

Soreine Aguirre Parra
Abogada



Señores

COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL

Att. Dra. NORMA CECILIA CABRERA PEREZ

Coordinadora Área Jurídica Departamento de Arauca.

Arauca – Arauca.

REFERENCIA	: CONCILIACIÓN
CONVOCANTE	: UNIÓN TEMPORAL VÍA CARACOL
CONVOCADO	: DEPARTAMENTO DE ARAUCA
DESPACHO	: PROCURADURIA 53 JUDICIAL II DE ARAUCA
Asunto	: CONCEPTO JURÍDICO

Respetados señores:

Con el fin de dar cumplimiento al contrato de prestación de servicios No. 035 de 2018, por medio del presente emito concepto jurídico, para que sea tenido en cuenta por el comité de conciliación del Departamento de Arauca al momento de decidir, acerca de la conveniencia de conciliar las pretensiones de la parte convocante tendientes a que se declare la nulidad de la Resolución No. 1982 del 14 de julio de 2017; Resolución 3027 y 3880 del 11 y 31 de octubre de 2017 respectivamente, a título de restablecimiento se reconozca y pague las sumas de dinero que efectivamente pague la aseguradora CONFIANZA y/o la Unión Temporal Vía Caracol que fue ordenada a pagar a favor de la Gobernación de Arauca, como amparo del riesgo de estabilidad de la obra firmada en el contrato No. 299 de 2011.

La cuantía la estima en la suma de DIECISIETE MIL SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SETENTA Y NUEVE PESOS (\$17.735.294.079).

I. LOS HECHOS

Conforme al concepto técnico allegado a la oficina jurídica con la nota interna No. 088 del 8 de febrero de 2018, la Secretaría de Infraestructura Física Departamental expuso:

1. Es cierto, el Departamento de Arauca mediante la Secretaría de Infraestructura Física Departamental adelantó el procedimiento de declaratoria de siniestro de estabilidad de la obra del contrato 299 de 2011 cuyo objeto corresponde a MEJORAMIENTO, PAVIMENTACIÓN DE LA VÍA MATAPALITO CARACOL, DEPARTAMENTO DE ARAUCA, suscrito entre el DEPARTAMENTO DE ARAUCA representado en su momento por LUIS EDUARDO ATAYA ARIAS y UNIÓN TEMPORAL VÍA CARACOL integrado por MAQUINARIA INGENIERÍA Y

Calle 20 Carrea 21 esquina, 2do piso Oficina Jurídica
Gobernación de Arauca

Soreine Aguirre Parra
Abogada



CONSTRUCCIÓN MIKO SAS y ZR INGENIERÍA S.A. representada por WILSON GALINDO SÁNCHEZ, dicho contrato fue terminado y liquidado el 13 de diciembre de 2012.

2. Es cierto, el Ingeniero EDWIN ALEJANDRO SARMIENTO en calidad de Secretario de Infraestructura para la época de los hechos, fue recusado por el apoderado ZR INGENIERÍA S.A., a lo cual la audiencia fue suspendida.
3. Es cierto, mediante decreto N° 1857 de 16 de septiembre de 2015, se designa al Dr. JAIME ANDRÉS OSPINA ECHEVERRI como Gobernador de Arauca Ad Hoc, para conocer y decidir sobre la recusación contra el Ing. EDWIN ALEJANDRO SARMIENTO en calidad de Secretario de Infraestructura Física Departamental.
4. Es cierto, mediante decreto N° 726 de 03 de diciembre de 2015, se designa a la Dra. INDIRA LUZ BARRIOS GUARNIZO como Secretaria de Infraestructura Física Departamental Ad Hoc, para conocer y decidir el proceso administrativo de eventual declaratoria de siniestro por estabilidad de la obra dentro del contrato 299 de 2011.
5. Señor Juez, frente a éste señalamiento se considera que el actor NO TIENE PRECISIÓN EXACTA DE LAS FECHAS, puesto que mediante oficios de fecha 07 de octubre de 2016, fueron enviadas por correo certificado y por correo electrónico a las direcciones señaladas por las partes y confirmadas en el transcurso de las audiencias, convocándose a la reanudación de la audiencia al contratista, garante e interventoría para celebrarse el día 12 de octubre de 2016 a las 8:30 am, y evidentemente a la cual no asistieron.
6. Es cierto, mediante la expedición de la resolución N° 2916 del 12 de octubre de 2016, se declaró el siniestro por inestabilidad de la obra, por valor de \$7.142.857.080,00 a favor del Departamento de Arauca.
7. Es cierto, mediante la expedición de la resolución N° 1050 del 17 de abril de 2017, se revocó la resolución N° 2916 de 2016, y dispuso reiniciar el procedimiento administrativo de eventual declaratoria de siniestro por estabilidad de la obra, y no como lo manifiesta el actor de continuar.

Frente a esto es preciso aclarar que la administración en vista de las consideraciones expuestas en la parte motiva de la resolución N° 1050 de 2017, dispuso en su parte resolutive reiniciar el procedimiento administrativo de eventual declaratoria de siniestro por estabilidad de la obra, indicando que se haría un procedimiento nuevo, sin siquiera señalar el mecanismo del mismo, obedeciendo a los fundamentos jurídicos que le sirvieran de componente jurídico efectivo.

8. Es un criterio subjetivo del actor.

Soreine Aguirre Parra
Abogada



Frente a este señalamiento se considera que el actor sesgado por la ira, está utilizando un lenguaje descalificativo, irrespetuoso, irresponsable, subjetivo y temerario que busca crear persuasión negativamente ante el operador judicial en un escenario que no es el indicado, puesto que el mismo tuvo lugar en el procedimiento administrativo adelantado por el Departamento de Arauca con ocurrencia de la declaratoria del siniestro mediante la expedición de la RESOLUCIÓN N° 1982 DE 2017 "POR MEDIO DEL CUAL SE DECLARA LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO DE ESTABILIDAD DE LA OBRA DEL CONTRATO N° 299 DE 2011" con sus respectivas impugnaciones a las que tuvo derecho y presentó.

Ahora bien, tal como lo indica el actor en su escrito de tutela, (...) pues no se permitió la oportunidad de ejercer el derecho de defensa (...), manifestamos que efectivamente se concedió y se garantizó el debido proceso dentro del expediente referido, en la cual se presentaron los respectivos recursos de reposición por parte de la ASEGURADORA CONFIANZA S.A. y UNIÓN TEMPORAL VÍA CARACOL en calidad de contratista, dichos recursos fueron resueltos en su momento oportuno mediante la expedición de las resoluciones N° 3027 de 2017 y 3880 de 2017.

Es oportuno manifestar, que el Departamento de Arauca como ente territorial debe dar aplicación y satisfacer la necesidades y fines esenciales del estado dispuestos en el artículo segundo constitucional y artículo tercero del estatuto contractual, por la cual dispuso de TREINTA Y CINCO MIL SETECIENTOS CATORCE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO CIENTO CUARENTA Y TRES PESOS CON TREINTA Y NUEVE CENTAVOS (\$35.714.285.143,39), que permitieran adelantar la pavimentación de capa asfáltica de 22 kilómetros aproximadamente desde Arauca hacia la Vereda Caracol, más exactamente desde la Y de Caracol, promoviendo la conectividad y comunicación vial optimizando recursos públicos, desarrollo, reducción de tiempo, cercanía, comercio, ganadería, agricultura; es por ello, que facultados como administradores de recursos públicos propiciamos por la optimización de los mismos, máxime cuando se trata de una cifra cuantiosa, y manifestamos que las actuaciones adelantadas por el Departamento de Arauca, son totalmente conducentes y pertinentes frente al fallo estructural presentado en la vía, tema probatorio que fue tratado en los actos administrativos expedidos por el Departamento de Arauca y referidos actualmente que nos permitieron realizar pronunciamientos de carácter técnico y jurídico responsablemente.

II. DE LAS PETICIONES

Solicita el convocante:

1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 1982 del 14 de julio de 2017, por medio de la cual se declara la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra del contrato 299 de 2011.

Soreine Aguirre Parra
Abogada



2. Que se declare la nulidad de la Resolución 3027 del 11 de octubre de 2017, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición presentado por la Compañía Aseguradora CONFIANZA.
3. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 3880 del 31 de octubre de 2017, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición presentado por el R/L de la U.T. Vía Caracol.
4. A título de restablecimiento se reconozca y pague las sumas de dinero que efectivamente pague la aseguradora CONFIANZA y/o la Unión Temporal Vía Caracol, que fue ordenada a pagar a favor de la Gobernación de Arauca, como amparo del riesgo de estabilidad de la obra firmada en el contrato No. 299 de 2011.

III. EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La Unión Temporal Vía Caracol, en calidad de convocante, solicita que el Departamento acceda a dejar sin efecto las Resoluciones No. 1982 del 14 de julio de 2017, 3027 y 3880 del 11 y 31 de octubre de 2017 respectivamente.

En consideración a lo anterior se recomienda **NO CONCILIAR** las pretensiones del demandante, por los siguientes argumentos jurídicos:

DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD:

La Sala, en sentencia 14.667 del 22 de abril de 2009, explicó que la acción de controversias contractuales era la procedente para enjuiciar los actos post contractuales con fundamento en que *"los actos impugnados, mediante los cuales se declaró el siniestro de mala calidad del servicio de reparación de los equipos y se ordenó hacer efectiva la póliza que garantizaba la calidad y el correcto funcionamiento de los mismos, son actos contractuales dictados con ocasión de la actividad contractual, toda vez que su existencia se justifica y origina en razón de la celebración y ejecución del contrato".* Ahora bien, lo expuesto sobre la acción de controversias contractuales, cobró mayor vigencia con la Ley 446 de 1998, puesto que al modificar el artículo 87 del C.C.A., en la forma ya indicada, acogió el criterio jurisprudencial expuesto por el Consejo de Estado en cuanto al alcance del concepto de actividad contractual y estableció que *la acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento proceden para demandar "Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual".*¹

En los contratos estatales, si bien son contratos, no son iguales a los contratos que celebran los particulares. Cuando una entidad estatal contrata está condicionada por el cumplimiento de unos fines precisos, previstos en la Constitución y en la Ley. En efecto, el

1 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente (E) MAURICIO PAJARO GOMEZ, Bogotá D. C., tres (3) de marzo de 2015 (2412). Radicación número: 3000123-31-000-2009-00040-C1(35673).

Soreine Aguirre Parra
Abogada



artículo 2 de la Constitución señala los fines esenciales del Estado y el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 exige a los servidores públicos considerar estos fines al momento de celebrar y de ejecutar los contratos estatales.

Sólo la entidad estatal puede interpretar unilateralmente el contrato, por medio de un acto administrativo debidamente motivado, cuando surgen discrepancias sobre su sentido, si de ello se puede seguir la paralización o afectación grave del servicio público a satisfacer y no se llega a un acuerdo entre las partes. Al declarar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 80 de 1993, que regula esta potestad excepcional, en la Sentencia C-1514 de 2000, se puso presente que:

El legislador cuenta con una amplia facultad para dictar el régimen de los contratos, tanto públicos como privados. En esta materia no está obligado a brindar idéntico tratamiento a cada materia contractual. Antes bien, la Carta le impone el deber de tener presente ciertas características de cada contrato, como ocurre en materia laboral (C.P. art. 53) o en contratación pública (C.P. art. 2). Ello implica que la situación de las partes frente al contrato no necesariamente se rigen por relaciones de igualdad, sino que, habida consideración de circunstancias particulares - sujetos del contrato, su objeto, etc., resulta necesario partir del reconocimiento de que se está en presencia de una situación de desigualdad, que define connotaciones especiales de cada contrato.

(...)

De ello se deriva que en materia de contratación pública no se está en presencia de una situación ab initio de igualdad entre las partes contratantes, sino que una de ellas encuentra limitada su voluntad contractual, la cual se sujeta a severas prescripciones normativas, tanto en lo que al objeto del contrato respecta (cumplir los fines estatales), como al proceso de selección de contratistas, y demás aspectos relativos a precios, plazos, etc.

Así las cosas, y con la finalidad de dejar por sentado y dar claridad con fundamentos jurídicos de que la Administración Departamental obró con diligencia y con el procedimiento correcto, expondremos la tesis vigente por parte del Consejo de Estado, de fecha 29 de Noviembre de 2017, así:

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, CONSEJERO PONENTE DANILO ROJAS BETANCOURTH, Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00218-01(30613), Actor: OBANDO Y

Soreine Aguirre Parra
Abogada



MEJÍA INGENIEROS LTDA, Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA -
Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

(...)

V. Análisis de la Sala

15. De la competencia de las entidades estatales para declarar la ocurrencia de un siniestro y hacer efectiva la garantía única de cumplimiento.

15.6. En efecto, una de las prerrogativas con las que cuenta la administración en el ejercicio de la actividad contractual es, precisamente, la de declarar por medio de un acto administrativo debidamente motivado la ocurrencia del siniestro o de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, el de estabilidad de la obra y el de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados, los cuales, como se dijo, deben encontrarse asegurados por las garantías del contrato.

15.7. En ese sentido, se tiene que la jurisprudencia de la Sección ha sostenido reiteradamente al respecto:

La Sala reitera el criterio que de años atrás ha consolidado en el sentido de que la Administración goza de la prerrogativa de declarar el siniestro derivado de la ejecución de los contratos estatales, de hacer efectiva la garantía que ha sido constituida a su favor, y en esta oportunidad precisa que tal prerrogativa conlleva la de cuantificar el perjuicio, aún después de la terminación del contrato, mediante la expedición de actos administrativos, los cuales están sujetos al control gubernativo y judicial, en consecuencia, podrán ser impugnados ante la propia Administración mediante la interposición de los recursos que la ley ha previsto para el efecto y por vía judicial mediante el ejercicio de la acción contractual.

(...) resulta claro que la Administración está investida de facultad para declarar directamente el siniestro ocurrido en relación con la ejecución del contrato estatal celebrado y hacer efectiva la garantía constituida a su favor, mediante la expedición de un acto administrativo, el cual deberá contener los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro y el monto o cuantía de la indemnización, acto que una vez ejecutoriado permitirá exigir a la compañía aseguradora el pago de dicha indemnización, así lo ha dispuesto la ley, decisión que está sujeta al control de legalidad, tanto por vía gubernativa como por vía jurisdiccional (las negrillas son del texto original)

15.8. Esta conclusión, se reitera, se deriva de lo previsto en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, que en sus numerales 4 y 5 establece que las pólizas de seguro de las que la administración es beneficiaria prestan mérito ejecutivo junto con el acto administrativo que declara esa obligación —siempre que este se encuentre debidamente ejecutoriado—, lo cual implica la potestad de la entidad de declarar el siniestro, con la posibilidad de la aseguradora de oponerse

Soreine Aguirre Parra
Abogada



solo mediante el uso de los recursos propios de la vía gubernativa y/o demandar la nulidad del acto judicialmente, sin que esté limitada a los eventos en los que se declara la caducidad del contrato, como lo aseguró la actora.

15.9. En ese sentido, se pone de presente que la garantía de estabilidad de la obra, despliega sus efectos una vez se ha finalizado el contrato, no durante su ejecución; con ella, se busca cubrir los perjuicios que se llegaren a presentar por causas imputables al contratista, esto es, el deterioro de la obra en condiciones normales de uso y que no permitan la prestación del servicio para el cual se ejecutó.

15.10. Ahora bien, Sobre la naturaleza del seguro de cumplimiento, que es la especie a la que corresponden las pólizas contentivas de las garantías de los contratos estatales, la jurisprudencia también ha sostenido que se trata de una modalidad de los seguros de daño, respecto de los cuales "(...) es indispensable no solo demostrar la ocurrencia del siniestro sino determinar la cuantía del perjuicio ocasionado en el patrimonio del acreedor, elemento que es de su esencia para proceder a la indemnización, puesto que como quedó establecido, en los seguros de daño, no basta que haya ocurrido el siniestro sino que éste debe necesariamente haber causado un perjuicio al patrimonio, puesto que si no es así no se habrá producido daño alguno y en consecuencia no habría lugar a la correspondiente indemnización".

15.11. Finalmente, es pertinente anotar que a partir de la expedición de la póliza de seguro como garantía del contrato estatal, surge una relación sustancial que une a la aseguradora y a la entidad estatal, conforme a la cual, se legitima a la primera en el proceso judicial en el que se ventila su obligación de pagar la indemnización pactada, previa determinación de la existencia o inexistencia del siniestro que la hace surgir.

15.12. En conclusión, la Sección Tercera ha indicado con meridiana claridad que en el marco de los contratos estatales, la administración tiene la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro amparado por una póliza mediante la expedición de un acto administrativo ejecutable ante la jurisdicción. Por lo tanto, la entidad estatal demandada contaba con la competencia para expedir el acto administrativo, en el que hizo efectiva el amparo contenido en la póliza otorgada por Confianza S.A.

Apreciamos pues, la notable ilustración realizada por el Consejo de Estado en su más reciente tesis, sobre el caso concreto, en el cual manifiesta y ratifica la facultad que ostenta la Administración para expedir Actos Administrativos de declaratoria siniestro, lo cual garantiza que el Departamento de Arauca desarrollo el procedimiento de la forma prevista por el Consejo de Estado.

El proceso de declaratoria de siniestro es una facultad con la que cuenta la Administración mediante la expedición de un Acto Administrativo motivado, en el cual debe garantizarle al

Soreine Aguirre Parra
Abogada



contratista el derecho a impugnarse y la posterior acción ante la jurisdicción. Cabe aclarar que este trámite procede de forma posterior al recibido de las obras y opera mediante la garantía de estabilidad y calidad de las obras, por ello la vigencia de sus pólizas inicia desde el instante mismo de la suscripción del Acta de Recibo Final.

El Estatuto Contractual, en el numeral 2º del artículo 4º, consagra: *"Artículo 4. De los deberes y derechos de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior las entidades estatales: 1. Exigirán al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante; 2. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y el cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar (...)"*

A su turno la Ley 1150 de 2007, inciso 4º del artículo 7º, faculta a las entidades públicas para declarar el acaecimiento del siniestro mediante acto administrativo que será comunicado al respectivo asegurador.

El Consejo de Estado en reiteradas providencias ha considerado que la declaratoria de siniestro para hacer efectivas las garantías del contrato estatal, en estricto sentido no se enmarca dentro de un procedimiento sancionatorio sino comporta el trámite de reclamación a seguir ante la aseguradora para obtener la indemnización, por lo que no se requiere el agotamiento de un procedimiento previo, en la medida en que el contenido y la motivación del acto es el que permite a la aseguradora o al contratista ejercer su derecho de defensa y la impugnación posterior ante la jurisdicción.

Vistas las consideraciones expuestas e informes técnicos, los cuales hacen parte integral de la resolución N° 1982 de 2017 "POR MEDIO DEL CUAL SE DECLARA LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO DE ESTABILIDAD DE LA OBRA DEL CONTRATO N° 299 DE 2011", se evidencia que el conocimiento de los hechos por parte del Departamento de Arauca, se dan desde el 02 de mayo de 2017, por lo cual nos da legalidad y certeza de tener la competencia para expedir el acto administrativo.

Manifiesta el actor, que el Gobernador del Departamento de Arauca, no contaba con la competencia para declarar el siniestro. Para ello citamos la norma expuesta por el actor en la demanda, la cual reza: *"el inciso 4º del artículo 7º de la Ley 1150 de 2007, faculta a las entidades públicas para declarar el acaecimiento del siniestro mediante administrativo que será comunicado al respectivo asegurador"*

Por lo anterior se considera que las tres resoluciones están ajustadas a derecho previo los soportes e informes técnicos que dieron lugar a la expedición de cada una, y siendo así

Soreine Aguirre Parra
Abogada

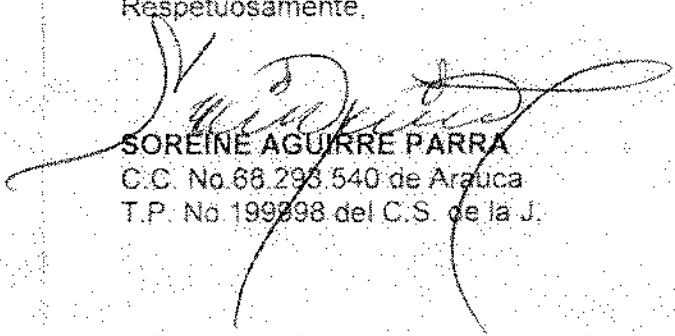


no podríamos hablar de ningún restablecimiento y no se paguen las sumas de dinero como lo solicita el convocante, sumas que expone pagó la aseguradora CONFIANZA y/o la Unión Temporal Vía Caracol a favor de la Gobernación de Arauca.

En consecuencia, y advirtiendo que la cuantificación de los perjuicios derivados del contrato se hizo por medio de unas resoluciones motivadas por parte de la administración departamental, luego de haberse seguido el respectivo procedimiento administrativo para ello, donde los perjuicios ni su cuantía se presumieron sino que fueron el resultado del ejercicio probatorio sin desconocerse el derecho al debido proceso; por ello y dado que se considera que el concepto de la violación presentado en la solicitud de conciliación extrajudicial, no satisface los mínimos argumentativos de certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, se recomienda **NO CONCILIAR** las pretensiones del convocante.

DEJANDO LA ACOTACIÓN que se adelantó por parte del convocante en el juzgado administrativo de Arauca la actuación judicial 810013333002-2014-0113, promovida por José Antonio Bermúdez Contreras convocado el Departamento de Arauca. Cuyo objeto es La práctica de un dictamen pericial y diagnóstico del estado de la estructura de pavimento de la vía mata palito – caracol PR3+000-PR23+000 Departamento de Arauca, del cual desconozco el valor dado y/o resultado obtenido por parte del juzgado a esta solicitud de prueba anticipada solicitada por el convocante; debido a la ausencia de poder para actuar dentro del mencionado radicado.

Respetuosamente,


SOREINE AGUIRRE PARRA
C.C. No. 68.298.540 de Arauca
T.P. No. 199398 del C.S. de la J.