

**CONCEPTO DE VIABILIDAD**

**PROCESO:** SANCIONATORIO  
**RADICADO:** CONTRATO DE OBRA No. FM-LINARES-OBRA-01-2020  
**CONTRATANTE:** FONDO MIXTO PARA LA PROMOCIÓN DEL DEPORTE, EL DESARROLLO INTEGRAL Y LA GESTIÓN SOCIAL.  
**GARANTE:** ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

Apreciado Dr. Diego Pérez:

Comendidamente presentamos un análisis relacionado con la viabilidad de iniciar un medio de control contra el Fondo Mixto para la Promoción del Deporte, el Desarrollo Integral y la Gestión Social con el fin de impugnar la declaratoria de siniestro contenida en el acta del 23 de mayo de 2023.

**Resumen de los aspectos fácticos y del trámite procesal:**

Entre el Fondo Mixto para la Promoción del Deporte, el Desarrollo Integral y la Gestión Social (en adelante El Fondo) y José Ignacio Córdoba Caipe se suscribió el Contrato de Obra No. FM-LINARES-OBRA-01-2020, con el objeto de: "REALIZAR LAS OBRAS PARA EL MEJORAMIENTO DE LA VIA TERCIARIA, LA CORTA SAN FRANCISCO DEL MUNICIPIO DE LINARES, NARIÑO". La fuente de financiación fueron los recursos del Sistema General de Regalías.

El Fondo, el 02 de noviembre de 2022 mediante correo electrónico remitió citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 con fundamento en el informe técnico de interventoría donde se reporta un incumplimiento por parte del contratista José Ignacio Córdoba Caipe, por el deterioro de la placa huella en el sector denominado "LA CORTA SAN FRANCISCO" del Municipio de Linares– Nariño.

Dentro del curso del proceso, el contratista presentó un informe en el que concluyó entre otros lo siguiente:

*"Teniendo en cuenta todo lo expuesto en el presente informe y los argumentos técnicos de diferentes literaturas, se concluye que la influencia del tránsito (particularmente de camiones y maquinaria de construcción) y factores como el arrastre de material y paso de caballos de carga, que, a través de sus herraduras, generan el efecto de picoteo en el pavimento y la interrupción en el fraguado y curado del concreto hidráulico por parte de la comunidad del Municipio de Linares, pese a todas las recomendaciones impartidas, llevó a desarrollarse un deterioro sobre la capa superficial del pavimento, lo cual exime de responsabilidad al Contratista, toda vez que, los resultados de resistencia a la compresión de los núcleos de concreto cumplieron con las especificaciones mínimas exigidas en la normatividad, demostrando que la Placa huella de la Vereda la Corta, funciona estructuralmente y que es una estructura adecuada para las condiciones de tránsito que se vienen presentando a la fecha."*

Es decir que el deterioro de la huella obedeció a hechos ejecutados por terceros que debilitaron la estructura. A su turno, la compañía aseguradora, argumentó: 1) la falta de competencia para adelantar el proceso sancionatorio, toda vez que de acuerdo con los estatutos de El Fondo y su manual de contratación, los contratos se rigen por el derecho privado y, 2) la vulneración del derecho al debido proceso.

El Fondo Mixto no acogió los argumentos y en su lugar mediante acta del 23 de mayo de 2023 declaró el incumplimiento del contrato y la ocurrencia del siniestro de Estabilidad y Calidad de la Obra. Frente a la decisión la compañía presentó recurso de reposición sin embargo El Fondo mediante acta del 28 de julio de 2023 decidió no reponer la decisión.

### **ANÁLISIS DE LA VIABILIDAD DE PRESENTAR MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Analizando las probabilidades de éxito de un medio de control evidenciamos que no contamos con argumentos fácticos y jurídicos para modificar dicha decisión. Lo anterior, teniendo en cuenta lo siguiente:

En **primer lugar**, de acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado la entidad estatal tiene la potestad de proferir actos administrativos debidamente motivados que declaren la ocurrencia del siniestro amparado. Ahora bien, si bien es cierto no establece qué tipo de procedimiento debe adelantar para la declaratoria del siniestro de estabilidad y calidad de la obra, es también cierto que en el inciso 4 del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 estableció que la administración podrá a través de “*un acto administrativo declarar el acaecimiento del siniestro*”<sup>1</sup>, es decir que solo establece la elaboración de un acto administrativo, el cual de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>2</sup> no debe vulnerar el derecho de defensa y contradicción del contratista y garante, para declarar la ocurrencia del siniestro. Por lo tanto, si bien el mecanismo utilizado por El Fondo no fue el adecuado, es correcto afirmar que tiene la facultad para adelantar un procedimiento administrativo general y declarar la ocurrencia del siniestro. Por lo tanto, en un proceso judicial no tendría vocación de prosperidad modificar la decisión de fondo la cual se establece en la declaratoria del siniestro.

De acuerdo a la Sentencia del 27 de marzo de 2014 proferida por el Consejo de Estado<sup>3</sup>, señaló lo siguiente acerca de la potestad que tiene la administración de proferir actos administrativos que declaren la ocurrencia del siniestro, tal y como se consigna a continuación:

*Una diferencia tiene que ver con la reclamación ante la aseguradora, pues la administración tiene la potestad de proferir un acto administrativo debidamente motivado en el cual declara la ocurrencia del siniestro amparado.*

*Como todo acto administrativo, la declaratoria del siniestro goza de una presunción de legalidad, que puede ser impugnada en sede administrativa, tanto por quien expidió el*

---

<sup>1</sup> Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos” artículo 7 inciso 4.

<sup>2</sup> Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. 25000-23-26-000-1995-00862-01(16494) del 23 de junio de 2010.

<sup>3</sup> Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. 25000-23-26-000-1995-00862-01(16494) del 27 de marzo de 2014.

*seguro como por el contratista, y que puede ser demandada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*

A su vez, el inciso 4 del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 estableció lo siguiente:“(...) El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo **asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.** (...)”(negrilla y subrayada por fuera del texto original)

En Sentencia del 18 de febrero de 2022<sup>4</sup> el Consejo de Estado declaró la nulidad de los actos administrativos demandados porque no se le dio la oportunidad al contratista para que participara en el proceso de recolección de pruebas y de discusión de la resolución que declaró (i) su incumplimiento contractual, (ii) la ocurrencia del siniestro amparado por el seguro de cumplimiento y (iii) estimó los perjuicios causados y, por ello, concluyó que la actuación adolecía de un vicio de nulidad por falta de garantías al debido proceso. Así las cosas, teniendo en cuenta que dentro del presente asunto El Fondo inició un proceso de incumplimiento en el que pretendía además de declarar el incumplimiento, declarar la ocurrencia del siniestro, permitió y brindó las garantías procesales para cada una de las partes en cada etapa procesal, tales como, presentación de descargos y recursos procedentes, es por ello, que es altamente probable que en un proceso judicial, el juez no estime la violación al debido proceso, derecho de defensa y contradicción.

En conclusión, el **Fondo Mixto para la Promoción del Deporte, el Desarrollo Integral y la Gestión Social** contaba con la facultad administrativa para proferir un acto administrativo que declarara la ocurrencia del siniestro establecido en el contrato de seguro, por lo que la realización de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no invalida ni mucho menos nulita el acto sujeto de discusión, máxime cuando con este procedimiento se declaró aparte de la ocurrencia del siniestro el incumplimiento del contratista. En el hipotético caso de que se realizara un procedimiento sancionatorio general, el resultado hubiese sido el mismo, es decir, la declaratoria del siniestro.

En segundo lugar, frente al argumento de “indebida valoración probatoria” porque no se tuvo en cuenta el informe presentado por el contratista, es importante señalar que en el acto administrativo materializado en el acta del 23 de mayo de 2023, El Fondo realizó un análisis frente a este documento técnico, concluyendo que el tránsito de los vehículos sobre la placa huella, -el cual es el argumento principal y fuerte del Informe pero que no aporta soportes técnicos que indiquen que por esta obra estarían circulando vehículos que aparentemente superaban el límite máximo de toneladas permitidos - no constituyeron el deterioro del tramo vial, sino por el contrario la estructura utilizada por el contratista en su ejecución fue inadecuada para garantizar la durabilidad de la obra. Por lo que el argumento de indebida valoración probatoria no tendría la fuerza suficiente para desvirtuarlo máxime cuando el único material probatorio obrante a nuestro favor es el informe técnico realizado por el contratista, toda vez que a pesar de que el informe realizado por la interventoría señala que el contratista cumplió pero que la obra se deterioró, sugiere requerir al contratista para que repare los daños por fallas en la estructura. Es decir, que técnicamente no contamos con elementos para desvirtuar que el contratista cumplió y garantizó la estabilidad de la obra pero por causas ajenas la misma se deterioró. Adicionalmente, lo consignado en la guía de

<sup>4</sup> Sentencia del Consejo de Estado. Sección tercera. 250002326000201000660 01 (53.318). 18 de febrero de 2022.

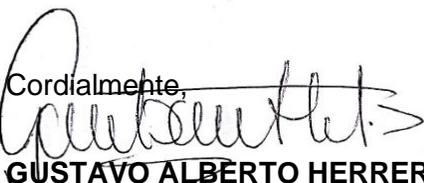
diseño de pavimentos con placa huella del INVIAS no favorecería nuestra defensa, ya que el mismo señala que las placas huellas deben realizarse con el fin de tener una durabilidad de por lo menos veinte (20) años, sin que contemos con pruebas técnicas para desvirtuarlo.

La guía de diseño de pavimentos con placa huella, realizado por el Instituto Nacional vías – INVIAS – señala lo siguiente: “1.2 Período de diseño El diseño del pavimento consignado en la presente Guía prevé que éste pueda prestar condiciones de servicio adecuadas por un período no menor a veinte (20) años siendo, como ya se dijo, la limpieza de las obras de drenaje y la rocería de las zonas laterales serían el único mantenimiento necesario.”<sup>5</sup>

Es decir que la ejecución del contrato tuvo que estar encaminada a durar un largo lapso de tiempo, y no dos (2) años a pesar de existir fallas como el clima y el tránsito, pues son fallas que la guía establece que se deben tener en cuenta a la hora de ejecutar este tipo de obras.

Por otro lado, es importante señalar que el amparo de estabilidad y calidad de la obra amparo ofrece cobertura a la entidad estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra **entregada a satisfacción** (Decreto 1082 de 2015<sup>6</sup>, artículo 2.2.1.2.3.1.7), por lo que no es motivo exonerable afirmar que en razón a que la entidad recibió a satisfacción la obra, el contratista no se responsabiliza de los daños o perjuicios que se causaren por el deterioro de la misma. Es por ello, que el contratista no sólo tiene obligaciones contractuales, sino también post contractuales que surgen después del vencimiento del plazo del contrato. Por lo tanto, este argumento no tendría vocación de prosperidad, pues no contamos con pruebas que encaminen a desvirtuar la no ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra, máxime cuando el mismo informe presentado por el contratista sugiere que la obra se deterioró por el tránsito de vehículo pesados, situación que se debió prever antes de ejecutar la obra.

En **conclusión**, no existen argumentos fácticos o jurídicos que puedan variar la posición adoptada por el Fondo Mixto para la Promoción del Deporte, el Desarrollo Integral y la Gestión Social en un proceso judicial con relación a la declaratoria del siniestro de estabilidad y calidad de la obra, máxime cuando no existen vicios que puedan efectivamente conllevar a que se declare la nulidad de los actos administrativos. Por lo que, dadas sus escasas probabilidades de éxito y la incursión de la compañía aseguradora en sobrecostos relacionados a honorarios, condena en costas e intereses que haría más gravosa su condición, se recomienda proceder con el pago. En consonancia con lo anterior, ponemos a su consideración nuestro criterio, salvo mejor opinión.

Cordialmente,  


**GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA**  
C.C No. 49.395.114 de Bogotá D.C  
T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.

<sup>5</sup> Página 10 – Guía de diseño de pavimentos con placa huella. 2015.

<sup>6</sup> Decreto 1082 del 2015 "Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional"