



Radicado: 41001-23-31-000-2011-00338-01 (67240)
41001 2331 000 2011 00561 00 (Acumulado)
Demandante: Oica S.A. y otros

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., primero (1°) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Acción de controversias contractuales
Radicación número: 41001-2331-000-2011-00338-01 (67240)
41001-2331-000-2011-00561 00 (Acumulado)
Demandantes: Oica S.A. y Compañía Mundial de Seguros
Demandado: Instituto Nacional de Invías - INVÍAS

Tema: Acción de controversias contractuales. Se confirma la sentencia de primera instancia en relación con la declaratoria de prescripción en favor de la aseguradora, porque transcurrieron más de dos años entre el *conocimiento* del hecho y la *ejecutoria* de la resolución que hizo efectiva la garantía. Esta decisión no exonera al contratista de su obligación contractual de garantizar la estabilidad de la obra.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Nacional de Invías (en adelante, el INVÍAS) contra la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2020 por el Tribunal Administrativo de Arauca que declaró la nulidad de las resoluciones 01310 y 03486 de 2010 expedidas por esa entidad, porque fueron proferidas luego de vencido el término de prescripción previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio.

La sentencia de primera instancia dispuso:

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



SEGUNDO. NEGAR las demás pretensiones de las demandas”.

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación de acuerdo con el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone que la jurisdicción contenciosa administrativa es competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo prescribe que esta jurisdicción es competente para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de dichas entidades, y el artículo 129 le otorga la competencia para conocer de este proceso en segunda instancia.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 10 de septiembre de 2021. El 21 de abril de 2022 se corrió traslado para alegar. Mundial de Seguros S.A. alegó de conclusión y el Ministerio Público rindió concepto; ambos solicitaron que se confirmara la sentencia de primera instancia. La sociedad Oica guardó silencio.

I. ANTECEDENTES

A. Posición de la parte demandante

1.- El 29 de marzo de 2011, la sociedad OICA S.A. (en adelante, “la contratista”) presentó demanda contra el INVÍAS para que se declarara la nulidad de las resoluciones 01310 y 03486 de 2010, mediante las cuales la citada entidad declaró y confirmó el siniestro de estabilidad de las obras amparadas con la Garantía Única de Cumplimiento N-A0049552, expedida dentro del contrato 2562 de 2004. Dichas resoluciones se expidieron cuando ya se había configurado el fenómeno de la prescripción. En la demanda de la contratista se formularon las siguientes pretensiones¹:

<< PRIMERA. -Que es nulo el Acto Administrativo Definitivo de carácter post-contractual, contenido en la Resolución Definitiva Número 01310 de cinco (5) de Abril de 2010 proferida por el Subdirector de la Red Nacional de Carreteras del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, por medio de la cual declaró ocurrido el siniestro de estabilidad de las obras objeto del Contrato de Obra Pública Número 2562 de 2004, por la suma de \$426.844.177.50 M/cte, y ordenó que la Contratista Sociedad OICA S.A. debía pagar ese valor al área de Tesorería del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, dentro de los diez (10) días siguiente a la ejecutoria de la citada Resolución Número 01310 de 5 de Abril de 2010.

SEGUNDA. - Que es Nulo el Acto Administrativo de carácter post-contractual, expedido por el Subdirector de la Red Nacional de Carreteras del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, contenido en la Resolución Confirmatoria Número 03486 del 4 de Agosto de 2010, por medio de la cual se confirmó en su integridad la Resolución Definitiva Número 01310 de 5 de Abril de 2010.

¹ Cuaderno 1, Folios 70 - 81.



Radicado: 41001-23-31-000-2011-00338-01 (67240)

41001 2331 000 2011 00561 00 (Acumulado)

Demandante: Oica S.A. y otros

TERCERA. - Que a título de Restablecimiento del Derecho se disponga en la Sentencia con la cual se ponga fin al proceso, que la Sociedad OICA S.A. no está obligada Legal, Jurídica y Técnicamente, a pagar suma alguna, por no estar probatoriamente demostrada la ocurrencia del Siniestro de estabilidad de las obras objeto del Contrato de Obra Pública Número 2562 de 2004, Y, que como consecuencia de ello la Sociedad OICA S.A. debe ser EXONERADA de pagar al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS la suma de \$426.844.177.50 M/cte., que le impuso el INVIAS a través del ilegal Acto Administrativo post-contractual contenido en la Resolución definitiva Número 01310 de 5 de abril de 2010, confirmada por la Resolución Número 03486 del 4 de Agosto de 2010.

CUARTA. -Que (...) se declare que el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS está obligado a cancelar a la Sociedad OICA S.A., la suma de \$40.000.000.00 M/cte., por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de Daño Emergente en razón a que la Sociedad OICA S.A. ha tenido que contratar servicios de Profesionales del Derecho para agotar la vía Gubernativa y solicitar Audiencia de Conciliación Extrajudicial respecto de las obligaciones contenidas en las Resoluciones (...)

QUINTA. - Que en el evento que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS llegare a hacer efectivo el cobro de la suma de dinero contenida en la Resolución Definitiva número 01310 de 5 de abril de 2010, a través de una Acción Judicial y se practicaren Medidas Cautelares en contra de la Sociedad OICA S.A., pido se ordene en la Sentencia que ponga fin al presente proceso que le sean reintegrados de manera inmediata tanto los bienes como los dineros que hayan podido ser objeto de las Medidas Cautelares, debidamente indexados o actualizados conforme al índice de precios al Consumidor, inicial y final autorizado por el DANE>>.

2.- El 11 de noviembre de 2011, la Compañía Mundial de Seguros S.A. (en adelante, "la aseguradora") también presentó demanda contra el INVÍAS. Estas fueron las pretensiones:

"1. Dejar sin efecto, de hecho y en derecho, los efectos jurídicos derivados de la Resolución Administrativa N° 01310 del 05 de Abril de 2010 y su confirmatoria la N° 3486 (del 04 de Agosto de 2010) por las que INVÍAS declaró ocurrido el siniestro de Estabilidad de la Obra del Contrato de Obra No 2562 de 2004 cubierto por el Amparo de Estabilidad de la Garantía Única de Cumplimiento N° A0049552. Contrato suscrito entre el INVIAS Con OICA S.A. pretendiendo INVIAS la afectación de dicho amparo en la suma de (\$426.844.177,50)

2. Que se decrete la Nulidad de la Resolución Administrativa No 01310 del 05 de abril 2010 y su confirmatoria la N° 03486 del 04 de Agosto de 2010, por la que declaró ocurrido el Siniestro de Estabilidad del Contrato de obra N° 2562 de 2004. Por ser objeto de amparo los hechos y fundamentos que dan base a las Resoluciones antes citadas.

3. Que se declare la prescripción del Contrato de Seguro contenido en la Garantía única de Cumplimiento N° - A0049552, en su Amparo de Estabilidad, en atención a que el Instituto Nacional de Vías -INVIAS conocía los hechos que fundamenta la Resolución Administrativa por la que declara ocurrido el Siniestro de Estabilidad desde el 21 de Septiembre de 2006, tres años y cinco meses antes de proferirse la Resolución Administrativa N° 01310 del 05 de abril de 2010, como se desprende de la página 7 parágrafo segundo de la Resolución Administrativa N° 03486 del 04 de Agosto de 2010, (ver anexo 2), y del contenido de la comunicación radicada bajo el N° 01 - 36250 del 21 de Septiembre de 2006 (ver anexo12) de la cual se remite



Radicado: 41001-23-31-000-2011-00338-01 (67240)
41001 2331 000 2011 00561 00 (Acumulado)
Demandante: Oica S.A. y otros

copia al supervisor del contrato, ingeniero EFRAIN MEDINA y JORGE MANTILLA, Supervisor del proyecto, representantes del INVÍAS; y comunicación JPV-2011-190 DG-06 por la que el ingeniero JOSÉ MANUEL ALVAREZ LUGO especialista en Geotécnica emite concepto técnico, donde se resume la visita técnica de reconocimiento al proyecto, con el fin de analizar la condición particular que se presenta en el K1+ 120 y el K2+250; en corroboración de lo anterior, encontramos la comunicación presentada por OICA S.A. ante la Subdirección de la Red Nacional de Carreteras, radicada bajo el N° 11283 (ver anexo 13)

4. Como resultado de las anteriores declaraciones, se declare, que no se ha configurado el Siniestro de Estabilidad de la Obra que afecta la Garantía Única de Cumplimiento NA 00049552 y sus anexos modificatorios expedida por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A”.

3.- Mediante auto del 3 de abril de 2017 el magistrado ponente en el Tribunal Administrativo de Arauca dispuso la acumulación de los procesos.

4.- Las accionantes fundamentaron sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

4.1.- La sociedad OICA S.A. celebró con el INVÍAS el contrato de obra pública 2562 de 2004 para realizar las obras de mejoramiento de una carretera.

4.2.- El cumplimiento de las obligaciones del contrato se garantizó con la póliza N-A0049552 del 27 de junio de 2006 expedida por la aseguradora, la cual incluía el amparo de estabilidad de la obra por cinco años contados a partir del acta de recibo final de obra. El amparo de estabilidad de la obra se refería a lo siguiente, según las condiciones generales de la póliza:

“El amparo de estabilidad de la obra cubre a las entidades estatales contratantes contra el deterioro que sufra la obra durante el término estipulado y en condiciones normales de uso, que impida el servicio para el cual se ejecutó, siempre y cuando sean imputables al contratista”.

4.3.- El acta de recibo de las obras fue suscrita el **2 de noviembre de 2006**.

4.4.- El **28 de noviembre de 2007** la Administración de Mantenimiento Vial Grupo 1 Consorcio J.B., interventora del contrato, realizó un informe de daños para el INVÍAS en el que adujo irregularidades en la obra efectuada por la contratista OICA.

4.5.- El INVÍAS remitió el referido informe a la contratista el **3 de diciembre de 2007**, por medio de la comunicación DTHUI 1035 y la citó el **7 de diciembre de 2007** para una visita con el propósito de definir *“cómo se van a adelantar las acciones de reparación al pavimento que son necesarias con el fin de preservar la estabilidad de la obra”*.

4.6.- Como, según el INVÍAS, la contratista no hizo las reparaciones solicitadas, inició el procedimiento para declarar el siniestro de estabilidad de la obra y solicitó



Radicado: 41001-23-31-000-2011-00338-01 (67240)

41001 2331 000 2011 00561 00 (Acumulado)

Demandante: Oica S.A. y otros

descargos a la contratista por medio del oficio SRN 21381 de **6 de junio de 2008**. Comunicó el inicio del procedimiento a la aseguradora mediante oficio SRN 21380 del **6 de junio de 2008**.

4.7.- La Territorial Huila del INVÍAS consideró que la contratista no había realizado algunas reparaciones en la vía intervenida, como consta en el oficio AMV-01-119-09 del 10 de junio de 2009.

4.8.- En consecuencia, mediante la Resolución **01310 del 5 de abril de 2010** el INVÍAS declaró ocurrido el siniestro de estabilidad de la obra por cuatrocientos veintiséis millones ochocientos cuarenta y cuatro mil ciento setenta y siete pesos con cincuenta centavos (\$426,844,177.50), y ordenó que OICA S.A. pagara ese valor. También ordenó notificar el acto a la compañía aseguradora e indicó que si la contratista no pagaba ese valor, haría efectivo el amparo de estabilidad de la obra, así:

“ARTÍCULO PRIMERO. - Declarar ocurrido el siniestro de estabilidad de las obras objeto del Contrato No. 2562 de 2004, suscrito con OICA S.A. (...) por la suma de CUATROCIENTOS VEINTISEIS MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL CIENTO SETENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$426.844.177,50), de acuerdo con la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO. El contratista deberá pagar el valor señalado en el artículo anterior, en la cuenta que para tal efecto señale el área de tesorería del Instituto Nacional de Vías, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución y si no procede en tal sentido, el INVÍAS descontará dicho valor de los saldos pendientes que le adeude al contratista, o haciendo efectivo el amparo de estabilidad de la obra de la póliza No. N-A0049552 del 27 de agosto de 2007, expedida por la compañía aseguradora MUNDIAL DE SEGUROS S.A., por el monto de los costos de reparación de los daños.

ARTÍCULO TERCERO. - Notificar la presente resolución en los términos de los artículos 44 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, al contratista OICA S.A., así como al representante legal de la compañía aseguradora MUNDIAL DE SEGUROS S.A., firma garante del contrato, o a quienes hagan sus veces.

ARTÍCULO CUARTO.- Contra la presente resolución procede el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de notificación, ante el Subdirector de la Red Nacional de Carreteras, en los términos del artículo 50 y s.s, del Código Contencioso Administrativo”.

4.9.- Mediante Resolución 03486 del 4 de agosto de 2010, el INVÍAS confirmó en todas sus partes la Resolución 01310 de 2010, así:

“ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la Resolución 01310 del 5 de abril de 2010, que declaró ocurrido el siniestro de estabilidad de las obras objeto del Contrato de Obra No. 2562 de 2004, suscrito entre el



Radicado: 41001-23-31-000-2011-00338-01 (67240)

41001 2331 000 2011 00561 00 (Acumulado)

Demandante: Oica S.A. y otros

Instituto Nacional de Vías y la sociedad OICA S.A., con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar la presente resolución en los términos de los artículos 44 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, al representante legal de OICA S.A y de la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., firma garante del contrato, o a quien haga sus veces.

ARTÍCULO TERCERO.- Enviar copia ejecutoriada de la presente resolución al Área de Jurisdicción Coactiva y a la Tesorería del INVÍAS para el cobro y trámites a que haya lugar.

ARTÍCULO CUARTO: Contra la presente resolución no procede recurso alguno”.

4.10.- Las demandantes solicitan que se declare la nulidad de las resoluciones 01310 y 03486 de 2010. Argumentan que el INVÍAS expidió los actos administrativos por fuera del término de prescripción establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio. Ello, porque la entidad profirió el acto de declaratoria de siniestro el 5 de abril de 2010, es decir, después de dos años contados a partir del oficio AMV -GI-2007- 407 del 28 de noviembre de 2007 enviado por la Administración de Mantenimiento Vial Grupo 1 Consorcio J.B. Además, la contratista OICA S.A. considera que los actos administrativos son nulos por (i) ausencia de elementos fácticos, jurídicos y probatorios para declarar el siniestro; (ii) inexistencia de dolo o mala fe por parte de OICA S.A. en la ejecución el contrato; (iii) ausencia de responsabilidad administrativa de OICA S.A. por los supuestos daños de carácter poscontractual presentados en la obra y (iv) responsabilidad del INVÍAS.

B.- Posición de la parte demandada

5.- EL INVÍAS contestó las demandas y solicitó negar las pretensiones.

5.1.- Adujo que el término de prescripción no podía contarse a partir del informe de daños del 28 de noviembre de 2007 emitido por la Administración de Mantenimiento Vial Grupo 1 Consorcio J.B. Ello, porque solo hasta el 18 de abril de 2008 la entidad tuvo real conocimiento de las fallas en las que incurrió el contratista.

5.2.- Señaló que la entidad solo supo con certeza que el contratista no había realizado las reparaciones y la existencia de graves deterioros de la vía mediante el informe AMV-G1-2008-127 del 18 de abril de 2008, en el que la interventora le indicó:

"En el área del 1% que presenta piel de cocodrilo, necesariamente se debe realizar el parcheo; recomendando que cada parche se haga en el ancho del carril, para evitar fisuración del área contigua, como ya se nos ha presentado en otras carreteras.



Del PRO+0450 al PR1+0500 y del PR2 al PR4 donde la textura de la superficie pavimentada es abierta, posiblemente porque en la fabricación de la mezcla asfáltica o la granulometría del material utilizado tenía tendencia hacia la rama gruesa del uso granulométrico, o existió deficiencia en el % utilizado de llenante mineral; se presenta en un 31% de la superficie una fisuración incipiente”.

5.3.- Por ello, mediante oficio SRN 21381 del 6 de junio de 2008, dirigido a la contratista, la entidad inició el procedimiento para la declaratoria del siniestro de estabilidad de la obra y solicitó descargos. A su vez, comunicó del inicio del procedimiento a la aseguradora mediante oficio SRN 21380 del 6 de junio de 2008.

5.4.- El INVÍAS expidió la Resolución 01310 del 5 de abril de 2010 dentro del término de prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio, pues dicho plazo vencía el 18 de abril de 2010. Esto dijo la entidad:

“La facultad que tenía el INVÍAS, de declarar la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra, a través de las resoluciones acusadas No. 01310 del 05 de abril de 2010 y confirmatoria Resolución No. 03486 de 4 de agosto de 2010, se produce dentro del plazo legal, esto es, una vez establecido o concretado técnicamente la ocurrencia del siniestro, que llevara e inferir que efectivamente había deterioro prematuro de la obra ejecutada por la Sociedad OICA S.A., y como lo manifiesta el actor, inicialmente el 28 de noviembre de 2007, se informa por parte del Administrador de Mantenimiento Vial Grupo 1, CONSORCIO J & B, (Prueba No. 22 del actor), sobre incipientes daños, que no tenían la connotación significativa de deterioro de la obra ejecutada, circunstancia que fue evolucionando, hasta producirse la materialización del daño, en forma considerable que ameritaba la reclamación al contratista constructor, para que realizara los arreglos o correctivos correspondientes. Es de aclarar que este último conocimiento, de deterioro se establece técnicamente en informe AMV-G1-2008-127 de 18 de abril de 2008, lo que origina el oficio SRN 21381 de 6 de Junio de 2008, dirigido al contratista solicitándole descargos y dando inicio así al procedimiento para la posible declaratoria del siniestro de estabilidad de la obra objeto del contrato No. 2562 de 2004, agravándose con posterioridad y confirmándose su ocurrencia con informe AMV-01-056-09 del 30 de marzo 2009.

Luego, es claro que el conocimiento de las fallas se concreta el 18 de abril de 2008, fecha a partir de la cual el INVÍAS, tiene la facultad legal de hacer la investigación, estudio, valoración del daño y de contera declaratoria de su ocurrencia y tasación de la cuantía del referido daño y no como lo pretende hacer ver el actor, esto es, el 28 de noviembre de 2007, fecha esta última que toma como punto de partida para fundamentar equivocadamente este primer cargo”.

5.5.- El INVÍAS inició el procedimiento administrativo contra la contratista debido al incumplimiento de su obligación de reparar los daños en las obras, los cuales fueron observados por las partes en la visita del 7 de diciembre de 2007. Por esa razón, no es cierto que los actos administrativos se hubieran proferido sin fundamento fáctico o jurídico, como equivocadamente lo plantea la contratista.

C. La sentencia recurrida



Radicado: 41001-23-31-000-2011-00338-01 (67240)

41001 2331 000 2011 00561 00 (Acumulado)

Demandante: Oica S.A. y otros

6.- Mediante sentencia del 13 de noviembre de 2020 el Tribunal Administrativo de Arauca declaró la nulidad de las resoluciones 01310 y 03486 de 2010, por medio de las cuales el INVÍAS declaró y confirmó el siniestro de estabilidad de las obras. Indicó que se había configurado el fenómeno de la prescripción regulado en el artículo 1081 del Código de Comercio.

6.1.- El INVÍAS tuvo conocimiento inicial de las fallas en la obra el 28 de noviembre de 2007. Por tal razón, a través de la comunicación del 3 de diciembre de 2007 la entidad requirió a la contratista para que efectuara las reparaciones. En esa comunicación la citó para el 7 de diciembre de 2007 a una visita con el fin de llegar a un acuerdo sobre *“cómo se van a adelantar las acciones de reparación al pavimento que son necesarias con el fin de preservar la estabilidad de la obra”*.

6.2.- La entidad corroboró el estado de la obra en la visita realizada el 7 de diciembre de 2007. Esto quedó demostrado en el memorando DT-HUI 19704 que remitió el Instituto al subdirector de la Red Nacional de Carreteras, en el que indicó: *“El día 7 de diciembre de 2007 se practicó una visita de obra en la cual se profirió la correspondiente Acta de visita de obra y se pactaron unos compromisos por parte del contratista para ejecutar los trabajos de reparación del pavimento deteriorado. De esta acta se le remitió copia a la Aseguradora y a la interventoría mediante oficios DTHUI-1127 dirigido a la MUNDIAL DE SEGUROS dando a conocer los hechos y lo actuado a la fecha con respecto a los daños registrados”*

6.3.- De esta forma, los daños que fueron reportados al INVÍAS el 28 de noviembre de 2007 fueron corroborados por la entidad el **7 de diciembre de 2007**, momento en el cual la entidad hizo la visita a la obra y determinó los daños que en ella existían. Así, el término de prescripción de dos años para la expedición del acto administrativo de declaratoria del siniestro de estabilidad de la obra debía computarse a partir de ese momento. En tanto la entidad lo hizo el **5 de abril de 2010**, se configuró la prescripción ordinaria del artículo 1081 del Código de Comercio.

D. Recurso de apelación

7.- El INVÍAS apela la sentencia de primera instancia; solicita revocarla y negar las pretensiones² e indica que:

7.1.- No se configura el fenómeno de la prescripción porque la entidad expidió los actos en término. El INVÍAS y la contratista hicieron una visita al terreno el 7 de diciembre de 2007, en la que se encontraron anomalías leves en la entrega de la obra. Por ello, el INVÍAS invitó a la contratista a efectuar las correcciones del caso y la contratista se comprometió a realizar las reparaciones a que había lugar.

² Cuaderno 2, Folios 254 – 262.



Radicado: 41001-23-31-000-2011-00338-01 (67240)

41001 2331 000 2011 00561 00 (Acumulado)

Demandante: Oica S.A. y otros

7.2.- Los compromisos contraídos por la contratista le generaron una expectativa legítima a la entidad. En consecuencia, le otorgó un plazo prudencial a OICA S.A. para que cumpliera el compromiso.

7.3.- Posteriormente, la Administración de Malla Vial advirtió que la contratista incumplió lo pactado el 7 de diciembre de 2007. Esto fue comunicado al INVÍAS el 18 de abril de 2008. A partir de ese momento, el INVÍAS inició las actuaciones para declarar el incumplimiento y el siniestro de estabilidad de obra.

7.4.- En consecuencia, no es cierto que el INVÍAS conocía desde el 7 de diciembre de 2007 que el contratista incumpliría lo pactado y que no efectuaría los arreglos solicitados.

7.5.- Las resoluciones demandadas se expidieron dentro del plazo que otorga la ley. El INVÍAS inició el procedimiento administrativo para declarar el siniestro el 6 de junio de 2008, y la resolución demandada fue proferida, en término, el 5 de abril de 2010.

7.6.- En todo caso, solo podría declararse una nulidad parcial porque *“el acto administrativo lleva intrínseco el incumplimiento contractual por parte de la contratista”*, el cual fue probado. OICA S.A., al firmar el contrato de obra, se obligó a garantizar la estabilidad de la misma y a efectuar las reparaciones que fuesen necesarias. En este sentido, los actos administrativos demandados demuestran el incumplimiento de la contratista y son necesarios para que el INVÍAS pueda iniciar acciones contra ella.

II. CONSIDERACIONES

E. Caducidad

8.- La Sala se pronunciará de fondo porque la demanda fue presentada dentro del término de caducidad previsto en el artículo 136 del CCA. La resolución que resolvió el recurso de reposición con el que se agotó la vía gubernativa (es decir, la Resolución 3486 del 4 de agosto de 2010) se notificó por edicto y este fue desfijado el 15 de septiembre de 2010. La sociedad OICA S.A. presentó la demanda el 29 de marzo de 2011 y la aseguradora Mundial de Seguros el 17 de noviembre de 2011, es decir, oportunamente.

8.1.- El término de caducidad en la presente acción es el de la acción de controversias contractuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 que dispone que *“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.”*



8.2.- Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el término de caducidad de los actos administrativos postcontractuales y ha establecido que éste es de dos años, es decir, el mismo de la acción de controversias contractuales, así:

*"Los actos contractuales y postcontractuales, esto es, los que se profieren a lo largo del desarrollo o ejecución del contrato, y aquellos que se expiden con posterioridad al vencimiento del mismo, sólo son demandables mediante la acción contractual, de conformidad con el artículo 77 de la ley 80 de 1993, posición que se aplica, incluso, frente a las aseguradoras –que sin ser partes en el contrato estatal– si tienen interés directo en muchos de los actos administrativos proferidos a lo largo de la ejecución, terminación o liquidación del mismo (v.gr. declaratorias de incumplimiento y cobro de siniestros)."*³

F.- Decisión

9.- La Sala confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto declara la prescripción alegada por la aseguradora, porque está probado que transcurrieron más de dos años entre el conocimiento del hecho y la declaratoria del siniestro hecha en los actos administrativos proferidos por el INVÍAS. Esta decisión no abarcará la obligación impuesta al contratista en los actos administrativos demandados, porque la prescripción prevista en el artículo 1081 del Código de Comercio se refiere a las acciones que se derivan del contrato de seguro y, por lo tanto, aplica solo en relación con la aseguradora que otorgó la póliza. No aplica en relación con la contratista a la que se le impuso -de manera principal- la obligación de pagar los daños generados por los defectos de la obra. La obligación de la compañía de seguros está condicionada a la existencia de la obligación de la contratista, no a la inversa. De otra parte, los actos demandados no serán anulados para la contratista porque los cargos formulados en su demanda no fueron acreditados.

9.1.- Plan de exposición: En una primera parte la Sala se referirá a la excepción de prescripción que se tiene por probada para la Compañía de Seguros. En una segunda parte, se expondrán las razones por las cuales no se declara la nulidad de los actos demandados por los cargos formulados por la contratista.

G.- La prescripción en relación con la Compañía de Seguros

9.2.- La decisión de declarar probada la excepción de prescripción formulada por la compañía de seguros se confirmará porque se acreditó que la entidad conoció la existencia de los imperfectos de la obra desde el 28 de noviembre de 2007, fecha a partir de la cual deben contabilizarse los dos años de la prescripción ordinaria previstos en el artículo 1081 del Código de Comercio. Está demostrado que en esta fecha la entidad <<tuvo conocimiento del hecho que da base a la acción>>.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2015. CP. Olga Mérida Valle de la Hoz. Radicado 11001-03-26-000-2007-00006-00 (33.635).



Radicado: 41001-23-31-000-2011-00338-01 (67240)

41001 2331 000 2011 00561 00 (Acumulado)

Demandante: Oica S.A. y otros

9.3.- El artículo 1081 del Código de Comercio dispone:

<<ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho>>.

9.4.- En desarrollo de esta disposición, y teniendo en cuenta las precisiones hechas por la jurisprudencia, se debe considerar:

9.4.1.- Que el término de prescripción se contabiliza desde que la administración tiene conocimiento del hecho o desde el momento en el que *razonablemente* debió tenerlo, pues a esto se refiere la norma cuando indica que transcurre desde cuando el interesado <<haya tenido o debido tener conocimiento del hecho>>: o está probado claramente cuando lo conoció, como ocurre en este caso, o ese conocimiento puede deducirse de otras circunstancias, como del examen del plazo dentro del cual debía cumplirse la obligación y la advertencia del incumplimiento que la entidad debió deducir luego de que el mismo venció.

“Por regla general, la Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, que establece los términos de prescripción en el contrato de seguros, a este tenor⁴”.

9.4.2.- Que el conocimiento de hecho por la entidad demandada no es un conocimiento que deba tener algún tipo de cualificación, ni condicionamiento. Para dar por probada esta excepción basta que la compañía acredite que el asegurado tuvo conocimiento del daño (en el caso de la estabilidad) o del hecho que genera el derecho. Una lectura contraria, adicionando el plazo que la entidad le otorgue al contratista para hacer las reparaciones, implicaría considerar que el término de prescripción está sujeto a la ampliación o al manejo que quiera darle el asegurado. A partir del conocimiento del hecho la entidad sabe que, si pretende hacer efectiva la garantía contra la compañía de seguros, está obligada a hacerlo (reclamando como un particular, o expidiendo el acto administrativo) dentro del término de dos años: si opta por expedir un acto administrativo, ese término no se cuenta desde cuando practicó las pruebas para determinar que el daño

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C Consejera ponente: Olga Valle De La Hoz. Sentencia del 22 de mayo de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00715-01 (24810)



Radicado: 41001-23-31-000-2011-00338-01 (67240)

41001 2331 000 2011 00561 00 (Acumulado)

Demandante: Oica S.A. y otros

efectivamente era responsabilidad del contratista, ni se puede tener en cuenta el plazo que le concedió para que reparar los imperfectos advertidos en la obra: el término de prescripción se cuenta desde que tiene conocimiento de ellos.

*“Respecto del amparo de estabilidad de la obra, el término de prescripción ordinaria de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio empieza a correr desde el momento en que se tiene o se ha debido tener conocimiento de determinado deterioro de la obra ocurrido durante la vigencia del mencionado amparo (...). El conocimiento “cualificado” del hecho que da base a la acción a partir del cual el Tribunal computó el término de prescripción bienal de las acciones derivadas del contrato de seguro, no se corresponde con lo establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio, norma esta de orden público, que no puede ser modificada, ni siquiera por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad”.*⁵

9.4.3.- Que el acto administrativo que hace efectiva la garantía contra la compañía de seguros debe proferirse en el término ordinario de dos años, puesto que la prescripción se contabiliza desde que la entidad asegurada conoció o debió tener conocimiento del hecho y esta circunstancia excluye el término de prescripción extraordinaria de cinco años, el cual se contabiliza a partir de su ocurrencia, y solo opera cuando se evidencia que la entidad no conoció ni pudo conocer la circunstancia que le genera el derecho.

<<Así las cosas, se tiene que el artículo 1081 del Código de Comercio regula el tema relacionado con la prescripción en el contrato de seguro y contempla dos modalidades extintivas de las acciones que dimanen de aquel : A la primera, denominada prescripción ordinaria, le asigna un término extintivo de dos años contados a partir del momento en que el interesado tuvo conocimiento, real o presunto, del hecho que da causa a la acción; y respecto de la segunda, llamada extraordinaria, la norma consagra un término máximo de cinco años contados a partir del momento en que nace el derecho y en relación con toda clase de personas.

<<La distinción en la prescripción ordinaria y extraordinaria radica en que mientras en la primera se atiende a un criterio subjetivo, esto es, la calidad de la persona contra quien corre el término (denominado el interesado); en la segunda se atiende a un criterio objetivo, toda vez que opera contra toda clase de personas, independientemente de que conociera o no el momento de la ocurrencia del siniestro.

La Corte Suprema de Justicia en relación con la diferencia entre las dos prescripciones, señaló⁶:

“Esa distinción, con prescindencia de su real existencia, legislativamente encuentra su razón de ser en el hecho de que la prescripción ordinaria, en materia del contrato de seguro, es un fenómeno que mira el aspecto meramente subjetivo, toda vez que concreta el término prescriptivo a las condiciones del sujeto que deba iniciar la

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 5 de mayo de 2020, C.P. Alberto Montaña, radicado (47166)

⁶ “Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, Exp. No. 7498, sentencia (sic) del 31 de julio de 2002. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno; en igual sentido puede consultarse la sentencia del 19 de febrero de 2003, Exp. 6571. M.P. César Julio Valencia Copete; sentencia del 3 de mayo de 2000. Expediente 5360. M.P. Nicolás Bechara Simancas”.



Radicado: 41001-23-31-000-2011-00338-01 (67240)

41001 2331 000 2011 00561 00 (Acumulado)

Demandante: Oica S.A. y otros

acción y, además, fija como iniciación del término para contabilizarlo el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción; en cambio, la extraordinaria consagra un término extintivo derivado de una situación meramente objetiva, traducida en que sólo requiere el paso del tiempo desde un momento preciso, ya indicado, y sin discriminar las personas en frente a las cuales se aplica, así se trate de incapaces, tanto que el citado artículo 1081 expresa que «correrá contra toda clase de persona».

'De esa dualidad de tratamiento emergen consecuencias o efectos jurídicos sustancialmente diferentes, porque mientras la prescripción ordinaria se aplica a las personas capaces, toda vez que el término empieza a contabilizarse «desde el momento en que se tiene conciencia del derecho que da nacimiento a la acción, no corre contra los incapaces» (...).

'El término de la prescripción extraordinaria corre, pues, desde el día del siniestro, háyase o no tenido conocimiento real o presunto de su ocurrencia, y no se suspende en ningún caso, ya que la suspensión sólo cabe en la ordinaria (...).

'Los dos años de la prescripción ordinaria corren para todas las personas capaces, a partir del momento en que conocen real o presuntamente del hecho que da base a la acción, por lo cual dicho término se suspende en relación con los incapaces (C. C., art. 2541), y no corre contra quien no ha conocido ni podido o debido conocer aquel hecho; mientras que los cinco años de la prescripción extraordinaria corren sin solución de continuidad, desde el momento en que nace el respectivo derecho, contra las personas capaces e incapaces, con total prescindencia del conocimiento de ese hecho, como a espacio se refirió, y siempre que, al menos teóricamente, no se haya consumado antes la prescripción ordinaria ⁷

9.4.4.- En el caso concreto está acreditado que la entidad conoció los hechos constitutivos del siniestro el 28 de noviembre de 2007 y que expidió la resolución el 5 de abril de 2010, por lo que debe declararse probada la prescripción alegada por la compañía de seguros. La prescripción empezó a correr desde el 28 de noviembre de 2007, fecha en que la Administración de Mantenimiento Vial Grupo 1 Consorcio J.B comunicó al INVÍAS de posibles daños en la obra. La referida comunicación señaló:

"En general el pavimento presenta buen estado. Sin embargo, algunos sitios comprendidos particularmente entre el PR1 al PR4 presentan indicios de deterioro en su mayoría incipientes, pero requieren un tratamiento a corto plazo para evitar el incremento acelerado de los daños observados.

En la mayoría de los sectores reportados en el cuadro de inspección de daños presenta pérdida de agregados y cabezas duras. La severidad de estos daños es baja, sin embargo, se observan otros daños adyacentes como algunas fisuras en piel de cocodrilo y figuración incipiente que

⁷ Sentencia del 14 de junio de 2019. Rad. 76001-23-31-000-2001-00193-02(39363). C.P. Carlos Alberto Zambrano.



pueden trascender a fisuras en bloque, piel de cocodrilo y descascamientos.

En una amplia longitud, tanto en el carril izquierdo como el derecho, se aprecian fisuras longitudinales en juntas de construcción; igualmente, acompañadas con otros daños moderados como pérdida de agregados y fisuración incipiente (...).

A la fecha no se presentan daños de consideración, pero es necesario requerir al contratista para que efectúe actividades de sello de fisuras con arena-asfalto o arenaemulsión.

Por otra parte, se recomienda una inspección detallada con la participación del contratista, Territorial Huila y Administración Vial; con el fin de definir otras actividades a que hubiera lugar y un cronograma para la ejecución de las mismas por parte del contratista, conforme a la garantía del contrato No. 2562-04 y con el fin de preservar la estabilidad de la obra ejecutada”.

9.5.- Para la Sala es claro que la entidad tuvo conocimiento de los daños de la obra el 28 de noviembre de 2007, cuando recibió el mencionado informe en el que se le advertía que era necesario tomar medidas para “*preservar la estabilidad de la obra ejecutada*”. La entidad, en su fuero interno, podía dar plazos a la contratista para que esta cumpliera su obligación, pero ello no interrumpía en modo alguno el término de prescripción. Aceptar lo contrario, como se dijo anteriormente, significaría que el asegurado puede extender el término de prescripción de forma subjetiva.

H. La obligación de la contratista de garantizar la estabilidad de la obra

10.- La obligación a cargo de la contratista se mantendrá porque los demás cargos formulados en su demanda contra las resoluciones no se acreditaron. La contratista no demostró haber cumplido su obligación de garantizar la estabilidad de la obra realizando las reparaciones acordadas, ni demostró que el valor de las mismas, establecido en los actos administrativos demandados, no correspondiera a la realidad. Lo que está probado en el proceso, por el contrario, es que el INVÍAS fue informado de los imperfectos de la obra, los puso en conocimiento de la contratista, y que esta no los reparó.

10.1.- Como lo mencionó el INVÍAS en su recurso de apelación, la contratista se obligó con la entidad a garantizar la estabilidad de la obra entregada. El numeral 5.38 de los pliegos de condiciones estipuló esta obligación en los siguientes términos:

<<El contratista será responsable por la reparación de todos los defectos que puedan comprobarse con posterioridad a la liquidación del contrato o si la obra



Radicado: 41001-23-31-000-2011-00338-01 (67240)

41001 2331 000 2011 00561 00 (Acumulado)

Demandante: Oica S.A. y otros

amenaza ruina en todo o en parte, por causas derivadas de fabricaciones, replanteos, localizaciones y montajes efectuados por él y del empleo de materiales, equipo de construcción y mano de obra deficientes utilizados en la construcción. El contratista se obliga a llevar a cabo a su costa todas las reparaciones y reemplazos que se ocasionen por estos conceptos. Esta responsabilidad y las obligaciones inherentes a ella, se consideran vigentes por un periodo de garantía de cinco años (5) contados a partir de la fecha consignada en el Acta de Recibo Definitivo de las obras>>.

10.2.- Esta obligación de saneamiento del contratista también ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado. La corporación ha indicado que una de las obligaciones principales del contratista es la obligación postcontractual de acudir al saneamiento del objeto entregado. En caso de contratos de obra, deberá responder por la estabilidad de los trabajos realizados. En sentencia del 16 de marzo de 2000, C.P. Ricardo Hoyos, radicación 10876, esta Sección indicó:

<<Una de las obligaciones principales del contratista es el saneamiento del objeto del contrato, la cual surge a partir de la terminación del mismo y su desconocimiento acarrea una responsabilidad de carácter postcontractual. Tratándose de un contrato de obra, deberá responder de la estabilidad de los trabajos, de construcción, mantenimiento, adecuación, etc., realizados sobre el inmueble, es decir, que durante el término del contrato o en subsidio el previsto en la ley, la obra realizada no se destruirá o amenazará ruina por vicio de construcción, o del suelo, o de los materiales, que el contratista ha debido conocer en razón de su profesión u oficio. Cabe advertir que el saneamiento no cubre el deterioro que se produzca naturalmente por su uso normal, o por una indebida utilización de los mismos>>.

11.- La contratista OICA S.A. considera que los actos administrativos son nulos por (i) ausencia de elementos fácticos, jurídicos y probatorios para declarar el siniestro; (ii) inexistencia de dolo o mala fe por parte de OICA S.A. en la ejecución el contrato; (iii) ausencia de responsabilidad administrativa de OICA S.A. por los supuestos daños de carácter postcontractual presentados en la obra y (iv) responsabilidad del INVÍAS. Los cargos tienen como propósito demostrar que el INVÍAS no contaba con los elementos de juicio necesarios para declarar el siniestro de estabilidad de la obra. Sin embargo, lo cierto es que la contratista no desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados.

11.1.- En el proceso está probado que el INVÍAS motivó las resoluciones en diferentes informes recibidos por los ingenieros que supervisaban la obra. Está probado que el INVÍAS recibió las obras el 2 de noviembre de 2006 y que, con posterioridad a ello, la interventoría envió diversos oficios en los que se informó de fallas en la obra. Por esta razón, el INVÍAS inició un procedimiento administrativo contra de la contratista para declarar el incumplimiento de su obligación de saneamiento, el cual finalizó con las resoluciones demandadas.

11.2.- En el expediente consta el informe del 28 de noviembre de 2007 suscrito por la residente Mayra Bonilla Ramos de la Administración de Malla Vial, en el que se pone de presente que algunos tramos de la obra entregada presentan indicios de



Radicado: 41001-23-31-000-2011-00338-01 (67240)

41001 2331 000 2011 00561 00 (Acumulado)

Demandante: Oica S.A. y otros

deterioro incipientes que requieren un tratamiento a corto plazo para evitar el incremento de los daños. En el oficio se indica que existen *“algunas fisuras en piel de cocodrilo y figuración incipiente que pueden trascender a fisuras en bloque, piel de cocodrilo y descascamientos. En una amplia longitud, tanto en el carril izquierdo como el derecho, se aprecian fisuras longitudinales en juntas de construcción; igualmente, acompañadas con otros daños moderados como pérdida de agregados y fisuración incipiente (...). A la fecha no se presentan daños de consideración, pero es necesario requerir al contratista para que efectúe actividades de sello de fisuras con arena-asfalto o arena emulsión”*.

11.3.- El referido informe fue comunicado por el INVÍAS a la contratista el 3 de diciembre de 2007 y el INVÍAS la invitó para que el 7 de diciembre de 2007 fueran al sitio de la obra, verificaran lo informado y desarrollaran un cronograma de actividades a realizar para preservar la estabilidad de la obra.

11.4.- En el expediente también obra el informe del 1° de abril de 2008 suscrito por la residente Mayra Bonilla Ramos de la Administración de Malla Vial. En este le comunica al director territorial Huila del INVÍAS que durante el primer trimestre del año 2008 la contratista realizó trabajos de garantía respecto de la carpeta asfáltica del tramo PR 1 al PR 4, pero que los daños reportados en los tramos PR 2+0600 al PR 2 +0700 debieron ser corregidos mediante parcheo, y no fueron reparados por la contratista. Que por ello, era necesario requerirla para evitar mayores daños a la estructura del pavimento por razón del tránsito y del agua.

11.5.- Se aportó el informe del 18 de abril de 2008 en el que la residente Mayra Bonilla Ramos le informa al director territorial Huila del INVÍAS que practicó auscultación en la superficie de la calzada desde el tramo PR 0+0500 al PR 5+ 0300 y concluyó que (i) existía fisuración en piel de cocodrilo con aberturas iguales o mayores 5 mm, y (ii) que en el tramo PR0+0450 al PR 1+0500 y del PR 2 al PR 4 la textura de la superficie pavimentada es abierta. La residente consideró que era posible que en la fabricación de la mezcla asfáltica hubiera una deficiencia en el porcentaje utilizado de llenante mineral en un 31% de la superficie. Para ello, propone repercheos y la puesta de un sello de emulsión asfáltica de rotura lenta y arena muy fina.

11.6.- En el informe del 22 de abril de 2008 el INVÍAS presenta un recuento de la situación: señala que desde el 28 de noviembre de 2007 se informó el estado de la vía; que el 7 de diciembre de 2007 se realizó una visita en la obra y se pactaron compromisos por parte de la contratista para reparar el pavimento deteriorado; que la administración vial hizo seguimiento a los compromisos por parte de la contratista y constató que había incumplido en su obligación de saneamiento; que el 18 de abril de 2008 se dejó constancia de que todavía existían daños en la carpeta asfáltica.



Radicado: 41001-23-31-000-2011-00338-01 (67240)

41001 2331 000 2011 00561 00 (Acumulado)

Demandante: Oica S.A. y otros

11.7.- El informe del 21 de mayo de 2008 demuestra que la residente comunicó al INVÍAS que la contratista efectuó reparaciones en las áreas que presentaban piel de cocodrilo, pero que no realizó la actividad de sello de fisuras.

11.8.- Mediante el oficio del 6 de junio de 2008 el INVÍAS comunicó a la contratista que recibió el oficio del 22 de abril de 2008 “en el cual se solicitó la declaración del siniestro de estabilidad de la obra” para hacer efectiva la póliza del contrato y le solicitó presentar descargos.

11.9.- Los documentos referenciados demuestran que el INVÍAS sí fundamentó los actos administrativos en observaciones efectuadas por los funcionarios encargados de supervisar la obra, que esta información fue puesta en conocimiento de la contratista, y que esta no efectuó todas las reparaciones de las falencias encontradas en la obra.

11.10.- Finalmente, la contratista adujo que el INVÍAS había violado sus derechos de defensa y de contradicción porque la entidad sólo presentó un *“razonamiento de la cuantía del siniestro relacionado con el Contrato de Obra Pública 2562 de 2004 (...) a través de un Acto Administrativo como es la Resolución Número 03486 del 4 de Agosto de 2010, mediante el cual se le cercenó la oportunidad a la sociedad OICA S.A. de controvertir el referido monto de la cuantía por \$426.844.177.50 M/cte. del siniestro, fijado unilateralmente y sin ninguna fórmula de juicio ni justificación clara por parte del INVÍAS”*. También señaló que INVÍAS no probó el siniestro ni la cuantía porque *“simplemente se indicó un valor de cuantificación de los presuntos daños en la suma de \$426.844.177.50 M/cte., pero en ningún momento se mencionó en los Actos Administrativos de primera y segunda instancia, cuya nulidad se demanda en este caso concreto, la metodología que utilizó el INVÍAS para cuantificar dicha valoración y el sustento de los precios unitarios; además, se desconoce de dónde sacaron las cantidades, los estudios técnicos y los correspondientes ensayos de Laboratorio de Suelos y Materiales como para determinar dicho costo”*.

11.11.- La Sala no comparte lo expuesto por la contratista. De un lado, no es cierto que el INVÍAS no hubiera demostrado la cuantía de la pérdida en el caso analizado. Tal como lo señaló el INVÍAS en las resoluciones 1310 del 5 de abril de 2010 y 3486 del 4 de agosto de 2010, la cuantía de la pérdida se fundamentó en el memorando DT-HUI-2434 del 21 de enero de 2010, el cual fue aportado al expediente por la contratista y en el que se informó que varios de los daños se debían a envejecimientos prematuros de la vía. En ese memorando, el INVÍAS hizo la cuantificación del daño en los siguientes términos:

“En atención a la solicitud del memorando del asunto en cuanto al informe de inspección de daños en la calzada, realizado los días 26 y 27 de noviembre en seguimiento a las obras ejecutadas por el contratista OICA S.A., objeto del contrato No. 2562-04, esta Administración vial se sostiene en todos los aspectos técnicos



Radicado: 41001-23-31-000-2011-00338-01 (67240)
41001 2331 000 2011 00561 00 (Acumulado)
Demandante: Oica S.A. y otros

determinados en comunicación AMV01-276-09 del 4 de diciembre de 2009 radicado INVIAS 109699.

En dicha comunicación se entrega en anexo, la ficha MIN-24 "INSPECCIÓN DE DAÑOS DE LA CALZADA Y BERMAS", donde se relaciona en forma detallada: los sitios inspeccionados, las áreas y tipos de daño, el lado de la vía, los grados de severidad de los daños encontrados, entre otros. Igualmente, se acompaña de registro fotográfico.

Para el presente, se considera a nuestro juicio que el costo implicado en resarcir los daños del pavimento asciende a los \$ 426.844.177,50 (necesidad de reposición de carpeta de rodadura - se anexa cuadro con las cantidades y costos con los APUs). Se hace la salvedad que los daños presentados en la actualidad, son una mezcla de envejecimiento prematuro, envejecimiento normal y fatiga estructural debido al desenvolvimiento operativo vial. Somos conscientes que no se tiene todo el conocimiento de causa para emitir un juicio absoluto, ya que no se dispone de un verdadero estudio patológico y del espectro de ensayos de laboratorio que permitan a ciencia cierta saber la causa de los daños, que indefectiblemente muchos de ellos sí fueron prematuros.

CÁLCULO DE CANTIDADES Y COSTOS ESTIMADOS
ADMINISTRADOR VIAL CONSORCIO ALFA (ING RESIDENTE): FERNEY JOSÉ VARÓN

Item	Especificaciones						
De pago	GRAL	PART	DESCRIPCIÓN	UND	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
450,5	450		Mezcla densa en caliente para parcheo	M3	602,60	578.810	348.790.906
420,1	420		Riesgo de imprimación con emulsión asfáltica	M2	7532,50	3.191,0	24.036.207,50
900,2 P	900		Acarreo de materiales (sub base, base, MDC2)	M3-KM	18.078,00	1.182	21.368.196,00
460,1 P	461		Fresado de pavimento asfáltico	M3	602,60	54.180	32.648.868,00
						Vr básico	426.844.177,50

11.12.- A su vez, en la Resolución 3486 de 2010 consta cómo el Administrador de Mantenimiento Vial tasó la cuantía de la pérdida y la metodología que utilizó para determinar el valor del siniestro, así:

“En cuanto a los costos calculados por la AMV reportados a INVIAS mediante comunicación AMV01-003-10 basada en el informe entregado a la Contraloría General de la República (AMV01276-09 de diciembre de 2009) no fueron estimados de forma caprichosa o sin soporte técnico. A continuación, se describe la metodología efectuada:

- *Mediante auscultación visual siguiendo lo establecido en el Manual para la inspección visual de pavimentos flexibles” se determinaron las áreas con daño, discriminando su severidad (...) El manual ha sido adoptado por INVÍAS como guía*



- para la revisión del estado de las obras ejecutadas mediante contratos celebrados por la entidad.
- Se tuvo en cuenta las recomendaciones de la Guía para Rehabilitación de Pavimentos.
 - Se establecieron las áreas a intervenir según su severidad (media alta).
 - La rehabilitación sugerida de acuerdo al “Catálogo de tipos de daños, causas posibles y acciones a seguir para pavimentos flexibles y semirrígidos” entregado por la entidad a los AMV sugiere las actuaciones para corregir los daños reportados según su tipo:
 - a) Revestimiento en concreto de la capa de rodadura (sobre-carpeta)
 - b) Parcheo: arreglo localizado de la capa de rodadura.
 - Establecido el tipo de rehabilitación y determinando que el daño no se encuentra en las capas subyacentes (sólo afecta la capa asfáltica por su deficiencia), las actividades relacionadas con las obras necesarias para rehabilitación son:
 - a) Excavación y retiro de la carpeta afectada mediante fresado de pavimento.
 - b) Riesgo de imprimación con emulsión asfáltica.
 - c) Transporte de la mezcla.
 - d) Parcheo con MDC2
 - Los precios unitarios de dichas actividades fueron tomadas de la base de datos por actividades de mantenimiento periódico adoptados por la Territorial Huila para la zona en la fecha de cálculo (diciembre de 2009). Se hace la salvedad que dichos APUS deben ser actualizados a la base de datos de mayo de 2010, contemplando los incrementos en los insumos, mano de obra y tarifas de equipos.
 - En cuadro resumen anexo se consignó el cálculo de cantidades y costos.

11.13.- No es cierto entonces que la contratista no hubiera podido contradecir el cálculo efectuado por el INVÍAS. De hecho, lo hizo, cuando presentó recurso de reposición a la Resolución 1310 del 5 de abril de 2010.

11.14.- Por último, en el expediente consta el peritaje del 20 de junio de 2013 solicitado por OICA S.A., y rendido por el ingeniero civil Humberto Liévano Rodríguez, en que el perito concluyó que se evidenciaban daños debido a que la estructura construida no era la misma que había sido diseñada por la contratista, así:

“- Sobre los taludes y en la subrasante existen afloramientos de agua que no se están interceptando adecuadamente, la falta de estructuras de sub-drenaje en algunos sectores expone a la estructura de pavimento a elevados contenidos de humedad que afectan la estabilidad de la obra.

- Las fisuras longitudinales presentes en el corredor pueden estar asociadas a concentraciones de humedad excesiva en los materiales granulares, evidencia de ello son los reiterados afloramientos de agua en superficie generados por flujos ascendentes no interceptados, que bajo la acción del tránsito generan daños al pavimento.

- Los excesos de humedad en la estructura del pavimento generan afloramiento de agua, fisuras, oxidación y deterioro del concreto asfáltico y los granulares, degradación de las propiedades físicas y geológicas (envejecimiento y rigidización) del asfalto.

- En algunos sectores se evidencian daños asociados a falencias en los espesores del pavimento construido, ya que se encontró piel de cocodrilo y



ahuellamiento asociado a fatiga del pavimento por la acción del tránsito, en revisión documental se identificó que la estructura construida no es la misma diseñada por el contratista (en el diseño los espesores son mayores a los de la obra).

- Los muros de contención lateral no tienen lloraderos ni obras de drenaje transversal que intercepten flujos de agua sub-superficiales, generando concentraciones de humedad y daños en el pavimento. En proximidad del K4+000 al K5+000, se encontró afloramiento de agua desde la capa granular bajo la carpeta asfáltica hacia la cuneta, evidenciando concentraciones de agua excesivas en la estructura de pavimento que alteran las propiedades de los materiales y disminuyen drásticamente la vida útil de las obras. Situación que conjugada con una mayor permeabilidad de los granulares con respecto a los suelos de sobrasante; y en conjunto con la pendiente longitudinal de la vía, pueden formar escenarios propicios para flujos continuos a lo largo y ancho de la estructura de pavimento”.

11.15.- Así, el peritaje demuestra el incumplimiento de la contratista, particularmente, que la estructura construida no fue la misma propuesta en los diseños porque se evidenció una modificación de los espesores del pavimento. El peritaje, siendo una prueba técnica, demuestra que OICA S.A. no cumplió con su deber de garantizar la estabilidad de la obra, y el hecho de haber hecho la construcción con un menor espesor generó “piel de cocodrilo y ahuellamiento asociado a fatiga del pavimento por acción del tránsito”.

12.- De los anteriores documentos la Sala deduce que la contratista no cumplió con la carga de demostrar la ilegalidad de los actos demandados, en tanto está probado que los daños a la obra son imputables a esta, y que la cuantía fue correctamente estimada por el INVÍAS.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFÍCASE la sentencia de primera instancia en los siguientes términos:

“PRIMERO. DECLARAR la nulidad de las resoluciones 01310 y 03486 de 2010 expedidas por el Instituto Nacional de Vías -Invías, por las cuales declaró y confirmó el siniestro de estabilidad de las obras amparada en la Garantía Única de Cumplimiento N-A0049552, dentro del contrato 2562 de 2004 suscrito con Oica S.A, solo en relación con la obligación de garantía a cargo de Compañía Mundial de Seguros S.A. La nulidad que se declara no comprende las obligaciones impuestas a Oica S.A, en las citadas resoluciones. En consecuencia, **ORDENAR** que INVÍAS reintegre a la compañía de seguros las sumas que ésta haya pagado en cumplimiento de



Radicado: 41001-23-31-000-2011-00338-01 (67240)
41001 2331 000 2011 00561 00 (Acumulado)
Demandante: Oica S.A. y otros

las citadas resoluciones, suma sobre la cual se causarán intereses moratorios a la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado con la fórmula que aplica la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conforme con lo expuesto en el acápite 4.7. de las consideraciones, desde que se hizo el pago hasta que se haga el reintegro.

SEGUNDO. NEGAR las demás pretensiones de las demandas”.

SEGUNDO:- No se CONDENA en costas.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente
Con aclaración de voto

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
Con aclaración de voto