TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Magistrado: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, siete (7) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicado : 81 001 2339 000 2018 00013 00
Demandante : Unión Temporal Vía Caracol/Maquinaria Ingeniería y Construcción Miko SAS, ZR Ingeniería S.A
Demandado : Departamento de Arauca
Acción : Contractual
Providencia : Auto que decide recurso

Se decide el recurso de reposición que presentaron los demandantes contra la providencia que negó la solicitud de medida cautelar.

ANTECEDENTES

1. Maquinaria Ingeniería y Construcción Miko SAS y ZR Ingeniería S.A, integrantes de la Unión Temporal Vía Caracol, presentaron en ejercicio del medio de control contractual, demanda en contra del Departamento de Arauca, en la que solicitan que se declare la nulidad de las resoluciones 1982, 3027 y 3880 de 2017, por las cuales se declaró la ocurrencia del siniestro de estabilidad de obra del contrato 299 de 2011 y se resolvieron los recursos interpuestos (fl. 1-19, 25-94, c.02).

2. Los demandantes solicitaron que se decretara la medida cautelar de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados (fl. 1-19, c.02), a la cual no se accedió (fl. 134-137, c.02).

3. Mediante el recurso de reposición, la parte demandante impugnó la anterior decisión (fl. 141-155, c.02); expresa frente al tema de prescripción y falta de reclamación en el acta final, que se le dio credibilidad a la manifestación del Departamento en que los hechos ocurrieron en mayo de 2017, en tanto que la misma Administración es la que afirma que estos hechos son la consecuencia de las fisuras presentadas en la vía, que ya existían desde antes de la liquidación del contrato, y se pierde de vista que para la cuantificación del daño se emplea la misma matriz del informe presentado por J&F Ingeniería en 2014 con los mismos daños y cantidades.

Se refiere a la violación del debido proceso administrativo, entendido ese derecho como la garantía de los administrados que debe ser cumplido como mínimo con la notificación o el conocimiento de los interesados de que existe una actuación en su contra para que ejerzan su derecho a la defensa, es decir, contradecir las pruebas y argumentos, aportar pruebas, se trate o no de un proceso sancionatorio o de la declaratoria de siniestro.

4. Se ordenó el traslado del recurso al demandado (fl. 160, c.02).

5. El Departamento de Arauca se pronunció (fl. 166-169, c.02), y se opone a que se revoque la decisión de negar la medida cautelar; observa que no se aportaron las pruebas con la solicitud, sin las cuales no se puede realizar un estudio, y no sería posible predicar una violación con solo manifestaciones de transgresión del debido proceso o incompetencia del funcionario que expidió los actos administrativos, ya que en el curso del proceso podría demostrarse que los hechos por los cuales se impuso la declaratoria de siniestro no están viciados, gozan de presunción de legalidad, y lo que se ha hecho por el Departamento es preservar los principios de legalidad y transparencia prescritos en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, garantizando se esta forma el debido proceso y el derecho a la defensa.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Consiste en: ¿Procede revocar la providencia impugnada, como se pide en el recurso de reposición?

2. Aspectos procedimentales

2.1. El de reposición es el recurso procedente frente al auto que niega una medida cautelar, mientras que como lo consagra el Consejo de Estado (M. P. JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ, 27 de noviembre de 2014, rad. 11001-03-27-000-2013-00033-00, 20676), "*(…) el recurso de apelación y, por ende, el de súplica, sólo procede contra el auto que decrete una medida cautelar. No es procedente, por el contrario, respecto del que rechace la medida, tal como ocurrió en el presente caso, pues en virtud del principio de taxatividad, no es posible hacer una interpretación extensiva en materia de medidas cautelares*".

2.2. Sobre la circunstancia que plantearon los demandantes en su recurso (fl. 141-142, c.02) y el Departamento de Arauca (fl. 158, c.02), respecto de notificación a la entidad demandada, se hicieron las respectivas precisiones a través de la providencia del 28 de febrero de 2018 (fl. 160, c.02), por lo que se encuentra saneado el proceso hasta la presente etapa, inclusive.

3. El caso concreto

3.1. El recurso de reposición se fundamenta en dos aspectos:

a. Se le dio credibilidad a la manifestación del Departamento en que los hechos ocurrieron en mayo de 2017, cuando las fisuras presentadas en la vía ya existían desde antes de la liquidación del contrato, y se emplea la misma matriz del informe presentado en 2014 con los mismos daños y cantidades.

b. Hay violación del debido proceso administrativo, que debe ser cumplido con la notificación o el conocimiento de los interesados de que existe una actuación en su contra para que ejerzan su derecho a la defensa, se trate o no de un proceso sancionatorio o de la declaratoria de siniestro.

3.2. Sobre el primer cargo del recurso, referido al tema de prescripción y falta de reclamación en el acta final, es necesario precisar que en la providencia impugnada no se adoptó un criterio respecto de la fecha que debe fijarse como la de ocurrencia de los hechos que motivaron los actos administrativos cuya nulidad se pide en el proceso, y por ello carece de respaldo la apreciación de los demandantes cuando afirman que se le dio credibilidad a la de mayo de 2017 que manifestó el Departamento de Arauca.

En efecto, lo que se expresó fue que "*De otra parte, se tiene que frente a este mismo tema, el Departamento de Arauca en la Resolución 3027 de 2017 (fl. 108-113, c.02) y en la No. 3880 de 2017 (fl. 114-133, c.02) plantea hechos con los que no acogió el cargo que con similares argumentos se impugnó el primer acto administrativo, controvirtiendo las iguales circunstancias con que se fundamenta la petición de medida cautelar, y concluyó que "las fallas identificadas en el mes de mayo de 2017 no corresponden a las que se conocieron en el año 2012" (fl. 111-envés, c.02); esta situación de discrepancia frontal entre los criterios de los cocontratantes acerca de la fecha que se debe tener en cuenta para analizar la posible ocurrencia de la prescripción que se aduce, en caso de ser procedente en el tema objeto de debate judicial,* ***exige una confrontación directa y a fondo para dirimirla***" (fl. 136, c.02).

Se agregó que ante dicha situación, "*Lo anterior conduce a determinar que en este momento procesal, del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, no surge la vulneración de dichas disposiciones, de lo cual se advierte que* ***solo podrá tenerse un criterio decisivo*** *al final del proceso,* ***cuando se disponga de todas las pruebas*** *que las partes aporten al expediente* ***y de los fundamentos fácticos y jurídicos definitivos*** *que se expongan y acrediten*" (fl. 136, c.02). Resaltados fuera del original.

Estos criterios se ratifican, toda vez que las diferentes fechas en las que las partes sitúan el momento de los hechos, constituye uno de los aspectos cruciales cuya definición decidirá en buena parte la controversia judicial, lo que exige análisis detallados en diversos ámbitos, dentro de

los que el técnico confrontará los argumentos probatorios y jurídicos que aducen en su favor los cocontratantes, situación que amerita contar con el mayor grado de respaldo y de certeza posible para dirimirla, el cual no se tiene hoy cuando el debate apenas comienza, y de ahí que el momento adecuado será al final del proceso, en la sentencia que de fondo resuelva el caso.

En consecuencia, no prospera este cargo de la impugnación.

3.3. En el segundo fundamento del recurso, consideran los demandantes que hay violación del debido proceso administrativo, cuya garantía se debe cumplir con la notificación o el conocimiento de los interesados de que existe una actuación en su contra para que ejerzan su derecho a la defensa, se trate o no de un proceso sancionatorio, o sea o no, la declaratoria de siniestro.

Y en respaldo, citan providencias del Consejo de Estado.

El Despacho encuentra que, contrario al planteamiento del recurso de reposición, y tratándose de este momento procesal, las sentencias de nuestra Alta Corte que mencionan los demandantes, no conducen a revocar la decisión impugnada.

En efecto, las providencias referidas (fl. 143-155, c.02) –Excepto la del 20 de febrero de 2017- hacen alusión a actos administrativos proferidos con anterioridad a la expedición de la Ley 1474 de 2011 (12 de julio de ese año), en los que el procedimiento de declaratoria del siniestro debía cumplirse de conformidad con las reglas del Código Contencioso Administrativo (C.C.A), lo cual establece una significativa diferencia con el actual caso, donde las resoluciones demandadas se profirieron en vigencia de aquella Ley, que contiene regulaciones en su trámite (Artículo 86).

Por su parte, en la sentencia del 20 de febrero de 2017, el Consejo de Estado se pronunció sobre actos administrativos de 2012 en los que se ordenó la liquidación unilateral de un contrato de 2007 y se resolvió el recurso de reposición, que no fue lo mismo del Departamento de Arauca frente a la Unión Temporal Vía Caracol, pues no versa la discusión sobre el trámite liquidatorio contractual; y si bien alude aquella providencia a la declaratoria de siniestros, éstas se hicieron sobre multas –Aspecto sancionatorio- y respecto del amparo de incumplimiento, asuntos también diferentes al del presente caso.

Pero además, se encuentra que de las providencias que relaciona el recurso, solo la del 30 de noviembre de 2017 (fl. 151-155, c.02) se refiere al amparo de estabilidad de obra, tema similar al del presente trámite, que como se advirtió y se recalca de nuevo, es distinto al de las demás que aluden a sanciones; de otra parte, se destaca también, que la decisión administrativa se adoptó mediante el procedimiento del C.C.A,

mientras que las de los aquí recurrentes se hizo bajo normativa distinta; y precisamente dicha sentencia, invocada por los mismos demandantes, es expresa en señalar:

> "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*". (...)
>
> 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". (Resaltados fuera del original).

Por lo tanto, dicha sentencia corrobora el análisis que se efectuó en la providencia impugnada por la Unión Temporal Vía Caracol, el que se sustentó también en el mismo artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 citado por el Consejo de Estado, donde se expuso (fl. 136-envés, 137, c.02):

> "De la normativa invocada por los demandantes, se encuentra que el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 no contiene el procedimiento administrativo sobre el tema, y al contrario, prescribe que "*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*", que fue cumplido por la demandada, por lo cual no aparece por ahora, como violado por el Departamento de Arauca al expedir las resoluciones que se demandan.
>
> Y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 determina el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, que se aplicaría para adoptar ese tipo de decisiones solo dentro del lapso de vigencia del contrato, que no es el caso, y no se encuentra tampoco viable en tratándose de la declaratoria de siniestro del amparo de estabilidad de obra, por cuanto no tiene la naturaleza de una sanción, ni del ejercicio de una facultad excepcional, como lo ha precisado el Consejo de Estado (M. P. Ramiro Pazos Guerrero, 5 de diciembre de 2016, rad. 73001-23-31000200102407-01, 35057) al indicar que "*Esta Corporación ha considerado que la declaratoria de siniestro para hacer efectivas las garantías del contrato estatal, en estricto sentido no se enmarca dentro de un procedimiento sancionatorio sino comporta el trámite de reclamación a seguir ante la aseguradora para obtener la indemnización, por lo que no se requiere el agotamiento de un procedimiento previo, en la medida en que el contenido y la motivación del acto es el*

11:47 Cr.
08 MAY 2018

> *que permite a la aseguradora o al contratista ejercer su derecho defensa y la impugnación posterior ante la jurisdicción*" y también estableció (M. P. Danilo Rojas Betancourth, marzo 27 de 2014, rad. 25000-23-26-000-2001-02301-01, 29857) que "*no puede ser identificada con el uso de la facultad de declaratoria de incumplimiento contractual*".

De manera que al recibir la decisión impugnada un respaldo jurisprudencial adicional aportado por los mismos demandantes, y reiterando su texto, no surgir en este momento la violación por parte de las resoluciones demandadas, de las normas que se invocan como violadas, se destaca la necesidad de verificar al final del proceso, cuando se emita la sentencia que lo decida, con el respaldo fáctico y jurídico que se allegue al expediente contencioso administrativo, si como lo plantean los demandantes, los actos administrativos acusados se expidieron con las causales de ilegalidad que se le endilgan, dentro de ellas, si se violó el debido proceso y dentro de este, el derecho a la defensa.

Por lo tanto, el requisito que exige el artículo 231 del CPACA consistente en que procede la suspensión provisional "*cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud",* no aparece, ni concurre en este caso, para revocar la decisión recurrida y en su lugar, acceder a la medida cautelar que se pidió.

3.4. Conforme con lo expuesto y ante el problema jurídico planteado, se responde que no procede revocar la providencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia del 9 de febrero de 2018.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado