



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"
Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., 30 de noviembre de 2017

Expediente: 15001233100020060140401 (37002)
Acción: Controversias Contractuales
Actor: Aseguradora Colseguros S.A
Demandado: INVÍAS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A en contra la sentencia del 18 de marzo de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual esa Corporación resolvió:

1. *Declarar no probadas las excepciones de "caducidad de la acción, y Falta de Jurisdicción y Competencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
2. *Declarar probada la excepción de inexistencia de la (sic) causales de violación (falsa motivación, desvió o abuso de poder, violación al debido proceso y derecho de defensa, y violación a la ley), formuladas por INVÍAS, de acuerdo con las consideraciones hechas en este fallo.*
3. *Inhibirse de pronunciarse de fondo sobre las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa y la genérica contemplada en el artículo 164 del CCA.*
4. *Como consecuencia de la anterior determinación se niegan las pretensiones de la demanda y se mantiene incólume la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, atendiendo las razones jurídicas plasmadas en este fallo.*
5. *En firme ésta providencia, por Secretaría comuníquese a las partes, en la forma y términos previstos en el artículo 173 del CCA y de ello déjese constancia.*
6. *Si el fallo no fuere apelado por alguna de las partes, archívese y de ello déjese registro en el sistema único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".*

La demanda

El 31 de mayo de 2002, la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A – que absorbió mediante fusión a la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A- presentó demanda de controversias contractuales, con pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, a través de apoderado, en contra el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS- INVIAS- con el fin de que se declare la nulidad de las resoluciones No. 005259 del 19 de diciembre de 2000 y la Resolución No. 002393 de 2001, mediante las cuales el INVIAS declaró el siniestro de inestabilidad de las obras objeto del contrato No. 759 de 1989 y confirmó su declaratoria.

Expuso el recurrente la siguiente situación fáctica:

1. Las partes celebraron un Contrato de Obra Pública 0759 de 1989 cuyo objeto era la pavimentación de un sector de la carretera Chiquinquirá-Barbosa. Este contrato fue adicionado en 14 oportunidades.
2. Para garantizar la calidad y estabilidad de las obras, la aseguradora COLSEGUROS S.A, expidió a favor de INVIAS la póliza de seguro de cumplimiento No. 645483 con vigencia del 19 de diciembre de 1995 al 19 de diciembre de 2000, con un valor asegurado de \$313'273.865.00.
3. En agosto de 1996, como consecuencia de los problemas geológicos de la zona y las deficiencias señaladas, la capa asfáltica mostró deterioro. Por esta razón, el INVIAS ordenó la ejecución de parcheos por cuenta de la garantía de estabilidad de las obras, amparadas con la póliza 645483.
4. El 19 de diciembre de 1995, la entidad contratante- INVIAS- firmó el acta de recibo definitivo de la obra, indicando que esta cumplía con las especificaciones y condiciones contractuales acordadas.

5. El 19 de diciembre de año 2000, el INVIAS expidió la resolución No. 005259, mediante la cual declaró el siniestro de inestabilidad de las obras objeto del contrato No. 759 de 1989.
6. El 23 de mayo de 2001, INVIAS emitió la Resolución No. 002393, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el contratista - Sociedad Murillo Lobo Guerreros Ingenieros S.A- contra la resolución No. 005259. En dicha resolución- la No002393- se confirmó la decisión de declaratoria del siniestro.

La parte actora formuló las siguientes pretensiones:

“Pretensiones declarativas:

- A. *Que INVIAS y la Sociedad Murillo Lobo Guerreros Ingenieros S.A, celebraron un Contrato de Obra Publica el cual estuvo distinguido con el número 759-14-89 y 759 de 1989 “Referente a la pavimentación de un sector de la carretera Chiquinquirá- Barbosa, según Acta de entrega de fecha diciembre 19 de 1995”;*
- B. *Que la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia, expidió la “...Poliza 645483 ... Tomador Murillo Lobo Guerrero NIT 860008275-1, Vigencia 19-12-95 – 19-12-2000, Asegurado Instituto Nacional de Vías ... Beneficiarios Instituto Nacional de Vías ... Tomador: Murillo Lobo Guerrero Ingenieros S.A, de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 80 de octubre 28 de 1983, las normas que lo complementen o adicionen otorga los siguientes amparos: estabilidad y calidad de la obra \$313’273.865... Objeto: garantizar la estabilidad y buena calidad de la obra realizada según contrato No. 759- 14-89 de 1995 y 759 de 1989 referente a la pavimentación de un sector de la carretera Chiquinquirá- Barbosa, según Acta de entrega de fecha diciembre 19 de 1995.*
- C. *El termino de vigencia de la referida póliza de seguro No. 645483, transcurrió sin que se notificara a la Aseguradora, ningún acto administrativo que declare la ocurrencia de siniestro sobre los amparos expedidos de “Estabilidad y buena calidad de la obra realizada”.*
- D. *Que las razones expuestas en la resolución número 005259/19- XII-2.000 como causal para “...declarar el siniestro de inestabilidad de las obras objeto del contrato número 759 de 1989...” habían sido señaladas “...con base a la evaluación realizada por la interventoría y reportada al contratista con fecha 16 de febrero de 1996...” y en consecuencia el termino para hacer efectiva la póliza de seguro se encontraba proscrito.*

- E. Que la resolución número 005259/19- XII-2.000 fue expedida con violación de la Constitución y la Ley, falsa motivación, abuso, desviación del poder e incompetencia de la funcionaria que la expidió, y en consecuencia corresponde declarar su NULIDAD, y el consecuente restablecimiento del derecho violado: la resolución de la misma deberá anularse en cuanto que por la misma se dispone:

Artículo primero: declarar el siniestro de inestabilidad de las obras objeto del contrato número 759 de 1989, suscrito con la sociedad Murillo Lobo Guerreros Ingenieros S.A, para la pavimentación del sector Chiquinquirá Puente Otero de la carretera Chiquinquirá- Barbosa.

Artículo segundo: ordenar hacer efectiva la garantía No. 645483 expedida el 7 de junio de 1996, por la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A, la cual ampara el riesgo de estabilidad de las obras objeto del contrato número 759 de 1989; por el monto asegurado de dicho amparo...”

Artículo cuarto: La presente resolución rige a partir de su expedición “...

- F. Que por los mismos conceptos de violación señalados, es igualmente nula la resolución No. 002393/23-V-2001, confirmatoria de la anterior, en cuanto que por la misma se dispone:

Artículo primero: confirmar la resolución número 005259 del 19 de diciembre de 2000, por la cual se ordenó el riesgo de inestabilidad y se ordenó hacer efectiva la garantía única de seguro de cumplimiento número 645483, expedida el 7 de junio de 1996 por la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A, para amparar el riesgo de estabilidad de las obras del contrato.

Artículo tercero: la presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

Pretensiones de condena:

Que para efectos del restablecimiento del derecho violado, se condene a la entidad demandada INVIAS, a cancelar a favor de la Aseguradora COLSEGUROS S.A, los siguientes conceptos:

- 1. El valor que a la fecha de la sentencia hubiere debido pagar la Aseguradora a la demandada, en razón de lo dispuesto por las resoluciones cuya nulidad se pide.*
- 2. La actualización monetaria o indexación de las anteriores sumas, correspondiente al tiempo transcurrido entre el momento en que los dineros le sean reintegrados por la misma demandada.*
- 3. Los intereses legales y/o comerciales compatibles con la indexación, liquidados sobre las anteriores sumas y liquidados desde la fecha de los pagos realizados por COLSEGUROS a la fecha de la sentencia, hasta el momento en que los dineros sean reintegrados por la misma demandada.*
- 4. Por las costas del proceso...”*

Justificó sus pretensiones en los siguientes argumentos:

1. Los actos acusados son ilegales por haber sido expedidos con desconocimiento de los derechos de audiencia, defensa y violación del debido proceso administrativo, pues la resolución 005259 que declaró el siniestro de inestabilidad de las obras se emitió sin que previamente se les hubiese dado la oportunidad al contratista y a la aseguradora de presentar las razones y pruebas necesarias para que se pudiese demostrar la adecuada ejecución del contrato, y en consecuencia, la ausencia de responsabilidad contractual.

INVIAS pasó por alto importantes normas atinentes al procedimiento de verificación de calidad de los bienes, contenidas en los artículos 931, 932 y 934 del Código de Comercio, pues no sometió la controversia al estudio de peritos, quienes podrían haber determinado si los presuntos defectos de la obra afectaban o no de manera notable su calidad.

INVIAS también obvió el procedimiento administrativo previo a la aplicación de sanciones, pues el acto demandado contenía una declaración de caducidad del contrato la que tiene carácter sancionatorio pues, además de dar por terminada la relación contractual, impuso una grave inhabilidad para el contratista. Es por ello, que INVIAS violó el derecho fundamental al debido proceso al no brindar la oportunidad a la Aseguradora de desvirtuar los cargos que la entidad pretendía formular.

2. Los actos demandados se emitieron con violación del artículo 1596 del Código Civil, y el inciso 3 del artículo 867, por falta de aplicación de la proporcionalidad. Ello, en razón a que, aún situados en la hipótesis de que INVIAS si tenía algún fundamento para reclamar la efectividad de la póliza de garantía, esta entidad debía cumplir con el deber legal de liquidar el contrato y a partir de ello determinar el grado de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; deber que claramente fue obviado. Además, la accionada tampoco señaló los presuntos daños, ni el valor por el cual estos podían ser motivo de indemnización; siendo esta determinación un elemento muy importante, pues si se llegaren a establecer perjuicios que afectaren la póliza, la garantía debería reducirse proporcionalmente.
3. Los actos administrativos demandados fueron emitidos con falta de competencia pues en el interregno de la vigencia del contrato no se dictó ningún acto administrativo o judicial que afectara la póliza, cuya vigencia se encontraba comprendida entre el 19 de diciembre de 1995 y el 19 de diciembre de 2000. Fue solo hasta el día 19 de diciembre del año 2000

que el INVIAS procedió a declarar la ocurrencia del siniestro de inestabilidad de la obra contratada.

Así mismo, indicó que en las condiciones generales de la póliza, se previó el momento preciso a partir del cual el siniestro se entendería causado, a saber *“... cuando quede debidamente ejecutoriada la resolución administrativa que declare la realización del riesgo que ampara esta póliza, por causas imputables al contratista, cuando tal resolución haya sido notificada oportuna y debidamente a la aseguradora...”*.

Lo anterior implica que si dentro del término de vigencia de la póliza no se declaró el incumplimiento, en consecuencia la entidad perdió competencia para vincular a COLSEGUROS y cualquier pretensión contra la Aseguradora tendría que ventilarse por la vía contencioso administrativa.

4. Los actos administrativos demandados fueron emitidos con abuso y desviación del poder, pues, pese a que la entidad estatal ya conocía con anterioridad de los problemas de diseño, estructura y falta de obras de drenaje que afectaban la vía en construcción, no aplicó los correctivos legales pertinentes, al punto de haber firmado el acta de “entrega final” sin hacer mención de estos problemas.

Llama la atención que 5 años después, la entidad haya resuelto declarar la ocurrencia del siniestro de inestabilidad y ordenar la efectividad de la póliza, sin tener en cuenta que por el transcurso del tiempo, los derechos habían prescrito.

De otro lado, la accionada omitió su deber legal de liquidar el contrato en los términos previstos en el Decreto 222 de 1983, ya que los sucesivos contratos de seguro suscritos por la entidad contratante, - para garantizar el cumplimiento y el buen manejo del anticipo- debieron quedar liquidados con el contrato principal y ello no se realizó.

5. El último argumento esgrimido por la parte demandante señala que pese a que los hechos que motivaron la efectividad de la póliza, se manifestaron desde antes de la entrega de las obras, a saber, en febrero de 1994, en el acta de entrega no se presentaron objeciones a la calidad de los trabajos. Sin embargo, posteriormente en los meses de julio y agosto de 1996, se reclamó al contratista por daños en los trabajos y el 31 de octubre de 1996

se solicitó a la Oficina Jurídica hacer efectiva la póliza No. 645483; pero solo después de transcurridos 4 años, se procede a declarar el siniestro de inestabilidad, lo cual comportó una actuación infundada y extemporánea.

Contestación de la demanda

El 9 de diciembre de 2002, el INVIAS presentó escrito de contestación de la demanda. En dicho documento interpuso las excepciones de caducidad de la acción, falta de jurisdicción y competencia, inexistencia de las causales de violación, falta de legitimación por activa y la genérica que encuentre probada el juzgador. Las justificó como se relaciona a continuación:

1. Caducidad de la acción.

En virtud de que el contrato venció el 30 de diciembre de 1995, la caducidad de la acción debería tener lugar el 30 de junio de 1998; ello, pues en esta fecha ya se habrían agotado todas las tres oportunidades posibles para liquidar el contrato, a saber, la primera etapa en donde el termino podrá ser el pactado por las partes o el de 4 meses, la segunda etapa de liquidación unilateral de 2 meses, y la tercera y última oportunidad de liquidación judicial de 2 años.

2. Falta de jurisdicción y competencia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, - quien inicialmente conoció sobre el proceso en comento- no es competente en virtud del factor territorial, pues la norma de competencia para estos asuntos indica que quien debe conocer sobre las acciones de controversias contractuales, es el juez del lugar en donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato; el cual para el caso concreto correspondería al Tribunal Administrativo de Boyacá, pues el contrato debía ejecutarse en la carretera Chiquinquirá- Barbosa.

3. Inexistencia de las causales de violación

Los actos administrativos acusados fueron expedidos por INVIAS dentro de los parámetros legales, sin abuso del poder, falsa motivación o violación del debido

proceso, pues (i) el siniestro ocurrió en el interregno en el cual la póliza tenía vigencia, (ii) existían numerosos motivos relacionados con la mala calidad de las obras, que fundaron la declaración del siniestro y (iii) en ningún momento se le violó el derecho a la defensa a la Compañía Aseguradora, pues a ésta sí se le notificó el contenido del acto administrativo que declaraba el siniestro sin que hiciera manifestación alguna sobre el mismo.

Con base en los anteriores argumentos, la entidad demandada – INVIAS- solicitó fueren desestimadas las pretensiones de la demanda.

Sentencia apelada

El 18 de marzo de 2009, el Tribunal Administrativo de Boyacá profirió sentencia en la que negó las pretensiones de la demanda. Para llegar a esta decisión, el Tribunal partió por una delimitación de cuatro problemas jurídicos, que expresó de la siguiente manera:

“... ¿El suscribirse acta de entrega final de la obra y encontrarse a satisfacción la misma para este momento, impide que se haga efectiva la póliza de garantía de estabilidad y calidad dentro del término de vigencia de esta?

1. *¿El advertir la entidad estatal contratante, defectos o vicios en la obra ejecutada, antes de la suscripción del acta de entrega final de la obra, dándole al contratista la posibilidad de sanearlos y no dar aviso de esta situación a la aseguradora, hace inane la efectividad de la póliza de garantía?*

2. *¿Es susceptible declarar la caducidad o prescripción de la oportunidad para hacer efectiva la póliza de garantía de estabilidad y calidad de la obra ejecutada, por el solo hecho de haber transcurrido varios años desde la entrega de esta hasta la declaratoria del siniestro, sin que dicho término sobrepase el término de su vigencia?*

3. *¿La omisión de la entidad estatal contratante de liquidar el contrato de obra, de manera bilateral o unilateral dentro de los plazos establecidos en la Ley, impide dar cumplimiento al contrato de seguro y por ende a la efectividad de la póliza de seguro?...”*

Previo al análisis de los citados problemas jurídicos, el tribunal despachó las excepciones propuestas, así:

Caducidad de la acción

Indicó que para efectos de establecer con precisión el término de la caducidad de la acción en el caso concreto era necesario remitirse al 10 del artículo 136 del CCA, el cual señala que el término de caducidad se contabiliza a partir de la ejecutoria del acto administrativo que puso fin al trámite ante la administración y que, para el presente caso, no es otro que aquel mediante el cual se resolvió el recurso de reposición contra la resolución 005259 del 19 de diciembre de 2000 y que quedó en firme el 31 de enero de 2002 según oficio 024750 del 26 de julio de 2002 expedido por el Secretario General Administrativo de INVIAS, donde se afirmó:

- “...en conclusión, quedó ejecutoriada la resolución No. 005259 el 19 de diciembre de 2000, el día siguiente a la notificación de la Resolución No. 002393 que resolvió el recurso, es decir a partir del 31 de enero de 2002...”

En atención a lo anterior, el Tribunal consideró que en virtud de que el acto administrativo que puso fin a la actividad administrativa cobro fuerza ejecutoria el 31 de enero de 2002, este debe ser el término a partir del cual se deberán contar los dos años de la caducidad de la acción de controversias contractuales, razón por la cual se tiene que el término para presentar la demanda caducaba el 31 de enero de 2004.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal señaló que la demanda presentada el 31 de mayo de 2002, no supero el término de la caducidad.

Falta de jurisdicción y competencia

El tribunal a quo señaló que la excepción de jurisdicción y competencia fue saneada de manera oportuna por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien, en auto del 24 de agosto de 2005, se declaró incompetente por el factor territorial para conocer sobre el litigio y remitió el expediente al Tribunal Administrativo de Boyacá.

Resueltas las excepciones, el fallador de instancia consideró que los cargos expuestos en contra de los actos Administrativos no tenían vocación de prosperidad y se refirió a cada uno de ellos como pasa a indicarse:

Desviación o abuso del poder

En opinión del Tribunal, la afirmación hecha por la parte demandante, según la cual los actos administrativos impugnados fueron emitidos por fuera del término de vigencia de la póliza no era correcta pues esta se extendía hasta el 19 de diciembre de 2000; por ello, y en vista de que la Resolución No. 005259 que declaró la ocurrencia del siniestro fue signada con fecha del 19 de diciembre de 2000, era dable concluir que este acto administrativo fue emitido dentro de la vigencia de la garantía.

De otra parte, consideró que el motivo que llevó a INVIAS a emitir los actos demandados fue que las obras realizadas tenían una pésima calidad, pues a través del estudio realizado por la Subdirección de Construcción, se evidenció que la reparación de los daños en el tramo Chiquinquirá- Puerto Otero, que fue el ejecutado por la firma Murillo Lobo Guerrero, ascendía a la suma de \$ 2.046.821.008.00. Lo anterior, según el a quo, es prueba de que sí había una razón clara y muy bien fundada para emitir dichos actos administrativos, consistente en la protección del patrimonio público y el interés general.

Falsa motivación

El Tribunal señaló que del acervo probatorio era dable concluir que la entidad accionada tenía razones para emitir los actos administrativos acusados. Concretamente, estimó que se habían acreditado: (i) los defectos que se presentaron durante la ejecución de la obra, (ii) los múltiples y constantes requerimientos hechos por la Interventora “La Viabilidad LTDA” – los cuales incluyen una serie de sugerencias que la Interventora realizó a la entidad contratista (tales como el ajuste del material base y sub base por no cumplir con los rangos de granulometría, indicaciones sobre la mezcla de los materiales, pues estos no cumplían con las especificaciones técnicas del Ministerio de Obras

Públicas, entre otras)- y (iii) los graves vicios que INVIAS detectó en las inspecciones realizadas con posterioridad a la entrega de la obra.

Violación al debido proceso

El Tribunal consideró que era incorrecta la afirmación según la cual no se garantizó el derecho a la defensa de la compañía aseguradora, pues en el material probatorio- anexos 2, folio 8- obraba una copia auténtica de la notificación personal de la resolución No. 005259, la cual fue realizada a la apoderada COLSEGUROS S.A, según escritura pública No. 10909 de la Notaria 29 de Bogotá.

Indicó que una vez notificado el acto administrativo citado, la Aseguradora Colseguros S.A guardo mutismo absoluto, mientras que la sociedad contratante sí interpuso recurso de reposición, el cual fue decidido a través de la Resolución No. 005259, la cual también fue objeto de impugnación en el presente proceso.

Destacó que tanto la firma contratista como la compañía aseguradora tuvieron efectivo conocimiento de este último acto administrativo, el 15 y 30 de enero de 2002 respectivamente.

Con base en lo anterior, el Tribunal afirmó que en ningún momento se vulneró el derecho a la defensa de la Colseguros S.A, pues en todos los casos la aseguradora fue notificada personalmente de los actos administrativos emitidos por INVIAS.

Violación a la Ley

El tribunal señaló que en el presente caso no se configuró una violación de los artículos 1596 de Código Civil y 687 - inciso 3- del Código de Comercio, relativos a la aplicación de la proporcionalidad en la rebaja de la “pena” por incumplimiento parcial de la obligación principal, y a la reducción de la pena, en casos de indeterminación e indeterminabilidad de la prestación principal.

Lo anterior, pues (i) el presente caso no versa sobre el cobro de una pena, sino a la efectividad de la garantía de un contrato estatal habida cuenta de la configuración del siniestro, y (ii) la prestación del contrato de seguro sí se encuentra muy bien determinada, como da cuenta de ello el mismo contrato de aseguramiento, en donde se especifica que el valor asegurado por concepto de estabilidad y calidad de la obra es de \$313'273.865.00.

El recurso de apelación

El 2 de abril de 2009, la parte actora presentó recurso de apelación en contra de la sentencia emitida el 18 de marzo de 2009 por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Los principales argumentos esgrimidos fueron los siguientes:

1. El contrato no fue objeto de liquidación definitiva, pues INVIAS dejó transcurrir el término legal sin proceder a la liquidación del contrato y sin establecer los valores a favor a cargo del contratista, los cuales resultaban necesarios para poder establecer la manera en que debía compensarse la supuesta inestabilidad de las obras.
2. La ocurrencia de la inestabilidad de las obras tuvo por origen las especiales condiciones topográficas del terreno, lo que constituía una causa extraña a la ejecución del objeto del contrato garantizado.
3. En la demanda se demostró con suficiencia la configuración de las causales de nulidad endilgadas contra los actos administrativos demandados, pues se probó que esta:
 - (i) Desconoció su derecho de audiencia y de defensa, pues *“se halla demostrado con la actuación aportada al proceso y particularmente se aprecia que no se dio al contratista afianzado - ni a la aseguradora – para presentar las razones y pruebas que demostraran la ejecución adecuada del contrato.”*

- (ii) No aplicó el procedimiento de verificación de la calidad previsto en los artículos 931, 932 y 934 del Código de Comercio,
 - (iii) Debió aplicar la proporcionalidad de acuerdo al grado de cumplimiento contractual, como lo señala el artículo 1596 del Código Civil y el 867 del Código de Comercio,
 - (iv) Emitió los actos administrativos demandados con un evidente abuso y desviación del poder, pues pese a que conocía sobre las irregularidades en el diseño, estructura y terreno, solo hasta 5 años después de dicho conocimiento, decretó la ocurrencia del siniestro de inestabilidad,
 - (v) No realizó una liquidación oportuna del contrato, ni expidió el acta de liquidación como lo dispone el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, para el evento de la liquidación unilateral.
4. El término de la caducidad de la acción de controversias contractuales debía comenzar a contarse desde el mes de abril de 1996, pues fue a partir de esta fecha que la entidad contratante conoció sobre la inestabilidad de la obra.

Con base en los argumentos señalados, solicitó fuere revocada la sentencia proferida por el a quo y, en su lugar, se acogieran las súplicas de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

Previo a resolver el presente asunto, se hará un análisis de los presupuestos procesales (i). Una vez verificados estos se planteará el problema jurídico (ii). Posteriormente, se determinarán los hechos probados (iii) para luego analizar los cargos formulados contra los actos administrativos acusados con el fin de establecer si hay lugar a acceder o no a las pretensiones de la demanda (iv).

I. Presupuestos procesales

1. Jurisdicción y competencia

De conformidad con el artículo 82 del C.C.A., modificado por la Ley 1107 de 2006, para que la jurisdicción administrativa conozca de un asunto debe verificarse que una de las partes del litigio o controversia sea de naturaleza pública. En este caso, se tiene que la entidad demandada es una entidad estatal: El INVÍAS, establecimiento público del orden nacional.

2. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, puesto que el numeral 1º del artículo 129 del C.C.A., con las modificaciones del artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 1º de la Ley 954 de 2005, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos.

Finalmente, cuando se presentó la demanda – 31 de mayo de 2002- para que un proceso como el que nos ocupa fuera de doble instancia la cuantía debía exceder, según lo dispuesto en el artículo 2 del decreto 597 de 1988, de \$ 36.950.000, y en el caso bajo estudio, si bien no se fija el monto en el acápite de pretensiones, se observa que la indemnización solicitada es igual a la suma que haya tenido que pagar la demandante y que en el acto administrativo de declaratoria de siniestro no es otra que el valor amparado por la póliza de seguros. En este caso, este valor es de \$313.273.865, suma que excede la exigencia legal.

3. Caducidad

El acto contractual que cuya nulidad se depreca fue demandado 4 meses después del momento en que cobró firmeza. Así, el acto administrativo por medio del cual se declaró la ocurrencia del siniestro cobró firmeza el día 31 de enero de 2002 y la demanda se interpuso el día 31 de mayo de 2002, es decir,

dentro del término de dos años previstos para interponer de manera oportuna la acción de controversias contractuales.

4. Legitimación en la causa

La legitimación en la causa por activa aparece demostrada en el plenario, porque, si bien la aseguradora demandante no fue parte del contrato estatal de obra, la jurisprudencia de la Corporación ha señalado que las compañías de seguros están legitimadas para ejercer la acción de controversias contractuales cuando tienen un interés directo o resultan afectadas con el acto administrativo contractual impugnado. En efecto, ha indicado la Corporación:

Es por lo anterior que la Sala, fija su posición, por primera vez, en el sentido de afirmar que **la aseguradora, dentro del caso en estudio, es titular de la acción de controversias contractuales, aun cuando no sea parte del contrato estatal, como quiera que tiene un interés directo en el acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual o postcontractual, el cual como ya se dijo, sólo es susceptible de ser enjuiciado a través de dicha acción toda vez que el artículo 77 de la ley 80 de 1993 establece la vía procedente para controvertirlo sin cualificar el sujeto activo de la misma.** Sostener lo contrario, esto es, que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, en atención a que la aseguradora no es parte del contrato estatal, supone desconocer de manera directa el postulado del artículo 77 de la ley 80 de 1993, antes citado, y genera una contradicción lógica en tanto aplica frente a una misma situación jurídica dos consecuencias diferentes que se excluyen entre sí¹

II. Problema jurídico

Conforme a las consideraciones expuestas en el recurso de apelación, ¿los actos administrativos acusados, a saber las resoluciones No. 005259 del 19 de diciembre de 2000, mediante el cual INVIAS declaró el siniestro de inestabilidad de las obras objeto del contrato No. 759 de 1989, y la Resolución No. 002393 del 23 de mayo de 2001, son nulos por incurrir en las causales de nulidad de violación al debido proceso, falta de competencia, falsa motivación y desviación de poder?

III. Hechos probados

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 18 de julio de 2007, exp. 33476.

- El INVIAS y la sociedad Murillo Lobo Guerrero Ingenieros suscribieron el Contrato No. 759 de 1989, cuyo objeto fue dispuesto de la siguiente manera:

“Cláusula Primera: Objeto.- el contratista se obliga a ejecutar para EL FONDO VIAL por el sistema de precios unitarios y en los términos que señala este contrato, las obras necesarias para la pavimentación del sector: Chiquinquirá – Puente Otero b, de la carretera Chiquinquirá – Barbosa de acuerdo con los planos y especificaciones suministrados por EL FONDO VIAL y bajo las condiciones estipuladas en el presente contrato” (Folio 32 Cuaderno 2).

- En providencia del 9 de marzo de 1990, tras revisar el contrato, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado lo encontró ajustado a la ley (Folio 3, Cuaderno 7).
- El contrato fue adicionado en 14 ocasiones conforme a los siguientes documentos:

Contrato No. 068, adicional al contrato principal No. 759 de 1989, suscrito el 24 de febrero de 1992. (Folio 37, Cuaderno 2).

Contrato No. 356, adicional al contrato principal No. 759 de 1989, suscrito el día 7 de mayo de 1992. (Folio 38, Cuaderno 2).

Contrato No. 084, adicional al contrato principal No. 759 de 1989, suscrito el día 10 de marzo de 1993 (Folio 40, Cuaderno 2).

Contrato No. 630, adicional al contrato principal No. 759 de 1989, suscrito el día 21 de julio de 1993 (Folio 41-42, Cuaderno 2).

Contrato No. 1091, adicional al contrato principal No. 759 de 1989, suscrito el día 15 de diciembre de 1993 (Folio 43-44, Cuaderno 2).

Contrato No. 056, adicional al contrato principal No. 759 de 1989, suscrito el día 10 de marzo de 1994 (Folio 45, Cuaderno 2).

Contrato No. 270, adicional al contrato principal No. 759 de 1989, suscrito el día 23 de mayo de 1994 (Folio 46-47, Cuaderno 2).

Contrato No. 389, adicional al contrato principal No. 759 de 1989, suscrito el día 15 de julio de 1994 (*Folio 48, Cuaderno 2*)

Contrato No. 772, adicional al contrato principal No. 759 de 1989, suscrito el día 3 de diciembre de 1994 (*Folio 49, Cuaderno 2*).

Contrato No. 277, adicional al contrato principal No. 759 de 1989, suscrito el día 29 de marzo de 1995 (*Folio 50-51, Cuaderno 2*)

Contrato No. 836, adicional al contrato principal No. 759 de 1989, suscrito el día 14 de julio de 1995 (*Folio 52, Cuaderno 2*)

Contrato No. 759-12, adicional al contrato principal No. 759 de 1989, suscrito el día 14 de julio de 1995 (*Folio 53, Cuaderno 2*)

Contrato No. 759-13, adicional al contrato principal No. 759 de 1989, suscrito el día 30 de noviembre de 1995 (*Folio 54, Cuaderno 2*)

Contrato No. 759-14, adicional al contrato principal No. 759 de 1989, suscrito el día 10 de marzo de 1993 (*Folios 55-56, Cuaderno 2*).

- La estabilidad y calidad de la obra contratada fue amparada a través de la póliza de seguros No. 645483 expedida por la compañía La Nacional y cuya vigencia comprendía el período transcurrido entre el 19 de diciembre de 1995 y el 19 de diciembre de 2012 (folio 31, Cuaderno 2). El objeto de la citada póliza se consignó así:

“Objeto. Garantizar la estabilidad de buena calidad de la obra realizada según contrato No. 759-14-89 de 1995 y 759 de 1989 referente a la pavimentación de un sector de la carretera Chiquinquirá – Barbosa según acta de entrega de fecha diciembre 19 de 1995.”

- Durante la ejecución del contrato la interventoría encontró problemas relacionados con el cumplimiento de las especificaciones técnicas de los materiales y solicitó al contratista tomar medidas para su corrección:

Así, en comunicación del 3 de mayo de 1993, la firma interventora “La Vialidad Limitada”, informa a la sociedad contratista Murrilo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A, que el material para la base granular no cumple con las especificaciones técnicas dadas (*Folio 29, Cuaderno 4*).

También hubo una serie de comunicaciones o conceptos emitidos por la firma interventora “La Vialidad Limitada” en el curso de los años 1993, 1994 y 1995 en donde se realizan diferentes llamados de atención a la sociedad contratista Murillo Lobo- Guerrero Ingenieros, en razón al incumplimiento de las especificaciones técnicas sugeridas. (*Folios 30-71, Cuaderno 4*).

- Las obras fueron recibidas a satisfacción conforme a acta de recibo definitivo, suscrita por INVIAS el 19 de diciembre de 1995. En dicho documento se dejó constancia de que la obra ejecutada cumplía con las condiciones contractuales acordadas, razón por la cual se recibió a satisfacción la misma. (*Folios 51- 53, Cuaderno 1*).
- Después del recibo a satisfacción de la obra, la interventoría y el INVIAS indicaron la aparición de problemas en la calidad de la obra. Lo anterior se evidencia en los siguientes documentos:

Evaluación realizada por la Sociedad de ingenieros consultores, La Vialidad Limitada, el día 16 de febrero de 1996 y remitida a la sociedad Murillo Lobo – Guerrero Ingenieros S.A, se señala la existencia de algunas deficiencias en las obras ejecutadas y que deben ser corregidas. (*Folios 6- 12, Cuaderno 4*).

Concepto emitido por la Sociedad de ingenieros consultores, la Vialidad Limitada, el día 1 de mayo de 1996, se señalan algunos deterioros en las obras ejecutadas. Este concepto fue enviado a INVIAS (*Folios 13- 15, Cuaderno 4*).

Comunicación realizada por INVIAS a la Sociedad Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A, en donde se le solicita que en atención, a los informes realizados por la firma interventora la Vialidad Limitada,

se realicen las reparaciones pertinentes que requiere la vía, haciendo efectivo cumplimiento de la garantía de estabilidad. Aparece con recibido del 18 de julio de 1996 (*Folio 16, Cuaderno 4*).

Ratificación de la solicitud de realización de las reparaciones pertinentes, emitida por Blanca Lillyam Tabares Mesa, subdirectora de construcción de INVIAS, con fecha del 22 de agosto de 1996. (*Folio 17, Cuaderno 4*).

Memorando 27579 del 31 de octubre de 1996 de la subdirectora de construcción y dirigido a la jefe de la oficina jurídica en el que se señala frente a las fallas presentadas en las obras ejecutadas:

“Esta subdirección considera que dichas fallas obedecen a problemas generados por mala calidad durante la ejecución de las obras. En tal virtud mediante las comunicaciones Nos. SCT-18362 de julio 16 de 1996 y SCT-ZO-22739 del 22 de agosto del mismo año, se solicitó al contratista la realización del parcheo correspondiente en calidad de garantía de la estabilidad de las obras construidas, sin que hasta la fecha haya un pronunciamiento favorable al respecto, siempre la firma constructora argumenta circunstancias que según ellos los exonera de cualquier responsabilidad.

Por lo anteriormente expuesto, le remito copias de los documentos citados y le solicito estudiar el caso planteado a fin de hacer efectiva la póliza que cubre la estabilidad de las obras y que fue allegada para la liquidación del respectivo contrato.” (Folio 18 cuaderno 4).

Memorando 028379, realizado por la Subdirectora de construcción de INVIAS, el 5 de septiembre del 2000, y dirigido al grupo de contratos, en donde se exponen las razones jurídicas y técnicas por las que se considera se debe hacer efectiva la póliza de estabilidad de las obras, en virtud de las deficiencias que estas presentaron. Este documento se remite a la abogada Margarita Cuenca U. (*Folios 19-24, Cuaderno 4*). En él se estima que, el estudio geotécnico para el diseño de la estructura del pavimento, contenido en informe de marzo de 2000, fundamenta que se declare el siniestro de estabilidad de la obra. En él se lee:

La Dirección Regional Boyacá del Instituto Nacional de Vías celebró con la firma Germán Roberto Rueda Arévalo el contrato No. RB-107-99, cuyo objeto es la interventoría para el mantenimiento de la carretera Chiquinquirá – Puente Nacional. En desarrollo de este

contrato la firma BIL – INGENIERIA LTDA, realizó un estudio geotécnico para el diseño de la estructura del pavimento, contenido en un informe fechado en marzo del 2000, que presta mérito para fundamentar la presente petición.

- Mediante resolución 005259 del 19 de diciembre de 2000, el INVIAS declaró el siniestro de inestabilidad de las obras contratadas y ordenó hacer efectiva la garantía 645483 expedida por la Nacional Compañía de Seguros. En efecto, la parte resolutive del citado acto administrativo, dispone:

ARTICULO PRIMERO: Declarar el siniestro de inestabilidad de las obras objeto del contrato número 759 de 1989, suscrito con la sociedad MURILLO LOBO GUERRERO INGENIEROS S.A, para la pavimentación del sector Chiquinquirá Puente otero de la carretera Chiquinquirá – Barbosa.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar hacer efectiva la garantía la garantía No. 645483 expedida el 7 de junio de 1996 por la nacional Compañía Seguros Generales de Colombia S.A, la cual ampara el riesgo de estabilidad de las obras objeto del contrato 759 de 1989; por el monto asegurado en dicho amparo (folios 7 a 8 cuaderno 2).

- El contratista presentó recurso de reposición contra esta resolución, la cual fue confirmada mediante resolución 002393 del 23 de mayo de 2001 (folios 9 a 30 cuaderno 2).

IV. Análisis de los cargos formulados

Conforme al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la Sala observa que éste insiste en los cargos formulados en la demanda en contra los actos administrativos acusados, a saber: i) violación al debido proceso por desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, (ii) falta de competencia para su expedición, (iii) falsa motivación y iv) desviación de poder. En este orden, se procederá a analizar si en el sub lite se configura alguna o todas las causales de anulación alegadas por el recurrente:

- (i) Violación al debido proceso

Como se consignó en el acápite de antecedentes y del recurso de apelación, la compañía aseguradora demandante considera que las resoluciones acusadas vulneraron su derecho al debido proceso en cuanto a ella no se le permitió conocer ni controvertir los argumentos y las pruebas que fundaron la decisión de la administración en la que declaró la declaratoria del siniestro de inestabilidad de la obra. Manifiesta que no se le comunicó el inicio de actuación administrativa alguna por parte de la demandada violándose su derecho de audiencia y de defensa.

Así, en el recurso de apelación expresó que *“se halla demostrado con la actuación aportada al proceso y particularmente se aprecia que no se dio al contratista afianzado - ni a la aseguradora – para presentar las razones y pruebas que demostraran la ejecución adecuada del contrato”*.

Y en la demanda, al señalar las causales por las que según que ella debía declarar la nulidad de los actos acusados manifestó que;

La resolución que declara ocurrido “...el siniestro de inestabilidad de las obras objeto del contrato numero 759 de 19880..”, se emitió sin que previamente se hubiera dado oportunidad al afianzado y a la aseguradora de presentar las razones y pruebas necesarias para demostrar la ejecución adecuada del contrato y la inexistencia de la responsabilidad que se les pretende derivar y menos se atendió el procedimiento de verificación de la calidad de los bienes en los términos previstos en el código de comercio...

En conjunto se trata del derecho fundamental al Debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional que por mandato de la misma norma es aplicable en lo administrativo.

Sobre la necesidad de adelantar procedimiento administrativo previo a la aplicación de sanciones se pronunció el Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, en auto de fecha 24 de septiembre de 1998, Expediente No. 14821 (...)

(...)

La decisión asumida por el INVIAS, desconoce el derecho a la defensa que asiste a las entidades afectadas y la obligación que tiene la administración de elaborar previamente “un pliego de cargos al presunto infractor” que a la vez le permita contestarlo y presentar las razones de su defensa.

En orden a garantizar el debido proceso administrativo, el CCA en su art. 28 establece el deber de comunicar (...)

A su vez el artículo 34 establece la procedencia de las oportunidades probatorias y el artículo 35 determina que las decisiones se adoptaran: “habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión..”

La declaración del INVIAS contra Colseguros, es evidentemente contraria a la norma constitucional que se invoca máxime cuando no se dio oportunidad a la aseguradora para conocer y desvirtuar los cargos que la entidad pretendía formular y que se tradujeron en la declaratoria de ocurrencia del siniestro y efectividad de la póliza de seguros (folios 24 y 25 cuaderno primera instancia).

Para estudiar si esta causal de anulación, contenida en el artículo 84 del CCA, se configura, la Sala deberá remitirse a las disposiciones que gobernaban el procedimiento administrativo que culminó con la firmeza del acto que declaró el siniestro y ordenó hacer efectiva la garantía.

A falta de procedimiento especial (que hoy día sí existe y es el contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011) que rigiera la adopción de las decisiones impugnadas, estas debían observar las reglas generales exigibles a toda actuación administrativa las cuales estaban contempladas en el decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo.

Estas reglas se encuentran establecidas, específicamente en los artículos 14, 28, 34 y 35 del CCA que prescriben:

ART 14. Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz.

En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del petionario y el objeto de la petición.

Si la citación no fuere posible, o pudiere resultar demasiado costosa o demorada, se hará la publicación de que trata el artículo siguiente.

ART. 28. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.

ART. 34. Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.

ART. 35. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título.

Conforme a las normas enunciadas, se tiene que, dentro de una actuación administrativa iniciada de oficio (art. 28), es deber de la administración comunicar la existencia de la misma a los particulares eventualmente afectados o interesados (arts. 14 y 28), de informarles sobre su objeto (art. 28), y de dar oportunidad para que estos expresen sus opiniones previo a la toma de la decisión (art. 35). Esto con base en las pruebas e informes disponibles (arts. 34 y 35).

Los anteriores son los elementos mínimos que debe respetar todo procedimiento administrativo con el fin de garantizar el derecho al debido proceso que, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución, debe observarse en toda actuación administrativa.

Así, el Consejo de Estado, al analizar el contenido de las garantías mínimas dentro de una actuación administrativa a la luz de lo dispuesto en el decreto 01 de 1984 ha manifestado que el CCA *“introdujo varios e importantes derechos que hacen parte del debido proceso, es el caso del derecho a que se comuniquen la iniciación de un procedimiento administrativo –arts. 14 y 28 CCA.-; el derecho a impugnar las decisiones administrativas, a través de la denominada vía gubernativa –arts. 23 y 49 y ss. CCA.-; **el derecho a un procedimiento previo a la toma de una decisión, en la medida en que se proscribieron las decisiones de plano –art. 35 CCA.-; el derecho a presentar pruebas y a controvertirlas –arts. 34 y 56 CCA.-; entre otras”***² (resaltado fuera de texto).

En este sentido, ha considerado que en la expedición de los administrativos contractuales, incluyendo aquellos diferentes a los que pretendan ejercicio de facultades sancionatorias o de potestades excepcionales, deben respetarse ciertas garantías mínimas, entre ellas, respetar el procedimiento legalmente establecido. Así, ha recalcado:

Ahora, aunque la Sala reitera los criterios expuestos en la anterior cita, si bien no es una potestad sancionatoria e incluso no se trata de un poder exorbitante, ello no significa que en desarrollo de esta prerrogativa la administración encuentre un espacio para la arbitrariedad, en donde pudiese pretermitir el procedimiento legalmente establecido, pasar por alto los

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera- Sentencia del 23 de junio de 2010. Exp. 16367.

requisitos formales y sustanciales de formación de la voluntad plasmada en un acto administrativo, o vulnerar los derechos del contratista o de su garante³

También la Corporación ha explicado que para que un acto administrativo donde se declare la ocurrencia del siniestro mantenga su validez debe la administración respetar ciertas exigencias entre las que se destaca la observancia de un procedimiento donde se garantice el derecho de defensa al afectado previo a la expedición del acto. Así, ha establecido la jurisprudencia que:

(...)desde la perspectiva de la validez del acto administrativo mediante el cual se declara el siniestro revisten las exigencias (i) **de una actuación administrativa previa a la adopción de la decisión, en la cual se recaude el material probatorio que fundamente, desde el punto de vista fáctico, la determinación a proferir y que permita a quienes se puedan ver afectados con ella ejercer sus derechos al debido proceso, a la contradicción y a la defensa** y (ii) de que efectivamente se haga acopio de los elementos demostrativos necesarios y suficientes para permitir que el acto administrativo se encuentre debidamente soportado en unos motivos o hechos determinantes cuya existencia se constató de manera previa al dictado de la decisión y que fueron debidamente valorados por la entidad estatal contratante.”⁴

En este orden, dado que debe existir una actuación administrativa previa a la adopción de la decisión que permita a los afectados ejercer el derecho de contradicción, la Corporación ha dejado en claro que la sola notificación del acto administrativo no satisface la garantía al debido al proceso. Así, se ha señalado:

Sobre este derecho, la Sección Tercera estableció, en la sentencia del 23 de junio de 2010 –exp. 16.367-, al juzgar un caso donde se alegaba el mismo derecho que del material probatorio allegado al proceso se encontraba acreditado que FERROVÍAS le había impuesto al actor una sanción de plano, de aquellas que vulneraban el derecho a la defensa en la etapa de formación de la voluntad de la administración, puesto que previo a imponer la sanción respectiva no había adelantado el procedimiento respectivo, según las formas propias de cada juicio, al respecto señaló:

“Analizado el acervo probatorio, no se hallaron antecedentes que acrediten que la entidad pública –titular del ius puniendi- hubiera adelantado un procedimiento que satisfaga la garantía que tienen los contratistas-investigados a que se surtan las indagaciones según las formas propias de cada juicio, que incluye el derecho a un espacio o momento reposado de reflexión, previo a la decisión sancionatoria. Incluso, hasta el CCA. exige este trámite preliminar -según lo dispone el artículo 4 numeral 4-, en virtud del cual: ‘Las actuaciones administrativas podrán iniciarse: (...) 4. Por las autoridades, oficiosamente’, norma que a continuación la desarrolla el artículo 28 CCA.,

³Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2016, exp. 29368

⁴Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de noviembre de 2013, exp. 25742.

que exige –precisamente- vincular al particular que pueda resaltar afectado con ello:

“Art. 28. DEBER DE COMUNICAR. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

“En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.” (Negrillas fuera de texto)

“Esta norma remite a los artículos 14, 34 y 35, que exigen, en su orden: pedir y decretar pruebas en el procedimiento⁵ y la necesidad de motivar la decisión⁶.

“La Sala encuentra, en el caso concreto, que pese a que los artículos 14 y 28 CCA. exigen vincular tanto a las personas directamente afectadas con la actuación como a los terceros, FERROVÍAS no citó al contratista, salvo cuando adoptó la decisión –mediante la resolución No. 011 de 1993-, momento para el cual ya era tarde, en términos de garantizar un procedimiento previo que asegure el derecho a discutir los hechos que se imputan.

“El asunto es tan claro, que el art. 28 CCA. citado dispone que la comunicación a los afectados con la actuación iniciada de oficio exprese dos cosas: la existencia de la actuación y el objeto de la misma –en materia contractual se debe entender incluido el señalamiento de las normas o cláusulas contractuales que contemplan la falta y la sanción-. O sea que nada se puede hacer a espaldas de los vinculados con los hechos que se investigan.”

En este escenario, la Sala estima indispensable que se realice un debido proceso jurídico integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad estatal contratante, que imputa cargos al contratista, donde también indique qué hechos lo originan, qué sanción podría imponerse –de las tantas que puede contener el contrato-, y qué pruebas de ello tiene la administración –art. 28 CCA.-, para que él pueda, a su vez, definir a qué se atiene en este aspecto y de qué manera asumirá su defensa frente a los hechos que le imputan. En el caso concreto se adolece de todo esto, y por eso se anulará la decisión.

“Además, si las comunicaciones que la interventoría afirma le envió al contratista, estuvieran demostradas, en todo caso no serían suficientes para satisfacer el debido proceso del art. 29 CP.; aún así se desconocería si le exhortó a que se defendiera en un término señalado para que expresara su posición, es decir, no se sabría si realizó gestiones y trabajos para resolver el problema, y en caso positivo si cumplieron o no el efecto deseado. De allí que

⁵ “Art. 34. PRUEBAS. Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado. “

⁶ Art. 35. ADOPCION DE DECISIONES. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

“En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite. “Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

“Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título.”

una comunicación dando cuenta de un problema de esa índole no significa por sí mismo un incumplimiento de las obligaciones contractuales

“Este estadio del debido proceso lo superó hace varios años la Sección Tercera, y por eso hoy se considera –entre otros, auto de esta Sección de septiembre 24 de 1998. exp. 14.821- que ‘De la doctrina constitucional citada merece destacarse el hecho de que en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar su puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. **De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad** o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública.’ (Negrillas fuera de texto)

En sentencia reciente, por ejemplo, la Sala reiteró que la sola notificación del acto administrativo contractual no garantizaba el respeto a un debido procedimiento administrativo:

No ignora la Subsección que la defensa de la Lotería de Bogotá se ha basado en el supuesto respeto que se tuvo al debido proceso del contratista porque se le dio oportunidad de interponer los recursos de ley en la vía gubernativa, pero para la Sala esto no es suficiente para garantizar el debido proceso de Ponce de León, porque esa oportunidad es posterior a la imposición de la medida coercitiva de la administración⁷.

Conforme a las pruebas arrojadas al proceso, observa la Sala que en la adopción del acto administrativo que declaró el siniestro y ordenó hacer efectiva la garantía de estabilidad de la obra no se cumplieron las condiciones exigidas en la ley ni en la jurisprudencia de la Corporación para que un acto administrativo se ajuste a derecho.

Lo anterior por cuanto no se respetaron por parte de la entidad demandada las garantías mínimas de cualquier actuación administrativa. Resulta claro que a la parte actora en le fue desconocido su derecho de audiencia y de defensa por cuanto no hay documento que acredite que la accionada le haya comunicado la decisión de adelantar un procedimiento administrativo tendiente a determinar la ocurrencia del siniestro. Tampoco aparece probado que las pruebas que sirvieron de base al INVIAS para tomar su decisión hayan sido trasladadas a la parte actora o al contratista y lógicamente, a falta de este traslado, se les impidió ejercer el derecho de contradicción frente a estas.

⁷ Sentencia del 25 de mayo de 2017. Exp. 35957.

Por ejemplo, son citadas en el acto administrativo que declaró la ocurrencia del siniestro, las siguientes pruebas que no fueron trasladadas a la actora:

- Informe geotécnico preliminar realizado por la consultora Ingeniería de Suelos Ltda., por el cual se adelantó una evaluación geotécnica de la vía, en el cual se conceptuó las condiciones estructurales del pavimento.
- Memorando n.º OID-4979 del 28 de febrero de 2000 suscrito por la Oficina de Investigaciones del INVÍAS por el cual solicitó a la Interventoría un pronunciamiento sobre distintos aspectos de la obra, en realización con la informe presentado por la consultora Ingeniería de Suelos Ltda.
- Contrato n.º RB-107-99 por el cual el INVÍAS - Regional Boyacá subcontrató la firma consultora BIL-Ingeniería Ltda. para el estudio geotécnico del diseño de la estructura del pavimento.
- Informe de BIL Ingeniería Ltda rendido en marzo de 2000 en el que de dejan en evidencia fallas en la estructura del pavimento de la obra.
- Oficio SCT-08644 del 14 de abril de 2000 por el que la Subdirección de Construcción requirió a la firma La Viabilidad Ltda., interventora del contrato de obra, emitiera su concepto sobre las obras de drenaje y subdrenaje, diseño de la estructura de pavimento, suelo y sobre las reparaciones ejecutadas en la calzada, detallando los sitios de intervención.
- Carta n.º 0191-17-05-00 del 17 de mayo del 2000, por la cual la firma interventora presentó respuesta al requerimiento de la Subdirección de Construcción.
- Informe del Administrador Vial de la carretera Ubaté-Puente Nacional, por medio del cual manifestó los daños presentes en el sector de *Chiquinquirá Puente Otero* e identificó en forma detallada los daños en el pavimento.

Lo que aparece probado, y de ello también da cuenta la accionada en la contestación de la demanda, es que, una vez adoptada la decisión, esta le fue notificada a la actora con el fin de presentar recurso de reposición, es decir, que la decisión adoptada fue de plano lo que está proscrito por nuestro ordenamiento jurídico.

Con esa notificación entendió la demandada y el *a quo* que se le garantizó el derecho a un debido proceso al accionante, postura que va en contravía del criterio de la Sala que es el mismo que ha adoptado, en diferentes pronunciamientos, la Sección Tercera del Consejo de Estado al precisar el alcance del derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas, en particular, las contractuales.

Conforme a lo señalado, no basta entonces, que se notifique la decisión adoptada en el acto administrativo para que entienda garantizado el debido proceso.

En el presente caso, la demandada y el *a quo* entendieron que se le garantizó el derecho a un debido proceso a la accionada con la notificación de la declaratoria del siniestro pues así se le permitió presentar recursos frente al citado acto. Este criterio va en contravía del criterio de la Sala que es el mismo que ha adoptado, en los diferentes pronunciamientos señalados, la Sección Tercera del Consejo de Estado al precisar el alcance del derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas, en particular, las contractuales.

Ha de indicarse que la Sala, en un caso similar al presente, ya consideró que la falta de vinculación de la aseguradora, con antelación a la toma de la decisión, es un comportamiento censurable de la administración cuya sanción es la nulidad del acto administrativo del cual no participó previamente la empresa interesada:

No obstante, en criterio de la Sala el material probatorio recaudado en el plenario no resulta suficiente para demostrar que las resoluciones atacadas, en primer término, fueron proferidas con apego a las exigencias derivadas de la eficacia de los derechos fundamentales al debido proceso,

a la defensa y a la contradicción, en particular por cuanto tiene que ver con que a MAPFRE S.A., se le hubiera permitido conocer y controvertir, **antes** de que las decisiones enjuiciadas fueran proferidas, los conceptos, los dictámenes o los estudios de naturaleza técnica en los cuales se apoyó el Fondo Rotatorio demandado para entender que, como lo exigían las condiciones generales del seguro, la obra presentó un deterioro, en sus condiciones normales de uso, que le impide prestar el servicio para el cual se ejecutó y que dicho menoscabo o deficiencia resulta imputable al contratista.⁸ (Negrillas originales del texto)

Con base en lo expuesto, debe indicar la Sala que al no cumplir los actos acusados con las exigencias propias al derecho al debido proceso administrativo de la parte actora, se configura la causal de violación al derecho de audiencia y de defensa alegada.

Dado que la configuración de la citada causal tiene por sí misma vocación para anular los actos impugnados, la Sala se abstendrá de analizar de los demás cargos planteados por el recurrente.

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

Revocar la sentencia del 18 de marzo de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, la cual quedará así:

PRIMERO: Declarar la nulidad de la resolución No. 005259 del 19 de diciembre de 2000, mediante el cual INVIAS declaró el siniestro de inestabilidad de las obras objeto del contrato No. 759 de 1989, y la Resolución No. 002393, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición confirmándose la declaratoria de siniestro.

⁸ Sentencia del 27 de noviembre de 2013. Exp. 25742, antes citada.

SEGUNDO: Declarar que la demandante no tiene la obligación de pagar las sumas contenidas en los actos administrativos anulados. En caso de haberlo hecho, INVIAS deberá reintegrar las sumas canceladas.

TERCERO: Niéganse las demás súplicas de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

En firme este proveído, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Stella Conto Díaz del Castillo
Magistrada

Aclara voto
Danilo Rojas Betancourth
Magistrado

Ramiro Pazos Guerrero
Presidente de la Sala