**DECLARATORIA DE SINIESTRO - Procedimiento - Acto administrativo- Finalidad - Debido proceso**

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 defensa y la impugnación posterior ante la jurisdicción. No obstante, si bien no se exige una actuación administrativa previa para la declaratoria de siniestro, acorde con el alcance que la Corte Constitucional ha dado al debido proceso, el apremio a la entidad va dirigido a que la motivación del acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro responda a cada uno de los presupuestos establecidos en la ley frente al riesgo asegurable, con sustento en los elementos de prueba que dentro de la actuación se incorporen salvaguardando el derecho de defensa y contradicción. Al respecto esta Corporación ha precisado que en tratándose de garantías de cumplimiento en favor de entidades estatales para avalar la observancia de las obligaciones contraídas por el contratista, la entidad estatal no puede “al expedir el acto administrativo correspondiente, sustraerse de las reglas de conducta que le impone el debido procedimiento, para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía, dichas reglas imponen, entre otras, el deber de motivar el acto administrativo indicando en él los supuestos de hecho y probatorios que soportan el acaecimiento del siniestro y por supuesto, la cuantía de la indemnización, como también, garantizar que tanto el contratista como la compañía de seguros, en ejercicio de los derechos de contradicción y legítima defensa, puedan controvertir el acto administrativo. Este es el sentido en que se debe aplicarse el art. 1077 del Código de Comercio, para aquellos casos en los cuales el asegurado y beneficiario de la póliza es una entidad estatal. De otra parte, al asegurador le corresponde la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, tal como lo dispone la norma.”

**GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE LA OBRA - Finalidad**

La finalidad del amparo de estabilidad de la obra para indemnizar los perjuicios causados a la entidad contratante en aquellos eventos en los que la obra ejecutada amenace ruina o deterioro a consecuencia de vicio de construcción, o del suelo, o de los materiales que el contratista ha debido conocer en razón de su profesión u oficio. Lo anterior se reafirma a partir de las exigencias que el Código Civil ha establecido para que resulte procedente predicar la responsabilidad contractual del constructor, contenidas en el numeral tercero del artículo 2060. Así las cosas, si bien la entidad estatal tiene la potestad de declarar el siniestro mediante acto administrativo, no por ello se le exime de demostrar el defecto de construcción y su atribución al contratista, en la medida en que no opera presunción alguna que desplace el deber de acreditar los elementos de la responsabilidad contractual. Patrocinar una presunción sobre este aspecto sería tanto como presumir la imputación por el solo estado de la vía, lo cual no resulta procedente en tanto es preciso demostrar que la afectación de la vía o las fallas presentadas en la misma son consecuencia de un defecto en la construcción, un vicio del suelo que el personal del contratista debiera conocer o vicios en los materiales suministrados, tal como se desprende de la normativa en cita.

**DECLARATORIA DE SINIESTRO - Perjuicios - Acto administrativo - Garantía estabilidad de la obra - Garantía de cumplimiento - Vigencia**

De acuerdo con lo expuesto, la Sala encuentra que, en el acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro amparado en la garantía de estabilidad de la obra, la entidad estatal debe determinar con claridad la existencia de perjuicios patrimoniales a consecuencia del deterioro o ruina de la obra que impida su utilización en las condiciones esperadas, imputable al contratista, por no ajustarse a las especificaciones técnicas pactadas en el contrato. A diferencia del amparo de cumplimiento que opera en el periodo de ejecución del contrato, el amparo de estabilidad comienza a partir del recibo a satisfacción de la obra por la entidad contratante y por el lapso previsto por las partes, que en todo caso no puede ser inferior a cinco años.

**GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE LA OBRA - Declaratoria del siniestro**

Encuentra la Sala que el acto de declaratoria del siniestro con cargo al amparo de estabilidad de la obra, exigía en su motivación, que se comprobaran los siguientes supuestos: i) la existencia de fallas que amenazaran la estabilidad de la obra; ii) Que las fallas fueran atribuibles al contratista; iii) se explicaran a partir del cotejo de las condiciones inicialmente previstas en el contrato; iv) su acaecimiento se produjera dentro de los cinco años siguientes a la fecha de aceptación final de la obra; vi) además de cuantificarse los perjuicios patrimoniales causados a consecuencia de estas fallas.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente**: **RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 73001-23-31-000-2001-02407-01(35057)**

**Actor: COMPAÑÍA DE SEGUROS DEL ESTADO**

**Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

*Temas: Nulidad acto que declara la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra en contrato estatal. Debido proceso en su declaratoria.*

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada en contra de la sentencia del 30 de julio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual declaró la nulidad de las resoluciones 0087 del 6 de julio de 2000 proferida por el secretario de Infraestructura del Departamento del Tolima *“por medio de la cual se declara el siniestro de la póliza de cumplimiento n.º 172756 del 25 de agosto de 1997”*, por valor de doscientos veinticinco millones ciento treinta y dos mil ciento noventa y ocho pesos y la 124 del 9 de octubre de 2000, *“por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición”* en la que confirmó la decisión, y como consecuencia de la anterior declaración a manera de restablecimiento del derecho, exoneró a la sociedad Seguros del Estado S.A. del pago de la suma de dinero contenida en las resoluciones mencionadas (fl. 312-313, c. ppal, segunda instancia).

**SÍNTESIS DEL CASO**

El Secretario de Infraestructura y Transporte de la Gobernación del Tolima mediante resolución 87 del 6 de julio de 2000, declaró el siniestro amparado por la póliza 172756 del 25 de agosto de 1997, e impuso que la suma fijada como indemnización fuera cancelada, por la Compañía Seguros del Estado S.A.

La parte demandante pretende la nulidad de los actos administrativos que declararon la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza 172756 del 25 de agosto de 1997. El cargo de nulidad invocado alude a la vulneración del debido proceso.

El Tribunal de primera instancia declaró la nulidad de las resoluciones 87 del 6 de julio de 2000 y 124 del 9 de octubre de 2000, al considerar que el análisis técnico efectuado por la entidad para determinar el estado de la vía por sí solo no constituye soporte para declarar el siniestro.

La entidad demandada formuló recurso de apelación donde estimó que dentro del procedimiento administrativo que se surtió por parte de la entidad para la declaratoria del siniestro quedó plenamente acreditada la ocurrencia del riesgo de estabilidad de la obra y se basó en el criterio técnico de profesionales competentes.

1. **ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

El 3 de agosto de 2001 (fl. 238 c. ppal.), el representante legal de la sociedad Seguros del Estado S.A.[[1]](#footnote-1), presentó demanda en contra del Departamento del Tolima, en ejercicio de la acción contractual (fls. 216 a 238, c. ppal).

**1.1. Síntesis de los hechos**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 218 a 225, c. ppal):

1.1.1. El Departamento del Tolima suscribió el contrato de obra pública n.º 091 del 6 de septiembre de 1995, con la sociedad SOCOPAV LTDA., cuyo objeto era la explanación, obras de arte y pavimentación del sector K0+000 al K13+200 de la carretera El Paso- Carmen de Apicalá. La obra objeto del contrato fue recibida a satisfacción por el Departamento del Tolima y puesta al servicio de la comunidad.

1.1.2. Dentro del contrato, la sociedad Seguros del Estado S.A. otorgó la póliza única de cumplimiento n.º 172756 del 25 de agosto de 1997, que garantizaba la estabilidad y buen funcionamiento de las obras por un valor de $225´132.198, con una vigencia, desde el 17 de marzo de 1997 hasta el 17 de marzo de 2002.

1.1.3. Las obras objeto del contrato fueron recibidas a entera satisfacción según actas de recibo parciales, tanto por el interventor del contrato como por el Departamento a través del Secretario de Transporte del Tolima.

1.1.4. El contrato 91 de 6 de septiembre de 1995 fue liquidado mediante acta de liquidación final del 22 de marzo de 1997, en donde las partes se declararon a paz y salvo por todo concepto.

1.1.5. La Secretaría de Infraestructura del Transporte de la Gobernación del Tolima mediante resolución n.º 0087 del 6 de julio de 2000, declaró el siniestro de la póliza n.º 172756 del 25 de agosto de 1997, por un valor de $225.132.198, es decir por la totalidad del valor asegurado con fundamento en presuntos graves problemas de estabilidad en la obra contratada; y basándose en un informe de consultoría, que fuera contratado para tal efecto, se establecieron serias anomalías atribuibles a la entidad contratante, toda vez que no se realizaron los estudios y diseños técnicos indispensables previos para la buena ejecución de la obra contratada.

1.1.6. Ni el estudio de consultoría contratado por la Gobernación del Tolima para obtener un diagnóstico cualitativo y cuantitativo de los daños presentados en la obra, como tampoco la Gobernación a través de la Secretaría de Infraestructura del Transporte determinaron cuantitativamente el valor de las obras deterioradas, menos aún se determinó con estudios técnicos a quien eran atribuibles los daños encontrados en la vía, si al contratista, a la entidad contratante o al deterioro natural de la obra.

1.1.7. La sociedad aseguradora formuló recurso de reposición contra la resolución n.º 87 del 6 de julio de 2000. Mediante resolución 124 del 9 de octubre de 2000, la Secretaría de Infraestructura del Transporte del Departamento del Tolima modificó parcialmente la resolución N.º 87, en lo concerniente al valor del siniestro de la póliza N.º 172756 del 25 de agosto de 1997, al reducirlo a la cuantía del 66% del valor asegurado, esto es, por la suma de $148.587.250,68. Decisión notificada por edicto fijado el 25 de octubre de 2000 y desfijado el 9 de noviembre del mismo año.

**1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en los anteriores hechos, la actora deprecó las siguientes pretensiones (fl. 217 c. ppal.):

*1.- Que se declare la nulidad de las resoluciones 0087 del 06 de julio de 2000 “por medio de la cual se declara el siniestro de la póliza de cumplimiento N.º 172756" del 25 de agosto de 1997, por valor de doscientos veinticinco millones ciento treinta y dos mil ciento noventa y ocho pesos y la N.º 0124 del 09 de octubre de 2000, “por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición”, presentado ante la primera, modificándola y declarando la existencia del siniestro por la suma de ciento cuarenta y ocho millones quinientos ochenta y siete mil doscientos cincuenta pesos con sesenta y ocho centavos ($148.587.250,68), emanadas de la Secretaría de Infraestructura del Transporte de la Gobernación del Tolima.*

*2. Que como consecuencia de la anterior declaración, a manera de restablecimiento del derecho, se exonere a la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A. del pago de la suma de dinero contenida en las resoluciones mencionadas y cuya nulidad se pretende.*

*3. Condenar en costas a la parte demandada.*

**1.3. Concepto de la violación**

La parte demandante acusa a los actos administrativos que declararon la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza 172756 del 25 de agosto de 1997, de violar los artículos 2 y 29 de la Constitución Política. El debido proceso exigía en este caso 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, o si obedecen al deterioro y desgaste natural de la vía.

Señala que en la expedición de las resoluciones n.º 087 del 6 de julio de 2000 y 124 del 9 de octubre de 2000, se echan de menos medios de prueba idóneos que permitieran determinar la cantidad de obras deterioradas, que dicho deterioro era atribuible al contratista y el costo para la recuperación, restauración o reconstrucción de las obras; sin embargo, aún a pesar de esa falencia, declaró el siniestro por la totalidad del valor asegurado.

Manifestó que la irregularidad evidenciada constituye una formalidad sustancial, que vicia los actos acusados por la causal denominada expedición en forma irregular.

Acusó igualmente la violación de los artículos 1077 y 1088 del Código de Comercio que exigen de la administración acreditar por los medios probatorios y procedimientos técnicos legalmente aceptados la cuantía de la pérdida o de los perjuicios ocasionados, en este caso, el valor de las obras por restaurar o reconstruir. Aunado a ello, el Departamento no demostró realmente que las causas de las fallas presentadas en la vía fueran responsabilidad del contratista.

**2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Departamento del Tolima señaló que los actos administrativos que declararon la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza 172756 del 25 de agosto de 1997, son actos revestidos de la presunción de legalidad, por cuanto su expedición estuvo precedida de las exigencias normativas fijadas por el ordenamiento jurídico para este tipo de actos (fls. 252 a 258, c. ppal.).

Indicó que la administración departamental representada por el Secretario de Infraestructura del transporte declaró la ocurrencia del siniestro con cargo al amparo de estabilidad de la obra derivada del contrato N.º 091 de 1995, con fundamento en la evaluación y diagnóstico de pavimentos en servicio de la red vial secundaria e inventario de obras de la vía EL PASO- EL CARMEN realizados por parte del ingeniero Carlos Segrera, en ejecución del contrato de consultoría N.º 117 de 1998.

Resaltó que el informe técnico soporte de los actos demandados fue el resultado de un diagnóstico de la vía realizado con la participación de profesionales especializados en las áreas de pavimentos, diseño de vías e inventario vial, quienes evaluaron el pavimento, las obras de drenaje, alcantarillas, muros de contención y taludes.

Agregó que la entidad fue respetuosa del debido proceso hasta el punto que previo a decidir el recurso de reposición interpuesto por Seguros del Estado contra la resolución n.º 0087 de 2000, dispuso la práctica de visita conjunta al sitio de la obra, a la que asistieron representantes de la compañía aseguradora y con base en las conclusiones se modificó la decisión inicialmente asumida, respecto al valor que debía cancelar la aseguradora con ocasión de la declaratoria del siniestro.

Precisó que el recibo de la obra por parte de la administración no implica la aceptación de la estabilidad de la misma ni su calidad hacia el futuro, sino la aprobación exterior como ajustada al plan y a las reglas del arte. Así las cosas, si bien el contratista SOCOPAV Ltda., culminó el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la ejecución propiamente dicha de la obra, a partir de la entrega debe garantizar su estabilidad.

Para evitar los riesgos futuros de la obra, el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 17 del Decreto 679 de 1994, estableció la obligación del contratista de prestar garantía única que avale el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, que en lo concerniente a la estabilidad de la obra deberá permanecer vigente por un término mínimo de cinco años.

Los defectos o vicios de la estabilidad de la obra solo pueden evidenciarse con posterioridad a la terminación del mismo y así lo hizo la administración, con base en lo evidenciado en el informe técnico del consultor contratado para el efecto.

Propuso como excepción la inexistencia del derecho pretendido, toda vez que no está demostrado que con su actuar el Departamento haya vulnerado los derechos reclamados por el accionante y al contrario se evidencia conformidad del acto atacado con las disposiciones normativas vigentes en materia contractual.

**3. LOS ALEGATOS**

La parte demandante solicitó se declare la nulidad de las resoluciones n.º 87 del 6 de julio de 2000 y la 124 de 9 de octubre de 2000. Reiteró que el estudio contratado por la gobernación del Tolima y que sirvió como soporte para la expedición de los actos administrativos acusados concluye la responsabilidad del departamento del Tolima, antes, durante y después de la ejecución de la obra, porque para la *“pavimentación no se contó con estudios y diseños técnicos que hubieran permitido plantear soluciones a los problemas geotécnicos, hidráulicos y a la geometría de la obra”.*

Así mismo se concluyó que *“no se construyeron todas las obras de soporte de la banca necesarias, en el tramo pavimentado; a saber cunetas, bermas, ampliaciones de las obras existentes, como puentes, alcantarillas, drenajes, obras sin las cuales la inversión efectuada se perderá irremediablemente”*.

Las conclusiones del informe indican que la responsabilidad de las falencias encontradas en la pavimentación de la carretera El Paso- Carmen de Apicalá recae única y exclusivamente en el departamento del Tolima, o bien a la interventoría contratada para la ejecución de las obras.

Asimismo, el dictamen técnico aportado por el demandante desvirtúa los señalamientos efectuados por la Secretaría de Infraestructura del Tolima con ocasión de la visita técnica realizada a las obras el 12 de septiembre de 2000.

Las pruebas aportadas a la actuación procesal coinciden en concluir las falencias en que incurrió el Departamento del Tolima- Secretaría de Infraestructura dentro del proceso de contratación y ejecución de la pavimentación de la vía El Paso- Carmen de Apicalá, irregularidades no atribuibles al contratista SOCOPAV Ltda., y por consiguiente a SEGUROS DEL ESTADO S.A. en su condición de garante.

Refiere igualmente que la Contraloría Departamental del Tolima profirió fallo sin responsabilidad fiscal allegado al proceso, dentro de la investigación fiscal adelantada por dicho ente de control respecto del mismo contrato, en el que se dispuso responsabilizar al contratista y por ende a la Aseguradora (f. 276 a 278 c.ppal).

El representante del Ministerio Público no rindió concepto.

**II. LA SENTENCIA APELADA**

El 30 de julio de 2007, el Tribunal *a quo* profirió fallo que declaró la nulidad de las resoluciones 87 del 6 de julio de 2000 y 124 del 9 de octubre de 2000 y exoneró a Seguros del Estado S.A. del pago de la suma de dinero contenida en los actos administrativos referidos, con sustento en las siguientes consideraciones (fls. 286 a 313, continuación c. ppal.):

Consideró que el tema sometido a estudio precisa evaluar la legalidad de los actos administrativos que declararon el siniestro de la póliza de estabilidad n. º 172756 expedida por Seguros del Estado S.A. en el marco del contrato n. º 091 del 6 de septiembre de 1995, suscrito entre el departamento del Tolima (contratante) y la firma SOCOPAV Ltda.

Resaltó con fundamento en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que al contratista le corresponde prestar garantía para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. A su vez, señaló que el artículo 17 del decreto 679 de 1994 consagra los riesgos que debe cobijar la garantía única, dentro de los cuales se encuentra el de estabilidad de la obra.

Precisó que mediante la garantía de estabilidad de la obra, las entidades contratantes precaven el riesgo que durante el término estipulado y en condiciones normales de uso la obra pueda sufrir y que sea imputable al contratista.

Citó las razones aducidas por la administración para hacer efectiva la garantía de estabilidad de las obras objeto del contrato 91 de 1995. Señaló que la efectividad de garantía de estabilidad de las obras por un valor de $225.132.198, se fundamentó en los graves problemas de estabilidad que presentaba la obra contratada.

Consideró que a partir de recurso de reposición formulado por la sociedad Seguros del Estado, en resolución n.º 124 de 9 de octubre de 2000, el Departamento del Tolima redujo la cuantía del siniestro al 66% del valor total de la póliza, correspondiente a la suma de ciento cuarenta y ocho millones quinientos ochenta y siete mil doscientos cincuenta pesos con sesenta y ocho centavos, previa visita técnica al lugar de la obra en la cual se cuantificaron los daños atribuibles al contratista.

Trajo a colación el fundamento de nulidad invocado por el demandante según el cual, la decisión de hacer efectiva la póliza de estabilidad de la obra resulta violatoria del debido proceso, por cuanto se declaró el siniestro de la póliza sin efectuar los estudios técnicos necesarios para establecer las causas de los daños, ni su valor. Además contraría los artículos 1077 y 1088 del Código de Comercio, por cuanto la administración debió acreditar por los medios probatorios y procedimientos técnicos legalmente aceptados, la cuantía de la pérdida o de los perjuicios ocasionados, en este caso el valor de las obras por restaurar o reconstruir.

Precisó que para entender vulnerado el artículo 29 de la Constitución Política y en consecuencia, declarar la nulidad del acto acusado por este motivo, es necesario que se demuestre la violación de la normatividad aplicable al juicio o trámite en cuestión.

Desarrolló la noción de debido proceso de acuerdo con la legislación administrativa y citó los pronunciamientos jurisprudenciales que han desarrollado el tema.

Frente al procedimiento para hacer efectivo el pago de la indemnización por la ocurrencia del siniestro de incumplimiento de las obligaciones del contrato estatal consideró:

 *“Ahora bien, el procedimiento para hacer efectivo el pago de la póliza de cumplimiento en el caso de la administración consiste en la expedición de un acto administrativo debidamente motivado, en el cual se declare la ocurrencia del siniestro, tal facultad se deriva del privilegio de la decisión previa (autotutela administrativa) que ostenta la administración en todas sus relaciones jurídicas.*

*Es en el privilegio de la decisión previa, ejecutividad (autotutela administrativa) que ostenta la administración, de donde deriva la potestad de declarar unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones del contratista y de ordenar la efectividad de las garantías: sin la aquiescencia previa del asegurador y sin necesidad de acudir al juez del contrato mediante la expedición de un acto administrativo, con lo que técnicamente se configura el siniestro.*

*La llamada potestad de autotutela declarativa se materializa en actos administrativos que gozan de la presunción de legalidad y son de obligatorio cumplimiento para el contratista, quien si está inconforme con ellos tiene la carga de impugnarlos, ya sea ante la misma administración ya sea ante el juez del contrato. Este principio se encuentra consagrado con carácter general en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo y constituye la prerrogativa de poder público que por excelencia tiene la administración en todas las relaciones jurídicas en las que es parte, tanto en las de naturaleza extracontractual como en las contractuales, en las cuales se aplica en virtud del Art. 77 de la Ley 80 de 1993 que expresamente incorpora la gestión contractual pública las normas que rigen el ejercicio de la función administrativa.*

*Vale la pena aclarar que este privilegio tiene un contenido eminentemente formal en tanto incide exclusivamente en el ejercicio de las potestades y derechos de la administración, ya que exime a las entidades públicas de la carga de acudir a la justicia administrativa para obtener el reconocimiento y efectividad de sus pretensiones, sin afectar las reglas de fondo propias del contrato y permaneciendo inalterables los principios y las normas que gobiernan las relaciones jurídicas contractuales.*

*De tal suerte que la administración se encuentra plenamente facultada para declarar el siniestro de la póliza de estabilidad de las obras cuando las circunstancias así lo ameriten, sin embargo dicho acto debe soportarse con estudios y análisis técnicos que permitan fundamentar la decisión.*

*Es decir, la declaratoria del hecho asegurado por la cobertura “estabilidad de la obra”, solo es posible si se tiene certeza de que el mal estado actual de la vía obedece al incumplimiento por parte del contratista, de alguna o algunas de las condiciones o especificaciones técnicas acordadas en el contrato.*

*Resulta pertinente indicar que los hechos para la declaratoria del siniestro se deben soportar en un dictamen técnico que no sólo debe describir la situación actual de la obra y las condiciones en que fue recibida, sino conllevar un análisis de las circunstancias que condujeron al deterioro, atribuibles al contratista por incumplimiento, ya sea por defecto o exceso de las condiciones técnicas pactadas en el contrato.*

*Sin embargo, el análisis técnico que se efectuó por la entidad demandada (Dpto. del Tolima) para determinar el estado actual de la vía, por sí sólo no constituye soporte para declarar el siniestro, 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 lapso de tiempo transcurrido, sino que las causas del mal estado se originaron por la inexactitud técnica de las condiciones pactadas.*

*Debe dejarse claro que para efectos de efectividad de la póliza, la tasación de los perjuicios causados, debe ser la consecuencia del nexo causal entre el incumplimiento técnico del contratista y el daño que se produjo en la obra.”*

En el asunto *sub lite*, precisó el *a quo* que de los medios probatorios aportados al proceso se constata que las especificaciones de la resistencia del concreto utilizado en la realización de la obra fueron las establecidas en el contrato, de acuerdo con lo considerado en la providencia proferida por la Fiscalía 53 Seccional Tolima- Unidad de Delitos contra la Administración Pública (f. 44 a 58 c2) mediante la cual se resolvió la situación jurídica de las personas involucradas en la ejecución del contrato 91 de 1995, en este caso contratista, interventor y supervisor técnico de interventoría, en la que se decretó la preclusión de la investigación por el delito de peculado.

De los elementos probatorios existentes concluyó la vulneración del debido proceso en los siguientes términos:

*En consecuencia, encuentra la Sala que la inspección judicial realizada por la Fiscalía 53 a la obra objeto del contrato en cuestión, contó con los medios técnicos necesarios para establecer si la obra fue desarrollada con sujeción a las especificaciones pactadas en el contrato, a diferencia de las visitas desarrolladas por la Gobernación del Tolima, QUE FUERON FUNDAMENTADAS EN MERAS IMPRESIONES VISUALES, logrando un inventario de daños, más no un estudio apropiado de las causas, pues entiende esta Corporación que no es posible establecer las causas de los daños sufridos por una obra de esta índole, a partir de la mera observación, por cuanto cuando en los mismos informes se da a entender las causas de las fallas pueden ser múltiples, es así como en el informe de visita técnica realizado por la Gobernación del Tolima, en “asocio” con los representantes de la sociedad Seguros del Estado se manifestó: “La Evaluación realizada sobre dicha vía, se basó fundamentalmente en las fallas observadas sobre dicho tramo analizando sus posibles causas, atribuyendo así la posible responsabilidad de quien ejecutó la obra en mención”, de tal manera que en el mismo informe se reconoce que se trata de POSIBLES CAUSAS y por tanto no ofrecen seguridad sobre ello, mientras que la visita realizada por la Fiscalía 53 cuenta con conclusiones que gozan de un alto grado de certeza, por tratarse de resultados extraídos de estudios técnicos, con equipos apropiados para medir aspectos como la resistencia del concreto, lo que no es posible determinar a simple vista (negrilla y subrayas fuera de texto).*

*Adicionalmente la apoderada de la parte actora afirma (en el hecho doce de este libelo) que a la mencionada visita “…concurrieron representantes tanto de la administración Departamental como de la Aseguradora, sin embargo, curiosamente los representantes de la entidad, última mencionada, NO FUERON TENIDOS EN CUENTA A LA HORA DE REALIZAR EL BALANCE O INFORME FINAL DE LA VISITA, con la que se pretendía recopilar pruebas técnicas que permitieran verdaderamente establecer las causas del deterioro de la vía y sus responsables, SINO QUE SIMPLEMENTE RESULTARAN SER CONVIDADOS DE PIEDRA, obsérvese que el aludido informe solo es suscrito por los funcionarios del Departamento” (negrilla y subrayado fuera de texto), de lo cual se concluye que evidentemente se vulneró a la demandante su derecho de defensa, al impedirle controvertir las pruebas practicadas, dado que el mencionado derecho no solo consiste en permitir al afectado concurrir a la práctica de las pruebas, es también indispensable darle la oportunidad de pronunciarse al respecto, nadie puede defenderse adecuadamente ni hacer valer su posición dentro del proceso si no se le permite conocer las pruebas allegadas en su contra, controvertirlas y presentar u oponer las propias. En los procesos en que hay pretensiones encontradas, si la prueba presentada por la contraparte no puede ser discutida o puesta en tela de juicio, quien la ha aportado se beneficia gratuitamente y aquél a quien la prueba perjudica es afectado de manera injusta en su situación procesal, con lo cual se rompe abruptamente el necesario equilibrio entre las partes. En consecuencia, al afectado le es desconocido un aspecto fundamental de su defensa y, por supuesto, la decisión que se adopte sobre tales bases vulnera abiertamente el debido proceso.*

*Al margen de lo anterior, se observa que el informe final de la evaluación y diagnóstico de pavimentos en servicio de la red vial secundaria e inventario de obras efectuado sobre la VIA EL PASO- CARMEN DE APICALÁ obrante a folios 68 a 176 del cuaderno principal, en el cual se basó la administración para declarar el siniestro de la póliza N.º 172756 imputando al contratista los daños sufridos por la obra, no es más que un inventario de daños, toda vez que para la realización del mismo no se contó con pruebas técnicas que pudieran determinar con certeza la causa de las averías, se trata de una mera OBSERVACIÒN, que no ofrece respaldo suficiente para imputar al contratista la responsabilidad de los aludidos daños.*

*De lo anterior se colige que el Departamento del Tolima declaró el siniestro de la Póliza N.º 172756 imputando al contratista los daños sufridos por las obras OBJETO DEL CONTRATO 091 DE 1995, tomando como base las conclusiones extraídas de visitas realizadas por ingenieros, que NO CONTARON CON LOS MEDIOS TÉCNICOS NECESARIOS para determinar con certeza las causas de los daños, dado que se trató de meras visitas de observación, en las cuales se realizó un inventario de los daños sufridos por la obra y una relación de POSIBLES CAUSAS, mientras que la Fiscalía General de la Nación en desarrollo de la investigación adelantada contra los contratistas, interventor y demás personas involucradas en la obra por el delito de peculado, efectuó visita técnica y realizó los estudios necesarios para establecer si la obra había sido desarrollada con sujeción a las especificaciones técnicas del contrato, encontrando que efectivamente las obras cumplieron con lo mencionado.*

*Así las cosas, encuentra la Sala que le asiste razón al actor para impugnar las resoluciones acusadas por cuanto las mismas se basaron en informes rendidos como resultado de meras observaciones, que no contaron con lo necesario para establecer la responsabilidad del contratista violando de esta manera el derecho al debido proceso, al practicar pruebas inidoneas para el establecimiento de la responsabilidad e impedirle controvertir las mismas, en conclusión se observa que el Departamento del Tolima profirió los actos acusados con violación al debido proceso y que obran al expediente pruebas que demuestran que los contratistas encargados de la ejecución del contrato 091 de 1995, acataron todas las disposiciones técnicas establecidas para el desarrollo de la obra, por lo cual esta Sala declarará la nulidad de los actos acusados y ordenará el correlativo restablecimiento del derecho.* (f. 286 a 313).

1. **SEGUNDA INSTANCIA**

**1. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada formuló recurso de apelación*[[2]](#footnote-2)*. El recurrente señaló en primer lugar que la Ley 80 de 1993 (inc. 1 numeral 19 art. 25) exige que el contratista de la administración preste garantía única para trasladar los riegos propios de la ejecución del contrato, a su vez, establece que la garantía única prestada por el contratista deba ser aprobada por la administración contratante (inc. 1 art. 41 ibídem y arts. 17 y 18 decreto reglamentario 679 de 1994).

Bajo este entendido, cuando la Administración aprueba la garantía prestada por su contratista y en el futuro acaezca el riesgo asegurado, está facultada para que a través de acto administrativo declare la existencia del siniestro exigiendo del asegurador la indemnización hasta el monto asegurado.

Sostuvo que el acto administrativo es la manifestación jurídica de reconocimiento del acaecimiento del riesgo asegurado. Por lo tanto, cuando el Estado reconoce en acto administrativo la existencia del siniestro de estabilidad de obra o de otros de carácter contractual en contra del asegurador puede concluirse que, la causa del acaecimiento del riesgo asegurado no es nada menos que el incumplimiento del contratista.

Indicó que el reconocimiento del siniestro en acto administrativo que manifiesta una obligación clara y expresa contra el asegurador, cuando esté en firme, conformará con otros documentos una acreencia derivada de un contrato estatal, que deberá ser satisfecha a favor de la entidad estatal contratante, como sucede en el caso del Departamento del Tolima, en cuanto al contrato 91 de 1995, pues dentro del procedimiento administrativo que se surtió por parte de la entidad para la declaratoria del siniestro quedó plenamente acreditada la ocurrencia del riesgo de estabilidad de la obra. Decisión que se basó en el criterio técnico de profesionales competentes adscritos a la Secretaría de Infraestructura, que tiene plena validez.

**2. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, las partes guardaron silencio (f.363, c. segunda instancia).

El Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó fuera revocada la decisión impugnada y en su lugar se confirmaran los actos administrativos demandados, sin perjuicio de la procedencia de modificación del artículo primero de la resolución 124 del 9 de octubre de 2000 (f. 336 a 362). El Procurador delegado estimó que la entidad demandada actuó de manera seria y responsable, *“pues al advertir la presencia de fallas sobre la vía objeto del contrato 091 de 1995, procedió a contratar un estudio con el ingeniero Carlos Segrera para la evaluación y diagnóstico de pavimentos en servicio de la red vial secundaria e inventario de obras de la vía El Paso-Carmen de Apicalá, cuyo resultado evidenció la existencia de defectos en la vía atribuibles a la firma contratista SOCOPAV LTDA”*.

Resaltó además que el Departamento del Tolima, para otorgar mayor soporte técnico a la decisión contenida en la resolución 87 del 6 de julio de 200, previo a resolver el recurso de reposición interpuesto por Seguros del Estado, *“ordenó practicar una visita a la vía, la cual se realizó de manera conjunta con representantes del departamento y de la compañía de seguros, para precisar y cuantificar los daños atribuibles al ejecutor de las obras civiles del contrato n.º 091 de 1995.”* Sostuvo que el referido informe del 22 de septiembre de 2000, se fundamentó no solo en el recorrido visual efectuado a la vía, que permitió corroborar la presencia de fallas en la misma, sino que además se soportó en el estudio previamente contratado con el Departamento, y *“de manera particular en los informes obtenidos por la Contraloría Departamental, dado que éste órgano de control de manera oportuna ya había efectuado ensayos de laboratorio sobre muestras sustraídas del tramo de la vía (…)”*.

Precisó que *“las decisiones del Departamento del Tolima contenidas en los actos administrativos atacados, fueron el producto de la práctica de pruebas técnicas e idóneas, entre ellas, ensayos y estudios de laboratorio facilitados por el órgano de control fiscal, que permitieron constatar las falencias en concretos y en la capa asfáltica, entre otras causas, por la mala calidad de los materiales utilizados en la obra, imputables a la firma contratista, lo que a su turno conllevó a cualificar y a cuantificar el estado de deterioro de las obras y cuáles de éstas fallas le eran atribuibles al contratista”*.

Señaló que únicamente se vería afectada la presunción de legalidad en relación con la cuantificación de los daños atribuibles al contratista y en tal sentido resulta procedente *“modificar el artículo primero de la resolución No. 124 de 9 de octubre de 2000, pero sólo en el sentido de precisar que el valor a cobrar con cargo la póliza 172756, de agosto 25 de 1997, es por la suma de $84.360.384.94, valor que corresponde a la cuantificación de los daños imputables al contratista en la fase de construcción, en particular en lo que toca con las fallas de concretos asfálticos, pues frente a las irregularidades en materia de concretos hidráulicos, esta discusión ya fue superada con el pronunciamiento tanto de la Fiscalía General de la Nación como de la Contraloría Departamental”.*

1. **CONSIDERACIONES**

**1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

**1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente**

1.1.1. En tanto uno de los extremos de la controversia es una entidad pública, el Departamento del Tolima, es esta la jurisdicción a la cual le corresponde asumir el presente asunto.

1.1.2. Ahora, la Corporación es competente para conocer del mismo, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo le asignaba el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los Tribunales Administrativos[[3]](#footnote-3).

1.1.3. Por último, a través de la acción de controversias contractuales, que fue la ejercida por la actora, es procedente enjuiciar la legalidad de las resoluciones 87 del 6 de julio de 2000 y la 124 de 9 de octubre de 2000, por las cuales el Departamento del Tolima declaró el siniestro contenido en la póliza 172756 del 25 de agosto de 1997, tal como lo dispone el artículo 77 de la Ley 80 de 1993[[4]](#footnote-4), norma vigente a la fecha de la presentación de la demanda[[5]](#footnote-5).

**1.2. La legitimación en la causa**

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que actúan en esta oportunidad como autor, en el caso del Departamento del Tolima- Secretaría de Infraestructura y destinatario en relación con Seguros del Estado S.A., de los actos administrativos cuestionados. A su vez, resalta la Sala que la Corporación ha concluido la legitimación en la causa de la aseguradora para formular acción contractual cuando se expiden actos administrativos mediante los cuales se declara el siniestro amparado por pólizas de seguro de cumplimiento de contratos estatales o aquellos proferidos con ocasión de la actividad contractual cuando en relación con los mismos a la aseguradora le asista un interés directo[[6]](#footnote-6).

**1.3. La caducidad**

Los actos administrativos que declararon el siniestro contenido en la póliza 172756 del 25 de agosto de 1997, del contrato de obra 91 de 1995, pueden cuestionarse a través de la acción de controversias contractuales dentro de los dos años siguientes a su notificación, en los términos del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el Decreto 2304 de 1989.

La notificación de la resolución 124 de 9 de octubre de 2000, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la parte actora en contra de la resolución 87 del 6 de julio de 2000, a través de la cual el Secretario de Infraestructura del Transporte del departamento del Tolima declaró el siniestro contenido en la póliza 172756 del 25 de agosto de 1997, con ocasión del contrato de obra 91 de 1995, se produjo el 9 de noviembre de 2000 (fecha en que se desfijó el edicto, como consta a folio 7 vto. c. ppal.), razón por la cual para la fecha de la presentación de la demanda, 3 de agosto de 2001 (fl. 238, c. ppal), el término de los dos años no había expirado.

**2. EL PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico del presente asunto se concreta en determinar si al interior del procedimiento administrativo adelantado por la entidad demandada para la declaratoria del siniestro amparado en la póliza 172756 del 25 de agosto de 1997, en el marco del contrato de obra 91 de 1995, quedó plenamente acreditada la ocurrencia del riesgo cubierto por el amparo de estabilidad de la obra y si la decisión contenida en el acto administrativo acusado se soportó en el criterio técnico de profesionales adscritos a la Secretaría de Infraestructura, como lo afirma la entidad apelante, al oponerse a la declaratoria de nulidad de las resoluciones 87 del 6 de julio de 2000 y la 124 de 9 de octubre de 2000, dispuesta por el *a quo.*

Debe precisar la Sala que el problema jurídico se abordará conforme al cargo de nulidad que en principio fuera invocado por el demandante, relacionado con la vulneración del debido proceso.

**3. De los hechos probados**

Es dable aclarar que las pruebas que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes.

3.1. El Departamento del Tolima y la Sociedad Colombiana de Pavimentos “SOCOPAV” celebraron contrato N.º 091 del 6 de septiembre de 1995, para la *“explanación, obras de arte y pavimentación del sector K0+000-K13+200 de la Carretera El Paso-Carmen de Apicalá”*, donde el contratista se comprometió a efectuar todos los trabajos necesarios para que las mencionadas obras pudieran destinarse al fin para el cual fueron diseñadas (cláusula primera).

La Cláusula décima primera previó:

*“Cláusula décima primera: Garantías. Para garantizar el cumplimiento de todas sus obligaciones, el CONTRATISTA se obliga a prestar una garantía única en compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia o en garantías bancarias, con cubrimiento, cuantía y término fijado por EL DEPARTAMENTO así: a) GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO: Por el quince (15%) por ciento del valor total del contrato, por el término de éste y dos meses más. PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES DEL PERSONAL: Que haya de utilizar para la ejecución del contrato por una suma equivalente al CINCO (5%) por ciento del valor total del contrato y por una vigencia igual al plazo del contrato y tres (3) años más. c) CORRECTO MANEJO DEL ANTICIPO: con una vigencia igual al plazo del contrato y dos meses más por el CIEN (100%) por ciento del valor de éste. d)* ***ESTABILIDAD DE LA OBRA: Por el veinte (20%) por ciento del valor de la obra ejecutada, por el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha del acta de liquidación y recibo final de la obra, garantía que será aprobada por la Secretaría de Gobierno y Ordenamiento Jurídico.*** *Parágrafo: No eximirán al contratista de estas responsabilidades, las actas de terminación, el acta final de aceptación de este contrato o sus anexos* (f. 66 c.ppal).

Por su parte, la Cláusula vigésima octava dispuso:

*“Indemnización y estabilidad de la obra. 28.1. El contratista se compromete a tomar todas las precauciones necesarias para evitar que se presenten accidentes de cualquier naturaleza, que produzcan daño a las estructuras existentes, edificaciones, tubería y en general, a cualquier otro elemento o bien constitutivo de la obra contratada. 28.2. Cualquier daño, que por descuido o inadecuada organización de los trabajos por parte del CONTRATISTA, se produzca en la obra contratada, deberá ser reparado o indemnizado por éste. En consecuencia, el CONTRATISTA implementará hasta la entrega total de la misma, los mecanismos de protección necesarios para evitar que ésta sufra algún daño, siendo de su cargo en todo momento, los costos y/o gastos que se causen por concepto de su reparación o indemnización. 28.3. Dentro de los cinco años siguientes a la fecha de aceptación final de la obra, el CONTRATISTA responderá por cualquier clase de defecto que se presente en los trabajos entregados y aceptados por el DEPARTAMENTO producto del empleo de materiales de mala calidad o de mano de obra deficiente. Igualmente en el mismo lapso responderá por cualquier daño que haya infringido a las instalaciones existentes con anterioridad al inicio de los trabajos y por los perjuicios de cualquier naturaleza que durante la ejecución de los trabajos contratados ocasione a El DEPARTAMENTO o a terceras personas. 28.4. En consecuencia, el CONTRATISTA se obliga a llevar a cabo a su costo, todas las reparaciones y reemplazos que sea necesario hacer por ocasión de la responsabilidad adquirida y descrita en esta cláusula.*” (f. 50 a 51 c.ppal).

3.2. El 22 de marzo de 1997, el contratista, el interventor y el secretario de transporte del Departamento del Tolima suscribieron acta de liquidación de obra en la que concluyeron que “*en visita al lugar de los trabajos realizada el día 22 de marzo de 1997, se constató que la obra ejecutada está de acuerdo con los recibos parciales hechos”.*

En torno a las garantías dispuso el acta de liquidación bilateral:

*“5. El Contratista constituyó las siguientes garantías:*

*-Póliza de cumplimiento del contrato: por un valor de $185.731.716.15 equivalente al 15% del valor total del contrato, con vigencia de 21-09-95 al 17-05-97.*

*-Póliza de responsabilidad civil: por un valor de $61.910.572.05 equivalente al 5% del valor total del contrato, con vigencia de 21-09-95 al 17-05-97.*

*-Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones al personal: por un valor de $61.910.572.05 equivalente al 5% del valor total del contrato, con vigencia del 21-09-95 al 17-03-2000.*

*-Correcto manejo del anticipo: por un valor de $309.552.860.25 equivalente al 25% del valor del contrato con vigencia de 21-09-95 al 17-05-97.*

*-****Estabilidad de la Obra: por un valor de $225.132.197.70 equivalente al 20% del valor de la obra ejecutada con carácter permanente y por término de cinco años, contados a partir de la fecha de la presente Acta.****”* (f. 66 c. ppal.)

3.3. El 25 de agosto de 1997, Seguros del Estado S.A. expidió certificado de modificación N.º 172756 de póliza de seguro N.º 9526067, cuyo asegurado o beneficiario es el Departamento del Tolima y afianzado o contratista la Sociedad Colombiana de Pavimentos SOCOPAV Ltda., en el que se incluyó el amparo de estabilidad de la obra por un valor asegurado de $225.132.198 y vigencia desde el 17 de marzo de 1997 hasta el 17 de marzo de 2002, con ocasión del contrato N.º 091 “*referente a la explanación, obras de arte y pavimentos del sector K0+000-K13+200, de la carretera El Paso-Carmen de Apicalá”*(f. 1 c. 2).

3.4. En el mes de agosto de 1999, con ocasión del contrato de consultoría 0117-98, celebrado entre el Departamento del Tolima a través de la Secretaría de Transporte y el ingeniero Carlos Gerónimo Segrera para la *“evaluación y diagnóstico de pavimentos en servicio de la red vial secundaria e inventario de obras”,* fue presentado informe final correspondiente al “*tramo de carretera El Paso-El Carmen, diagnóstico hecho en extensión aproximada de 12.5 Km, sobre la cual se realizaron trabajos de mejoramiento y pavimentación, mediante los contratos de obra N.º 091/95 y de Interventoría N.º 163/95, en una longitud aproximada de 13.2 Km”* (f. 68 a 172 c. ppal.).

El informe rendido por el consultor arrojó las siguientes conclusiones:

*“2.6 ANALISIS DE LA INFORMACIÓN*

*En los cuadros presentados en el anterior numeral se relacionaron todas las características observadas, relacionadas con el funcionamiento de la vía, y la recomendación de medidas en el corto y mediano plazo, que garanticen su funcionamiento en condiciones de seguridad y confort para el usuario.*

*En general puede deducirse que el aspecto más relevante en el deterioro de la vía, se relaciona con la falta de un mantenimiento periódico preventivo, que incluya alcantarillas, cunetas, limpieza y rocería de las bermas y la observación y atención de los taludes que presentan condiciones de inestabilidad, que son las relacionadas en el cuadro N.º 5.*

*Con una inversión muy baja en pesos se puede realizar un gran ahorro por el costo de eventuales obras de reconstrucción que están por venir.*

*2.7 CONCLUSIONES*

*Como resultado de la ejecución de este estudio podemos concluir lo siguiente:*

* *Para la pavimentación no se contó con Estudios y Diseños técnicos que hubieran permitido plantear soluciones a los problemas geotécnicos, hidráulicos y a la geometría de la vía, especialmente; pese a que los contratos de interventoría contemplaban también la realización y revisión de diseños sobre la marcha, la construcción se realizó con niveles de calidad del diseño, aplicable al perfil del proyecto y estudio de prefactibilidad.*
* *Una inversión de esta naturaleza debería respaldarse con estudios detallados que conduzcan a obras de infraestructura estables en el tiempo, y que brinden al usuario comodidad y seguridad.*
* *Durante la construcción se evitaron en lo posible, los movimientos de tierra, en sacrificio de un mejoramiento de curvas, pendientes entretangencias, y condiciones mínimas de servicio de la vía.*
* *Las especificaciones técnicas de la vía, son las menores, y en muchos casos, no se cumplen con entretangencias, peraltes, radios mínimos, y otras exigencias para hacer una vía segura y de un aceptable nivel de servicios.*
* *No se construyeron todas las obras de soporte de la banca necesarias, en el tramo pavimentado; a saber, cunetas, bermas, ampliaciones de las obras existentes, como puentes, alcantarillas, drenajes, obras sin las cuales, la inversión efectuada se perderá irremediablemente.*
* *Era de esperar, que en el periodo inicial del proyecto, la vía que nos ocupa funcionara con un nivel de serviciabilidad superior al mínimo, salvo el mantenimiento rutinario.*
* *No ocurre así debido a la falta de estudios y diseños técnicos, previos a la ejecución de la obra, lo cual no permitió plantear soluciones valederas a los problemas Geotécnico, hidráulicos, y a la geometría de la vía.*
* *Como producto de la falta de estudios y diseños técnicos, en esta vía. No se puede garantizar a los usuarios un nivel de servicios adecuado a la inversión efectuada, y menos un nivel de seguridad mínimo, encontramos así, tramos de alta accidentalidad, y de angostamientos de la calzada que hacen de esta vía una verdadera trampa mortal para el usuario desprevenido, a lo anterior se suma la falta de señalización que advierta el usuario de los graves peligros que existen.*
* *Por otra parte, definida la conservación del pavimento de una vía, como un conjunto de actividades que tiene por objeto mantener sus características de servicialidad de tal manera que el transporte de personal y mercancías, resulte en todo momento seguro, cómodo y económico, es necesario, acometer de inmediato un programa de conservación suficiente o adecuado a la acción agresiva de las cargas de los vehículos y del clima, para que no se degrade progresivamente la pobre condición estructural de la calzada, dando como resultado menores velocidades de operación, mayores tiempos de viaje y un deterioro prematuro de los vehículos sumado a incrementos en los consumos de combustibles, lubricantes y llantas. Estos sobrecostos en la operación vehicular se deben al mayor trabajo mecánico necesario para sortear las irregularidades superficiales de la calzada en especial las deformaciones y baches.*
* *En conclusión, es muy importante acometer las acciones de complementación y conservación de esta vía en forma eficaz para garantizar así a los usuarios un nivel de servicio adecuado.*

*En general se recomienda:*

*1. La reparación de los defectos encontrados, acorde al cuadro de definición de responsabilidades y recomendaciones de reparación.*

*2. Acometer de inmediato el programa de mantenimiento de la vía que incluya labores de rocería, limpieza de cunetas, restitución de bermas, limpieza de alcantarillas, reparación de pontones.*

*3. Ejecutar en corto plazo el mantenimiento recuperativo de pavimentos propuesto en el cuadro n.º 1 del presente informe.*

*4. Acometer de inmediato la construcción de muros de contención para estabilizar la vía en aquellos sitios en los cuales se presentan perdidas de la banca.* (fl. 80 a 81).

3.5. En resolución del 23 de febrero de 2000, la Fiscalía 53 Seccional del Tolima de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública al definir la situación jurídica de los procesados José Enrique Dávila Lozano, Alfonso Saiz Ayerbe y Jorge Eliecer Castellanos Moreno, sindicados de la posible comisión del delito de peculado se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en contra de los procesados y decretó la preclusión de la investigación en su favor.

Para adoptar la decisión referida, la Fiscalía consideró:

*“(…)*

*Del análisis realizado por el despacho al caudal probatorio que hace parte de este proceso, sobre el supuesto de hecho que es materia de investigación, se desprenden dos situaciones que se pueden sintetizar así:*

*La primera de ellas, y que hace relación a la noticia criminis, está conformada por los informes o autos número 031 y 307 del 4 de febrero y 18 de noviembre del año 1999, respectivamente, proferidos por la División de Investigaciones Fiscales de la Contraloría Departamental del Tolima, militantes a folios 1 y s.s. y 227 y s.s. del cuaderno original, que apuntan a señalar la serie de irregularidades o inconsistencias detectadas por este órgano de control como consecuencia de la visita técnica efectuada en la construcción de la obra vía “El paso- Cármen de Apicalá”, en la ejecución del contrato N.º 091 de septiembre 6 de 1995, suscrito entre el Departamento del Tolima y las firmas contratista e interventora SOCOPAV LTDA y CONSORCIO DIS-LTDA ENRIQUE DAVILA LOZANO*

*(…)*

*Como puede advertirse de lo hasta aquí reseñado, resulta claro y cierto que las firmas contratista e interventora involucradas en este asunto, cumplieron cabalmente las observaciones consignadas en la visita de la Contraloría ajustándolas a las especificaciones que se pactaron en el contrato de obra N.º 091-95, por cuanto las afirmaciones que sobre este acerto (sic) hicieran los indagatoriados (sic) de autos, gozan de respaldo en razón de la prueba documental que se analiza, la cual, sin duda, refleja el resultado de todo un proceso de investigación técnica, soportado en el (sic) toma de muestras, ensayos y análisis de la estructura física de las obras construidas en la vía El Paso- Cármen de Apicalá, donde se indica claramente que sí se adoptaron correctivos específicos en relación con los concretos hidráulicos y asfalticos, consistentes en la demolición y reconstrucción de los tramos de cunetas, bordillos y obras que no cumplían con las condiciones requeridas, según lo advertido por la Contraloría Departamental en la prueba de campo efectuada el 24 de enero de 199. Elementos de prueba que, ignora este despacho por qué razón la Contraloría desconoció y no valoró de una manera más adecuada y responsiva, limitándose a cuestionar la calidad de la vía e insistir en la falencia del sistema constructivo con fundamento en inspecciones visuales a ella realizadas con posterioridad a aquella primera en que se hicieron las observaciones de lo que debía corregirse, ignorando, incluso las sugerencias del interventor en el sentido de que fuera a través de otro estudio técnico que se estableciera sobre la calidad de la obra.*

*No es cierto lo que se indica por la Contraloría en los autos 031 y 307 que al proyecto se practicaron varias visitas técnicas con el objeto de verificar los arreglos y/o correcciones al sistema constructivo. Según lo probado en este proceso, visita y estudio de tal naturaleza sólo tuvo lugar el día 24 de enero de 1997 (para identificar sobre sus fallas); en la del 19 de junio y 8 de agosto del mismo año, en forma visual se determinó sobre la existencia de parcheos, reconstrucciones y fisuras en la vía. No hubo la toma de muestras y ensayos mediante la utilización de métodos mecánicos y análisis de laboratorio para establecer sobre la resistencia de los concretos asfáltico e hidráulico sugeridos reconstruir y de las demás obras realizadas con posterioridad a la primer visita. La toma de placas fotográficas para precisar la existencia de fisuras y grietas en algunos tramos de la obra, no constituye en manera alguna prueba que determine idóneamente la calidad o resistencia de la misma, máxime cuando (y esto es verdad averiguada) existían otros factores o causas posibles que generaron la aparición de dichas fallas; tal el caso de las características de suelo y subsuelo donde se encuentra edificada la calzada y el continuo tráfico pesado por la misma que con suficiente claridad indica el informe de evaluación visual y técnico que presentara el Ingeniero Interventor, que esta fiscalía ha venido analizando.*

*En verdad que resulta a todas luces inadecuado pretender demostrar aspectos que de lógica se sabe requieren de conocimientos y métodos especializados y técnicos, con una simple observación visual, como sucede en este caso, para cuestionar, controvertir e insistir en el no cumplimiento de las especificaciones pactadas en el contrato de obra N.º 091. Deducir del hallazgo visual de grietas, fisuras y reparaciones puntuales, que las reparaciones efectuadas y demás obras no eran las más óptimas, que no fueron reparadas conforme a las observaciones hechas por la Contraloría es juzgar a la ligera, sin fundamentos serios que la soporten.*

*Pues, como ya lo indicara este despacho en líneas anteriores, para llegar a la conclusión adoptada por la Contraloría en los referidos pronunciamientos, es indiscutible que era necesario la práctica de prueba de campo sobre la estructura física del pavimento, tal y como lo hiciera esta oficina judicial mediante diligencia de inspección judicial practicada el 23 de agosto del año 1999, con la asesoría de personal experto del C.T.I. de la Fiscalía General de la Nación (ingeniero civil y fotógrafo, a través de la cual se tomaron ensayos de resistencia con el equipo de esclerómetro a lo largo de toda la vía construida (lecturas a la parte de los concretos hidráulicos, correspondientes a la placa de cuneta y bordillos de ambos lados, así como al muro de contención de concreto en la absisa (sic) K1+300), eligiendo para ellos los tramos intermedios de los absisados cuestionados por la Contraloría, esto es, los que la interventoría dejó de demoler y reconstruir por haber comprobado mediante el estudio técnico que cumplían con las especificaciones estipuladas en el contrato. (Ver folios 158 a 161 y 169 a 170 del cuaderno original). Fue así que como resultado de esta diligencia de inspección, el Ingeniero Perito Edgar Orlando Álvarez Afanador, consignó en su respectivo informe que “se observó un buen acabado y conformación de los concretos en general;… los concretos en su mayoría estarán en un rango superior a los 2500 PSI de resistencia, considerada buena y consecuente para el tipo de obra y probable especificación”. (fl. 279 y 280 c.o).*

*Sobre este particular resulta de importancia acotar que el método utilizado por la Fiscalía para el desarrollo de la diligencia de inspección judicial del 23 de agosto pasado, para la toma de muestras en los diferentes absisados de la vía, fue el mismo que empleó la Contraloría en la visita del 24 de enero de 1997 para el levantamiento de la prueba de campo; esto es, ensayos de resistencia con equipos de esclerómetro, y el mismo tipo de ensayo realizado por la Interventoría de la obra, los cuales son aceptados universalmente en la práctica de la Ingeniería. El utilizado por la fiscalía para el examen que realizó –especialmente sobre los tramos cuestionados por la Contraloría- fue suministrado por la firma interventora DIS-LTDA con el respectivo informe de calibración de la firma PINZUAR LTDA (fl. 162), quien a la vez indicó la metodología de calibración del equipo (fl. 264) y, que corroboró el despacho a través de la información que sobre el particular rindiera el Coordinador de la Unidad Académica de Estructuras, Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de Santafé de Bogotá, Ing. J. Gabriel Gómez Cortés (fl. 175 y 176), y lo averiguado por el ingeniero Edgar Orlando Álvarez Afanador Profesional Universitario I, del CTI de Santafé de Bogotá (fl. 279 y 280). Es decir, que, igualmente, podemos decir, que la fiscalía contó con un equipo idóneo para la realización de la prueba de campo que se aduce con los resultados ya conocidos.*

*Corolario de lo anteriormente expuesto, debemos precisar que en la ejecución del contrato de obra N.º 091-95 cuyo cuestionamiento dio origen a la presente investigación, las firmas contratistas involucradas, cumplieron cabalmente con las objeciones de la Contraloría en desarrollo de u (sic) objeto y no desplegaron actividades que de alguna manera irrogara daño patrimonial a los intereses del Departamento del Tolima. Así se evidencia claramente de los elementos de juicio que se analizaron en precedencia, los cuales nos están indicando que efectivamente los contratistas al frente de esta obra se esmeraron por acatar dichas observaciones, propendiendo que la estructura física se (sic) de la vía cumpliera con las especificaciones técnicas pactadas, y efectuaron todos los trabajos necesarios para que la mencionada obra pudiera destinarse al fin para el cual era destinada; que efectivamente se hizo la reparación de las deficiencias que presentaba.*

*Así las cosas, se infiere, que el monto elevado a faltante de Fondos Públicos ($66.290.850.80) a cargo y bajo la responsabilidad solidaria de las firmas contratista e interventora SOCOPAV LTDA y CONSORCIO DIS-LTDA y, de FRANCISCO GALVIS SANTOFIMIO, como daño patrimonial causado al Departamento por la obra ejecutada, hecho en los pronunciamientos de la Contraloría (autos 031 y 307) no se encuentra soportada en razonamientos serios, tanto es así que el segundo es calco del primero y, como ya se dijo en acápites precedentes, dicho ente fiscal, además de haberle restado mérito al informe de evaluación y análisis presentado por la Interventoría de las condiciones de la vía, tampoco hizo un mayor esfuerzo por verificar sobre la calidad del sistema constructivo y de las reparaciones que sobre el mismo se hicieron.*

*En este orden de ideas, el despacho considera que el presunto hecho punible de peculado denunciado en este asunto, no existió, razón por la cual, se abstendrá de imponer medida de aseguramiento alguna en contra de los (sic) José Enrique Dávila Lozano, Alfonso Saiz Ayerbe y Jorge Eliecer Castellanos Moreno, y con arreglo en lo dispuesto en el artículo 36 del C. de P. penal, se decretará la preclusión de la investigación en favor de los mismos”* (f. 44 a 58 cuaderno 2 de pruebas).

3.6. El Secretario de Infraestructura y Transporte de la Gobernación del Tolima mediante resolución 87 del 6 de julio de 2000, declaró el siniestro amparado por la póliza 172756 del 25 de agosto de 1997, por valor de $225.132.198, cuya vigencia se prorrogó hasta el 17 de marzo del año 2002, e impuso que la suma correspondiente a la póliza descrita fuera cancelada, por la Compañía Seguros del Estado S.A. dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo, so pena de que su cobro se persiguiera, a través de la jurisdicción coactiva.

Las consideraciones expuestas en el acto administrativo son las siguientes:

*“Que el Departamento del Tolima y en su nombre la Secretaría de Infraestructura del Transporte y SOCOPAV Ltda., suscribieron el contrato 091 de 1995, cuyo objeto es la explanación obras de arte y pavimentación del sector K0+000 al K13+200 de la carretera El Paso –Carmen de Apicalá.*

*Que para la evaluación del estado actual de la vía, fue contratada la evaluación y diagnóstico de pavimentos en servicio de la red vial secundaria e inventario de obras, en virtud del contrato de consultoría 117 de 1998.*

*Que el consultor alcanzó, conclusiones que comprometen necesariamente la responsabilidad del contratista y que repercuten directamente en la estabilidad de la cuantiosa obra contratada.*

*Que a pesar de haber iniciado, en virtud del auto 1362 de fecha 12 de junio de 2000, el Procedimiento Administrativo Previo a la declaratoria del siniestro de la póliza de estabilidad otorgada con motivo del contrato, no ha existido ningún pronunciamiento del contratista, en aras de desvirtuar los argumentos del consultor que han sido adoptados por esta administración.*

*Que el consultor del contrato referido ha concluido entre otros aspectos que:*

*“(…) Las especificaciones técnicas de la vía, son las menores, y en muchos casos no se cumple con entre-tangencias y condiciones mínimas del servicio de la vía.*

*(…) No se construyeron todas las obras de soporte de la banca necesarias, en el tramo pavimentado, a saber, cunetas, bermas, ampliaciones de las obras existentes como puentes, alcantarillas, drenajes, obras sin las cuales, la inversión efectuada se perderá irremediablemente”.*

*Que para garantizar la estabilidad de la obra, el Contratista constituyó a favor del Departamento del Tolima, la Póliza 172756 del 25 de agosto de 1997, por valor de 225.132.198 pesos y una vigencia que se prorroga hasta el 17 de marzo del año 2002, expedida por la Compañía de Seguros “Seguros del Estado”.*

*Que de conformidad con las conclusiones alcanzadas por el consultor de la obra y las cuales ha plasmado en su informe final, y habida consideración de que de conformidad con las mismas, los graves problemas de estabilidad que en la actualidad presenta la obra contratada, será necesario declarar, de manera unilateral y de conformidad con las prerrogativas unilaterales que para el efecto, se encuentra investida la administración pública, en virtud de la Ley 80 de 1993, el siniestro de la póliza de estabilidad de la obra, como en efecto se decidirá en el acápite resolutivo del presente acto administrativo, en aras de salvaguardar el interés general materializado en este caso por la comunidad que se beneficia de manera directa de la obra contratada.”* (f. 6-8c2 pruebas)

3.7. En escrito radicado el 9 de agosto de 2000, Seguros del Estado a través de apoderado formuló recurso de reposición contra la resolución 87 del 6 de julio de 2000, en donde señaló que la Secretaría de Infraestructura del Transporte de la Gobernación del Tolima soportó el acto administrativo que declaró la ocurrencia del siniestro en las conclusiones del informe de consultoría presentado por el ingeniero Carlos Segrera, sin embargo corresponde establecer si las irregularidades mencionadas son atribuibles al contratista, al interventor o a la entidad contratante.

El recurrente precisó que si existían falencias relacionadas con los estudios y diseños no resultaban atribuibles al contratista. Frente a las deficiencias señaladas en el informe de consultoría como causas de la degeneración de las obras por la cual se pretende hacer efectiva la garantía de estabilidad de la obra indicó:

*“En efecto, ni en el informe de consultoría contratado por la entidad para tal fin y que constituye el documento sobre el cual se fundamentó la resolución que declara la ocurrencia del siniestro, ni en las visitas practicadas a las obras, ni en ningún otro informe, acta o documento, existe prueba de la valoración pecuniaria de los perjuicios que se hayan podido ocasionar o generar con la presunta mala calidad de las obras.*

*Vale decir no existe o no hay la valoración económica de las obras deterioradas o en su defecto del costo por la reparación de las mismas; sumas estas que en últimas serán por los que entrará a responder tanto el interventor, el contratista y la aseguradora con ocasión de la póliza de cumplimiento ya referida de autos.*

*(…)*

*Lo anterior ratifica, que la Administración departamental deberá acreditar por los medios probatorios legalmente aceptados, la cuantía de la pérdida o de los perjuicios ocasionados por los deterioros de las respectivas obras, y no le es dado en derecho pretender hacer valer la totalidad del valor asegurado ya que ello constituiría enriquecimiento sin causa, en detrimento del patrimonio de los particulares, haciendo uso indebido de las cláusulas exorbitantes del estatuto de Contratación estatal y violando con ello el art. 29 de la Carta Fundamental en lo que tiene que ver con el debido proceso y el derecho de defensa.*

*(…)*

*En el mismo orden de ideas, corresponde a la Administración Departamental demostrar igualmente que la presunta mala calidad de las obras ejecutadas y el consecuente deterioro anticipado de las mismas, son imputables por causa exclusiva del contratista; pues de no ser así, lógico resulta que no podrá en derecho ser obligado a indemnizar o responder por unos daños que no le son atribuibles, o que los mismos obedecen a causas externas o son atribuibles a la misma Administración o en conjunto a las partes intervinientes en el contrato que generó la presente actuación. Para estos efectos y en gracia de la brevedad ruego se tenga muy en cuenta el informe final rendido por el consultor contratado para tal fin; en especial en las conclusiones del mismo en donde claramente se establecen responsabilidades a las partes dentro del referido proceso contractual.* (f. 8 a 20 c. ppal.)

3.8. El 12 de septiembre de 2000, los funcionarios de la Secretaría de Infraestructura del Departamento del Tolima, Carmen Elisa Hoyos Cortes y Marco Antonio Hincapié suscribieron acta de visita técnica, en la que se documentó la visita realizada a la carretera Carmen de Apicalá- El Paso, con la asistencia, de acuerdo con lo consignado en el acta, en representación de Seguros del Estado del apoderado jurídico Enrique Cubidez Amézquita y el ingeniero Hernando Torres -quienes no suscribieron el acta-, y en representación de la Secretaría de Infraestructura del Transporte de los ingenieros Carmen Elisa Hoyos Cortes y Marco Antonio Hincapié Galindo.

Del procedimiento adelantado en la visita técnica se observa:

*“Se efectuó un recorrido de dicha vía con el objeto de observar el tipo de daños y sus posibles causas y responsabilidades. Con base en este recorrido general y en información previa obtenida del estudio en servicios de la red vial secundaria, como también en diferentes informes obtenidos de la Contraloría Departamental del Tolima correspondientes al tramo evaluado K0+000 al K13+200 nos pudimos dar una idea clara y más acertada analizando comparativamente las especificaciones técnicas de construcción, lo cual nos referimos más adelante:*

*(…)*

*FALLAS ENCONTRADAS*

*La evaluación realizada sobre dicha vía, se basó fundamentalmente en las fallas observadas sobre dicho tramo analizando sus posibles causas, atribuyendo así la posible responsabilidad de quien ejecutó la obra en mención.*

*A continuación se relacionan los puntos evaluados encontrando las siguientes fallas y sus posibles causas a saber:*

*(…)*

*TRABAJOS QUE CORRESPONDEN AL CONTRATISTA*

*Una vez efectuada la evaluación correspondiente a las fallas encontradas a o (sic) largo del tramo evaluado, se pudo constatar que las fallas más representativas y repetitivas son las denominadas tipo piel de cocodrilo y fisuras longitudinales, las cuales se puede atribuir la responsabilidad o la firma constructora SOCOPAV LTDA en un alto porcentaje presentándose estas prácticamente a lo largo de toda la vía, algunas de ellas con una evolución predominante en baches o hundimientos y otras con desplazamiento y pérdida de carpeta asfáltica que dirigen nuestro análisis a concluir, que los trabajos correspondientes a recuperar dicha vía se hace en el sello de fisuras en algunos casos y en los reparcheos correspondientes a las (sic) piel de cocodrilo en mayor evolución.*

*EN LO CONCERNIENTE A CONCRETOS HIDRAULICOS Y ASFALTICOS*

*La Contraloría Departamental del Tolima contrató con dos firmas de reconocida idoneidad, la realización de toma de muestras e informe de resultados de los concretos hidráulicos y del concreto asfáltico a lo largo de la vía antes mencionada, como lo son la firma concretos del Tolima y la firma Concrelab Ltda., respectivamente con el fin de fundamentar las inconsistencias plasmadas en los informes presentados previamente.*

*La diligencia de toma de muestras se realizó el 24 de enero de 1997 con la presencia de representantes de los siguientes entes:*

*Gobernación del Tolima, Sociedad Tolimense de Ingenieros, Firma Constructora Socopav Ltda., Firma Interventora Consorcio DIS Ltda – Enrique Davila Lozano, Funcionarios de la administración del Carmen de Apicalá, Firmas encargadas de las pruebas de Laboratorio Concretos del Tolima y Concrelab Ltda., Representantes de la Contraloría Departamental del Tolima.*

*Una vez realizada la visita técnica mencionada y recopilados dichos datos, se logró establecer que los fallos encontrados se podían resumir en lo siguiente:*

*CONCRETOS HIDRAULICOS*

|  |  |
| --- | --- |
| *Concreto clase G de elevación 2000 PSI*  | *$19.365.723.00* |
| *Cuneta Revestida el Concreto en L, 2500 PSI* | *$65.533.526.80* |
| *Concreto clase D reforzado, elevación 3000 PSI* | *$15.179.580.00* |
| *Concreto Clase D reforzado, placa 3000 PSI*  | *$2.411.409.00* |
|  |  |
| *TOTAL EN CONCRETOS HIDRAULICOS*  | *$102.489.238.80* |

*Las reparaciones ejecutadas en ese entonces por la firma contratista, efectuada a los (sic) solamente a los concretos correspondieron a un 6.5% del total de las observaciones dejadas en dicha visita.*

*Las cantidades de obras en concreto que se repararon correspondieron a:*

*Cunetas 319m3 31.737.629*

*Muros de Contención 30 m3 4.460.759*

 *$36.198.388.00*

*El monto total de los concretos hidráulicos revisados ascendían a $102.489.238.80; la suma alcanzada en reparaciones ejecutadas por la firma contratista fue de $36.198.388.00 quedando así sin corregir o reconstruir un valor de $66.290.850.80*

*CONCRETOS ASFALTICOS*

*Se revisaron nuevamente los daños imputables al proceso constructivo analizados uno a uno en el presente escrito, pudiéndose establecer entonces que dichas fallas constructivas se pueden distinguir y cuantificar en el siguiente cuadro, a precios establecidos en dicho contrato así:*

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| *ITEMS* | *UNIDAD* | *CANTIDAD* | *V/UNITARIO* | *V/TOTAL* |
| *Base Material Seleccionado* | *M3* | *712.53* | *14,187.00* | *10,108,663.11* |
| *Terraplén suministro material Selecc* | *M3* | *427.52* | *6,134.00* | *2,622,407.68* |
| *Concreto Asfaltico de Rodadura* | *M3* | *831.38* | *49,365.00* | *41,041,073.70* |
| *Imprimación con ligante asfaltico* | *M2* | *12,790.00* | *340.00* | *4,348,600.00* |
| *Transporte material vía pavimentada* | *M3-K* | *26,022.88* | *200.00* | *5,204,575.20* |
| *Rocería y Limpieza de Cunetas* | *ML* | *13,200.00* | *746.00* | *9,847,200.00* |
| *Excavación en Tierra* | *M3* | *1,971.43* | *5,675.00* | *11,187,865.25* |
|  |  |  |  |  |
| *TOTAL* |  |  |  | *84,360,384.94* |

*Por lo anterior, analizando lo citado en fallas atribuibles al contratista, referenciado en los concretos hidráulicos y asfálticos, se cuantificaron dichos daños encontrando así que corresponde aproximadamente, al 66.92% del valor total de la póliza de estabilidad, distribuidos entonces en $66.290.850.80 en concretos hidráulicos y $84.360.384.94 en concretos asfálticos, es decir, $150.651.235.74”*

3.9. Mediante resolución n.º 124 del 9 de octubre de 2000, el Secretario de Infraestructura del Transporte del Departamento del Tolima modificó el artículo primero de la Resolución 87 del 6 de julio, para en su lugar *“declarar el siniestro de la Póliza 172756 del 25 de agosto de 1997, en cuantía del 66% de su valor, esto es por valor de $148.587.250,68”* y confirmó el artículo segundo del acto administrativo recurrido.

En el acto administrativo señalado el Departamento consideró:

*“Previamente a desatar el recurso de reposición impetrado por el contratista, la Secretaría de Infraestructura del Transporte decidió de manera oficiosa realizar una visita técnica al lugar de la obra, con el fin cuantificar (sic) en el terreno y a partir de las conclusiones de sus ingenieros, los daños que efectivamente eran atribuibles al contratista, de esa visita surgió el informe calendado el 22 de septiembre de 2000, en el cual se alcanzan las siguientes conclusiones:*

*La visita encontró un total de fallas atribuibles al contratista, equivalentes al 66% del valor total de la Póliza de estabilidad, esto es, la suma de $148.587.250.68 CIENTO CUARENTA Y OCHO MILLONES QUNIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS.*

*De esta manera la Secretaría de Infraestructura no sólo determinó los tramos de la vía cuyo deterioro es sin lugar a dudas atribuible de manera objetiva al contratista, a partir de las deficiencias técnicas señaladas por los ingenieros de la Secretaría y cuyas consideraciones técnicas deben entenderse incorporadas al presente acto administrativo, sino que además pudo determinar de manera inequívoca el evidente nexo causal existente entre la actividad contractual del contratista y los daños presentados actualmente en la vía.*

*Si bien, asiste razón al recurrente en el sentido de que algunos tramos de la vía no pueden ser atribuidos a la acción u omisión del contratista, es indudable que en los tramos de la carretera, reseñados por el informe técnico realizado por la Secretaría como responsabilidad del mismo, deberán en efecto, ser cubiertos por el amparo de estabilidad tal como se decidirá en el acápite resolutivo del presente acto administrativo.”* (f. 9 a 11 c2).

3.10. Dentro del presente proceso, la parte demandante aportó informe rendido por el ingeniero Mauricio Urrea Mora, que contiene un *“análisis* *y evaluación técnica llevada a cabo a los informes presentados por el Ingeniero CARLOS G. SEGRERA G. -evaluación y diagnóstico de pavimentos características geométricas e inventario de daños carretera El paso-El Carmen; y el informe visita técnica carretera Carmen de Apicalá- El Paso presentado por los ingenieros de la Secretaría de Infraestructura de Transporte Carmen Elisa Hoyos Cortes y Marco Antonio Hincapie, los cuales sirvieron como soporte técnico por parte del Departamento del Tolima- Secretaría de Infraestructura del Transporte, para hacer efectiva la póliza N.º 172756 amparo de estabilidad de las obras ejecutadas en desarrollo del contrato N.º 091 de 1995”* (f. 174 a 215 c. ppal.).

En el informe señalado se concluyó que la determinación de la entidad, en torno a las causas de las fallas en la obra imputables al contratista “*es equivocada porque carece del sustento técnico adecuado y no es evidente el nexo del contratista con las fallas”.* En tal sentido indicó, para que la determinación de la entidad no fuera errática, la entidad debió contratar un estudio serio que contuviera:

*“1-Revisión y diagnóstico de los diseños, planos y especificaciones de la vía y si estos fueron correctamente ejecutados. Incluye estructura vial, obras de arte etc.*

*2- Revisión y diagnóstico de la obra ejecutada por el contratista, si está bien realizada y si corresponde a los diseños, planos y especificaciones. Este procedimiento debe incluir la realización de apiques con el fin de verificar los diferentes espesores de las capas de la estructura vial para determinar si corresponden al diseño estipulado. Ensayos de laboratorio con el fin de determinar la calidad de los materiales utilizados por el contratista en todas las capas de la vía así como de las obras de arte y demás obras anexas. Ensayos de laboratorio en sitios de falla con el fin de determinar la calidad del proceso constructivo utilizado por el contratista (ensayos de densidad en el terreno, etc.)*

*3- Revisión y diagnóstico de las condiciones de operación de la vía, tipo de tráfico, conteo repeticiones de carga.*

*Con base en dicho diagnóstico se pueden determinar las causas de las fallas presentadas que pueden ser:*

*1- A un modelo estructural empleado que no corresponde a lo presentado en planos.*

*2- Que el modelo estructura de la vía presentado en planos está mal ejecutado y la estructura vial falló por un diseño inadecuado.*

*3- La obra ejecutada no corresponde a los diseños correctamente realizados y estipulados en planos.*

*4- La calidad de la obra no corresponde a lo estipulado en los planos y especificaciones.*

*5- Aplicación de cargas mayores a la de diseño*

*De esta forma se comprobaría si las fallas presentadas en la vía son generadas por causas imputables al contratista.*

3.11. En diligencia de testimonio rendida ante el *a quo,* el testigo ingeniero Mauricio Camilo Urrea rindió declaración para sustentar el informe rendido y aportado con la demanda:

*“PREGUNTADO: Sírvase decir lo que le conste, acerca de los hechos de ejecución del contrato de obra de pública 091 de septiembre de 1995, suscrito entre el Departamento del Tolima y la Firma SOCOPAV LTDA, para la “explanación, obras de arte y pavimentación del sector K0+000 al K 13+200 de la carretera el Paso- Carmen de Apicalá”. CONTESTÓ: Sobre la ejecución del contrato no me consta ningún hecho, yo no conozco nada que sucedió durante el desarrollo del mismo, lo que me consta son los problemas de estabilidad que se presentan actualmente y para tal fin, fui contratado por la Aseguradora Seguros del Estado S.A. con el fin de llevar a cabo un análisis técnico y evaluación de los informes que presuntamente soportan la reclamación que ha presentado el Departamento del Tolima- Secretaría de Infraestructura de Transporte, para hacer efectiva la póliza número 172756, amparo de estabilidad de la obras ejecutadas en desarrollo del contrato 091 de 1995 suscrito entre dicha entidad y la firma SOCOPAV, con el fin de verificar si estos informes demuestran que los daños que se presentan en la vía tienen su causa en problemas que son de responsabilidad de la firma SOCOPAV, constructor de la obra en desarrollo del contrato 091 de 1995. Dicho análisis se plasmó en un informe el cual se anexo copia al proceso denominándose “Análisis técnico informes presentados por el Departamento del Tolima- Secretaría de Infraestructura de Transporte para declarar el siniestro de la póliza número 172756, expedida por Seguros del Estado”. En el cual se pudo concluir los siguientes aspectos: El primer informe presentado por el ingeniero CARLOS SEGRERA, denominado devaluación (sic) y diagnóstico de pavimentos características geométricas e inventarios de daños, carretera Carmen de Apicalá- El Paso, para lo cual el mismo autor indica que para el cumplimiento del objeto del estudio se realizó la evaluación superficial de toda la vía, consistente en la observación de las características más relevantes que vienen afectando la superficie de rodamiento este estudio no contiene un análisis juicioso de las causas probables de las fallas presentadas en la vía, estipuladas con base en resultados de ensayos de laboratorio realizado a los materiales utilizados por el contratista, en el mismo estudio concluye que no sean (sic) acometido acciones de complementación y conservación de la vía, adicionalmente indica falta de estudio y diseños técnicos previos a la ejecución de la obra, lo cual no permitió plantear soluciones valederas a los problemas geotécnicos, hidráulicos y a la geometría de la vía. Con relación al estudio presentado por los ingenieros de la Secretaría CARMEN ELISA HOYOS CORTES Y MARCO ANTONIO HINCAPIÉ, se puede concluir que un simple inventario de fallas sin determinación de la causa o causas de la misma, es una simple inspección a ojo u observación sistemática de los problemas presentados en la vía, sin ninguna comprobación técnica, adicionalmente no se tomaron mediciones de las áreas de falla con el fin de determinar el presupuesto de reparación de las mismas, dichos ingenieros simplemente a groso modo y a ojo indicaron un porcentaje de falla sobre toda el área de la vía y lo aplicaron al valor asegurado estipulado en la póliza antes referenciada, no sabiéndose a ciencia cierta su determinación. Es de anotar que la administración pudiera determinar las causas de las fallas (sic) en forma correcta debió contratar un estudio que debía contener, una revisión y diagnóstico de los diseños, planos y especificaciones de la vía y si estos fueran correctamente ejecutados; una revisión y diagnóstico de la obra ejecutada por el contratista, observándose en este si la misma esta bien realizada y si corresponde a los diseños, planos y especificaciones, incluyendo la realización de sondeos o apiques con el fin de verificar los diferentes espesores de las capas de las estructura vial, para determinar si corresponden al diseño estipulado. Ensayos de laboratorio con el fin de determinar la calidad de los materiales utilizados por el contratista en todas las capas de la vía, así como en las obras de arte y demás obras anexas. Adicionalmente debió realizarse una revisión y un diagnóstico de las condiciones de operación de la vía, tipo de tráfico, conteo y repeticiones de carga, los ingenieros de la Secretaría solamente observaron y realizaron una descripción a ojo, pero no tomaron ni realizaron ningún examen de laboratorio, ni medición, los absisados (sic) que colocaron en su informe fueron el producto de la medición del vehículo que los transportó hasta el sitio de las obras, cabe anotar que la inspección no duró más de tres horas, teniendo en cuenta que este era el soporte para indicar que las causas de las fallas presentadas en las obras objeto del contrato 091 de 1995, el cual debería ser serio y bien fundado, desde ese punto de vista se ratifica la conclusión final del informe que se anexa al proceso, en el sentido en que con los informes que la entidad contratante soporta la reclamación presentada a la Compañía Seguros del Estado S.A. no demuestran claramente que las causas de las fallas presentadas en las vías se deben a problemas de mala calidad de materiales y a un proceso constructivo inadecuado, llevado a cabo por el contratista de la obra la firma SOCOPAV, los informes contienen conclusiones a ojo y sin ninguna reflexiones técnicas (sic) valedera, por lo tanto se observan muchas dudas sobre de quien es la responsabilidad de los daños que se presentan en la obra ya que son conceptos basados en simples suposiciones de causa de falla sin los correspondientes soportes técnicos, es de aclarar que el informe presentado por mí, a Seguros del Estado y el cual hace parte las pruebas presentadas en el proceso no es una revisión ni diagnóstico de las fallas presentadas en la obra, donde se determine las causas de las mismas. (…) PREGUNTADO: Técnicamente existe una fórmula o factor al cual deba remitirse para determinar el valor de los daños a indemnizar ante la ocurrencia de un siniestro de estabilidad de la obra. CONTESTÓ: No existe una fórmula o factor, lo que debe realizarse inicialmente un inventario de fallas y luego una revisión y diagnóstico de las mismas, ya que basados en la determinación de las causas podemos saber qué trabajos deben realizarse para su reparación, ya que si no sabemos de dónde se origina el problema no se puede saber a ciencia cierta cuales son los trabajos a realizar para subsanar el problema. Con base en la determinación de la falla y su causa podremos calcular el presupuesto o costo de reparación de las mismas.”* (f. 267-271).

3.12. En proveído del 5 de diciembre de 2001, la Contraloría Departamental del Tolima revocó el fallo N.º 014 de 26 de mayo de 2000, proferido por la División de Juicios Fiscales y como consecuencia de ello, ordenó el archivo de las diligencias.

La Contraloría sustentó la decisión en las consideraciones que se citan a continuación:

*“De conformidad con lo establecido en el Artículo 69 del código contencioso administrativo según el cual: “los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte …” y lo preceptuado por el artículo 71 del mismo código, procede este despacho a decretar la revocatoria directa del fallo N.º 014 de 26 de mayo de 2000, para lo cual encuentra esta instancia que durante el trámite del proceso de responsabilidad fiscal adelantado ante la secretaria de transporte del Departamento del Tolima, en el cual se vinculó a la Sociedad Colombiana de Pavimentos SOCOPAV y la firma DIS LTDA, no fue tenida en cuenta la inspección judicial realizada por la Fiscalía General de la Nación el 23 de agosto de 1999, visita que contó con personal experto del CTI y de la cual dicha institución concluyó, en providencia de fecha 23 de febrero de 2000, allegada en legal forma al proceso mediante oficio 1576 de fecha 1º de marzo de 2000 (fol. 1309): “…Corolario de lo anteriormente expuesto, debemos precisar que en la ejecución del contrato N.º 091-95 cuyo cuestionamiento dio origen a la presente investigación, las firmas contratistas involucradas, cumplieron cabalmente con las objeciones de la Contraloría en desarrollo de u (sic) objeto, y no desplegaron actividades que de alguna manera irrogara daño patrimonial a los intereses del Departamento del Tolima. Así se evidencia claramente de los elementos de juicio que se analizaron en precedencia, los cuales nos están indicando que efectivamente los contratistas al frente de esta obra se esmeraron por acatar dichas observaciones, propendiendo que la estructura física de la vía se cumpliera con las especificaciones técnicas pactadas, y efectuaron todos los trabajos necesarios para que la mencionada obra pudiera destinarse al fin para el cual era destinada; que efectivamente se hizo la reparación de las deficiencias que presentaba …”*

*Por lo que no obstante a través de la jurisprudencia y la doctrina haberse establecido que la responsabilidad fiscal es absolutamente independiente de la posible responsabilidad penal que pueda derivarse de la conducta de los investigados, encuentra esta despacho que las pruebas legalmente arrimadas al proceso por la Fiscalía General de la Nación, ofrecen serios argumentos de credibilidad para ser tenidas en cuenta en el presente proceso, gozando de respaldo en razón a la prueba documental que se analiza, la cual, sin duda refleja el resultado de todo un proceso de investigación técnica soportado en la toma de muestras, ensayos y análisis de la estructura física de las obras construidas en la vía el Paso-Carmen de Apicalá, elementos de prueba que permiten concluir que no se causó daño patrimonial a los intereses del departamento.*

*Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto este despacho considera procedente entrar a revocar el fallo aludido de conformidad con lo establecido en el Artículo 69 numeral 3 del Código Contencioso Administrativo, el cual preceptúa: “…3 cuando con ellos se cause un agravio injustificado a una persona.”, al causarce (sic) con la decisión objeto de estudio una lesión patrimonial a los investigados equivalente, en potencia a un agravio injustificado, por lo que el acto administrativo del cual se deriva dicha lesión debe ser revocado, y tal deber lo impone el Artículo 69 del C.C.A.”* (f. 59 a 64 cuaderno 2 de pruebas).

3.13. De los hechos probados es preciso concluir que el Departamento del Tolima y la Sociedad Colombiana de Pavimentos “SOCOPAV” celebraron contrato para la *“explanación, obras de arte y pavimentación del sector K0+000-K13+200 de la Carretera El Paso-Carmen de Apicalá”,* en cuyo contenido se contempló la garantía de estabilidad de la obra por el veinte por ciento (20%) del valor de la obra ejecutada y un término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha del acta de liquidación y recibo final de la obra.

Las estipulaciones contractuales a su vez atribuyeron al contratista la responsabilidad por cualquier clase de defecto presentado en los trabajos entregados y aceptados por el Departamento, a consecuencia del empleo de materiales de mala calidad o de mano de obra deficiente, dentro de los cinco años siguientes a la fecha de aceptación final de la obra.

Se acredita a su vez, que el 22 de marzo de 1997, el contratista, el interventor y el secretario de transporte del Departamento del Tolima suscribieron acta de liquidación de obra en la que concluyeron que “*en visita al lugar de los trabajos realizada el día 22 de marzo de 1997, se constató que la obra ejecutada está de acuerdo con los recibos parciales hechos”.* Lo anterior permite inferir que la cobertura por estabilidad debía permanecer vigente hasta el 22 de marzo de 2002.

El acta de liquidación bilateral dispuso la constitución de póliza de estabilidad de la obra por un valor de $225.132.197.70, equivalente al 20% del valor de la obra ejecutada y por término de cinco años, a partir de la suscripción del acta (f. 66 c. ppal.). En consecuencia de lo anterior, Seguros del Estado S.A. expidió certificado de modificación N.º 172756 de póliza de seguro N.º 9526067, en el que se incluyó el amparo de estabilidad de la obra por un valor asegurado de $225.132.198 (f. 1 c. 2).

El Secretario de Infraestructura y Transporte de la Gobernación del Tolima mediante resolución 87 del 6 de julio de 2000, declaró el siniestro de la Póliza 172756 del 25 de agosto de 1997, por valor de $225.132.198 e impuso que la suma correspondiente fuera cancelada, por la Compañía Seguros del Estado S.A.

El acto administrativo soportó su decisión en las conclusiones que arrojó la consultoría al interior del contrato 0117-98 para la *“evaluación y diagnóstico de pavimentos en servicio de la red vial secundaria e inventario de obras”,* en el que se rindió informe final correspondiente al “*tramo de carretera El Paso-El Carmen, diagnostico hecho en extensión aproximada de 12.5 Km, sobre la cual se realizaron trabajos de mejoramiento y pavimentación, mediante los contratos de obra N.º 091/95 y de Interventoría N.º 163/95, en una longitud aproximada de 13.2 Km”* (f. 68 a 172 c. ppal.).

Contra la resolución que declaró el siniestro, la aseguradora demandante formuló recurso de reposición, por cuanto el acto aludido no estableció ni demostró que la presunta mala calidad de las obras ejecutadas y el consecuente deterioro anticipado de las mismas, fueran imputables al contratista, al interventor o a la entidad contratante, tampoco existió valoración pecuniaria de los perjuicios causados, ni valoración económica de las obras deterioradas o el costo de la reparación de las mismas.

Con ocasión del recurso instaurado, mediante resolución n.º 124 del 9 de octubre de 2000, el Secretario de Infraestructura del Transporte del Departamento del Tolima modificó el artículo primero de la Resolución 0087 del 6 de julio, en donde redujo a un 66% del valor del amparo de estabilidad de la póliza, la indemnización por el siniestro y confirmó el artículo segundo del acto administrativo recurrido.

La decisión referida tuvo como soporte la visita técnica realizada por ingenieros de la Secretaría de Infraestructura del Departamento del Tolima al lugar de la obra, en la cual se concluyó que algunas fallas percibidas eran atribuibles al contratista, sin mayor explicación de esa afirmación.

**4. DE LA DECLARATORIA DE OCURRENCIA DEL SINIESTRO CON CARGO A LA GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE LA OBRA.**

4.1. Recuerda la Sala que a través del ejercicio de la acción de controversias contractuales la parte demandante pretende la nulidad de los actos administrativos que declararon la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza 172756 del 25 de agosto de 1997. El cargo de nulidad invocado alude a la vulneración del debido proceso.

La aseguradora accionante argumenta que previamente a la expedición del acto administrativo, la entidad debía procurar 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, para establecer la afectación en la estabilidad de la obra, así como la determinación de responsabilidades para establecer a quien atribuir esta anomalía, o si obedecen al deterioro y desgaste natural de la vía. Estima que tampoco determinó la entidad a través de medio de prueba idóneo la cantidad de obras deterioradas, no estableció que dicho deterioro fuera atribuible al contratista, el costo para la recuperación, restauración o reconstrucción de las obras, y al contrario declaró el siniestro por la totalidad del valor asegurado.

El Tribunal de primera instancia declaró la nulidad de las resoluciones 87 del 6 de julio de 2000 y 124 del 9 de octubre de 2000, al considerar que la entidad se encuentra plenamente facultada para declarar el siniestro cubierto por el amparo de estabilidad de la obra cuando las circunstancias así lo ameriten, sin embargo el acto que lo declara debe soportarse con estudios y análisis técnicos que permitan fundamentar la decisión, para establecer con “*certeza que el mal estado de la vía obedece al incumplimiento por parte del contratista, de algunas de las condiciones o especificaciones técnicas acordadas en el contrato”.*

En tal sentido el *a quo* concluyó en el presente evento que el análisis técnico efectuado por la entidad para determinar el estado de la vía por sí solo no constituye soporte para declarar el siniestro, toda vez 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 lapso de tiempo transcurrido, sino que las causas del mal estado se originaron por la inexactitud técnica de la condiciones pactadas.”.*

En oposición a la decisión del *a quo,* la entidad demandada formuló recurso de apelación donde estimó que dentro del procedimiento administrativo que se surtió por parte de la entidad para la declaratoria del siniestro quedó plenamente acreditada la ocurrencia del riesgo de inestabilidad de la obra y se basó en el criterio técnico de profesionales competentes adscritos a la Secretaría de Infraestructura, por lo tanto reviste de plena validez.

Corresponde a la Sala determinar, a partir del cargo de nulidad invocado, si en el acto administrativo de declaratoria del siniestro contenido en la póliza 172756 del 25 de agosto de 1997, en el marco del contrato de obra 91 de 1995, quedó plenamente acreditada la ocurrencia del riesgo cubierto por el amparo de estabilidad de la obra*.*

**4.2. Del cargo de nulidad invocado: violación del debido proceso**

Comienza la Sala por precisar que en el asunto *sub examine* se controvierte la validez del acto administrativo a través del cual la entidad demandada declaró la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de estabilidad de la obra, con ocasión del contrato 91 de 1995, por la vulneración del debido proceso.

La Sala encuentra procedente determinar el alcance del cargo de nulidad invocado. Acorde con los fundamentos de violación citados por la parte demandante debe precisarse que de un lado refiere la vulneración del debido proceso en tanto la entidad demandada estaba obligada a la práctica de prueba técnica idónea para declarar la ocurrencia del siniestro con cargo al amparo de estabilidad de la obra, y toda vez que dentro de la actuación administrativa se echa de menos la prueba referenciada, la decisión no tiene soporte.

De otro lado, acusa al departamento de no demostrar realmente que las causas de las fallas presentadas en la vía fueran responsabilidad del contratista.

Al respecto, la Sala considera, si bien se formuló un cargo único de violación del debido proceso, el argumento del demandante también alude a la falsa motivación del acto administrativo, en tanto señala, que dentro de las resoluciones demandadas la motivación no da cuenta de la configuración de los supuestos exigidos para la declaratoria de ocurrencia del siniestro amparado por la garantía de estabilidad de la obra, en tal sentido estaría invocando una discrepancia entre el sustento fáctico y jurídico del acto administrativo y la realidad.

En tratándose del debido proceso, la Corte Constitucional ha delimitado el contexto de esta garantía al interior de la actuación administrativa, entre otras, en sentencia C-248 de 2013, en la que al respecto consideró:

*“5.6.2. La extensión del derecho constitucional fundamental al debido proceso, a las actuaciones administrativas, busca garantizar la correcta producción de los actos administrativos, razón por la cual comprende “todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cobija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular que a través de ellas se hayan afectado sus intereses”****[[44]](http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-248-13.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn44%22%20%5Co%20%22).***

*5.6.3. A este respecto, la Corte ha expresado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otras, las siguientes: i) el derecho a conocer el inicio de la actuación; ii) a ser oído durante el trámite; iii) a ser notificado en debida forma; iv) a que se adelante por la autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio definidas por el legislador; v) a que no se presenten dilaciones injustificadas; vii) a gozar de la presunción de inocencia; viii) a ejercer los derechos de defensa y contradicción; ix) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen por  la parte contraria; x) a que se resuelva en forma motivada; xi) a impugnar la decisión que se adopte y a xii) promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso.”[[7]](#footnote-7)*

Esta Corporación 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 defensa y la impugnación posterior ante la jurisdicción[[8]](#footnote-8).

No obstante, si bien no se exige una actuación administrativa previa para la declaratoria de siniestro, acorde con el alcance que la Corte Constitucional ha dado al debido proceso, el apremio a la entidad va dirigido a que la motivación del acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro responda a cada uno de los presupuestos establecidos en la ley frente al riesgo asegurable, con sustento en los elementos de prueba que dentro de la actuación se incorporen salvaguardando el derecho de defensa y contradicción.

Al respecto esta Corporación ha precisado que en tratándose de garantías de cumplimiento en favor de entidades estatales para avalar la observancia de las obligaciones contraídas por el contratista, la entidad estatal no puede *“al expedir el acto administrativo correspondiente, sustraerse de las reglas de conducta que le impone el debido procedimiento, para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía, dichas reglas imponen, entre otras, el deber de motivar el acto administrativo indicando en él los supuestos de hecho y probatorios que soportan el acaecimiento del siniestro y por supuesto, la cuantía de la indemnización, como también, garantizar que tanto el contratista como la compañía de seguros, en ejercicio de los derechos de contradicción y legítima defensa, puedan controvertir el acto administrativo. Este es el sentido en que se debe aplicarse el art. 1077 del Código de Comercio, para aquellos casos en los cuales el asegurado y beneficiario de la póliza es una entidad estatal. De otra parte, al asegurador le corresponde la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, tal como lo dispone la norma.”*[[9]](#footnote-9)

**4.3. Del amparo de estabilidad de la obra**

Conforme lo dispone la Ley 80 de 1993, corresponde al contratista prestar garantía que avale el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado, cuya vigencia se entenderá hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos (Numeral 19 artículo 25).

En consonancia, el artículo 17 del Decreto 679 de 1994, vigente para la fecha de celebración y ejecución del contrato, incluyó como riesgo amparado, el de estabilidad de la obra, cuyas condiciones deberían determinarse en cada caso con sujeción a los términos del contrato con referencia en lo pertinente al valor final de las obras. Así mismo su vigencia debería cubrir cuando menos el lapso en que de acuerdo con el contrato y la ley civil o comercial, el contratista debe responder por la estabilidad de la obra determinado por la entidad según la naturaleza del contrato, que en todo caso no sería inferior a cinco años.

El Consejo de Estado ha delimitado la finalidad del amparo de estabilidad de la obra para indemnizar los perjuicios causados a la entidad contratante en aquellos eventos en los que la obra ejecutada amenace ruina o deterioro a consecuencia de vicio de construcción, o del suelo, o de los materiales que el contratista ha debido conocer en razón de su profesión u oficio[[10]](#footnote-10).

Lo anterior se reafirma a partir de las exigencias que el Código Civil ha establecido para que resulte procedente predicar la responsabilidad contractual del constructor, contenidas en el numeral tercero del artículo 2060:

*ARTICULO 2060. Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:*

*(…) 3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo*[*2041*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr063.html#2041)*, <sic*[*2057*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr064.html#2057)*> inciso final.*

Así las cosas, si bien la entidad estatal tiene la potestad de declarar el siniestro mediante acto administrativo, no por ello se le exime de demostrar el defecto de construcción y su atribución al contratista, en la medida en que no opera presunción alguna que desplace el deber de acreditar los elementos de la responsabilidad contractual. Patrocinar una presunción sobre este aspecto sería tanto como presumir la imputación por el solo estado de la vía, lo cual no resulta procedente en tanto es preciso demostrar que la afectación de la vía o las fallas presentadas en la misma son consecuencia de un defecto en la construcción, un vicio del suelo que el personal del contratista debiera conocer o vicios en los materiales suministrados, tal como se desprende de la normativa en cita.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala encuentra que, en el acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro amparado en la garantía de estabilidad de la obra, la entidad estatal debe determinar con claridad la existencia de perjuicios patrimoniales a consecuencia del deterioro o ruina de la obra que impida su utilización en las condiciones esperadas, imputable al contratista, por no ajustarse a las especificaciones técnicas pactadas en el contrato. A diferencia del amparo de cumplimiento que opera en el periodo de ejecución del contrato, el amparo de estabilidad comienza a partir del recibo a satisfacción de la obra por la entidad contratante y por el lapso previsto por las partes, que en todo caso no puede ser inferior a cinco años.

Debe reiterarse que en el presente evento, se acreditó que las partes al celebrar el contrato de obra contemplaron la garantía de estabilidad de la obra por el veinte por ciento (20%) del valor de la obra ejecutada y un término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha del acta de liquidación y recibo final de la obra.

A su vez se asignó al contratista la responsabilidad por cualquier clase de defecto presentado en los trabajos entregados y aceptados por el departamento, a consecuencia del empleo de materiales de mala calidad o de mano de obra deficiente, dentro de los cinco años siguientes a la fecha de aceptación final de la obra.

Bajo este contexto, correspondía al Departamento demandado acreditar la existencia de perjuicios patrimoniales causados por defectos presentados en la obra, a consecuencia del empleo de materiales de mala calidad o de mano de obra deficiente, en las condiciones técnicas inicialmente pactadas, dentro de los cinco años siguientes a la fecha de aceptación final de la obra.

Al respecto, debe señalarse que el 22 de marzo de 1997, el contratista, el interventor y el secretario de transporte del Departamento del Tolima suscribieron acta de liquidación de obra en la que concluyeron que “*en visita al lugar de los trabajos realizada el día 22 de marzo de 1997, se constató que la obra ejecutada está de acuerdo con los recibos parciales hechos”.*

El 6 de julio de 2000, a través de la resolución 87 del 6 de julio de 2000, la Secretaría de Infraestructura y Transporte de la Gobernación del Tolima declaró el siniestro amparado por la póliza 172756, al considerar que a partir de las conclusiones del consultor contratado para la evaluación y diagnóstico de los pavimentos, específicamente en el sector K0+000 al K13+200 de la carretera el Paso-Carmen de Apicalá, tramo objeto de ejecución del contrato de obra 91 de 1995, se encuentra comprometida la responsabilidad del contratista con repercusión directa en la estabilidad de la obra contratada.

Puntualmente la entidad contratante atribuyó a cargo del contratista, fallas concluidas por el ingeniero consultor, del siguiente tenor: “*las especificaciones técnicas de la vía, son las menores, y en muchos casos no se cumple con entre-tangencias y condiciones mínimas del servicio de la vía. (…) No se construyeron todas las obras de soporte de la banca necesarias, en el tramo pavimentado, a saber, cunetas, bermas, ampliaciones de las obras existentes como puentes, alcantarillas, drenajes, obras sin las cuales, la inversión efectuada se perderá irremediablemente”.*

Ahora bien, del informe rendido por el ingeniero Carlos Gerónimo Segrera correspondiente al “*tramo de carretera El Paso-El Carmen, diagnóstico hecho en extensión aproximada de 12.5 Km, sobre la cual se realizaron trabajos de mejoramiento y pavimentación, mediante los contratos de obra n.º 091/95 y de Interventoría n.º 163/95”* (f. 68 a 172 c. ppal.), observa la Sala que el concepto técnico atribuye el deterioro de la vía *“a la falta de mantenimiento periódico preventivo, que incluya alcantarillas, cunetas, limpieza y rocería de las bermas y la observación y atención de los taludes que presentan condiciones de inestabilidad*”, aunado a ello, resaltó que para la pavimentación *“no se contó con estudios y diseños técnicos que permitieran plantear soluciones a los problemas geotécnicos, hidráulicos y a la geometría de la vía”.*

El informe a su vez, registra un cuadro de definición de responsabilidades y recomendaciones de reparación de la obra de pavimentación, en cada tramo de la vía, del cual se advierten como causas principales *“pobre calidad y/o saturación de capas inferiores, falta de estabilidad de capas inferiores, error de diseño, falla de construcción, fallo por falta de dispositivo de contención de la banca, mantenimiento curativo, deficiente calidad de la mezcla, riego de liga o de imprimación deficiente, drenaje deficiente, falta de sobreancho en la base, falta de calidad, espesor de capa, falta de calidad”*; sin embargo, del concepto técnico rendido no es posible establecer cuáles de las fallas reseñadas son atribuibles al contratista atendiendo las condiciones inicialmente pactadas en el contrato, y cuáles son imputables a la entidad contratante, tampoco es posible inferir la cuantificación de los perjuicios causados por defectos presentados en la obra.

Debe señalarse entonces, que el concepto técnico que soportó el acto administrativo no atribuyó concretamente al contratista las fallas en la vía, ni las cuantificó.

Finalmente mediante resolución n.º 124 del 9 de octubre de 2000, el Secretario de Infraestructura del Transporte del Departamento del Tolima modificó el artículo primero de la Resolución 0087 del 6 de julio, para en su lugar *“declarar el siniestro de la Póliza 172756 del 25 de agosto de 1997, en cuantía del 66% de su valor, esto es por valor de $148.587.250,68”,* con ocasión de recurso de reposición formulado por la Aseguradora demandante.

En la referida resolución, el Departamento señaló, que con ocasión del recurso de reposición formulado por Seguros del Estado, la Secretaría de Infraestructura del Transporte dispuso la realización de “*visita técnica al lugar de la obra, con el fin cuantificar (sic) en el terreno y a partir de las conclusiones de sus ingenieros, los daños que efectivamente eran atribuibles al contratista”,* y a partir de la visita efectuada surgió el informe rendido el 22 de septiembre de 2000.

Igualmente resaltó el acto administrativo que la visita técnica realizada “*encontró un total de fallas atribuibles al contratista, equivalentes al 66% del valor total de la Póliza de estabilidad, esto es, la suma de $148.587.250.68” y “no sólo determinó los tramos de la vía cuyo deterioro es sin lugar a dudas atribuible de manera objetiva al contratista, a partir de las deficiencias técnicas señaladas por los ingenieros de la Secretaría y cuyas consideraciones técnicas deben entenderse incorporadas al presente acto administrativo, sino que además pudo determinar de manera inequívoca el evidente nexo causal existente entre la actividad contractual del contratista y los daños presentados actualmente en la vía.”.*

Por lo anterior, la entidad estimó que si bien le asistía razón al recurrente, en tanto algunos tramos de la vía no podían ser atribuidos a la acción u omisión del contratista, las fallas referenciadas por el informe a cargo del contratista, deberían ser cubiertas por el amparo de estabilidad de la obra (f. 9 a 11 c2).

La Sala encuentra que el acta de visita técnica a la que se hace alusión en la resolución 124 de 2000, refiere soportarse de un lado en la observación al lugar de los hechos, donde se identifican las siguientes fallas, sus posibles causas, y si resultan o no atribuibles al contratista:

|  |  |
| --- | --- |
| **Falla**  | Falla N.º 1 Abscisa K0+050, lado derecho  |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales aproximadamente en 40 ml. Cunetas trabajando normalmente  |
| **Causa**  | Posible saturación de las capas inferiores debido a la presencia de humedad en sus limos arcillosos.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 2 K0+080, Toda la vía  |
| **Descripción**  | Fisuras transversales y longitudinales en aproximadamente 20 ml. Cunetas existentes trabajando normalmente. Al centro de la vía existe un bache o hundimiento en un área aproximada de 1.5 m2.  |
| **Causa**  | Posible inestabilidad de las capas inferiores acompañada del deterioro de la carpeta asfáltica que ha evolucionado.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 3 K0+100-180 Lado derecho e izquierdo  |
| **Descripción**  | Piel de cocodrilo evolucionando a bache o hundimiento en un área aproximada de 9m2 acompañado de fisuras longitudinales en forma escalonada en una longitud de 30 ml aproximadamente. Existen cunetas trabajando normalmente a lado y lado de la vía.  |
| **Causa**  | Posible deficiencia en la compactación y deficiencia en las capas granulares por presencia de arcillas expansivas que se reflejan en los daños mencionados.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 4 K0+250+k0+690 Toda la vía  |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales de forma casi consecutiva y en algunos casos evolucionando con hundimiento, pérdida de carpeta en una longitud aproximada de 350 ml. En la longitud del tramo evaluado las cunetas trabajan normalmente.  |
| **Causa**  | Posible deficiencia en la compactación y presencia de agua en las capas inferiores que humedecen el terraplén debilitando la carpeta asfáltica agrietando la capa de rodadura  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 5 K0+750+820 lado derecho e izquierdo  |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales e inicio de piel de cocodrilo en un área general aproximada de 4 m2 en zona terraplenada. Longitud aproximada de fisuras 50 ml  |
| **Causa**  | Posible deficiencia en la compactación y presencia de agua en las capas inferiores que humedecen el terraplén debilitando la carpeta asfáltica agrietando la capa de rodadura  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 6 K1+380 lado derecho  |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales en forma consecutiva en una longitud aproximada de 20 ml.  |
| **Causa**  | Posiblemente por cunetas obstruidas que no permiten el correcto funcionamiento de descole de agua superficial, la cual fluye incontrolablemente por la banca y se infiltra por el mal empalme entre el borde de cuneta y berma. Puede haber un posible desplazamiento de la mezcla asfáltica sobre el mismo concreto.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Ninguna  |
| **Falla**  | Falla N.º 7 K1+450 Centro  |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales en 20 ml e inicio de piel de cocodrilo en 2 m2 aproximadamente en tramo curvo |
| **Causa**  | La vegetación existente ha invadido la zona de descole del agua que corre por la banca incontroladamente produciendo este tipo de falla |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Ninguna  |
| **Falla**  | Falla N.º 8 K1+500-600 Toda la vía  |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales en una longitud aproximada de 90 ml. A pesar de existir cunetas parcialmente colmatadas no existen fisuras en las mismas.  |
| **Causa**  | Posible saturación de las capas inferiores por presencia de agua  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible  |
| **Falla**  | Falla N.º 9 K1+650+920 Toda la vía  |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales en longitud aproximada de 80 ml, e inicio de piel de cocodrilo en forma simultanea general en un área aproximada de 120 m2. Existen cunetas parcialmente obstruidas por  |
| Vegetación.  |
| **Causa**  | Deficiente compactación e inestabilidad de las capas inferiores y mal confinamiento del terraplén lo que se refleja en los daños mencionados anteriormente.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 10 K2+000-K2+250 Lado derecho e Izquierdo  |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales evolucionando a piel de cocodrilo en una longitud aproximada de 50 ml, en un área aproximada de 30 m2 en forma simultánea e interrumpida. Cunetas obstruidas y sin bermas.  |
| **Causa**  | Obras taponada que no permiten el correcto funcionamiento de descole del agua en forma superficial la cual fluye incontrolablemente por la banca.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Ninguna  |
| **Falla**  | Falla N.º 11 K2+270 Lado izquierdo  |
| **Descripción**  | Piel de cocodrilo en un área aproximada de 70 m2 |
| **Causa**  | Posible deficiencia en la mezcla asfáltica acompañada de mala compactación de la misma, presencia de humedad en las capas inferiores en zona terraplenada  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible  |
| **Falla**  | Falla N.º 12 K2+300-400 Toda la vía  |
| **Descripción**  | Piel de cocodrilo en un área aproximada de 280 m2 |
| **Causa**  | Posible saturación de las capas inferiores por presencia de agua que se filtra por no confinar bien las obras complementarias  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible  |
| **Falla**  | Falla N.º 13 K2+400+490 Centro  |
| **Descripción**  | Piel de cocodrilo en un área aproximada de 2m2. Bache o hundimiento en un área aproximada de 4m2 |
| **Causa**  | Presencia de humedad en las capas inferiores que debilitan la carpeta asfáltica formando este tipo de baches  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible  |
| **Falla**  | Falla N.º 14 K2+500+590 |
| **Descripción**  | Piel de cocodrilo en un área aproximada de 110 m2 a lo largo y ancho de toda la banca. Tramo en terraplén  |
| **Causa**  | Posible deficiencia en la mezcla asfáltica acompañada de mala compactación de la misma, presencia de humedad en las capas inferiores en zona terraplenada  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible  |
| **Falla**  | Falla N.º 15 K2+650+740 Toda la vía  |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales y piel de cocodrilo con hundimiento en toda la calzada y pérdida de carpeta en forma consecutiva y evolucionando a bache, en un área aproximada de 200 m2. Zona terraplenada  |
| **Causa**  | Posible deficiencia de la mezcla asfáltica acompañada de la mala compactación de la misma, presencia de humedad en las capas inferiores en zona terraplenada.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 16 K2+780+980 Toda la vía  |
| **Descripción**  | Piel de cocodrilo con hundimiento evolucionando a bache en área aproximada de 40 m2 y fiduras (sic) longitudinales en 60 ml aproximadamente. Cunetas funcionando normalmente |
| **Causa**  | Saturación de las capas granulares por presencia de agua en épocas de verano que humedecen la estructura afectando y agrietando en forma simultánea toda la carpeta asfáltica.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 17 k3+150 K3+800 Toda la vía  |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales evolucionando a piel de cocodrilo en un área general aproximada de 110 m2 y fisuras en una longitud de 300 ml  |
| **Causa**  | Posible deficiencia en la mezcla asfáltica acompañada de mala compactación de la misma, presencia de humedad en las capas granulares en zona terraplenada  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 18 k3+820+990 |
| **Descripción**  | Piel de cocodrilo evolucionando a bache o hundimiento en un área aproximada de 55m2 y fisuras longitudinales en un área aproximada de 60 ml  |
|  |  |
| **Causa**  | Posible deficiencia en la mezcla asfáltica acompañada de la mala compactación de la misma, presencia de humedad en las capas granulares (arcillas expansivas) en zona terraplenada.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 19 K4+000-290 Toda la vía  |
| **Descripción**  | Piel de cocodrilo en 40 ml sobre toda la carpeta en un área aproximada de 260 m2 acompañado de fisuras longitudinales en un tramo aproximado de 45 ml |
| **Causa**  | Posible deficiencia en la mezcla asfáltica acompañada de la mala compactación de la misma, presencia de humedad en las capas inferiores en zona terraplenada  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible  |
| **Falla**  | Falla N.º 20 K4+480-600 Toda la vía  |
| **Descripción**  | Bache o hundimiento en forma consecutiva y simultánea en un área aproximada de 35 m2 en zona terraplenada  |
| **Causa**  | Posible deficiencia en la compactación y deficiencia en las capas granulares por presencia de arcillas expansivas que se reflejan en los daños mencionados.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 21 K4+600-700 Toda la vía  |
| **Descripción**  | Piel de cocodrilo acompañado de fisuras longitudinales en un tramo aproximado de 70 ml en zona terraplenada  |
| **Causa**  | Posible deficiencia en la mezcla asfáltica acompañada de la mala compactación de la misma, presencia de humedad en las capas inferiores  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible  |
| **Falla**  | Falla N.º 22 K4+800-900 Lado izquierdo y Derecho  |
| **Descripción**  | Baches o hundimientos, acompañados de piel de cocodrilo en evolución en un área aproximada de 90 m2 y fisuras longitudinales a lo largo de la vía.  |
| **Causa**  | Falta de obras complementarias y de protección que minimicen la acción del agua sobre la calzada puesto que no existen cunetas en zona terraplenada.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Ninguna  |
| **Falla**  | Falla N.º 23 K5+090-100 Toda la vía  |
| **Descripción**  | Piel de cocodrilo evolucionando a bache o hundimiento a lo largo y ancho de toda la calzada en acceso de finca; área aproximada 80 m2 |
| **Causa**  | Deficiente compactación e inestabilidad de las capas inferiores y mal confinamiento del terraplén lo que se refleja en los daños mencionados anteriormente.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 24 K5+170-220 Lado y lado de la vía  |
| **Descripción**  | Piel de cocodrilo con hundimiento a lado y lado de la vía en zona terraplenada; área aproximada 55 m2 |
| **Causa**  | Posiblemente debido al aposamiento del agua de escorrentía, que no tiene sitio de descole y se filtra por el sitio del terraplén produciendo socavación de las capas granulares |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Ninguna  |
| **Falla**  | N.º 25 K5+380-700 Lado izquierdo y derecho  |
| **Descripción**  | Falla tipo piel de cocodrilo evolucionando a bacho (sic) con pérdida de carpeta asfáltica, encontrando cuneta derecha trabajando normalmente y lado izquierdo con terraplén. Área afectada aproximada 450 m2  |
| **Causa**  | Posible saturación de las capas de base y sub-base por presencia de agua que advierte su presencia agrietando y debilitando la capa de rodadura.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible  |
| **Falla**  | Falla N.º 26 K5+750-k6+050 Lado derecho e izquierdo  |
| **Descripción**  | Piel de cocodrilo a lo largo de toda la calzada en una longitud aproximada de 35 ml; área afectada aproximada 165 m2 |
| **Causa**  | Posible deficiencia en la compactación y deficiencia en las capas granulares por presencia de arcillas expansivas que se reflejan en los daños mencionados.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible  |
| **Falla**  | Falla N.º 27 K6+100-500 Centro Derecha e Izquierda  |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales sobre un parcheo existente aproximadamente en 100 ml con inicio de piel de cocodrilo en un área de 3m2 |
| **Causa**  | Debido posiblemente al aposamiento del agua que no tiene sitio de descole y se infiltra, saturando las capas granulares  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Ninguna  |
| **Falla**  | Falla N.º 28 K6+550-700 Toda la vía  |
| **Descripción**  | Zona fisurada longitudinalmente a lo largo de la vía evolucionando progresivamente; longitud aproximada 80 ml  |
| **Causa**  | Debido posiblemente a problemas de mantenimiento rutinario que han permitido el virtual encerramiento de la vía por la vegetación existente  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Ninguna  |
| **Falla**  | Falla N.º 29 k6+750-900 Toda la vía  |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales evolucionando progresivamente a piel de cocodrilo en un área general aproximada de 5m2, a la salida y entrada de puente existente en zona terraplenada  |
| **Causa**  | Debido posiblemente a una pequeña inestabilidad constructiva del puente que permite el desarrollo de grietas de reflexión.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Ninguna |
| **Falla**  | Falla N.º 30 K6+900-k7+100 Lado izquierdo |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales en toda la banca en longitud aproximada de 130 ml desarrollando también piel de cocodrilo en zona de reparcheos existentes y tramo en terraplén  |
| **Causa**  | Saturación de las capas granulares por presencia de agua en épocas de verano que humedecen la estructura afectando y agrietando en forma simultánea toda la carpeta asfáltica.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 31 K7+150 Lado derecho |
| **Descripción**  | Ojo de pescado acompañado de fisuras longitudinales en un área y longitud aproximada de 5m2 y 25 ml respectivamente |
| **Causa**  | Posible deficiencia en la mezcla asfáltica y falta de espesor mínimo de la carpeta  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible  |
| **Falla**  | Falla N.º 32 k7+300-500 Toda la vía  |
| **Descripción**  | Piel de cocodrilo acompañada de fisuras longitudinales en un área y longitud aproximada de 340 m2 y 40 ml respectivamente  |
| **Causa**  | Posible pérdida de ligante en la carpeta asfáltica que se refleja en el deterioro prematuro de la misma sobre toda la calzada, debido a la posible saturación de las capas granulares  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible  |
| **Falla**  | Falla N.º 33 K7+550-880 Lado Izquierdo y Derecho  |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales en forma consecutiva simultanea de manera interrumpida y con hundimiento, en una longitud aproximada de 50 ml; cuneta lado izquierdo trabajando normalmente y lado derecho en terraplén  |
| **Causa**  | La causa posible puede ocurrir por la falta de confinamiento en el terraplén que pueden llegar a saturar las capas granulares de base y su-base por presencia de agua en las mismas.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible  |
| **Falla**  | Falla N.º 34 K8+000 Lado izquierdo  |
| **Descripción**  | Fisuras en forma de medialuna a lo largo de la banca en 25 ml aproximadamente; existen cunetas trabajando normalmente.  |
| **Causa**  | Puede ser por la falta de compactación y así mismo saturación de las capas granulares que reflejan su causa en el deterioro y agrietamiento de la carpeta de rodadura |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 35 k8+050-100 Toda la vía |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales evolucionando a piel de cocodrilo en una longitud aproximada de 50 ml, en un área aproximada de 30 m2 en forma simultánea e interrumpida. Cunetas obstruidas y sin bermas.  |
| **Causa**  | Obras taponada que no permiten el correcto funcionamiento de descole del agua en forma superficial la cual fluye incontrolablemente por la banca en tramo de vía en cajón  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Ninguna |
| **Falla**  | Falla N.º 36 k8+150+220 Toda la vía  |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales en 90 ml e inicio de piel de cocodrilo en 40 m2 aproximadamente; cunetas existentes obstruidas  |
| **Causa**  | La vegetación existente ha invadido la zona de descole del agua, que corre por la banca incontroladamente produciendo este tipo de falla |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 37 K8+300-800 Lado Izquierdo y Derecho |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales a lado y lado de la vía en una longitud aproximada de 300 ml de forma consecutiva, simultánea e interrumpida acompañada de baches en zona terraplenada  |
| **Causa**  | Es debido posiblemente al comportamiento inestable de las capas granulares y por el mal comportamiento constructivo del terraplén.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 38 K8+880-K9+900 Toda la vía |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales de forma continua en todo este tramo evaluado a lo largo y ancho de toda la calzada en un terraplén; 1020 ml aproximadamente de fallas.  |
| **Causa**  | Posiblemente es debido a la saturación de las capas granulares y presencia de agua en las mismas que se reflejan en el agrietamiento de la capa de rodadura como también al mal funcionamiento constructivo del terraplén.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 39 k9+900-k10+300 Toda la vía |
| **Descripción**  | Baches, piel de cocodrilo y fisuras longitudinales en un área y longitud aproximada de 90 m2 y 180 ml respectivamente |
| **Causa**  | Posiblemente debido al deterioro prematuro de la capa de rodadura por saturación y mala compactación de las capas inferiores  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 40 K10+350 Lado derecho |
| **Descripción**  | Pérdida de media banca acompañado de fisuras longitudinales en 30 ml aproximadamente.  |
| **Causa**  | Posible inestabilidad del talud inferior debido a su verticalidad y volcamiento del muro de contención en gavión en acceso al puente existente.  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Ninguna |
| **Falla**  | Falla 41 K10+550-850 Toda la vía  |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales a lo largo y ancho de toda la calzada en una longitud aproximada de 300 ml; cunetas trabajando normalmente  |
| **Causa**  | Falta de compactación y adherencia de la capa de rodadura acompañada de saturación de las capas  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible  |
| **Falla**  | Falla N.º 42 K10+950-K11+280 Toda la vía |
| **Descripción**  | Piel de cocodrilo y fisuras longitudinales en un área y longitud aproximada de 85m2 y 90 ml respectivamente  |
| **Causa**  | Cunetas obstruidas que no permiten el normal funcionamiento de las aguas de escorrentía que se infiltran y se aposan |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Ninguna |
| **Falla**  | Falla N.º 43 K11+400-520 lado izquierdo y derecho |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales e inicio de piel de cocodrilo en un área y longitud aproximada de 50 m2 y 60 ml respectivamente en zona de terraplén  |
| **Causa**  | Posible deficiencia en la mezcla asfáltica acompañada de la mala compactación de la misma, presencia de humedad en las capas inferiores |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible  |
| **Falla**  | Falla N.º 44 K11+600 lado derecho |
| **Descripción**  | Falla en forma de media luna acompañadas de fisuras en una longitud aproximada de 20 ml  |
| **Causa**  | Posiblemente debido al asentamiento del talud inferior y de la falta de dispositivos de contención que soporten la estructura y el pavimento |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Ninguna |
| **Falla**  | Falla N.º 45 K11+700-K12+300 Lado izquierdo y Centro |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales evolucionando a piel de cocodrilo en una longitud aproximada de 140 ml, en un área aproximada de 90 m2 en forma simultánea e interrumpida. Cunetas obstruidas y sin bermas.  |
| **Causa**  | Obras taponada que no permiten el correcto funcionamiento de descole del agua en forma superficial la cual fluye incontrolablemente por la banca  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Ninguna |
| **Falla**  | Falla N.º 46 K12+300-400 Toda la vía |
| **Descripción**  | Piel de cocodrilo en un área aproximada de 200 m2, cunetas trabajando normalmente |
| **Causa**  | Falta de compactación y saturación de las capas granulares |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Atribuible |
| **Falla**  | Falla N.º 47 K12+800 lado derecho de la vía |
| **Descripción**  | Fisuras longitudinales en forma de media luna en una longitud aproximada de 60 ml  |
| **Causa**  | Inestabilidad del talud inferior debido a su verticalidad; falta de dispositivos de contención que soporte la banca |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Ninguna |
| **Falla**  | Falla N.º 48 K12+850 Lado Derecho |
| **Descripción**  | Asentamiento total de media banca acompañada de fisuras longitudinales y piel de cocodrilo en 30 ml aproximadamente |
| **Causa**  | Desestabilización total del talud inferior debido a la falta de dispositivos de contención  |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Ninguna |
| **Falla**  | Falla N.º 49 K12+950 Lado Derecho |
| **Descripción**  | Asentamiento total de media banca acompañada de fisuras longitudinales y piel de cocodrilo en 40 ml aproximadamente debajo del puente existente en el punto conocido como el paso |
| **Causa**  | Desestabilización total del talud inferior debido a la falta de dispositivos de contención y debido al agua arrojada a la vía por cunetas y descoles del puente elevado que taponan e invaden las cunetas de la vía. |
| **Responsabilidad contractual de SOCOPAV LTDA.**  | Ninguna |

El acta de visita técnica realizada por los funcionarios de la Secretaría de Infraestructura del Transporte del Departamento del Tolima se basó en la observación de la vía, no se valió de pruebas técnicas realizadas en el momento de la visita, de las cuales se evidenciara la inobservancia por parte del contratista de las condiciones inicialmente fijadas en el contrato que comportara ruina o deterioro de la vía, *contrario sensu* se soportó en hipótesis de posibles causas, que no fueron concluyentes para imputar las fallas encontradas al contratista, aunque finalmente fueron atribuidas en el informe, al mismo.

A su vez, al momento de cuantificar los daños, en relación con los concretos hidráulicos y asfalticos, refiere que tomó como insumo informes de la Contraloría Departamental del Tolima.

Debe precisar la Sala que el informe de la Contraloría del Tolima citado en el acta de visita técnica, contrató *“dos firmas de reconocida idoneidad la realización de toma de muestras e informe de resultados de los concretos hidráulicos y del concreto asfaltico a lo largo de la vía antes mencionada, como lo son la firma concretos del Tolima y la firma Concrelab Ltda, respectivamente, con el fin de fundamentar las inconsistencias plasmadas en los informes presentados previamente”;* no obstante, esta diligencia de de toma de muestras se realizó el 24 de enero de 1997, previo al acta de liquidación del contrato*, “con la presencia de representantes de la Gobernación del Tolima, Sociedad Tolimense de Ingenieros, Firma Constructora Socopav Ltda, firma Interventora Consorcio Dis Ltda, funcionarios de la administración del Carmen de Apicalá, firmas encargadas de las pruebas de Laboratorio Concretos del Tolima y Concrelab Ltda, Representantes de la Contraloría Departamental del Tolima”* conforme se extrae del contenido del acta (f. 36).

Debe resaltarse, que a raíz de las conclusiones del acta de visita técnica, que a su vez se soportaron en informes de la Contraloría Departamental del Tolima, el departamento demandado modificó el acto administrativo que declaró la ocurrencia del siniestro, para reducir en un 66% del valor total de la póliza la indemnización a cargo de la aseguradora demandante. Corresponde determinar, si resultaba admisible para la entidad soportar la decisión de declaratoria de siniestro con cargo al amparo de estabilidad de la obra, en los informes de la Contraloría Departamental citados por funcionarios de la Secretaría de Infraestructura del Transporte en el acta de visita del 22 de septiembre de 2000.

Acorde con el contenido del acta de visita técnica ya referenciado, se infiere que el informe de la Contraloría Departamental se soportó en la toma de muestras del tramo pavimentado, realizada el 24 de enero de 1997, es decir, dos meses antes de que las partes suscribieran el acta de liquidación. Igualmente se encuentra, del contenido del acta de visita técnica, que a raíz del informe de la Contraloría se cuantificaron fallas en concretos hidráulicos por la suma de $102.489.238.80 y en concretos asfálticos por la suma de $84.360.384.94; sin embargo se evidenciaron reparaciones efectuadas por parte del contratista que redujeron el valor de las fallas en concretos hidráulicos en un monto de $66.290.850.80, y donde permaneció el monto que se había establecido por fallas en concretos asfálticos, para un total de $150.651.235.74.

Ahora bien, para la Sala no es de recibo que las conclusiones para la cuantificación de los perjuicios por la ocurrencia del siniestro, adoptadas por los funcionarios de la Secretaría de Infraestructura del Transporte se respaldaran en informes de la Contraloría, que a su vez, se cimentaron en pruebas técnicas realizadas antes de la liquidación del contrato.

Lo anterior, por cuanto, el supuesto para la declaratoria del siniestro con cargo al amparo de estabilidad, está dado por que se acredita la ocurrencia de perjuicios patrimoniales causados dentro de los cinco años siguientes a la fecha de aceptación final de la obra, a consecuencia del deterioro de la misma debido al empleo de materiales de mala calidad o deficiente mano de obra.

No debe pasarse por alto, que el concepto técnico que sustenta el acto administrativo en el que se cuantificó el monto de los perjuicios causados por inestabilidad de la obra a cargo del contratista, se basó en prueba técnica practicada antes de la entrega final de la obra, y previo a que transcurrieran los cinco años que las partes convinieron como garantía para la estabilidad.

A su vez, las fallas detectadas en esa oportunidad pierden sustento, si se confrontan con el acta de liquidación suscrita el 22 de marzo de 1997, en donde se constató que la obra ejecutada se ajustó a los recibos parciales hechos, sin que se identificaran en ese momento las fallas percibidas en el estudio técnico, pese al conocimiento que de las mismas tenía la entidad.

No puede la entidad demandada valerse de prueba anterior, para sustentar la declaratoria de ocurrencia de siniestro, contraviniendo su aceptación de las obras entregadas sin manifestación frente a presuntas fallas y, con posterioridad, ratificar la permanencia de fallas atribuibles al contratista como sustento de inestabilidad de la obra. En tal sentido, la entidad incorporó de manera indebida la prueba técnica mencionada en los informes de la Contraloría Departamental, toda vez que la misma debía practicarse con posterioridad a la liquidación del contrato, a partir del periodo cubierto por la póliza de seguro en el amparo de estabilidad.

Así las cosas, encuentra la Sala que el acto de declaratoria del siniestro con cargo al amparo de estabilidad de la obra, exigía en su motivación, que se comprobaran los siguientes supuestos: i) la existencia de fallas que amenazaran la estabilidad de la obra; ii) Que las fallas fueran atribuibles al contratista; iii) se explicaran a partir del cotejo de las condiciones inicialmente previstas en el contrato; iv) su acaecimiento se produjera dentro de los cinco años siguientes a la fecha de aceptación final de la obra; vi) además de cuantificarse los perjuicios patrimoniales causados a consecuencia de estas fallas.

En su orden, para el caso concreto, el acto administrativo acusado dedujo los supuestos del siniestro de inestabilidad de la obra aludidos anteriormente, sin embargo para esta deducción tomó como soporte prueba inicial que no atribuyó al contratista las fallas encontradas (informe rendido por el ingeniero Carlos Gerónimo Segrera) y acta de visita técnica realizada por los funcionarios de la Secretaría de Infraestructura del Transporte del Departamento del Tolima en donde se utilizó como único instrumento de verificación la observación de la vía, a partir de la cual se citaron hipótesis de posibles causas, las cuales no son concluyentes para imputar las fallas encontradas al contratista.

Así mismo, evidencia la Sala que el acta de visita técnica recurrió a toma de muestras del tramo pavimentado, recolectada por la Contraloría Departamental, el 24 de enero de 1997, dos meses antes de que las partes suscribieran el acta de liquidación, es decir antes del periodo que cubre la garantía de estabilidad de la obra, a partir del cual se exige a la entidad evidenciar si las fallas son atribuibles al contratista y si se produjeron en este lapso.

De las consideraciones expuestas en precedencia, impera concluir en este evento la violación del debido proceso en el acto administrativo que declaró la ocurrencia del siniestro amparado por la garantía de estabilidad de la obra, en tanto la entidad demandada dio un alcance distinto al que reflejaron efectivamente las pruebas que soportaron esta decisión, por cuanto no se evidencia de las mismas, la existencia de perjuicios patrimoniales causados por defectos presentados en la obra, a consecuencia del empleo de materiales de mala calidad o de mano de obra deficiente, en las condiciones técnicas inicialmente pactadas, dentro de los cinco años siguientes a la fecha de aceptación final de la obra. A su vez, la motivación de los actos administrativos acusados se apartó de lo concluido en los informes técnicos para encontrar configurados los supuestos del siniestro amparado por la garantía de estabilidad de la obra, cuando tales conceptos no indicaban la ocurrencia del siniestro en los términos convenidos por las partes.

En ese orden, se confirmará la decisión de primera instancia, que declaró la nulidad de las resoluciones 87 del 6 de julio de 2000 proferida por el Secretario de Infraestructura del Transporte del Departamento del Tolima, por medio del cual se declaró la ocurrencia del siniestro de la póliza de cumplimiento N.º 172756 y 124 de 9 de octubre de 2000, por medio de la cual resolvió recurso de reposición, confirmando la decisión.

5. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**F A L L A**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 30 de julio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por las razones expuestas en la presente providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS**,toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

**TERCERO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Presidenta

**RAMIRO PAZOS GUERRERO DANILO ROJAS BETANCOURTH**

 Magistrado Magistrado

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente**: **RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 73001-23-31-000-2001-02407-01(35057)**

**Actor: COMPAÑÍA DE SEGUROS DEL ESTADO**

**Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

A continuación, me permito exponer las razones por las cuales no acompaño la sentencia de la referencia.

El acto administrativo en general, es una manifestación unilateral de voluntad, expedida por una autoridad estatal en ejercicio de función administrativa, que es ejecutiva y ejecutoria y se halla investida de la presunción de legalidad y veracidad. En consecuencia, quien demanda un acto administrativo está afirmando que el mismo es ilegal y por lo tanto, en el demandante recae la carga de desvirtuar esa presunción de legalidad que lo cobija.

El acto administrativo demandado en el sub-lite, es aquel mediante el cual la entidad demandada declaró la ocurrencia del riesgo de estabilidad de la obra amparado mediante una póliza de seguro expedida por la aseguradora demandante a solicitud de la sociedad SOCOPAV LTDA., contratista del Departamento del Tolima, una vez finalizó el contrato de obra suscrito por esta entidad con la referida firma y luego de que se comprobaron defectos y fallas en la vía objeto de dicho contrato, con posterioridad a su entrega y recibo a satisfacción y ya efectuada la liquidación del negocio jurídico.

La aseguradora Seguros del Estado S.A., demandó dicho acto administrativo afirmando, en resumidas cuentas, que se le violó el debido proceso, porque no estaba probado, cuando se profirió la respectiva resolución, que los desperfectos que se presentaron en la vía le fueran atribuibles al contratista.

Considero que, si bien resulta admisible afirmar que el demandante, aún sin plantearla como causal de nulidad del acto administrativo demandado, adujo su falsa motivación, lo que permite analizar este extremo, en realidad no probó dicho cargo, como tampoco la violación del debido proceso, que sí alegó.

En efecto, de la lectura de la sentencia de la cual me aparto, se evidencia que el acto administrativo aparece respaldado por informes técnicos elaborados a partir de visitas efectuadas al sitio de las obras, que atribuyeron la responsabilidad por las fallas detectadas, al contratista. En consecuencia, el demandante ha debido desvirtuar esas afirmaciones, acreditando que la causa de los defectos no le era imputable a aquel y esa prueba no obra en el plenario.

Lo único que aporta la parte actora en sustento de sus pretensiones, es el concepto de un ingeniero que afirma que la entidad, para atribuirle responsabilidad al contratista en la declaración del siniestro de estabilidad de la obra, ha debido efectuar pruebas técnicas en la carretera que así lo demostraran, afirmación que no sirve para desvirtuar la presunción de veracidad del acto administrativo.

La estabilidad de la obra debe ser garantizada por quien la construyó, durante el plazo establecido en la ley. Esta garantía surge o tiene su origen en lo dispuesto por el Código Civil en el artículo 2060, cuya tercera regla dispone que si el edificio perece o amenaza ruina en los 10 años subsiguientes a su entrega, por vicios de la construcción, o por vicio del suelo que el constructor debía conocer o por vicio de los materiales, éste será responsable; y por ello, surge una presunción de culpa en su contra, por lo que es al constructor a quien le corresponde probar los hechos que la desvirtúen, para liberarse de la responsabilidad.

En el presente caso en que se demanda un acto administrativo, en el proyecto se produce una inversión de la carga de la prueba, pues se releva al demandante de su principal obligación, consistente en acreditar la ilegalidad o, en otras palabras, desvirtuar la presunción de veracidad y legalidad de aquel y en cambio, se exige a la administración la demostración técnica de los fundamentos de la decisión.

En relación con el debido proceso, resulta evidente del material probatorio recaudado y consignado en la sentencia, que la decisión de declarar la ocurrencia del siniestro por parte de la entidad demandada estuvo precedida de diligencias en las cuales la demandante fue partícipe, por Io que no se advierte el desconocimiento o violación del derecho fundamental, a lo cual se agrega que no es procedente afirmar que tal irregularidad se presentó porque no se realizaron determinadas actividades probatorias que, a juicio de la demandante, resultaban necesarias en la etapa de formación del acto administrativo, cuando por otra parte, ella no acreditó haber aportado dichos elementos de juicio, que condujeran a una decisión diferente y que no hubieran sido tenidos en cuenta por la entidad, omisión probatoria que así mismo, subsistió en el presente proceso y que debió conducir a la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

En los términos anteriores, dejo con consignado mi salvamento de voto.

**DANILO ROJAS ETANCOURTH**

**Magistrado**

1. La representación legal de la sociedad demandante al momento de la presentación de la demanda se encontraba en cabeza de Alfredo Duarte Martínez, quien confirió poder, conforme se acredita en el certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Ibagué (f. 3-4 c1).

 [↑](#footnote-ref-1)
2. El recurso fue interpuesto y sustentado el 13 de agosto de 2007 (fl. 321 a 323, c. segunda instancia). [↑](#footnote-ref-2)
3. La parte demandante reclamó como pretensión pecuniaria la exoneración del pago de la suma impuesta como indemnización por la declaratoria de ocurrencia del siniestro amparado por la póliza de cumplimiento No. 172756 del 25 de agosto de 1997, correspondiente a $148.587.250,68, monto que supera los 500 smlmv, del año 2001, fecha de presentación de la demanda ($143.000.000). El recurso de apelación se interpuso el 13 de agosto de 2007, en vigencia de la ley 446 de 1998, se concluye que el proceso tiene vocación de doble instancia, como quiera que establecida la pretensión mayor individualmente considerada, la cuantía supera los 500 SMLMV exigidos.

 [↑](#footnote-ref-3)
4. Dicha norma prescribe: “*De la Normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. (…) Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”.* [↑](#footnote-ref-4)
5. Corresponde precisar al respecto, que la Corporación ha sostenido que a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993 la acción de controversias contractuales es procedente para demandar la legalidad de los actos proferidos durante la ejecución del contrato, consideración que adquirió mayor vigencia a partir de la Ley 446 de 1998, con la modificación del artículo 87 del C.C.A. en donde se *“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”,* en Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de marzo de 2010, exp. 36871, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. sentencia del 13 de abril de 2016, C.P. Hernán Andrade Rincón, exp.33580. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional. Sentencia C-248 de 24 de abril de 2013. expediente D-9285. M.P. Mauricio González Cuervo [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de febrero de 2012, exp. 20.810, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 14667, M.P. Myriam Guerrero de Escobar [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de marzo de 2000, exp. 10876. C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-10)