril de 2008, fecha a partir de la cual el INVÍAS, tiene la facultad legal de hacer la investigación, estudio, valoración del daño y de contera declaratoria de su ocurrencia y tasación de la cuantía del referido daño y no como lo pretende hacer ver el actor, esto es, el 28 de noviembre de 2007 (...)*" (fl. 77, 393, c.1). Luego, no hay prescripción.

Sobre este aspecto concreto del tema que se discute, el Consejo de Estado (M. P. Alberto Montaña Plata, 5 de mayo de 2020, rad. 25000-23-26-000-2008-00262-01, 47166) consagra:

> "87. Esta Corporación ha sostenido, de manera uniforme, que las entidades que son beneficiarias de contratos de seguro y tienen la facultad de declarar la ocurrencia de siniestros mediante actos administrativos, deben hacerlo dentro del término de prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio". Al tenor de la norma: (...)
>
> 89. Como puede apreciarse de la lectura del artículo 1081 del Código de Comercio, el término de prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro es de 2 años, y corre a partir del momento en que el interesado –la entidad beneficiaria del contrato de seguro, en el caso de garantías de cumplimiento otorgadas en

> contratación estatal- haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. Así, desde el momento en que la entidad tiene conocimiento del hecho que da base a la acción, cuenta con un término de 2 años para proferir un acto administrativo mediante el cual declare la ocurrencia de un siniestro y su cuantía. (...)
>
> 92. Para la Sala, el entendimiento del Tribunal y de la Secretaría de Educación no es correcto, puesto que, respecto del amparo de estabilidad de la obra, el término de prescripción ordinaria de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio empieza a correr desde el momento en que se tiene o se ha debido tener conocimiento de determinado deterioro de la obra ocurrido durante la vigencia del mencionado amparo y no, como lo indicaron el Tribunal y la Secretaría de Educación, desde que se alcanza un grado de certeza sobre la magnitud del daño y la causa del mismo[4]. El conocimiento *"cualificado"* del hecho que da base a la acción a partir del cual el Tribunal computó el término de prescripción bienal de las acciones derivadas del contrato de seguro, no se corresponde con lo establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio, norma esta de orden público, que no puede ser modificada, ni siquiera por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Finalmente, no sobra precisar que, por regla general, de presentarse varios defectos en la obra, el término de prescripción correrá independientemente respecto de cada uno, salvo que todos ellos se hayan conocido o debido conocer en el mismo momento".

La sentencia que se acaba de transcribir reitera el criterio de nuestra Alta Corte, en el sentido que en la declaratoria del siniestro de estabilidad de obra, se pueden presentar dos momentos relevantes: i). Cuándo la entidad contratante tiene o ha debido tener conocimiento de determinado deterioro de la obra; ii). Cuándo la entidad alcanza un grado de certeza sobre la magnitud del daño y su cuantificación y la causa del mismo. Y precisa que para contar el término de prescripción, se hará a partir del primero de estos dos escenarios.

En el expediente se probó que Invías conoció los daños que se presentaban en la obra ejecutada, el 29 de noviembre de 2007, cuando recibió el oficio AMV-G1-2007-407 (fl. 195-199, c.pr.1) que le remitió Maira Bonilla Ramos, Residente AMV-G1 del Consorcio J&B Administración Vial Grupo 1-Invías Territorial Huila, en el que le informaba del *"Seguimiento estado del pavimento contrato 2562-04-sector Sombrerillos-San Agustín-Parque Arqueológico"*. Son claros y precisos los términos que se utilizaron sobre los daños encontrados: *"(...) requieren un tratamiento a corto plazo para evitar el incremento acelerado de los daños observados.// En la mayoría de los sectores reportados en el cuadro de inspección de daños presenta pérdida de agregados y cabezas duras. La severidad de estos daños es baja, sin embargo se observan otros daños adyacentes como algunas fisuras en piel de cocodrilo y figuración incipiente que pueden trascender a fisuras en bloque, piel de cocodrilo y descascaramientos. // En una amplia longitud, tanto en el carril izquierdo como el derecho, se aprecian fisuras*

---

[4] Desde el momento en que adquiere conocimiento acerca del deterioro de la obra, la entidad debe adelantar las actividades necesarias para obtener la certeza técnica de la causa del daño y determinar su cuantía, para así establecer si el mismo es imputable al contratista y, de ser así, el valor por el cual debe ser declarada la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra. El resultado de estas actividades será el fundamento del acto administrativo de declaratoria de ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que el término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro empiece a correr a partir del momento en que se conoce el resultado de las mencionadas actividades, pues ello implicaría dejar en manos del interesado la determinación del momento en el cual debe comenzar a contabilizarse el término prescriptivo.

longitudinales en juntas de construcción; igualmente, acompañadas con otros daños moderados como pérdida de agregados y fisuración incipiente. (...) conforme a la garantía del contrato No. 2562-04 y con el fin de preservar la estabilidad de la obra ejecutada".

La situación era de tal magnitud, que ya advertía problemas de la "*estabilidad de la obra ejecutada*", frente a lo cual, el Instituto requirió de manera perentoria al Contratista Oica S.A. cuando le remitió dicho informe con la Comunicación DTHUI 1035 del 3 de diciembre de 2007 (fl. 194, c.pr.1), en el que lo citó para el 7 de diciembre de 2007 a una visita y le exige "*como se van a adelantar las acciones de reparación al pavimento que son necesarias con el fin de preservar la estabilidad de la obra*".

Es claro que ya en estas dos fechas, 29 de noviembre y 3 de diciembre de 2007, Invías sabía de la existencia de problemas que afectaban "*la estabilidad de la obra ejecutada*".

Lo cual corroboró la entidad estatal el 7 de diciembre de 2007, cuando realizó la visita a la obra, tal como lo registró el Director Territorial en el Memorando DT-HUI 19704 que remitió al Subdirector de la Red Nacional de Carreteras del Instituto: "*El día 7 de diciembre de 2007 se practicó una visita de obra en la cual se profirió la correspondiente Acta de visita de obra y se pactaron unos compromisos por parte del contratista para ejecutar los trabajos de reparación del pavimento deteriorado. De esta acta se le remitió copia a la Aseguradora y a la inteventoría mediante oficios DTHUI-1127 dirigido a la MUNDIAL DE SEGUROS dando a conocer los hechos y lo actuado a la fecha con respecto a los daños registrados*" (fl. 212, c.pr.2).

Agregó que la Administración Vial en desarrollo del seguimiento a las obras, mediante oficio AMV-G1-2008-103 del 1 de abril de ese año, "*da a conocer a la Dirección Territorial sobre el incumplimiento de los compromisos pactadas en el Acta de visita del 7 de diciembre de 2007 con respecto a la reparación de los daños detectados*" (fl. 212, c.pr.1).

De manera que los daños que inicialmente se le reportaron a Invías el 29 de noviembre de 2007 por su propia Administración Vial, se constataron el 7 de diciembre de ese año por el mismo Instituto en la visita que realizó, cuando los identificó de manera precisa y se convino que Oica haría las reparaciones correspondientes.

Y fue por esos daños, que el Invías declaró el siniestro de inestabilidad de obra, como se demuestra cuando la entidad tuvo como fundamento de la decisión, lo que se verifica en la Resolución 03486 de 2010 (fl. 28-30, c.pr.1) al resolver los recursos de reposición contra la Resolución 01310 de 2010, que al no haber realizado el contratista las reparaciones respectivas esto es, las detectadas en la visita del 7 de diciembre de 2007, "*esta Subdirección procedió a solicitar los descargos a OICA S.A. mediante oficio SRN 21381 del 6 de junio de 2008 y a comunicar el inicio del proceso de*

declaratoria de siniestro de estabilidad a MUNDIAL DE SEGUROS S.A. a través de oficio SRN 21380 de la misma fecha".

Por lo tanto, se establece que en este caso, los dos años de prescripción exigidos en el artículo 1081 del C. Co., se cuentan a partir del 8 de diciembre de 2007, día siguiente al momento en el que la entidad contratante tuvo el conocimiento cierto y directo del deterioro de la obra ejecutada por Oica S.A. en razón del contrato 5262 de 2004, fecha para la que además, se encontraba vigente el amparo de estabilidad de obra (fl. 106-127, c.pr.1).

De manera consecuencial, se desvirtúan los planteamientos de Invías sobre que el cómputo debe iniciarse a partir del oficio SRN 21381 del 6 de junio de 2008 (fl. 29, c.pr.1, Resolución 03486 de 2010) o desde el informe AMG-G1-2008-127 de 18 de abril de 2008, que originó el oficio SRN 21381 de 6 de junio de 2008 (fl. 77, 393, c.1, contestación de la demanda), toda vez que en este del 18 de abril de 2008 (fl. 208-210, c.pr.2) se presenta un cuadro de cantidades y costos que se proponen ante los daños encontrados, y cita el oficio DTHUI 1216 del 9 de abril de 2008 de Invías a la Administración Vial JB (fl. 204, c.pr.2), en el que a su vez expresa que *"considerando el incumplimiento del contratista a los compromisos estipulados en el Acta de Visita de Obra de Diciembre 7 de 2007 (...) le solicito con carácter urgente realizar una evaluación de estos daños determinando de forma detallada las fallas del pavimento, su cuantificación, y las responsabilidades (...) con el fin de hacer el requerimiento formal ante la Aseguradora"*. Significa que aquí se ratifica que los daños en las obras ejecutadas por Oica se constataron con precisión el 7 de diciembre de 2007 y al no haberlos reparado el contratista, se inicia el procedimiento de establecer en detalle el grado de certeza sobre la magnitud de los mismos, su cuantificación y la causa, para la declaración del siniestro de estabilidad de obra (fl. 215, c.pr.2); es decir, completar las razones (Grado del deterioro, cuantía, entre otras) de la decisión a adoptar, que como lo determinó nuestra Alta Corte, es posterior a aquél que se debe tener para el inicio de los dos años de prescripción.

De ahí que los dos años fijados en el artículo 1081 del C. Co. que tenía Invías para declarar la ocurrencia del siniestro de estabilidad de obra de la póliza A-0049552, se vencieron el 8 de diciembre de 2009, que por tratarse de un día festivo, no hábil, se extendió hasta el 9 de ese mes y año.

Y he aquí que la Resolución 01310 que lo declaró, se expidió el 5 de abril de 2010 (fl. 5-11, c.pr.1); con lo que se prueba que se hizo por fuera del término legal de que disponía el Invías.

Luego, en el presente caso, tuvo ocurrencia la figura jurídica de la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro.

En consecuencia, prospera el primer cargo que se les endilgó a las decisiones demandadas, lo que conduce a declarar su nulidad. Y por

sustracción de materia, no se abordarán los demás cuestionamientos que realizaron los demandantes.

4.6. Por lo tanto, y ante el problema jurídico planteado, se responde que son ilegales las Resoluciones 01310 de 2010 y 03486 de 2010 del INVÍAS, por medio de las cuales se declaró y luego se confirmó la ocurrencia del siniestro de estabilidad de obra, dentro del contrato número 2562 de 2004, suscrito entre Invías y Oica S.A.

En consecuencia, se anularán.

4.7. Ante las demás pretensiones de las demandas, en especial la que radicó Oica, no ameritarían pronunciamiento, toda vez que hacen referencia a circunstancias consecuenciales a la declaratoria de nulidad que se hará en la parte resolutiva de esta sentencia y de cumplimiento de la decisión.

No obstante, se ordenará como consecuencia de la nulidad que se declara, que Invías debe reintegrarles a Oica y a la compañía de seguros las sumas que estas hayan pagado o se le hayan retenido o recaudado en razón de las resoluciones que se anulan con intereses moratorios a la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado (Artículo 4.8, Ley 80 de 1993) con la fórmula que aplica la Jurisdicción Contencioso Administrativa.[5]

Y respecto de la pedida por Oica de ordenar que Invías le pague $40.000.000 por los gastos de defensa y representación judicial derivados del contrato que suscribió con Pilar Bibiana Cortés Herrera, se establece que esa circunstancia no constituye un daño antijurídico.

En efecto, nuestra Alta Corte sobre el análisis de la obligación de soportar el daño, el Consejo de Estado la ha estructurado a partir de la verificación de tres circunstancias *"i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable", en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social".*

En este proceso se descarta la ocurrencia de la connotación de lo antijurídico del daño, toda vez que Invías sin perjuicio de la decisión anulatoria que se adopta pues la entidad se respaldó en otros criterios que a pesar que los encontró pausibles no se comparten, actuó dentro de las facultades legales que le correspondían (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, contrato 2562 de 2004), la declaratoria del siniestro fue un riesgo que asumió el contratista para el cual incluso llamó a un tercero que lo asumiera a su nombre y del cual era ampliamente conocedora Oica desde el momento

---

[5] La fórmula es Va (valor a pagar) = Rh (valor histórico) * If (IPC certificado por el Dane para el último mes con dato disponible anterior al de la fecha en la que se realice el pago) / Ii (IPC certificado por el DANE para el mes de ejecutoria de esta sentencia). Así:

$$Va = Rh * \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

en el que decidió participar en el proceso de selección del que resultó adjudicataria del contrato y porque pretendía Invías hacer prevalecer el interés general.[6]

Además, la asunción de los gastos de defensa jurídica en vía administrativa y de representación judicial por parte de los contratistas resulta razonable, dado su objeto social y el giro ordinario de sus negocios, que incluso como administrativos que son, deben tenerlos presentes a la hora de fijar el precio de sus ofertas; y en este caso, ya la contratante se los pagó y no resultaría dable intentar su cobro de nuevo pues se trataría de un pago doble y enriquecimiento sin causa.

En el tráfico jurídico se presentan distintos riesgos, entre ellos el administrativo y judicial o de litigio, que se deben presupuestar. De esta forma, se tiene que para la existencia misma del Estado Social de Derecho, para la prevalencia del interés general y para la materialización de la cooperación social, los sujetos de derecho deben cumplir con la mínima carga de asumir su defensa en los procedimientos administrativos y comparecer a juicio, para que los Jueces de la República como titulares de la función de juzgamiento, diriman las controversias suscitadas entre los particulares y como en este caso, las entidades estatales.

Ello sin desconocer que la manera en que acudió Oica al proceso, la representante judicial que eligió –Quien integra su Junta Directiva-, las estipulaciones contractuales que pactó, la forma de pago, el valor y las particularidades del mismo, son asuntos que sólo competen a Oica y a quien era su apoderada; y que sólo en circunstancias excepcionalísimas, en las que se observe mala fe, conducta temeraria o abuso del derecho deban ser asumidas por quien provocó el proceso, situación que como ya se expuso, no se presentó en el caso objeto de examen.

Recuérdese entonces que en cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la "*antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño*"[7], debido a que el deber de reparación estatal debe estar armonizado con los postulados del Estado Social de Derecho en particular, a la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración[8].

Lo anterior, atendiendo también a los principios consagrados en la Constitución Política, tales como la solidaridad y la prevalencia del interés general (Artículo 1) y la igualdad (Artículo 13), y en la garantía integral del

---

[6] RAWLS, John, Liberalismo político, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279. Citado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación Número Bogotá, D.C., 7 de septiembre de dos mil quince 2015 Radicación: 54001-23-31-000-1999-01081-02 (34158)), y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 16 de Febrero de 2017. Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación Número 52001-23-31-000-2001-00960-01 (33976).

[7] Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

[8] Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2 y 58; los que no se observan vulnerados.

Luego, "*para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de una daño cierto, que afecta, vulnera, aminora, o genera un detrimento en derechos, bienes o intereses jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece.*"[9]

Por lo tanto, la erogación derivada de la actividad contractual que asumió Oica, debía ser soportada o asumida a su cargo, en defensa de sus propios intereses y en aplicación de normas jurídicas citadas, la cual es razonable en clave de sus derechos constitucionalmente reconocidos, fundada en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, y de la cooperación social.

Con todo lo expuesto y probado, se establece que no se le produjo un daño a la demandante que tenga la connotación de antijurídico, pues al contrario, la erogación efectuada tuvo un fin legítimo, legal, justificado, retribuido en aras de sujetarse a pactos contractuales que le brindaron de su parte obtener ingresos públicos de Invías, y estaba en sus cuentas normales producto del ejercicio económico al que se dedicaba como contratista del Estado en asuntos, en este caso, de ejecución de obra pública.

En procesos como el actual cuando no se acredita la existencia del daño con la connotación de antijurídico, no hay lugar a analizar ni a definir si se presentan las otras circunstancias o elementos que se les endilgan a las entidades y de manera consecuencial, procede declarar que también se niega esta pretensión.[10]

5. Otras decisiones

5.1. Costas. No se condena en costas por el trámite en ésta instancia, toda vez que de la conducta de las partes no se evidencia mala fe, ni son constitutivas de temeridad ni de abuso del derecho.

5.2. Comunicación y remisión. Se ordenará que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca:

---

[9] Sentencia del 16 de Febrero de 2017. Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación Número 52001-23-31-000-2001-00960-01 (33976).

[10] El Consejo de Estado considera inoficioso e inocuo otros análisis ante la ausencia del daño (M.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 2007-00019, 37843, 29 de mayo de 2014 y M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 1998-01789, 31331, 28 de agosto de 2014).

i). Se remita copia de esta sentencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público en carácter de mera información.

ii). Y el expediente al Tribunal Administrativo del Huila para que prosiga con los trámites procesales, incluido el de notificación de la sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. DECLARAR la nulidad de las resoluciones 01310 y 03486 de 2010 expedidas por el Instituto Nacional de Vías –Invías-, por las cuales declaró y confirmó el siniestro de estabilidad de las obras amparada en la Garantía Única de Cumplimiento N-A0049552, dentro del contrato 2562 de 2004 suscrito con Oica S.A. Y en consecuencia, **ORDENAR** que Invías les reintegre a Oica y a la compañía de seguros las sumas que estas hayan pagado o se le hayan retenido o recaudado en razón de las resoluciones que se anulan, con intereses moratorios a la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado con la fórmula que aplica la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conforme con lo expuesto en el acápite 4.7. de las consideraciones.

SEGUNDO. NEGAR las demás pretensiones de las demandas.

TERCERO. DECLARAR que no hay condena en costas.

CUARTO. ORDENAR que previas las anotaciones de rigor, por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca: (i) Se remita copia de esta providencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información, y (ii) Se devuelva el expediente al Tribunal Administrativo del Huila, para que prosigan los trámites procesales que correspondan, incluido el de notificación de la sentencia.

QUINTO. DAR cumplimiento a lo dispuesto en esta sentencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 176 y 177 del C.C.A, para lo cual se expedirán por el Tribunal Administrativo del Huila las copias, comunicaciones, certificaciones y demás documentos correspondientes, conforme con las exigencias del artículo 114 del Código General del Proceso.

SEXTO. ORDENAR que por Secretaría del Tribunal Administrativo del Huila, se liquiden los gastos del proceso y si lo hubiere, devolver a la parte demandante el saldo respectivo.

SÉPTIMO. ORDENAR que en firme en el Tribunal Administrativo del Huila esta decisión, se archive el expediente, previos todos los registros que correspondan.

La presente providencia fue aprobada por la Sala de Decisión en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado

YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada