

RESOLUCIÓN No. 823 - - - DE 2021

Por medio de la cual se resuelve el recurso de Reposición interpuesto contra la Resolución No. 2751 de 2020

EL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA

En virtud de las facultades constitucionales y legales, y en especial las consagradas en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, y demás normas concordantes, y

CONSIDERANDO

1.- Que la Gobernación del Departamento de Arauca suscribió con el CONSORCIO VIAS DE ARAUCA LA BENDICION representado por JOSE LUIS CHAUSTRE ALVAREZ el Contrato de Obra No. 304 de 2015, cuyo objeto contractual era la "PAVIMENTACION DE LA VIA COROCORO CRAVO NORTE, EN EL DEPARTAMENTO DE ARAUCA", por un valor total de ONCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS CON VEINTE CENTAVOS M/CTE (\$11.498.869.766,20). En el presente contrato se realizó el mejoramiento a nivel pavimento flexible de la vía que conduce desde Corocoro – Cravo Norte, siendo el inicio de los trabajos el K2+968 y la terminación en el K 6+641, la obra comprendió la reconformación del terraplén, ampliación y construcción de banca, la instalación de la estructura de material granular menor de 4" en crudo de río, la instalación de la sub base y base granular y la construcción de capa de rodadura completando la estructura de pavimento flexible como actividades más representativas (según acta de liquidación Pág. 5).

2.- Que el Contrato en mención fue liquidado bilateralmente mediante Acta de fecha 30 de agosto de 2016.

3.- Que mediante Resolución No. 2751 de fecha 30 de diciembre de 2020, la administración departamental declaró la ocurrencia del siniestro por el riesgo de estabilidad de la obra en el Contrato de Obra No. 304 de 2015, ejecutado por el Consorcio Vías de Arauca la Bendición, igualmente como consecuencia de la declaratoria de siniestro se hace efectiva la póliza de Estabilidad de la Obra No. 33 GU026999 expedida el 09 de agosto de 2016 por la Compañía de Seguros CONFIANZA, cuantificado los perjuicios causados con el siniestro por el riesgo de Estabilidad de la Obra, en la suma de DOS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES MIL SETECIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON NUEVE CENTAVOS (\$2.484.001.741,09).

"CONSTRUYENDO FUTURO"

Página 1 de 17



RESOLUCIÓN No. 823-- DE 2021

4.- Que debidamente notificadas las partes involucradas, el señor JOSE LUIS CHAUSTRE ALVAREZ, en calidad de representante del CONSORCIO interpone recurso de reposición en contra de la Resolución No. 2751 de 2020, el cual podemos sintetizar de la siguiente manera:

La primera objeción se relaciona con la violación de los artículos 1077 y 1088 del Código de Comercio, manifestando que es claro que no existen los elementos necesarios y fundamentales para que la entidad, en su calidad de asegurada demuestre que los daños ocurridos son objeto y consecuencia natural de un incumplimiento exclusivamente atribuible al contratista, contrario a lo indicado por la Gobernación en la Resolución. Que el estudio técnico que soporta el acto administrativo, no cuenta con los elementos necesarios que permitan acreditar a través de los medios probatorios y procedimientos técnicos legalmente aceptados, la cuantía de la pérdida o de los perjuicios ocasionados, en este caso del valor de la obras por restaurar o reconstruir. Concluye que el contratista actuó con la diligencia y debido cuidado frente al cumplimiento de las obligaciones previstas y actuando en todo momento dentro de lo previsto contractualmente, que tan es así que todo fue aprobado por la interventoría y todos los informes y documentos que se aportan en esta oportunidad demuestran la diligencia del consorcio.

La segunda objeción se fundamenta en la Nulidad del acto administrativo por falsa motivación. En este caso el recurrente ataca nuevamente el estudio técnico señalando que da cuenta de una posible comparación de estructura, pero que fue realizado sobre elementos comparativos equivocados, y por lo tanto, no permiten obtener un correcto diagnóstico cualitativo y cuantitativo de los daños presentados en la obra, como tampoco del valor de las obras deterioradas y menos aún permiten determinar que en realidad los daños encontrados en la vía eran atribuibles al contratista y no a la entidad contratante o al deterioro natural de la obra. Que el acto administrativo de declaratoria de siniestro se debe soportar con estudios y análisis técnicos debidamente acreditados y aceptados dentro del gremio constructor, según las especificaciones de INVIAS y los elementos de medición que estén debidamente calibrados y certificados de tal forma que resulten ser una fuente confiable para fundamentar la decisión. Concluye que el estudio por sí solo no constituye soporte para declarar el siniestro, que es necesario compararlo con el estado en que fue entregada la obra precisando que el deterioro actual no es producto de su uso normal en el tiempo transcurrido, sino que las causas del mal estado se originaron por la inexactitud técnica de las condiciones pactadas.

"CONSTRUYENDO FUTURO"

Página 2 de 17



RESOLUCIÓN No. 823 - - - DE 2021

El tercer punto de la objeción, hace referencia a la violación del artículo 2º y 9 de la Constitución Política. Indicando que se vulnera el derecho al debido proceso que le asiste al contratista, el cual se debía materializar a través de la práctica de pruebas técnicas de laboratorio, estudio y análisis de las capas y materiales utilizados en la obra, resistencia de los materiales, medición de las obras en estado de deformación, cualificación y cuantificación de las irregularidades y daños sufridos en las obras ejecutadas, que afectaron su estabilidad y calidad, así como la determinación de responsabilidades para establecer a quien se atribuye esta anomalía. Que salvo que la entidad acepte y decrete las pruebas solicitadas, se estaría vulnerando al contratista su derecho de defensa.

El último punto de la objeción, se relaciona con la Prescripción de la Acción derivada del Contrato de Seguro. En este aparte el recurrente cita el artículo 1081 del Código de Comercio, señalando que a la fecha de la expedición de la Resolución 2751 de 2020, la acción ya había prescrito en la medida que, tal y se relata en los hechos desde el año 2016 la entidad conoció del hecho que da base a la acción. Esto es, el daño alegado y supuestamente atribuible al contratista pasando entonces más de los dos (2) años previstos en el Código de Comercio como término para que no prescribiera la acción y el derecho que le asistía a la entidad para reclamar cualquier daño.

FUNDAMENTOS DE LA ADMINISTRACION PARA RESOLVER EL RECURSO:

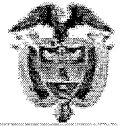
Como primera medida entraremos a analizar el último punto de la objeción, es decir, el relativo a la oportunidad que tenía la administración departamental para declarar el siniestro de estabilidad de la obra, y como segundo punto se entrará a analizar el correspondiente a la violación del debido proceso.

1.- Para determinar las fechas de la ocurrencia del siniestro, es necesario acudir a los antecedentes del que reposan en los documentos digitales obrantes en el expediente, así:

1).- Copia digital del acta de liquidación del Contrato No. 304/15 de **fecha 30 de agosto de 2016**, y mediante la cual las partes deciden liquidar de forma bilateral el contrato en mención.

2).- En el archivo digital enviado encontramos una carpeta denominada "CORRESPONDENCIA ENVIADA Y RECIBIDA", en la carpeta hallamos a la vez otra

"CONSTRUYENDO FUTURO"



RESOLUCIÓN No. 823 - - DE 2021

carpeta denominada "Comunicaciones Entidad", en la cual encontramos nueve (9) oficios suscritos por la administración departamental y dirigidos al CONSORCIO ITAFA R/HECTOR VILLABONA GUATIBONZA y J&F INGENIERIA Y TOPOGRAFIA SAS R/TATIANA SARMIENTO MENDOZA, en dichos oficios se le solicita lo siguiente:

- Oficio de **fecha 13 de marzo de 2017**, se solicita visita técnica al sitio objeto de la pavimentación, en el cual se están presentando una serie de afectaciones tales como fisuras longitudinales en varios sectores de la vía, en caso de constatar la información requerir al contratista para que este haga las respectivas reparaciones;
- Oficio de **fecha 28 de marzo de 2017**, se solicita nuevamente visita técnica al sitio objeto de la pavimentación, en el cual se están presentando una serie de afectaciones tales como fisuras longitudinales en varios sectores de la vía, en caso de constatar la información requerir al contratista para que este haga las respectivas reparaciones;
- **Oficio de fecha 03 de mayo de 2017**, se solicita nuevamente visita técnica al sitio objeto de la pavimentación, en el cual se están presentando una serie de afectaciones tales como fisuras longitudinales en varios sectores de la vía, en caso de constatar la información requerir al contratista para que este haga las respectivas reparaciones;
- **Oficio de fecha 06 de marzo de 2018**, radicado 2018080001481-2, se solicita se realice visita técnica al sitio objeto de la pavimentación, en la cual se están presentando una serie de afectaciones tales como fisuras longitudinales en varios sectores de la vía;
- **Oficio de fecha 02 de abril de 2018**, radicado 2018080001995-2 en donde se informa que la visita programada para el 04 de abril de 2018, se debe fijar para el 5 de abril de 2018, teniendo en cuenta que la Procuraduría se encuentra haciendo auditoria y se programó visita para dicho día;
- **Oficio de fecha 11 de abril de 2018**, informa a la interventoría sobre la solicitud de la comunidad de la reparación inmediata de las afectaciones que se están presentando en el sitio objeto de la pavimentación, y que teniendo en cuenta que se siguen presentando las afectaciones programan visita técnica para el 18 de abril de 2018, de no presentarse se tomarán las medidas pertinentes;
- **Oficio de fecha 02 de mayo de 2018**, en este oficio se señala que dadas las afectaciones que se vienen presentando en la vía de la vía, y se ha hecho caso omiso a dicha solicitud, la administración tomará las acciones pertinentes;
- **Oficio de fecha 05 de septiembre de 2018**, en donde se solicita a la interventoría, teniendo en cuenta las visita realizada, en aras de dar solución a las afectaciones que se están presentando en la vía pavimentada, solicita

"CONSTRUYENDO FUTURO"



RESOLUCIÓN No. 823 - - DE 2021

nuevamente informe técnico con las alternativas de solución propuestas y aprobadas;

- **Oficio de fecha 18 de septiembre de 2018**, con ocasión de la visita programada por la Contraloría General, se solicita acompañamiento de la interventoría para la diligencia programada el día 21 de septiembre de 2018, igualmente se le solicita informar que acciones ha realizado la interventoría en aras de conminar al contratista a la realización de acciones para el mejoramiento de los daños constructivos evidenciados;

3).- En el archivo digital enviado encontramos también dentro de la misma Carpeta enunciada, otra carpeta denominada "COMUNICACIONES INTERVENTORIA EXTERNA", en la cual encontramos una serie de oficios determinados de la siguiente manera:

- Oficio del Consorcio ITAFA dirigido al Consorcio Vías de Arauca la Bendición de **fecha 07 de marzo de 2018**, por medio del cual se solicita nuevamente se realicen las labores técnicas necesarias para que se estudien, evalúen las afectaciones presentadas en el pavimento instalado en el contrato 304 de 2015, ya que la Gobernación de Arauca mediante **oficio No. 2018080001481-2 del 6 de marzo de 2018**, manifiesta que se están presentando fisura en varios sectores del tramo intervenido y requieren visita al sector y presentar informe;
- Oficio del Consorcio ITAFA dirigido a la administración departamental con **fecha 9 de marzo de 2018**, en donde se hace entrega del informe entregado por el Consorcio Vías de Arauca la Bendición, y se solicita fijar una fecha para realizar una visita técnica;
- Oficio del Consorcio Vías de Arauca la bendición de **fecha 8 de mayo de 2018**, en donde informa que el Consorcio siempre ha estado atento a los requerimientos realizados por la interventoría, la Gobernación y la comunidad, y que las comunicaciones que ha emitido la gobernación no han llegado a sus oficinas y que no tienen registros en sus correos electrónicos, y que por tal razón no se han atendido, igualmente señala que realizará un estudio detallado para determinar este tipo de fallas;
- Oficio de la Junta de Acción Comunal de la Vereda La Bendición dirigido a la Contraloría Departamental y con copia a la Gobernación de Arauca, de **fecha 30 de abril de 2018**, radicado ante la administración departamental con radicado 2018010006203-1, en donde ponen en conocimiento un problema que se ha venido sucediendo e informando insistentemente tanto al Consorcio, interventoría como a la administración departamental, pero que hasta ahora no se ha obtenido respuesta alguna;

"CONSTRUYENDO FUTURO"

Página 5 de 17



RESOLUCIÓN No. 823 - - - DE 2021

- Oficio del Consorcio ITAFA dirigido al Consorcio Vías de Arauca la Bendición de **fecha 03 de mayo de 2018**, por medio del cual se le solicita nuevamente se pronuncie y presente a la interventoría y a la gobernación, las acciones necesarias para la reparación de las fallas que se ha presentado en el tramo de pavimento construido dentro del contrato 304 de 2015;
- Oficio del Consorcio ITAFA dirigido al Consorcio Vías de Arauca la Bendición de **fecha 25 de mayo de 2018**, por medio del cual se informa que se coordinó visita al sitio de la obra para el día 29 de mayo de 2018, para revisar, avaluar y presentar alternativas de solución necesarias para atender los problemas que está presentando el pavimento construido dentro del contrato 304 de 2015;
- Oficio del Consorcio ITAFA dirigido a la administración departamental de **fecha 25 de mayo de 2018**, por medio del cual se informa que se coordinó visita al sitio de la obra para el día 29 de mayo de 2018, para revisar, avaluar y presentar alternativas de solución necesarias para atender los problemas que está presentando el pavimento construido dentro del contrato 304 de 2015;

4).- Copia digital del diagnóstico general con base en visita técnica e inspección general de las condiciones del pavimento vía Corocoro- Cravo Norte desde el K2+960 al K6+90 del Departamento de Arauca, de **fecha 13 de septiembre de 2017**, realizado por la firma Consultoría en Geotecnia y Pavimentos, por medio del cual señaló algunas observaciones como por ejemplo que las fisuras son predominantes longitudinales y se encuentran básicamente o de forma más acentuada en el hombro de la vía, y concluye el informe señalando: "f) Realizar reparaciones a nivel superficial no alivia el problema estructura que corresponde a las capas inferiores del suelo; por las situaciones anotadas en los numerales anteriores. Por lo tanto, se requiere realizar un diseño detallado y específico que permita generar una solución definitiva que garantice la durabilidad del pavimento.

5).- Copia digital del oficio de **fecha 30 de octubre de 2018**, suscrito por el JOSE LUIS CHAUSTRE ALVAREZ, representante del Consorcio Vías Arauca la bendición, por medio del cual da respuesta a la comunicación enviada por la administración de fecha 24 de octubre, señalando entre otros aspectos lo siguiente:

"1.- Es muy prematuro afirmar que en la ejecución del contrato hubo deficiencias en su ejecución, tan solo con una inspección visual por parte de los funcionarios de la secretaria de Infraestructura física del departamento, Es apresurado dar este concepto de forma tajante sin tener los elementos de juicio y sin evaluar las causas reales del problema presentado, a pesar de las fallas son evidentes estas puede obedecer a causa de la inestabilidad de los hombros del terraplén, a la falta de bermas y la baja

"CONSTRUYENDO FUTURO"

Página 6 de 17



RESOLUCIÓN No. 823 - - DE 2021

capacidad de soporte del suelo arcilloso de subrasante. En cualquier caso, el problema debe ser diagnosticado de forma apropiada con un trabajo de exploración de campo donde se puede corroborar las condiciones arcillosas del terraplén, del suelo de subrasante y la humedad del área. 2. Que a razón de una visita técnica realizada el día 21 de junio de 2.016 junto con la interventoría, funcionarios de la gobernación y del INVIAS, quedo un compromiso por parte del Contratista de realizar el sellamiento de las fisuras que se presentaban en ese momento las cuales eran de severidad baja. 3. Que efectivamente y solo hasta el día 18 de agosto se procedió a realizar este trabajo del sellado de las fisuras, el cual no se pudo iniciar antes por la disponibilidad de la ruteadora, equipo necesario para la aplicación efectiva del material sellante en el interior de las fisuras. 4. Que después de este tratamiento superficial que se realizó volvieron a salir las fisuras, algunas en los mismos sitios y otras en sitios diferentes a los tratados con el sello de grietas mencionado. 5. Que el día 06 de julio del 2.017 se realiza una nueva visita técnica por petición de la interventoría, de donde se realiza un informe por parte de la firma especialista contratada por nuestra parte, para dicha inspección, el cual se entregó a la interventoría, donde se referencia el tipo de falla que se está presentando en la vía y la posible causa. 6. Que el profesional que da el concepto concluye que realizar reparación a nivel superficial no alivia el problema de estructura que corresponde a las capas inferiores del suelo, por las situaciones que el expone en el informe y que se debe realizar un diseño detallado y específico que permita generar una solución definitiva. (...) En conclusión, Cada uno de los aspectos enumerados afecta en mayor o menor proporción o en forma conjunta a generar las fallas que se observan actualmente en el corredor intervenido. De tal forma que la solución de ninguna manera consiste en la colocación de nuevas capas granulares o de pavimento sin antes determinar de forma técnica mediante un trabajo de campo y laboratorio la solución real al problema que afecta la vía, que no es imputable a las actividades objeto del contrato de mantenimiento realizado con la gobernación de Arauca. Es muy importante que el estudio de esta solución técnica vaya acompañado de un estudio de tránsito que no solo involucre los respectivos conteos sino también la evaluación de las cargas reales de dichos vehículos.

En consecuencia de todo lo anterior, Se reitera que el suscrito cumplió con todas las normas, especificaciones técnicas y los requerimientos técnicos para los cuales fue contratado y que se considera que su labor fue desarrollada de buena forma y por lo tanto no consideramos pertinente, ni que es nuestra obligación entrar a reparar daños que no son consecuencia de la labor para la cual fue contratado”.

6).- Copia digital del Estudio Técnico del estado actual del pavimento asfáltico de la vía Cravo Norte Sector PR2+960 al PR6+090, elaborado por el Ing. FABIO ARNOLD

“CONSTRUYENDO FUTURO”

Página 7 de 17



RESOLUCIÓN No. 823 - - DE 2021

TORRES PABON, Geotechnics Arauca, Laboratorio de Suelos y Pavimentos, de **fecha 27 de abril de 2019**, en donde se concluye (paginas 119, 120 y 121) entre otros aspectos lo siguiente:

- "(...) Al efectuar la estimación del tránsito efectivo que está en capacidad de soportar la estructura construida del pavimento existente y compararlo con el tránsito corregido tenemos que este es el 15,62% de los ejes equivalentes de 8,2 ton que transitarían durante el primer año de operación de la vía. Lo que quiere decir que la vía estaría diseñada para el tránsito de aproximadamente los primeros dos (2) meses de operación.
- Al hacer la estimación del tránsito efectivo que está en capacidad de soportar la estructura construida del pavimento existente y compararlo con el tránsito de diseño determinado en el presente estudio tenemos que este es el 90,21% de los ejes equivalentes de 8,2 Ton que transitarían durante el segundo año de operación de la vía. Lo que quiere decir que la vía estaría diseñada para el tránsito de aproximadamente los primeros dos (2) años de operación. (...)
- Los costos del refuerzo de rehabilitación del pavimento para la vía desde el PR2+970 al PR6+641 es CUATRO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES VEINTICUATRO MIL CUATROCIENTOS VEINTISIETE PESOS MCTE (\$4.789.024.427,00)".

7).- Copia digital del Informe Técnico vía Cravo Norte Sector PR2+960 al PR6+090, suscrito por el Ing. JUAN DIEGO RINCON M., Profesional Universitario de la Secretaria de Infraestructura Física Departamental, enviado al despacho del área Jurídica Departamental mediante correo electrónico el día 9 de marzo de 2021, en dicho informe señala lo siguiente: "III. ANTECEDENTES, INFORMACION SUMINISTRADA Y CONSULTADA.

Las actividades de construcción objeto del contrato No. 304 de 2015, fueron culminadas en su totalidad, incluyendo la señalización horizontal y vertical, y recibidas a satisfacción por el Departamento el 30 de diciembre de 2015 lo que conllevó a la posterior liquidación de la obra.

Sin embargo pasados algunos meses después de la terminación de la obra y teniendo en cuenta que la obra se ejecutó en el marco de un convenio con el INVIAS este evidencia el 22 de abril de 2016 en su recibo final la presentación de algunas fisuras longitudinales en varios sectores del tramo pavimentado, lo anterior llevó a que la firma

"CONSTRUYENDO FUTURO"

Página 8 de 17



RESOLUCIÓN No. 823 - - DE 2021

contratista y la interventoría fueran requeridas por el Departamento para atender la situación presentada en la vía; la firma contratista CONSORCIO VIAS DE ARAUCA LA BENDICION atendiendo el requerimiento planteado como alternativa de solución la aplicación de un material asfáltico en las fisuras presentadas, realizando trabajos continuos sobre la vía afectada con la aplicación de este material y el sello total de las fisuras presentadas a la fecha garantizando la estabilidad de la obra, situación que fue **subsana** en su totalidad para el día 18 de agosto de 2016, situación corroborada por el CONSORCIO VIAS DE ARAUCA LA BENDICION mediante escrito de fecha 30 de octubre de 2018.

En el mes de **marzo de 2018** la comunidad envía comunicación a la administración departamental en donde da a conocer que se estaban presentando nuevamente las afectaciones en la longitud de la vía, situación que origina la respectiva visita al sitio donde se pudo corroborar las manifestaciones hechas por la comunidad, originando un nuevo requerimiento a la interventoría externa y esta a su vez a la firma contratista.

Que el CONSORCIO VIAS DE ARAUCA LA BENDICION ante dichas situaciones manifestó que la responsabilidad o motivación de dichas fallas no recaía bajo su responsabilidad si no por el contrario obedecían al diseño presentado por la administración departamental, de allí que ellos no realizarían reparación alguna a la vía afectada.

Ante las manifestaciones hechas por el contratista surge la necesidad para la administración departamental de determinar cuáles eran los motivos técnicos que estaban dando lugar a las fallas presentadas, de tal forma que se individualizará y determinara si los mismos recaían sobre la firma constructora o a los diseños presentados originando la celebración del Contrato No. 707 de 2018 el 31 de diciembre de 2018, cuyo objeto es "ESTUDIO TECNICO DEL ESTADO ACTUAL DEL PAVIMENTO ASFALTICO DE LA VIA CRAVO NORTE SECTOR PR2+960 AL PR6+090, DEPARTAMENTO DE ARAUCA", ejecutado por GEOTECHNICS ARAUCA.

Que el **día 04 de abril de 2019** se hizo entrega del estudio por parte de GEOTECHNICS ARAUCA a la administración departamental, momento a partir del cual se tuvo certeza conforme a las conclusiones presentadas por la firma consultora (...)"



RESOLUCIÓN No. 823 - - DE 2021

II.- Sobre el tema de la declaratoria del Siniestro de Estabilidad de la obra, el Consejo de Estado¹ se ha pronunciado de la siguiente manera:

"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 Comercio². Al tenor de la norma:

"Artículo 1081. 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.

(...) Estos términos no pueden ser modificados por las partes".

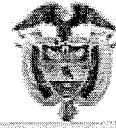
88. Sobre este término de prescripción, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente (se transcribe)³:

"La prescripción, en sentido amplio -adquisitiva y extintiva-, desde sus albores, se justificó en la inexorable necesidad de conjurar la perpetuidad de ciertas situaciones especiales, provocadas por el implacable transcurso del tiempo, aunada a la inactividad de los titulares de derechos y acciones, que ocasionaba a otros perjuicio e indiscutida incertidumbre. Realmente, era necesario definir la propiedad del bien poseído por persona distinta al dueño, por cuanto un estado de cosas como ese, mantenía para el propietario los atributos que le otorgaba el dominio, en detrimento del poseedor. De otro lado, se hacía imperativo impedir que las relaciones jurídicas personales se tornaran indefinidas, por cuanto ello implicaba que las acciones derivadas de las mismas pudieran ejercerse en cualquier momento, con prescindencia del tiempo transcurrido,

1 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de fecha 5 de mayo de 2020, Radicado 25000-23-26-000-2008-00262-01 (47166), M.P. Alberto Montaña Plata.

2 Ver, entre otras: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 7 de mayo de 1991, exp. R-087; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 31 de octubre de 1994, exp. 5.759; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 21 de septiembre de 2000, exp. 5.796; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 22 de mayo de 2013, exp. 24.810; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 29 de julio de 2015, exp. 38.602.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de junio de 2007, exp. 11001-31-03-009-1998-04690-01.



RESOLUCIÓN No. 823-- DE 2021

posibilidad que, sin duda, lesionaba los derechos de la persona en contra de quien se dirigieran las mismas, en particular el de defensa.

(...)

En lo que atañe al contrato de seguro, el Código de Comercio se ocupó, en su artículo 1081, de regular el tema de la prescripción de las acciones derivadas del mismo o de las normas legales que lo disciplinan, erigiéndose, por tanto, en la regla general sobre la materia (...)

Potísimas razones de seguridad jurídica, entre otras más, condujeron al establecimiento de dicho sistema específico, el cual apunta a que la extinción de las acciones o derechos en el campo asegurativo, igualmente no se torne indefinida. Sobre el particular, la Comisión Revisora del proyecto de Código de Comercio de 1958, que sirvió de antecedente al estatuto mercantil vigente, expresó:

'Esta materia fue objeto de esmeradas cavilaciones. Se tuvo en mientes el principal fundamento filosófico-jurídico de la prescripción, que no es otro que la necesidad de darles consistencia y estabilidad a las situaciones jurídicas. Igualmente tuvimos en cuenta las conveniencias de las partes que intervienen en el contrato'.

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

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



RESOLUCIÓN No. 823 - DE 2021

“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 voluntad⁵. 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”.

III.- Sobre el término de la administración departamental para declarar el siniestro:

Con el objeto de analizar si la administración departamental, en cumplimiento de lo consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio expidió el acto administrativo dentro de los términos señalados para el efecto, encontramos que la entidad el 13 de marzo de 2017 solicita a la interventoría que realice una visita técnica al sitio objeto de la pavimentación, y fundamenta su solicitud en que en dicha vía se están presentado una serie de afectaciones tales como fisuras longitudinales en varios sectores de la vía, acto seguido agrega que en caso de constatar la información se debe requerir al contratista para que este haga las reparaciones respectivas. Dicha solicitud es reiterada, durante los días 28 de marzo y 03 de mayo de 2017, y el 06 de marzo de 2018. Igualmente con oficio de fecha 02 de abril de 2018, se fija una visita a la obra para el 05 de abril de 2018 junto con la Procuraduría.

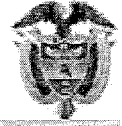
Posteriormente el día 11 de abril de 2018, la entidad informa a la interventoría sobre la solicitud de la comunidad de la reparación inmediata de las afectaciones que se están presentando en el sitio objeto de la pavimentación, y que teniendo en cuenta que se siguen presentando las afectaciones plantean una visita técnica y ante la no asistencia, señalan que se tomarán las medidas pertinentes.

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.

5 Cabe aclarar que la jurisprudencia citada por la Secretaría de Educación al proferir la Resolución No. 3441 de 2007 - mediante la cual resolvió los recursos de reposición interpuestos en contra del acto administrativo de declaratoria de ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra- (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 4 de septiembre de 1990, exp. A-50 y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 30 de abril de 1991, exp. R-087) está en consonancia con lo aquí expuesto, y que la entidad la interpretó equivocadamente.

“CONSTRUYENDO FUTURO”

Página 12 de 17



RESOLUCIÓN No. 823 - DE 2021

El día 02 de mayo de 2018, se oficia nuevamente y se señala a la interventoría que dadas las afectaciones que se vienen presentando en la vía, y puesto que se ha hecho caso omiso, la administración tomará las acciones pertinentes.

El problema a resolver es en qué momento la administración departamental tuvo conocimiento del hecho de que la obra presento defectos? de lo planteado podríamos decir que la administración el 13 de marzo de 2017, solicita a la interventoría que constate sobre posibles fallas que se viene presentando en la vía objeto del contrato, situación que es reiterada en varias oportunidades. Pero para determinar, efectivamente dicho conocimiento, la primera hipótesis que se presenta es que si observamos el oficio de fecha 6 de marzo de 2018, la entidad le solicita a la interventoría que realice visita técnica al sitio objeto de la pavimentación, en el cual se están presentando una serie de afectaciones tales como fisuras longitudinales en varios sectores de la vía, es decir, que en este momento no le pide que constate posibles fallas, sino que efectivamente ya tenía conocimiento del hecho, luego si la prescripción ordinaria de los dos (2) años que señala el artículo 1081 del Código de Comercio, empieza a correr desde el momento en que la entidad ha tenido o debido tener conocimiento, la administración departamental al declarar la ocurrencia del siniestro por el riesgo de estabilidad de la obra del Contrato No. 304 de 2015, lo hizo por fuera de los términos señalados por la norma.

Una segunda hipótesis que se puede presentar, es que mediante oficio de fecha 02 de mayo de 2018, la administración señala que dadas las afectaciones que se vienen presentando en la vía y se ha hecho caso a la solicitud, se tomarán las medidas pertinentes, es decir, que en este aparte se señala precisamente que se tomarán las medidas del caso, si contamos el término desde el día 02 de mayo de 2018, para el momento de expedir el acto administrativo de declaratoria de siniestro, también se hizo por fuera de los plazos señalados en la norma.

Una última hipótesis, se podría presentar a raíz del oficio de fecha 08 de mayo de 2018, en donde la firma contratista Consorcio Vías Arauca la bendición, informa que el Consorcio siempre ha estado atento a los requerimientos realizados por la interventoría, la Gobernación y la comunidad, y que las comunicaciones que ha emitido la gobernación no han llegado a sus oficinas y que no tienen registros en sus correos electrónicos, y que por tal razón no se han atendido, igualmente señala que realizará un estudio detallado para determinar este tipo de fallas. Y Posteriormente mediante oficio de fecha 30 de octubre de 2018, la firma contratista en respuesta a la administración concluye lo siguiente: "En consecuencia de todo lo anterior, se reitera que el suscrito

"CONSTRUYENDO FUTURO"

Página 13 de 17



RESOLUCIÓN No. 823 - - DE 2021

cumplió con todas las normas, especificaciones técnicas y los requerimientos técnicos para los cuales fue contratado y que se considera que su labor fue desarrollada de buena forma y por lo tanto no consideramos pertinente, ni que es nuestra obligación entrar a reparar daños que no son consecuencia de la labor para la cual fue contratado”.

Es decir, que si contamos el término desde la negativa de la firma contratista de entrar a reparar los daños, es decir el 30 de octubre de 2018, la administración contaba con el término de dos (2) años, para expedir el acto administrativo de declaratoria de siniestro y este fue expedido el 30 de diciembre de 2020, lo que significa que también se hizo por fuera de los plazos señalados en la norma.

Por consiguiente sea que se tome como punto de partida el 6 de marzo de 2018, el 2 de mayo de 2018, o el 30 de octubre de 2018, para el momento en que se expidió la Resolución No. 2751 del 30 de diciembre de 2020, ya habían expirado los términos consagrados por el artículo 1081 del Código de Comercio para expedir el acto administrativo de la declaratoria del siniestro.

También es importante aclarar que no se toman como términos para declaratoria del siniestro, el día 04 de abril de 2019, fecha de entrega del estudio técnico del estado actual del pavimento asfáltico de la vía Cravo Norte sector PR2+960 al PR 6+090 ejecutado por GEOTECHNICS, dado que tal y como lo señala el Consejo de Estado 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, desde que se alcanza un grado de certeza sobre la magnitud del daño y la causa del mismo.

IV.- Sobre el tema del debido Proceso Administrativo, el Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente manera:

La Corporación⁶ ha señalado lo siguiente: “(...)Sea lo primero decir que la prerrogativa que le atribuye el ordenamiento jurídico a la entidad estatal, consistente en declarar el siniestro y ordenar hacer efectiva la póliza que ampara ese riesgo, no incluye la posibilidad de adoptar la decisión correspondiente con desconocimiento del principio/derecho fundamental al del debido proceso y/o con prescindencia de constatar

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de fecha 29 de mayo de 2014, Radicado 25000-23-26-000-2000-00183-01 (27721). C.P. Hernán Andrade Rincón.

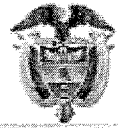


RESOLUCIÓN No. 823 - - DE 2021

la existencia de unos presupuestos fácticos o de unos motivos que constituyan sustento válido de la determinación que se adopta. (...) En ese contexto y de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia en cita, **si bien la Administración tiene competencia para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía, dicha prerrogativa no la revela del deber de respetar el debido proceso, de manera previa a la adopción de la decisión y durante la expedición del acto administrativo.** Así pues, el respeto al debido proceso le impone a la Administración - para efectos de proferir válidamente un acto administrativo - la observancia y el cumplimiento de los siguientes presupuestos: (i) **una actuación administrativa previa a la adopción de la decisión, en la cual se recaude el material probatorio que fundamente, desde el punto de vista fáctico, la determinación a proferir y que permita a quienes se puedan ver afectados con ella ejercer sus derechos al debido proceso, a la contradicción y a la defensa** y, (ii) que efectivamente se haga acopio de los elementos demostrativos necesarios y suficientes para permitir que el acto administrativo se encuentra debidamente soportado en unos motivos o hechos determinantes cuya existencia se constató de manera previa al dictado de la decisión y que fueron debidamente valorados por la entidad estatal contratante. La cabal observancia de los presupuestos anotados tiene incidencia en la carga de la prueba de los hechos determinantes de la decisión administrativa, dentro del proceso judicial en el cual se debate sobre su juridicidad (...) En este escenario, para la Sala era indispensable que se realizara un debido proceso jurídico integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad estatal contratante, la cual debía contener, además de la conducta que se le reprochaba al Contratista, los hechos que la originaban, las sanciones que podrían imponerse, así como las pruebas que de ello tenía la Administración, para que el Contratista pudiera, a su vez, definir a qué se atenía en este aspecto y de qué manera asumiría su defensa frente a los hechos que se le imputaban. En conclusión, en el presente asunto no se encuentra acreditado que se hubiese iniciado un adecuado procedimiento previo a la toma de la decisión por parte de la entidad contratante, así como tampoco es válido admitir en este caso, que el debido proceso se garantizó con la posibilidad que tuvo el actor de discutir la decisión inicial, a través de los recursos de la vía gubernativa, puesto que, tal como se señaló, era necesario que se agotara un procedimiento previo a la adopción de la decisión, en aras de garantizarle al Contratista el debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción. Así pues, en este caso, comoquiera que no existen medios demostrativos que permitan a la Sala cerciorarse de que la actuación previa a la adopción de las resoluciones atacadas fue adelantada con escrupuloso respeto por las garantías constitucionales del debido proceso, derecho a la contradicción y a la defensa, ello

"CONSTRUYENDO FUTURO"

Página 15 de 17



RESOLUCIÓN No. 823 - - 2021 DE 2021

conduce a tener por desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados y a declarar su contrariedad con el ordenamiento jurídico, al haber sido proferidos con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa. Por tal razón, en la parte resolutive de este pronunciamiento se dispondrá la revocatoria de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se declarará la nulidad de las resoluciones demandadas” (El subrayado y la negrilla es nuestro).

Igualmente el Consejo de Estado en reciente providencia⁷ reitero un argumento relacionado con el debido proceso: “(...) Con el ánimo de resolver la controversia planteada, esta colegiatura recuerda que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado de tiempo atrás que las actuaciones administrativas contractuales se encuentran regidas por el **derecho fundamental al debido proceso, de manera tal que cuando la administración se disponga a expedir una decisión que afecte los derechos e intereses de quienes intervienen en las actuaciones adelantadas en materia contractual** –los proponentes en los procedimientos de selección y los contratistas en los negocios jurídicos celebrados-, **debe garantizar su derecho de audiencia y de defensa, mediante la manifestación de los descargos o justificaciones en relación con su conducta, la valoración de las pruebas que posean o soliciten, así como otorgándoles la oportunidad de controvertir las existentes**”⁸. (El subrayado y la negrilla es nuestro).

De conformidad con lo expuesto, la Administración departamental para expedir el acto administrativo de declaratoria de siniestro y hacer efectiva la garantía, debió agotar previamente a la adopción de la decisión, una actuación administrativa que permitiera al Contratista y a la aseguradora ejercer sus derechos al debido proceso.

Revisados los antecedentes contenidos en la Resolución No. 2751 del 30 de diciembre de 2020, y en los soportes adjuntos a la expedición del acto administrativo, se observa que la administración no adelanto una actuación administrativa previa a la decisión, que permitiera al Contratista y a la Aseguradora ejercer en su oportunidad sus derechos al debido proceso, a la contradicción y a la defensa.

En virtud de lo anterior,

7 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de fecha 28 de febrero de 2020, Radicado 25000-23-26-000-2010-00512-01 (46852). C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

8 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de enero de 2013, Exp. No. 24743.



RESOLUCIÓN No. 823 - - DE 2021

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Revóquese la Resolución No. 2751 de fecha 30 de diciembre de 2020, por medio de la cual la administración Departamental declaró la ocurrencia del siniestro por el riesgo de estabilidad de la obra en el Contrato de Obra No. 304 de 2015, ejecutado por el Consorcio Vías de Arauca la Bendición, y como consecuencia se hizo efectiva la póliza de Estabilidad de la Obra No. 33 GU026999 expedida el 09 de agosto de 2016 por la Compañía de Seguros CONFIANZA.

ARTICULO SEGUNDO: La Administración Departamental a través de la Secretaría de Infraestructura Física efectuará las notificaciones pertinentes de conformidad con lo consagrado en los artículos 67 y s.s. de la Ley 1437 de 2011.

ARTICULO TERCERO: Contra la presente resolución no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Arauca, a los 25 MAR 2021

JOSE FACUNDO CASTILLO CISNEROS
Gobernador de Arauca

Revisó: *Indira Luz Barrios Guarnizo*
INDIRA LUZ BARRIOS GUARNIZO
Asesora Jurídica
URIEL NIÑO LOPEZ
Coordinador Área Jurídica

Proyecto: J. Daniel H. *[Firma]*