



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

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)



Expediente:	30613
Radicación:	25000-23-26-000-
2001-00218-01	
Actor:	Obando y Mejía
Ingenieros Ltda.	
Demandados:	Departamento de Cundinamarca
Naturaleza:	Contractual

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora y la Compañía Aseguradora de Fianzas -Confianza S.A.-, contra la sentencia del 22 de diciembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, que fueron coadyuvadas por la referida aseguradora, decisión que será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

La parte actora y la aseguradora solicitaron la nulidad de las resoluciones n.º 102 del 22 de junio de 2000 y 168 del 21 de diciembre de 2000, expedidas por el departamento de Cundinamarca, por medio de las cuales declaró la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra en el contrato n.º 046 de 1998.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. Mediante escrito radicado el 26 de enero de 2001 (f.1-17 c. 1), la sociedad Obando y Mejía Ingenieros Ltda., a través de apoderado, presentó demanda oportunamente, en ejercicio de la acción contractual contra el

departamento de Cundinamarca-, con el fin de que se hicieran las siguientes *declaraciones y condenas*:

PRIMERA.

Que se declare nulo el acto administrativo contenido en la Resolución n.º 102 de junio 22 de 2000, expedida por la Gobernación de Cundinamarca, por medio de la cual se declara unilateralmente la realización del siniestro de estabilidad de obra en el contrato estatal 046 de 1998 celebrado con la sociedad OBANDO Y MEJÍA INGENIEROS LTDA., toda vez que la administración al tenor de lo establecido por la Ley 80 de 1993 no goza de la potestad exorbitante de declarar unilateralmente la constitución u ocurrencia de siniestros, salvo en el explícito caso de la declaratoria de caducidad del contrato estatal.

SEGUNDA.

Que en subsidio de la pretensión anterior, se declare nulo el acto administrativo contenido en la Resolución n.º 102 de junio 22 de 2000, por la falsa motivación contenida en su parte considerativa.

TERCERA.

Que en consecuencia, al encontrarse probados los hechos que soportan la declaratoria de nulidad de la resolución 102 del 22 de junio de 2000, se declare nulo el acto administrativo contenido en la Resolución 168 del 21 de diciembre de 2000, por medio del cual se resuelve desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por OBANDO Y MEJÍA INGENIEROS LTDA. Y SEGUROS CONFIANZA S.A.

CUARTA.

Que en consecuencia se condene al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA a la cancelación del valor de los perjuicios que, con ocasión del acto ilegal se logren probar en desarrollo de este proceso.

QUINTA.

Que la condena impuesta sea debidamente actualizada de acuerdo con la jurisprudencia nacional sobre la materia.

SEXTA.

Que se condene en costas a la entidad demandada, si a esto hubiere lugar, en atención a lo dispuesto por la Ley 446 de 1998.

2. La parte actora presentó como fundamento fáctico de su demanda lo siguiente:

2.1. El 19 de octubre de 1998, el departamento de Cundinamarca y la sociedad Obando y Mejía Ingenieros Ltda., suscribieron el contrato n.º 046 del mismo año, cuyo objeto era el “*levantamiento, diagnóstico y*

construcción de obras para la estabilización geológica en el municipio de Útica”, por un valor de \$173 820 465,50 y un plazo de ejecución de 4 meses.

2.2. Señaló que durante la ejecución del contrato, se advirtió la insuficiencia del presupuesto oficial para el efecto, por las inundaciones originadas en la creciente de la quebrada “*Negra*” del municipio de Útica, razón por la que las partes, convinieron una solución parcial, que consistía en combinar actividades de dragado con protecciones en gaviones, que se ajustaban al presupuesto, pero requerían mayor mantenimiento posterior.

2.3. Manifestó que dicha modificación se hizo con la participación del alcalde municipal, representantes de la comunidad, el supervisor e interventor del contrato, ingenieros y representantes de la contratante, por lo que una vez hecho el diagnóstico, se determinaron puntos críticos de las inundaciones, para la construcción paralela de un canal de un metro de profundidad, así como muros de tres metros de altura.

2.4. La obra fue recibida a satisfacción por la contratante a través del supervisor e interventor y, en consecuencia, el contrato se liquidó. Posteriormente, en la zona se presentó una fuerte ola invernal que generó inundaciones por la creciente del río Negro y no de la quebrada Negra. Adicionalmente, con el paso del tiempo, se evidenciaron unos eventos que requirieron una reparación que asumió el contratista, con la advertencia que debía hacerse mantenimiento al dragado para evitar que se repitiera la situación.

2.5. Agregó que por solicitud de la administración, el interventor rindió un informe conforme al cual, la falla se originó en la falta de mantenimiento del canal. Sobre este punto, la parte actora precisó que el dicho mantenimiento no era una obligación contractual a su cargo.

2.6. Explicó que en diciembre de 1999, ante la ausencia de labores de mantenimiento, se presentó un nuevo daño en el mismo sitio del muro, respecto del que el supervisor del contrato, señaló como causas el inapropiado diseño y construcción por parte del contratista, que el muro estaba a punto de colapsar y su rediseño y edificación ascendían a la suma de \$107 589 515,67. Sobre este aspecto, en la demanda se afirmó que tal apreciación no contaba con sustento.

2.7. Con fundamento en lo anterior, la contratante declaró unilateralmente la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra del contrato n.º 046 de 1998 y ordenó a la aseguradora el pago de \$52 146 139,65.

2.8. La contratista y la aseguradora presentaron recurso de reposición contra esa decisión, que fue confirmada a través de la Resolución n.º 168 del 21 de diciembre de 2000.

2.9. Adujo como normas violadas, los artículos 6 de la Constitución Política y 13 y 18 de la Ley 80 de 1993, bajo el entendido de que la administración no estaba facultada para declarar unilateralmente el siniestro de estabilidad de la obra, fundamentada en una potestad exorbitante, de la que dijo, solo era posible en los eventos de caducidad del contrato.

2.10. Concomitante con la demanda, la parte actora solicitó la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, con base en las mismas normas a las que se hizo referencia de manera precedente. Consideró que la ejecutoria de aquellos, implicaba el desembolso de una suma de dinero y un eventual perjuicio en otros procesos de contratación con entidades públicas. Sostuvo que la entidad no contaba con la facultad para el efecto, toda vez que la misma es restrictiva y está consagrada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, conforme al cual, procede declarar la ocurrencia del siniestro en aquellos eventos en los que se habla de caducidad del contrato por incumplimiento y, en consecuencia, lo que

procedía era agotar la reclamación prevista en el Código de Comercio para el contrato de seguro.

II. Trámite procesal

3. El 13 de marzo de 2001. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, admitió la demanda, citó como litisconsorte necesario por activa a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. –Confianza S.A.- y negó la solicitud de suspensión provisional (f.20-25 c.1).

3.1. La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. –Confianza S.A.-, solicitó, ser la garante de la sociedad Obando y Mejía Ingenieros Ltda. a través de la póliza n.º GU01010849732 y certificado de modificación n.º CMODF 089776302 del 20 de octubre de 1998, en el marco del contrato n.º 046 de 1998, suscrito con el departamento de Cundinamarca, presentó escrito en el cual adujo las siguientes pretensiones (f.1 c.3):

PRETENSIONES

1. Que se permita a Confianza S.A., intervenir adhesivamente en el proceso promovido por la sociedad Obando y Mejía Ingenieros Ltda., contra el departamento de Cundinamarca, demanda que cursa en la Sección Tercera, con el número de radicado 20010218, por cuanto en su condición de garante del contrato de obra n.º 046 de 1998, mediante la Póliza GU 01 01 0849732 y certificado de modificación n.º CMODF 089776302, expedida el 20 de octubre de 1998, puede verse afectada si las pretensiones de la demanda principal son desechadas en la sentencia que resuelva el proceso.

2. Que se hagan las declaraciones y condenas contenidas en la demanda principal.

3. Que como consecuencia directa de las pretensiones contenidas en la demanda principal y en orden al restablecimiento del derecho se declare por esta Honorable Corporación que mi representada no está obligada a pago alguno referente al contrato de seguro y/o póliza de cumplimiento GU 01 01 0849732 y certificado de modificación n.º CMODF 089776302.”

3.1.1. Manifestó que con ocasión del contrato de obra n.º 046 de 1998, suscrito entre la actora y el departamento de Cundinamarca, expidió la póliza n.º GU 01 01 0849732 el 20 de octubre de 1998, cuya vigencia era

del 19 de octubre de 1998 hasta el 19 de febrero de 2002, con una modificación posterior para aclarar los amparos, de acuerdo con el certificado n.º 01 0897763.

3.1.2. Como normas violadas señaló los artículos 1602 y 1603 del Código Civil ante el cumplimiento de las obligaciones contractuales, las cuales no incluían el mantenimiento posterior a la entrega de las obras. De igual forma, hizo referencia a los artículos 1058 y 1060 del Código de Comercio, al considerar que la entidad no desplegó las actuaciones tendientes para evitar el riesgo.

3.1.3. Indicó que era improcedente la afectación del amparo de estabilidad, porque aquel hacía referencia a los deterioros de las obra imputables al contratista, mientras que lo alegado por la entidad devino de la inobservancia de los comunicados elevados por la sociedad para que se hiciera el mantenimiento preventivo.

3.1.4. Finalmente, señaló como vulnerados los artículos 3, 23, 26 y 50 de la Ley 80 de 1993 y argumentó que la Resolución n.º 102 del 22 de junio de 2000, estaba viciada de nulidad por falta de motivación.

4. Surtida la notificación del auto admisorio de la demanda, el departamento de Cundinamarca, presentó oportunamente **escrito de contestación**, a través del cual se opuso a las pretensiones de la demanda (f.41-57 c.1). Se limitó a transcribir los fundamentos de la Resolución 102 del 22 de junio de 2000 -por medio de la cual se declaró el siniestro de incumplimiento de estabilidad de obra del contrato y ordenó hacer efectiva la póliza n.º 0897763 expedida por Confianza S.A.- y los argumentos de los recursos de reposición presentados por la contratista y la aseguradora.

4.1. Con base en las sentencias del 24 de mayo y 12 de julio de 2001, proferidas por la Sección Tercera de esta Corporación, en los expedientes

13598 y 7938, fundamentó el dicho de la defensa, según el cual, la entidad podía declarar la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra como potestad exorbitante, sin que fuera necesario declarar la caducidad del contrato para el efecto.

4.2. Señaló que las resoluciones controvertidas están amparadas con la presunción de legalidad, fueron expedidas por la autoridad competente en uso de las atribuciones legales y con observancia del debido proceso, por lo que estaban ajustadas a derecho. Propuso como excepciones las de *ausencia de ilegalidad en los actos proferidos por el departamento de Cundinamarca-Secretaría de Obras Públicas* y la de *falta de justa causa para reclamar*.

5. El *a quo* decretó pruebas mediante providencia del 6 de agosto de 2002 (f.59-61 c.1) y una vez se agotó esa etapa, **corrió traslado para alegar** (f.143 c.1), tiempo en el que las partes se pronunciaron de la siguiente forma:

5.1. La parte actora insistió en sus argumentos e hizo énfasis en la interpretación que debe darse a la prueba pericial practicada en el proceso, porque según su dicho, confirma que los diseños y la construcción, fueron aprobados por el supervisor y el interventor, así como la necesidad del mantenimiento preventivo para la remoción del material sedimentado por las condiciones topográficas de la obra y otros aspectos técnicos relacionados con el objeto contractual, que permitían desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados (f.144-148 c.1).

5.2. Por su parte, la Compañía Aseguradora de Fianzas –Confianza S.A.-, coadyuvó los argumentos expuestos por la parte actora, referentes a que no se estipuló una obligación contractual en cabeza de la contratista para el mantenimiento de las obras con posterioridad a su entrega, razón por la que no podía endilgársele responsabilidad por los defectos surgidos con el paso del tiempo ante la negligencia de la administración. Adujo que

como prueba de ello, en el expediente estaban unas comunicaciones de la contratista en las que ponía de presente a la entidad, que la construcción entregada se encontraba en estado de abandono, dicho que se reforzó con uno de los testigos y el dictamen pericial. De igual forma, señaló que se presentó la terminación del contrato de seguro por la “agravación del estado del riesgo, no informada al asegurador”, si se tenía en cuenta que la entidad no desplegó la custodia que le era exigible. Finalmente, solicitó que no se declarara obligación alguna a cargo de la aseguradora (f.149-158 c.1).

6. El 22 de diciembre de 2004, se profirió **sentencia de primera instancia**, en la que el *a quo* resolvió (f. 162-186 c. ppal.):

(...)

PRIMERO: DECLÁRANSE no probadas las excepciones formuladas por la gobernación de Cundinamarca.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas.

(...)

6.1. Señaló que conforme al literal d), numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la acción fue presentada dentro del término de los dos años previstos para el efecto, porque si bien era cierto, la parte actora ejerció la de nulidad y restablecimiento del derecho, de que trata el artículo 85 *ibídem*, por derivarse de la celebración de un contrato, la procedente era la prevista en el artículo 87 del mismo estatuto¹. De igual forma, tuvo a las partes como legitimadas en la causa, tanto por activa como por pasiva y, a la compañía Asegurado de Fianzas S.A., como coadyuvante.

6.2. Con base en jurisprudencia de esta Corporación, señaló que la administración ostentaba competencia para declarar unilateralmente la

¹ La Sala aclara, que tanto en el poder como en la demanda, se indicó que se ejercía la acción contractual, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (f.1 y 2 c.1).

ocurrencia del siniestro y hacer efectivas las garantías constituidas por el contratista en virtud de la “*auto tutela administrativa*”, razón por la cual no prosperaba el cargo de nulidad de los actos administrativos controvertidos.

6.3. Frente a la pretensión subsidiaria, esto es, que las resoluciones acusadas estaban viciadas por falsa motivación, adujo que del análisis de las pruebas recaudadas se advertía que no se acreditó, porque el mantenimiento de las obras, que debía hacer el contratante, era a largo plazo, no a los pocos meses de haber recibido la obra, sumado a que encontró que el colapso de la misma era imputable a la contratista, dado que podía prever, desde la presentación de los diseños, que la erosión causada por las aguas en la base del muro, producía su inestabilidad y consecuente caída.

6.4. Al hacer el análisis de los cargos de violación formulados por la aseguradora, indicó que la aplicación del derecho privado, que regula el contrato de seguro, se encontraba limitada en el contrato estatal por la protección al patrimonio público. Adicionalmente, reiteró que no le correspondía a la administración hacer mantenimientos periódicos, pocos meses después de la entrega de las obras, máxime porque tal situación le era ajena a la estabilidad de la estructura por la erosión de sus bases y que no era posible analizar las condiciones generales de la póliza, porque aquellas no se allegaron al expediente.

7. La anterior decisión fue **apelada** en tiempo por la parte actora y por la compañía aseguradora de Fianzas S.A. –Confianza S.A.-; una vez se corrió traslado para el efecto, sustentaron su desacuerdo con la decisión de la siguiente forma (f. 198, 199-209 y 210-213 c. ppal.):

7.1. La compañía aseguradora de Fianzas S.A. –Confianza S.A.-, adujo que en el análisis del *a quo* frente a la efectividad de la póliza de estabilidad de la obra, se les vulneró el derecho de defensa por la indebida

apreciación de los documentos aportados con la demanda adhesiva, toda vez que contrario a lo indicado en el fallo impugnado, las condiciones generales de la póliza sí reposaban en el expediente. Sumado a lo anterior, puso de presente que si bien las entidades estatales tienen el “*poder de auto tutela administrativa*”, la jurisprudencia ha definido los límites de la misma, razón por la cual la demandada estaba en imposibilidad de hacer efectivo el amparo de estabilidad.

7.1.1. De igual forma, con base en el material probatorio que reposa en el expediente, reiteró los argumentos expuestos en la primera instancia, en especial, los de cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la contratista y la falta de mantenimiento preventivo que fue advertido en su momento a la contratante, así como la terminación del contrato de seguro por la agravación del estado del riesgo no informada a la compañía aseguradora dentro del plazo legal, razones por las que solicitó que se revocara el fallo y se declarara que Confianza S.A. no tenía obligación de realizar pago alguno.

7.2. La parte actora, señaló que el colapso de las obras no le era imputable a la contratista, en concordancia con lo consignado en la aclaración del dictamen pericial y en el hecho de que las partes, convinieron la solución parcial de combinar actividades de dragado con unas protecciones de gaviones ante la insuficiencia de la partida presupuestal, razones para afirmar que la conclusión del *a quo* era subjetiva y carecía de soporte probatorio.

7.2.1. Indicó que no compartía la posición jurisprudencial que sirvió de motivación al fallo de primera instancia, conforme a la cual, las entidades estatales podían declarar unilateralmente la declaratoria de ocurrencia de siniestros, como potestad exorbitante en el contrato. Señaló que la misma, solo se circunscribía a los eventos en los que se declaraba la caducidad del negocio jurídico, por ser una excepción de interpretación restrictiva.

8. Luego de que se admitiera el recurso (f. 215 c. ppal.), se negó la solicitud de pruebas formulada por la parte actora para que se tuviera en cuenta una providencia emitida por esta Corporación (f. 224-226 c. ppal.).

9. Posteriormente, se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión** (f. 228 c. ppal.), oportunidad en la que la parte actora y la Compañía Aseguradora de Fianzas –Confianza S.A.-, reiteraron los argumentos expuestos en primera instancia y en la sustentación del recurso de apelación (f. 229-230, 231-234 c. ppal.):

10. Mediante auto del 7 de septiembre de 2016 se aceptó el impedimento manifestado por el consejero Ramiro Pazos Guerrero y, en consecuencia, se le separó del conocimiento del presente asunto (f.236-237 y 241 c. ppal.).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

11. La Sala es competente para decidir el caso por ser un asunto contractual en el que es parte una entidad estatal de las enunciadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, según lo dispone el artículo 75² del mismo estatuto; y por cuanto se trata de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso que, por su cuantía³, tiene vocación de doble instancia.

² “Artículo 75.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa (...)”.

³ En la demanda, se estimó la cuantía del proceso con base en el valor de la pretensión más alta, que corresponde al del amparo de estabilidad de la póliza n.º 0897763, por la suma total de \$52 146 139,65. Se aplica en este punto el numeral 8º del artículo 2º del Decreto 597 de 1988 “por el cual se suprime el recurso extraordinario de anulación, se amplía el de apelación y se dictan otras disposiciones”, que modificaba el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo y que disponía que la cuantía necesaria para que un proceso de controversias contractuales iniciado en el 2001 fuera de doble instancia, debía ser superior a \$26 390 000.

II. De la validez de los medios de prueba

12. Objeción por error grave del dictamen pericial

12.1. En primera instancia se practicó el dictamen pericial solicitado por la parte actora, a cargo de un ingeniero civil (f. 60, 80 c.1), quien, en síntesis, debía emitir concepto sobre los siguientes aspectos: i) Si el procedimiento constructivo adelantado por la contratista era acorde con lo pactado por las autoridades contractuales con posterioridad al inicio de la ejecución del contrato n.º 046 de 1998 según documento entregado el 7 de enero de 1999; ii) Si con base en la solución acordada entre las partes, debía efectuarse un mantenimiento periódico a las obras con el fin de evitar la colmatación del dragado; iii) si de las condiciones topográficas y de pendiente de la quebrada La Negra, podría preverse una colmatación en la zona de dragado y el porqué de la respuesta; iv) Si existía motivación técnica en la afirmación contenida en la Resolución n.º 102 del 22 de junio de 2000, conforme a la cual, *“el diseño y construcción realizada por el contratista no es el adecuado para este tipo de situaciones, dado que su altura es mayor que su base y por tanto esto representa alto riesgo de volcamiento”*; v) Si existía motivación técnica para la versión contenida en la resolución 168 de 2000, relativa a que *“las obras ejecutadas con el contrato de la referencia, no son para realizarle mantenimiento dado que son de protección y estabilización definitiva”*; vi) Indicar las causas más probables del daño ocurrido a las obras objeto de la pericia (f. 15-16 c.1).

12.2. La parte actora y la aseguradora, solicitaron la aclaración del dictamen pericial (f. 86, 88-92 c. ppal.). Una vez surtida dicha actuación, la referida aseguradora **objetó por error grave** la respuesta dada en el dictamen a la segunda pregunta⁴ (f. 99-100 c. ppal.), al considerar que el

⁴ *“Sírvanse decir, si sobre la base de la solución acordada entre las partes, era técnica y lógicamente inferible la necesidad de efectuar un mantenimiento periódico a las obras a fin de evitar la colmatación del dragado”* (f.15 c.1).

perito no dilucidó lo concerniente a la necesidad de que la entidad estatal hiciera el mantenimiento a las obras ejecutadas en virtud del contrato n.º 046 de 1998, cuestión ligada a indicar si el procedimiento constructivo estaba conforme a lo acordado para la ejecución de las obras (supra párrafo 12.1.).

12.3. El Tribunal *a-quo* no se pronunció sobre la objeción por error grave formulada en contra del dictamen pericial practicado en la primera instancia, razón por la cual la Sala deberá resolverla en esta instancia. Al respecto, se observa que, como lo ha manifestado la jurisprudencia⁵:

*(...) el dictamen pericial es un medio de prueba que busca, con el concurso de expertos en temas específicos, llevar al conocimiento del juez características, condiciones, cualidades, etc., sobre hechos que deben ser establecidos en el proceso y para las cuales aquel carece de preparación profesional, mediante el análisis de cosas o hechos sobre los cuales debe decidir; la prueba pericial, "(...) tiene indispensablemente un doble aspecto: verificar hechos que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos que escapan a la cultura común del juez y de las gentes, sus causas y sus efectos, y suministrar reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos, para formar la convicción del juez sobre tales hechos y para ilustrarlo con el fin de que los entienda mejor y pueda apreciarlos correctamente"*⁶.

16. Ahora bien, el C. de P.C.⁷, establece la forma de ejercer el derecho de contradicción de este medio de prueba, al disponer en su artículo 238 que del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare u objetarlo por error grave, caso en el cual se deberá precisar el error y pedir las pruebas para demostrarlo; del escrito de objeción se correrá traslado a las demás partes, para que si lo consideran procedente, pidan pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error y concederá un término de 10 días para practicarlas, debiendo decidir sobre la objeción en la sentencia; la norma establece que el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo, con distintos peritos, que será inobjetable, pero de él se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2015, expediente 30313, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁶ [10] "Devis Echandía, Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", T. II, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1970, p. 291".

⁷ [11] "Vigente para la época en que se practicó la prueba pericial en este proceso".

17. *El error grave que da lugar a la objeción, por su parte, es aquel que de no haberse presentado, otra habría sido la solución o el sentido del dictamen, por haber recaído éste sobre materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia o cuando el perito dictamina en sentido contrario a la realidad y de esa manera altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado*⁸.

18. *No obstante, así el dictamen pericial no haya sido objetado por las partes, ello no significa que el juez esté obligado a acogerlo, puesto que la misma ley, de un lado –art. 137, inc. 6º del C. de P.C.- establece que el dictamen debe ser claro, preciso y detallado y que en él, los peritos deberán explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, así como los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones; y de otro lado –art. 241 del C. de P.C.- le indica al juez cómo debe apreciar el dictamen pericial, al establecer que para ello, se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.*

19. *Lo anterior significa que el juez puede, una vez valorado el dictamen pericial, restarle todo poder de convicción y apartarse de sus conclusiones, cuando compruebe que no llena los requisitos legales exigidos para ello, pues, se reitera que “A través de la prueba pericial, se pretende llevar al juez el convencimiento sobre la existencia y naturaleza de las cosas y de los hechos que requieren especiales conocimientos y experiencia, lo cual sólo se logra en la medida en que resultan convincentes las explicaciones que los expertos aportan sobre los elementos de juicio que utilizaron para llegar a una conclusión”*⁹.

12.4. Con base en lo anterior, la Sala advierte que el dictamen pericial practicado, se caracteriza por carecer de precisión en la referida respuesta. En efecto, frente a la segunda pregunta, esto es, sobre el mantenimiento de las obras, el auxiliar de la justicia manifestó que en virtud de su ejecución “según lo acordado”, no se obligaba ni se excluía

⁸ [12] “El error consiste en la disparidad, discordancia, disconformidad, divergencia o discrepancia entre el concepto, el juicio, la idea y la realidad o verdad y es grave cuando por su inteligencia se altera de manera prístina y grotesca la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, sus fundamentos o conclusiones, de suerte que resulta menester, a efectos de que proceda su declaración, que concurren en él las características de verosimilitud, reconocibilidad e incidencia en el contenido o resultado de la pericia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente 25177, C.P. Mauricio Fajardo Gómez”.

⁹ [13] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 22011, C.P. Ramiro Saavedra Becerra”.

tal actividad, argumentó que *“la colmatación de un cauce se produce por la baja velocidad de sus aguas, de forma que la necesidad de mantenimiento para remoción del material sedimentado, es más una condición topográfica (pendiente baja) que consecuencia del sistema o la forma de ejecución de las obras”* y que *“independientemente de lo acordado, por la sedimentación que se presentó en el cauce del dragado, se hacía necesario un mantenimiento periódico del canal que encausó la quebrada”* (f.2 c.4), sumado a que se limitó a afirmar que *“los estudios realizados sí cumplieron el objetivo de permitir la ejecución de las obras y, se ajustaron a las normas, según lo demuestra su aprobación por parte de los organismos de control del contrato”* (f.6 c.4).

12.5. Finalmente, en la aclaración del dictamen, señaló (f.6 c.4):

Con respecto a la segunda pregunta, me permito conceptualizar que la aceptación y el cumplimiento de las normas en el estudio sobre la solución al problema de la quebrada, no es necesariamente una garantía de su perfección y correcto funcionamiento, pues como se dijo anteriormente, las modificaciones de los cauces naturales son, en general aleatorias y difíciles de prever.

12.6. La Sala advierte que los fundamentos expuestos por el perito en los puntos señalados de manera precedente, son imprecisos y no brindan certeza respecto de los argumentos esbozados en la demanda. No obstante, esa circunstancia no implica la prosperidad de la objeción por grave planteada por la aseguradora contra la respuesta a la segunda pregunta del cuestionario.

12.7. En otros términos, el perito se refirió a los puntos que fueron sometidos a su examen, sin embargo, su fundamentación es precaria, carente de firmeza, precisión y calidad, aspecto que debe ser tenido en cuenta por el juez a la hora de valorar la prueba y establecer el grado de convicción que la misma le merezca, pero no conduce a declarar la prosperidad de la objeción por error grave, razón por la cual la misma será denegada.

12.8. Por lo tanto, la valoración del dictamen pericial debe realizarse de manera armónica con los demás elementos probatorios que reposan en el expediente, en consideración a que, se reitera, algunos de los puntos que abarca, en especial, los relativos a la idoneidad de los estudios que se realizaron para la construcción de la obra y la necesidad de mantenimiento preventivo de la misma, son ambiguos. En efecto, tales aspectos carecen de claridad y precisión, por lo que la Sala se aparta de sus conclusiones¹⁰. Sobre este punto, se reitera el criterio expuesto por la Sala¹¹:

15.9. De otro lado, se advierte que para efectos de que un dictamen pericial pueda llevarle certeza al juez sobre el objeto de estudio, debe reunir ciertas condiciones, dentro de las que se debe resaltar que sus conclusiones tienen que estar debidamente fundamentadas e igualmente, como medio probatorio que es, no puede ser desvirtuado por los demás elementos de convicción que obren en el plenario, requisitos de los cuales el estudio aludido carece en el sub iudice. Al respecto, se ha señalado:

3.5.1 Ha dicho la Sala que para que el dictamen pericial pueda tener eficacia probatoria se requiere que: (i) el perito informe de manera razonada lo que de acuerdo con sus conocimientos especializados sepa de los hechos; (ii) su dictamen sea personal¹² y contenga conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; (iii) que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; (iv) que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; (v) que no se haya probado una objeción por error grave; (vi) que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; (vii) que sus conclusiones sean conducentes en relación con el hecho a probar; (viii) que se haya surtido la contradicción; (ix) que no exista retracto del mismo por parte del perito; (x) que otras pruebas no lo desvirtúen y (xi) que sea claro, preciso y detallado, es decir, que dé cuenta de los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que de los

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, providencia del 28 de mayo de 2015, exp. 33785, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, providencia del 28 de mayo de 2015, exp. 32665, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹² [12] Devis Echandía, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Pruebas Judiciales*, Editorial ABC, 1984, págs. 339 y ss.

fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones¹³.

El artículo 241 del C.P.C. señala que el juez al valorar o apreciar el dictamen de los peritos tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que, como con acierto lo ha concluido la doctrina, el juez no está obligado a "...aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores..."¹⁴. En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho^{15, 16}

12.9. En conclusión, la valoración del dictamen pericial y, específicamente, los puntos relacionados con la idoneidad de los estudios y la necesidad de mantenimiento preventivo, se hará con base en la totalidad de los elementos probatorios allegados al expediente, como se explica a continuación.

III. Hechos probados

13. De conformidad con los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis¹⁷:

¹³ [13] Consejo de Estado, sentencia de 16 de abril de 2007, exp. AG-250002325000200200025-02, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁴ [14] Parra Quijano, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, Pág. 649.

¹⁵ [15] Consejo de Estado, *op. cit.*, pág. 96.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 22 de junio de 2011, exp. 05001232400019950167301 (20543), actor: Hernán Arango Serna, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁷ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. En el presente caso, se tendrán en cuenta los documentos presentados en copias simples, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado,

13.1. El 16 de julio de 1998, la dirección de vías de la gerencia para la infraestructura de la gobernación de Cundinamarca, fijó aviso con el fin de invitar a los interesados a la celebración de contrato para “*EL LEVANTAMIENTO, DIAGNÓSTICO Y CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PARA LA ESTABILIZACIÓN GEOLÓGICA – MUNICIPIO DE ÚTICA, de acuerdo con los planos y especificaciones suministrados por la Dirección de Vías, a los precios unitarios fijos y en los términos que se señalan dentro del presente pliego y de acuerdo con las condiciones generales de contratación establecidos en la Ley 80 de 1993*”, con recursos por valor de \$175 000 000 (pliegos de condiciones, aviso de invitación a contratar n.º GIV-001-98 y estudio de conveniencia, f.281-313, 342-344, 348 c.2).

13.2. El cierre de la convocatoria se hizo el 30 de julio de 1998, en la que se presentaron 10 propuestas, entre las que se encontraba la de la sociedad Obando y Mejía Ingenieros Ltda. (Acta de cierre de la convocatoria pública n.º GIV-001-98, f. 267-271 c.2).

13.3. De conformidad con el pliego de condiciones, el objeto del contrato se enmarcaba en la adecuación y revestimiento del talud derecho, *aguas abajo, quebrada negra-zona del descanso-* (pliego de condiciones, anexo sobre ítems y cantidades de obra -f. 81 c.2-). Lo anterior, en concordancia con el proyecto denominado “*ADECUACIÓN Y REVESTIMIENTO DEL TALUD AGUAS ABAJO QUEBRADA NEGRA ZONA EL DESCANSO DEL MUNICIPIO DE ÚTICA*”, en el que se tuvo en cuenta, dentro de la identificación del problema, que ya existía infraestructura, con adecuación y revestido en concreto, anclado y un andén superior de un metro de ancho. Adicionalmente, como solución planteada se habló de una construcción nueva, con base en lo siguiente (copia del referido proyecto que data de julio de 1998, como base del pliego de condiciones –f.316-333 c. 2-):

7. Información adicional:

del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció su admisibilidad, siempre que no hayan sido objetados o tachados de falsedad o que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas.

ACTUALMENTE EXISTE UN TRAMO DE RECUBRIMIENTO DE TALUD, EN UNA LONGITUD DE APROXIMADAMENTE 30 METROS LONGITUDINALES, EL CUAL NO PRESENTA NINGÚN ESTADO DE DETERIORO DESPUÉS DE CUATRO AÑOS DE USO, SIENDO ESTE UN EJEMPLO PARA PROSEGUIR SU EJECUCIÓN.

8. Descripción del problema:

INMINENTE RIESGO DE INUNDACIÓN / AVALANCHA HACIA EL MUNICIPIO DADO EL ALTO GRADO DE SEDIMENTACIÓN DE MATERIAL EN LA QUEBRADA LA NEGRA, DEBIDO A LA CONFORMACIÓN DEL CAUCE DE LA MISMA, SIENDO ESTE DE FORMA ESCABROSA.

(...)

2. Descripción del proyecto:

ADECUACIÓN Y REVESTIMIENTO DEL TALUD EN CONCRETO REFORZADO DE 3500 PSI CON UN ESPESOR DE 12 CM Y UNA SUB-BASE EN CONCRETO CICLOPEDO (SIC) EN UN ESPESOR DE 20 CM; PARA LA MARGEN DERECHA DE LA QUEBRADA LA NEGRA, A PARTIR DEL SITIO DENOMINADO EL DESCANSO, EN 1900 ML AGUAS ABAJO.

(...)

Justificación:

SE HACE NECESARIO REALIZAR LA OBRA MENCIONADA PARA BRINDAR AL MUNICIPIO UNA PROTECCIÓN POR EL INMINENTE RIESGO QUE PARA ESTE PRESENTA LA QUEBRADA NEGRA.

13.4. El 19 de octubre de 1998, la sociedad Obando y Mejía Ingenieros Ltda. y el departamento de Cundinamarca, suscribieron el contrato de obra pública n.º 046, por valor de \$173 820 465,50 y plazo de ejecución de 4 meses, cuyo objeto era el levantamiento, diagnóstico y construcción de obras para la estabilización geológica en el municipio de Útica (Cundinamarca), con fecha de inicio el 2 de diciembre de 1998 y de finalización el 2 de abril de 1999. La obra fue entregada el 30 de marzo de 1999 (contrato de obra n.º 046 de 1998, acta n.º 1 de iniciación y Resolución n.º 168 de 1999, f. 92-98, 351-352, 9-16, c.2).

13.5. En las cláusulas segunda y tercera del contrato n.º 046 de 1998, las partes pactaron lo siguiente (f.92-94 c.2):

CLÁUSULA SEGUNDA. ESPECIFICACIONES.- EL CONTRATISTA se obliga a realizar el objeto del presente contrato, de acuerdo con los planos y especificaciones suministradas por la gerencia para la infraestructura –dirección de Vías, con los términos de referencia, a la descripción, características y especificaciones de los precios unitarios, en los términos que señala este contrato y de conformidad con la propuesta presentada por el CONTRATISTA, documentos que forman parte integrante del presente contrato. **PARÁGRAFO PRIMERO.-** EL CONTRATISTA no podrá apartarse de los planos y especificaciones que hacen parte integrante del presente contrato, sin autorización escrita del DEPARTAMENTO y concepto previo del interventor. Si el CONTRATISTA pretermite lo aquí establecido, no sólo perderá el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de cualquier suma que resulte de la modificación de los planos y especificaciones, sino que hará (sic) responsable de los daños que por esta acción cause al DEPARTAMENTO en razón de su infracción.

CLÁUSULA TERCERA. CANTIDADES DE OBRA Y PRECIOS UNITARIOS.- EL CONTRATISTA se obliga para con EL DEPARTAMENTO, a ejecutar las obras objeto del presente contrato a los precios unitarios y en las cantidades aproximadas que se establecen a continuación. (...) **PARÁGRAFO.-** Las cantidades de obra consignada en esta cláusula son aproximadas y por tanto EL DEPARTAMENTO podrá a su juicio y por motivos de interés público introducir modificaciones a las mismas u ordenar la ejecución de las obras no previstas pero comprendidas dentro de su objeto, por el procedimiento previsto para la modificación unilateral de los contratos administrativos en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993.

13.6. El 7 de enero de 1999, el gerente de la contratista remitió comunicación al interventor, en la que anexó los estudios y diseños dentro del contrato objeto de controversia, para la “revisión, observaciones y posterior aprobación”. Dicha comunicación, incluyó unas memorias que, en resumen, daban cuenta de: i) los antecedentes de riesgo para el municipio de Útica por el desbordamiento de la quebrada La Negra; ii) la adopción de soluciones para la protección de los taludes con base en muros de gaviones, con el argumento de que su costo optimizaba los recursos existentes; iii) los índices de precipitaciones en la zona; iv) la identificación de puntos críticos debido a la erosión y v) el presupuesto de la obra, en el que se especificaron actividades de dragado, gaviones, excavación, revestimiento y diseños (comunicación del 7 de enero de 1999, suscrito por el gerente de la contratista, f.23-25, 99-141, 229 c.2).

13.7. La compañía aseguradora de fianzas –CONFIANZA S.A.-, expidió

certificado de modificación de la póliza n.º G U01 0849732 del 20 de octubre de 1998, para aclarar que según el acta de recibo final de obra n.º 6 del contrato 046 de 1998, la vigencia del amparo de estabilidad era del 30 de marzo de 1999 al 30 de marzo de 2004, por valor de \$52 146 139,65 (certificado de modificación n.º CMODF 01 0897763 del 11 de mayo de 1999, f.142 c.2)¹⁸.

13.8. El 15 de mayo de 1999, en virtud del contrato n.º 046 de 1998, la veeduría ciudadana informó al gerente para la infraestructura del departamento de Cundinamarca, lo siguiente (f.184-186 c.2):

(...)

A mediados del mes de marzo de 1999 se terminaron las obras de protección sobre el margen derecho, zona el descanso, aguas abajo quebrada la Negra en el municipio de Útica – Cundinamarca: en esos días comenzaron las fuertes oleadas invernales.

Con las crecientes de la quebrada la Negra, se ha podido analizar que los gaviones están presentando fallas a nivel de su sistema constructivo, presentando posibilidades de volcamiento. Por tal motivo la comunidad se encuentra muy alarmada, puesto que una obra de hace dos (2) meses de terminada, con una gran inversión, no presenta garantías para la protección de nuestro municipio.

(...)

13.9. El gerente de la sociedad contratista, señaló al director de infraestructura de transporte de la gobernación de Cundinamarca (comunicación n.º 062/99 del 24 de mayo de 1999, f.26-27 c.2):

(...)

Acusamos recibo de su comunicación de fecha 20 de mayo de 1999, por medio de la cual se anexó un informe de la veeduría ciudadana sobre las obras realizadas en el contrato de la referencia. Al respecto, nos permitimos informarle:

- 1. Recibido el informe desplazamos un funcionario de la Empresa a verificar el estado de los muros.*
- 2. Las obras no han sufrido ningún tipo de deterioro que amenace su estabilidad.*
- 3. Debido a las crecientes que se han presentado por el fuerte*

¹⁸ En la cláusula décima segunda del contrato 046 de 1998, se señaló que el amparo de estabilidad de la obra, debía ser equivalente al 30% del valor final total de la obra, vigente por 5 años contados a partir de la fecha del acta de entrega y recibo final de la obra (f.95 c.2).

invierno, existen algunas zonas en las que ha existido arrastre de material en la pata del muro, lo cual ha dejado expuestos a la vista parte de los gaviones de la base, los cuales no eran revestidos (ver fotos anexas). (negrilla de la Sala)

Este contraste entre la zona revestida y la no revestida, seguramente es lo que causó preocupación en la comisión de Veeduría pero su efecto es solamente visual y no afecta en nada la estabilidad del muro. (negrilla de la Sala)

Resultaría recomendable a nivel de mantenimiento de las obras y en la medida que exista disponibilidad por parte de la alcaldía, de un equipo volver (sic) a cubrir estas zonas expuestas, para evitar que piedras u otros objetos arrastrados por el río vayan a romper una malla.

Aparte de ese efecto visual, los muros conservan su alineamiento, están totalmente plomados, no presentan cabeceos, han trabajado en forma muy satisfactoria y han cumplido con su objeto de evitar que en las crecientes la quebrada se meta al pueblo.

(...)

13.10. Alrededor de las obras ejecutadas en el marco del proyecto de estabilización geológica del municipio de Útica y el contrato n.º 046 de 1998, la Contraloría General -departamento de Cundinamarca-, realizó una visita el 10 de septiembre de 1999, de la que se derivaron las siguientes conclusiones y recomendaciones (f.230-249 c.2):

(...)

*Se presenta dentro del contrato un ítem de estudios de evaluación y diagnóstico por valor de **\$7.320.000**, la cual no se refleja en la forma cómo fueron construidos los gaviones, ya que por estabilidad no debieron ser diseñados en la forma como se construyeron. En la figura 1 se muestra un ejemplo de diseño típico para este tipo de obras para garantizar una mayor estabilidad de la estructura.*

*Adicionalmente, se presenta un **sobrecosto de \$15 273 748** con relación a los precios unitarios aprobados por la misma gobernación de Cundinamarca.*

*Por obra mal construida, el detrimento podría ascender a la suma de **\$99 414 423,75**, valor de las obras correspondientes al primer gavión, ya que con el diseño adoptado, no se garantiza la estabilidad, como se demostró ante la creciente ocurrida y las fallas presentadas inmediatamente después de su construcción, ya que tuvo que ser reparada la estructura. Adicionalmente, se presentan deficiencias en la (ilegible) de los materiales pétreos y en las mallas de confinamiento de las estructuras. En las fotografías 8 y 12 se aprecia la ausencia de base que sostenga la estructura contra el volcamiento.*

En los diagramas anexos se presenta el tipo de estructura que se debió construir para la estabilización de un cauce como el que nos

ocupa.

El diseño presentado por la gobernación, igualmente en el diagrama anexo, no garantiza la estabilidad, que la estructura presenta una mayor dimensión en altura que en ancho, lo que la hace inestable, ya que se trata de una estructura flexible, no resistente a la flexión y que tiene el riesgo de ser volcada con el solo empuje de los materiales saturados de la orilla, después de una creciente.

(...)

13.11. Sobre el particular, consta que el interventor del contrato objeto de controversia, señaló al supervisor del mismo, lo siguiente (comunicación del 11 de noviembre de 1999, f.22 y 190 c.2):

*Respecto a su solicitud, me permito informarle que **la falla ocasionada en el mes de junio del presente año en un tramo de gaviones construidos por la firma Obando y Mejía Ltda., bajo el contrato n.º 046 de 1998, obedeció a la socavación originada en el fuerte arrastre de la quebrada la Negra y en la consecuente falta de mantenimiento para evitar el incremento de la referida socavación y como consecuencia la desestabilización del muro por la falta de apoyo al erosionarse considerablemente el terreno de soporte.** (negrilla de la Sala)*

Sin embargo, me permito informarle que el muro de Gaviones fue reconstruido, tal como consta en el informe de la empresa Obando y Mejía Ltda. del 30-06-99, recibida por la Gobernación el 01-09-99. Es de anotar que la empresa contratista en comunicación de fecha 24 de mayo de 1999, hizo recomendaciones respecto al mantenimiento que se debía efectuar para evitar futuros daños en los muros, acciones que parece, no se efectuaron oportunamente.

(...)

13.12. El supervisor de la obra realizada con ocasión del contrato n.º 046 de 1998, indicó que aquella se adelantó con base en el estudio que hizo la sociedad Obando y Mejía Ingenieros Ltda., que a su vez fue recibido a satisfacción por el interventor (comunicación del 16 de noviembre de 1999, suscrita por el ingeniero Mauricio Delgadillo Díaz y dirigida a la secretaria jurídica de la gobernación de Cundinamarca, f.188-189 c.2).

13.13. La contratista, expresó al director de infraestructura de transporte de la gobernación de Cundinamarca, que debía adelantarse mantenimiento preventivo de la obra, consistente en “*dragado en el lecho y confinamiento de los muros a fin de permitir a la obra que trabaje en las mismas condiciones para las que fue prevista*” (comunicaciones del 29 de

diciembre de 1999 y 30 de marzo de 2000, f.31-35 c.2).

13.14. Para el 6 de abril de 2000, el supervisor del contrato n.º 046 de 1998, indicó a la directora de contratos de la dirección de infraestructura de la secretaría de obras públicas de la gobernación de Cundinamarca (comunicación de la referida fecha, suscrita por el ingeniero Mauricio Delgadillo Díaz, f.192,261 c.2):

(...)

Atendiendo a su solicitud, informo a Usted que en visita realizada al sitio objeto de las obras del contrato de la referencia, se verificó que los gaviones construidos presentaron volcamientos en longitud de 35 MTS junto un tramo de 60 ML que están en estado crítico y en cualquier momento fallarían, se hace necesaria la reconstrucción, cuyo costo asciende a \$36 816 870.00, según precios de la cartilla de precios de la secretaría de obras.

(...)

Cabe anotar que estas fallas presentadas se deben a la mala ubicación de las obras junto con la mala fundación de las mismas.

(...)

13.15. El 22 de junio de 2000, el secretario de obras públicas del departamento de Cundinamarca, expidió la resolución n.º 102, por medio de la cual, declaró la realización del siniestro de estabilidad de obra dentro del contrato n.º 046 de 1998 (copia del referido acto administrativo, f. 3-4 c.2):

(...)

Que el supervisor del contrato 046 de 1998, requirió en varias oportunidades al contratista y al interventor, con el fin de que se verificaran las fallas presentadas en el muro del gavión, por cuanto la alcaldía en su oportunidad había informado sobre las fallas recurrentes de las obras.

Que mediante escrito de fecha 19 de enero de 2000, dirigido al ingeniero Fabio Corredor Zamora, director del infraestructura y transporte de la secretaría de obras públicas, la aseguradora manifestó que el colapso de 20 metros lineales de muro de protección no era a su juicio consecuencia de un proceso constructivo o de mala calidad de la obra ejecutada o de sus materiales, sino de agentes exógenos y falta de mantenimiento, por lo cual no podía responsabilizarse al contratista.

(...)

Que una vez el oficio recibido (sic) del supervisor de fecha 9 de mayo

de 2000 manifiesta que¹⁹: “el muro en gavión falló nuevamente en un tramo de 35 metros y el resto del citado muro está a punto de colapsar, esto debido a que el diseño y construcción realizada por el contratista no es el adecuado para este tipo de situaciones, dado que su altura es mayor que su base y por tanto, esto representa alto riesgo de volcamiento. A los revestimientos en concreto, no se le dejaron ductos de desagüe para que el agua se desplace de la orilla hacia el cauce de la quebrada cuando no se presenten inundaciones y la mala ubicación del muro, la cual debe ser más cercana a la orilla y no reduciendo el cauce de la quebrada, por tal razón se hace necesario la demolición del mismo, realizar el rediseño, reubicación y construcción de un nuevo muro para evitar que en un futuro la estructura construida presente inestabilidad y no cumpla con el cometido para el cual fue construido. El costo de rediseño y construcción del muro en gavión y revestido en concreto, asciende a la suma de (sic) (\$107 589 515,67).

(...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el siniestro de incumplimiento de estabilidad de la obra del contrato n.º 046 de 1998, cuyo objeto es el levantamiento, diagnóstico y construcción de obras para la estabilización geológica del municipio de Útica.

ARTÍCULO SEGUNDO: Hacer efectiva la póliza n.º 0897763, en su amparo de estabilidad, expedida por la compañía aseguradora de Fianzas S.A., Confianza, el once de mayo de 1999 y, en consecuencia, ordenar a esta aseguradora, pagar al departamento, la suma de cincuenta y dos millones ciento cuarenta y seis mil ciento treinta y nueve pesos con sesenta y cinco centavos (\$52 146 139,65) M/Cte., dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Contra la presente resolución procede el recurso de reposición.

ARTÍCULO CUARTO: Notifíquese al contratista y a la compañía aseguradora de Fianzas S.A., “Confianza”, la presente resolución, en la forma prevista en el artículo 44 y siguientes del C.C.A.

13.16. La sociedad Obando y Mejía Ingenieros Ltda. y la compañía aseguradora de Fianzas S.A., Confianza, presentaron recurso de reposición contra la anterior decisión (copia de los recursos de reposición con la

¹⁹ La Sala advierte que el referido oficio se encuentra en el expediente, visible en los folios 253 y 254 del cuaderno n.º 2; está suscrito por el ingeniero Mauricio Delgadillo Díaz, en el que además señaló que “como la falla presentada en el muro del gavión se debe al mal diseño y construcción del mismo, teniendo en cuenta que la obra ya fue recibida por el departamento, se debe hacer efectiva la póliza de estabilidad.”

correspondiente constancia de recibido, f. 17-40, 41-142, c.2), que fue confirmada por las razones que a continuación se resaltan (copia de la resolución n.º 168 del 21 de diciembre de 2001, f. 11-16 c.2):

(...)

Es absurdo pretender, como lo hace la contratista y la aseguradora, que las fallas sean atribuibles a falta de mantenimiento, cuando una obra de esa magnitud entregada el 30 de marzo de 1999, presenta sus primeras fallas tan solo un mes después, como se reconoce por el propio contratista en oficio n.º 062/99 de mayo 24 de 1999, a menos de un mes de la entrega de la obra, se expresa sobre el estado de las obras:

“3. Debido a las crecientes que se han presentado por el fuerte invierno, existen algunas zonas en las que ha existido arrastre de material en la pata del muro lo cual ha dejado expuestos a la vista parte de los gaviones de la base, los cuales no eran revestidos.

Este contraste entre la zona revestida y la no revestida, seguramente es lo que causó preocupación en la comisión de Veeduría pero su efecto es solamente visual y no afecta en nada la estabilidad del muro”²⁰.

Sin embargo, unos días después, para el mes de junio, se pudo evidenciar que el efecto no era solo visual, sino que el muro en gavión falló y afectó la estabilidad de la obra, como lo reconoce el interventor en oficio de noviembre 11 de 1999²¹, dirigido al supervisor de contrato, en el que expresa:

“Respecto a su solicitud, me permito informarle que la falla ocasionada en el mes de junio del presente año en un tramo de gaviones contruidos por la firma Obando y Mejía Ltda., bajo el contrato n.º 046 de 1998, obedeció a la socavación originada en el fuerte arrastre de la quebrada la Negra y en la consecuente falta de mantenimiento para evitar el incremento de la referida socavación...”.

Pretende desviar, de algún modo su propia falla la inteventoria, quien aprobó los diseños, señalando como causa de la falla en la obra, la falta de mantenimiento, cuando apenas la misma, se dio un mes después del recibo de las obras, lo que desvirtúa, por sí sola, la inculpación del contratista y por el contrario, refuerza la existencia de fallas en el diseño y construcción de la obra, como lo concluyó el

²⁰ La referida comunicación se encuentra visible en los folios 26 y 27 del cuaderno n.º 2, suscrita por el gerente de la contratista y dirigida al director de infraestructura de la gobernación de Cundinamarca, en la que también indicó que “resultaría recomendable a nivel de mantenimiento de las obras y en la medida que exista disponibilidad por parte de la alcaldía, de un equipo, volver a cubrir estas zonas para evitar que piedras u otros objetos arrastrados por el río, vayan a romper una malla”.

²¹ En efecto, se reitera que el interventor del contrato remitió dicha nota, en la que también agregó que la consecuencia de la socavación fue la “desestabilización del muro por la falta de apoyo al erosionarse considerablemente el terreno de soporte” (supra párrafo 13.10.).

supervisor y la propia Contraloría General en los informes atrás citados.

Los anteriores escritos, evidencian las fallas en la ejecución de las obras, lo que no se desvirtúa con los argumentos de los recurrentes, por lo que el acto administrativo objeto de recurso será confirmado, como se dispondrá en la parte resolutive de esta resolución.

(...)

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar en todas sus partes la resolución 102 de junio de 2000, expedida por el secretario de Obras Públicas de Cundinamarca, por la cual se declaró el siniestro de incumplimiento de estabilidad de la obra ejecutada dentro del contrato n.º 046-98 suscrito entre el departamento de Cundinamarca y la firma OBANDO Y MEJÍA INGENIEROS LIMITADA, cuyo objeto es el levantamiento, diagnóstico y construcción de obras para la estabilización geológica del municipio de Útica.

ARTÍCULO SEGUNDO. Notifíquese personalmente al contratista y a la compañía de seguros.

ARTÍCULO TERCERO. Contra la presente providencia no procede recurso alguno y con la misma queda agotada la vía gubernativa.

IV. Problema jurídico

14. Corresponde a la Sala establecer, si en el presente caso, procede declarar la nulidad de las resoluciones n.º 102 del 22 de junio de 2000 y 168 del 21 de diciembre de 2000, por medio de las cuales, el secretario de obras públicas del departamento de Cundinamarca declaró la ocurrencia del siniestro e hizo efectiva la póliza n.º 0897763 de estabilidad de la obra, dentro del contrato n.º 046 de 1998.

14.1. En primer lugar, se determinará si la entidad ostentaba la competencia para el efecto, o si por el contrario es una posibilidad reservada solo para aquellos eventos en los que se declara la caducidad del contrato.

14.2. Una vez resuelto ese punto, si es del caso, se analizarán los argumentos correspondientes a la pretensión subsidiaria, esto es, los concernientes a los diseños y la obligación de mantenimiento preventivo,

en aras de esclarecer si los actos administrativos controvertidos, están viciados de nulidad por falsa motivación.

14.3. Finalmente, con base en lo anterior, se estudiará si se configuró una agravación del estado de riesgo, tal como lo indicó la aseguradora.

V. Análisis de la Sala

15. De la competencia de las entidades estatales para declarar la ocurrencia de un siniestro y hacer efectiva la garantía única de cumplimiento

15.1. La parte actora señaló que las resoluciones n.º 102 del 22 de junio de 2000 y 168 del 21 de diciembre de 2000, por medio de las cuales el departamento de Cundinamarca declaró la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra en el contrato n.º 046 de 1998, para hacer efectiva la póliza n.º 0897763, emitida el 11 de mayo de 1999 por la compañía aseguradora de Fianzas S.A., Confianza S.A., eran nulas porque la entidad no tenía la facultad para el efecto, dado que aquella estaba reservada a los eventos en los que la administración, hacía uso de su potestad exorbitante para declarar la caducidad del contrato, de modo que era una causal restrictiva de origen legal. Agregó que en el caso concreto, la gobernación debió acudir al procedimiento establecido en el estatuto comercial, en aras de hacer la correspondiente reclamación.

15.2. En ese sentido, en aras de una mayor ilustración, la Sala considera pertinente precisar que la cláusula de garantía de los contratos estatales ha sido prevista por las diferentes normas y estatutos que ha regido esa actividad de la administración, los cuales han determinado que las personas naturales o jurídicas que celebren contratos con el Estado, están en la obligación de prestar una garantía única que avale el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

15.3. Este requisito es obligatorio y de orden público, dado que constituye una herramienta para salvaguardar los fines de la contratación estatal tales como la satisfacción del interés general, al asegurar la ejecución del objeto del contrato, y el correcto uso del erario, al proteger al patrimonio del Estado del perjuicio que se derivaría de un eventual incumplimiento del contratista.

15.4. Su inclusión imperativa en el clausulado contractual ha sido prevista incluso desde el Decreto Ley 222 de 1983, en sus artículos 67 a 70 para luego ser incorporado a la Ley 80 de 1993 en sus artículos 25.19 y 60, así como en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, y puede consistir, aunque no de manera exclusiva, en pólizas expedidas por sociedades aseguradoras autorizadas para su funcionamiento en el país. Su vigencia depende de su naturaleza y lo fijado en los diferentes reglamentos, pero en cualquier caso, no puede ser inferior al plazo de ejecución y liquidación del contrato.

15.5. Si bien, en general se rige por lo previsto en el Código de Comercio, contrario a lo que señaló la parte actora, se trata de un contrato de seguro con elementos sustancialmente diferentes a los celebrados por particulares, especialmente en lo que tiene que ver con la reclamación ante la aseguradora, dado que la administración posee la potestad de proferir un acto administrativo debidamente motivado, mediante el cual declara la ocurrencia del siniestro amparado. En ese sentido, se destaca que, 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 seguro, como por el contratista, quienes también tiene la potestad de demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso Administrativo.

15.6. En efecto, una de las prerrogativas con las que cuenta la administración en el ejercicio de la actividad contractual es, precisamente, la de declarar por medio de un acto administrativo debidamente motivado

la ocurrencia del siniestro o de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, el de estabilidad de la obra y el de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados, los cuales, como se dijo, deben encontrarse asegurados por las garantías del contrato²².

15.7. En ese sentido, se tiene que la jurisprudencia de la Sección ha sostenido reiteradamente al respecto²³:

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, providencias del 29 de abril y 10 de junio de 2015, expedientes 27712 y 28592, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourth, respectivamente.

²³ La jurisprudencia de la Sección ha considerado que las entidades estatales cuentan con una facultad legal expresa para declarar el siniestro mediante un acto administrativo en aquellos eventos en los que se expiden garantías a su favor, con fundamento en lo dispuesto por los numerales 4 y 5 del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, que establece las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo, los cuales disponen: “Art. 68.- Prestarán mérito ejecutivo (...) siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos: (...) 4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de las entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad o la terminación según el caso. // 5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2005, expediente 13599, C.P. Alier E. Hernández Enríquez; sentencia del 22 de abril de 2009, expediente 14667, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia del 11 de julio de 2012, expediente 19519, Subsección A, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Por otra parte, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, establece que la declaratoria de caducidad, que debe efectuar la administración a través de un acto administrativo debidamente motivado, será constitutiva del siniestro de incumplimiento del contrato. Actualmente, el inciso 4 del artículo 7º de la Ley 1150 de 2007, establece 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” y el artículo 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto 1082 de 2015, dispone: “artículo 2.2.1.2.3.1.19. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así: // 1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro. // 2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro. // 3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.”. Por su parte, el CPACA, en su artículo 99, numeral 3, dispone: “Documentos que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado: (...) 3. Los contratos o los documentos en que constan sus garantías junto con el acto que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual.”

La Sala reitera el criterio que de años atrás ha consolidado en el sentido de que la Administración goza de la prerrogativa de declarar el siniestro derivado de la ejecución de los contratos estatales, de hacer efectiva la garantía que ha sido constituida a su favor, y en esta oportunidad precisa que tal prerrogativa conlleva la de cuantificar el perjuicio, aún después de la terminación del contrato, mediante la expedición de actos administrativos, los cuales están sujetos al control gubernativo y judicial, en consecuencia, podrán ser impugnados ante la propia Administración mediante la interposición de los recursos que la ley ha previsto para el efecto y por vía judicial mediante el ejercicio de la acción contractual.

(...) resulta claro que la Administración está investida de facultad para declarar directamente el siniestro ocurrido en relación con la ejecución del contrato estatal celebrado y hacer efectiva la garantía constituida a su favor, mediante la expedición de un acto administrativo, el cual deberá contener los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro y el monto o cuantía de la indemnización; acto que una vez ejecutoriado permitirá exigir a la compañía aseguradora el pago de dicha indemnización, así lo ha dispuesto la ley, decisión que está sujeta al control de legalidad, tanto por vía gubernativa como por vía jurisdiccional (las negrillas son del texto original)²⁴.

15.8. Esta conclusión, se reitera, se deriva de lo previsto en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, que en sus numerales 4 y 5 establece que las pólizas de seguro de las que la administración es beneficiaria prestan mérito ejecutivo junto con el acto administrativo que declara esa obligación –siempre que este se encuentre debidamente ejecutoriado-, lo cual implica la potestad de la entidad de declarar el siniestro, con la posibilidad de la aseguradora de oponerse solo mediante el uso de los recursos propios de la vía gubernativa y/o demandar la nulidad del acto judicialmente²⁵, sin que esté limitada a los eventos en los que se declara la caducidad del contrato, como lo aseguró la actora.

15.9. En ese sentido, se pone de presente que la garantía de estabilidad de la obra, despliega sus efectos una vez se ha finalizado el contrato, no durante su ejecución; con ella, se busca cubrir los perjuicios que se llegaren a presentar por causas imputables al contratista, esto es, el

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, expediente 14667, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2005, expediente 14583, C.P. Alier Hernández Enríquez.

deterioro de la obra en condiciones normales de uso y que no permitan la prestación del servicio para el cual se ejecutó.

15.10. Ahora bien. Sobre la naturaleza del seguro de cumplimiento, que es la especie a la que corresponden las pólizas contentivas de las garantías de los contratos estatales, la jurisprudencia también ha sostenido que se trata de una modalidad de los seguros de daño, respecto de los cuales “(...) es indispensable no solo demostrar la ocurrencia del siniestro sino determinar la cuantía del perjuicio ocasionado en el patrimonio del acreedor, elemento que es de su esencia para proceder a la indemnización, puesto que como quedó establecido, en los seguros de daño, no basta que haya ocurrido el siniestro sino que éste debe necesariamente haber causado un perjuicio al patrimonio, puesto que si no es así no se habrá producido daño alguno y en consecuencia no habría lugar a la correspondiente indemnización”²⁶.

15.11. Finalmente, es pertinente anotar que a partir de la expedición de la póliza de seguro como garantía del contrato estatal, surge una relación sustancial que une a la aseguradora y a la entidad estatal, conforme a la cual, se legitima a la primera en el proceso judicial en el que se ventila su obligación de pagar la indemnización pactada, previa determinación de la existencia o inexistencia del siniestro que la hace surgir.

15.12. En conclusión, la Sección Tercera ha indicado con meridiana claridad que en el marco de los contratos estatales, la administración tiene la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro amparado por una póliza mediante la expedición de un acto administrativo ejecutable ante la jurisdicción. Por lo tanto, la entidad estatal demandada contaba con la competencia para expedir el acto administrativo, en el que hizo efectivo el amparo contenido en la póliza otorgada por Confianza S.A.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, expediente 14667, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

16. De la falsa motivación de las resoluciones n.º 102 del 22 de junio de 2000 y 168 del 21 de diciembre de 2000

16.1. La parte actora solicitó como pretensión subsidiaria que se declarara la nulidad de las resoluciones n.º 102 del 22 de junio de 2000 y 168 del 21 de diciembre de 2000, con fundamento en una falsa motivación. Según su dicho, en el curso del contrato n.º 046 de 1998, no se estipuló una obligación contractual en cabeza de la contratista para el mantenimiento de las obras con posterioridad a su entrega, sumado a que aquellas fueron diseñadas de conformidad con la solución acordada por las partes y, finalmente, porque se advirtió a la contratante, que debía hacer un mantenimiento preventivo, razones para afirmar que el colapso no le era imputable.

16.2. En ese orden de ideas, se reitera, que el contrato n.º 046, fue suscrito por las partes el 19 de octubre de 1998, con un plazo de ejecución de 4 meses, que iniciaron el 2 de diciembre de 1998 y culminaron el 2 de abril de 1999, sin embargo, la obra fue entregada el 30 de marzo de 1999 (contrato de obra n.º 046 de 1998, acta n.º 1 de iniciación y Resolución n.º 168 de 1999, f. 92-98, 351-352, 9-16, c.2). Adicionalmente, consta en el expediente, que el contratista entregó los diseños al interventor para su aprobación, el 7 de enero de 1999 (ver supra pár.13.5).

16.3. Para el 15 de mayo siguiente, la veeduría ciudadana informó a la demandada, que las obras ejecutadas en virtud del contrato n.º 046 de 1998, presentaban fallas y eso significaba un riesgo para la población del municipio de Útica ante un eventual volcamiento (ver supra pár.13.7), situación respecto de la que el contratista, adujo que era un efecto visual y no afectaba la estabilidad del muro por ellos construido, razón por la que recomendó que se hiciera el mantenimiento de las obras (ver supra pár.13.8), encargo que reiteró el 29 de diciembre de 1999 y el 30 de marzo de 2000 (ver supra pár.13.12).

16.4. Los gaviones tuvieron que ser reconstruidos por la contratista el 30

de junio de 1999 y fueron recibidos por la gobernación el 1 de septiembre siguiente. Según el interventor del contrato, esa situación se derivó de una falla por la socavación originada en el arrastre de la quebrada La Negra y *“en la consecuente falta de mantenimiento para evitar el incremento de la referida socavación y como consecuencia (sic) la desestabilización del muro por la falta de apoyo al erosionarse considerablemente el terreno de soporte”* (ver supra pár.13.10).

17. De conformidad con lo anterior, la Sala advierte que si bien es cierto, no existe una estipulación contractual que determine la obligación de mantenimiento de las obras con posterioridad a su entrega y, que en principio, podría entenderse que la misma corresponde a su dueño o beneficiario, en este caso es evidente que entre la entrega y las fallas no transcurrió un tiempo, que siquiera se considere prudencial, para afirmar sin lugar a dudas, que el volcamiento de parte del muro de gaviones le es atribuible a la entidad demandada por la alegada omisión de mantenimiento preventivo.

18. En otros términos, resulta cuestionable respecto de la contratista, que se advirtiera la falla por parte de la veeduría ciudadana sin que hubieren transcurrido dos meses de la entrega y que unos días después, tuviera que ser reconstruido por la actora, de donde se puede afirmar, que la falla de los diseños fue inmediata y no supone la omisión de las actuaciones que le eran predicables a la administración, frente al mantenimiento de la misma, es decir, por el tiempo transcurrido entre la entrega y el colapso de la obra, no hubo tiempo para que la entidad emprendiera tal actividad.

19. Como sustento de lo anterior, se reitera que de conformidad con el dictamen pericial rendido en el curso del proceso, no logró dilucidarse si debía realizarse el mantenimiento preventivo a la obra y si dicha carga correspondía a la entidad o a la contratista, lo cierto es, que según los documentos que hacen parte de las pruebas recaudadas, puede

concluirse que la falla del gavión se produjo como consecuencia de falencias en el diseño.

19.1. En efecto, el auxiliar de la justicia, en el desarrollo del cuestionario propuesto por la parte actora, indicó (f.2-3 c.4):

4. Dadas las condiciones topográficas y de pendiente de la quebrada Negra, podía preverse, con mediana diligencia, una colmatación en la zona de dragado, ¿por qué?

Al analizar las preguntas anteriores se puede comprender que el cambio de nivel o pendiente de la quebrada la Negra en el sitio de las obras es muy pequeño, ya que las velocidades que se presentan en su cauce no son lo suficientemente altas para evitar la colmatación. Conviene aclarar que el fenómeno de la colmatación, se produce cuando los materiales suspendidos en el agua que circula por un cauce se depositan en el fondo y se presenta cuando la velocidad de las aguas permite, por su lentitud, el asentamiento de los mismos. Como ya se dijo esta condición no depende de la forma o sistema de construcción sino de la velocidad de circulación de las aguas y esta velocidad depende principalmente de la pendiente (o cambio de nivel por unidad de longitud) y, además de las condiciones de rugosidad de sus paredes y la forma geométrica del mismo.

*En el caso que nos interesa la pendiente no se puede modificar ya que es una condición topográfica y solo se puede modificar la velocidad, dentro de ciertos límites, por la forma del canal y por su rugosidad. Por lo expuesto anteriormente se concluye que, **como la velocidad de circulación se puede calcular con suficiente aproximación por las condiciones anteriores, sí se puede predecir la colmatación o sedimentación al realizarse el diseño de una obra como la que nos interesa.** (negrilla de la Sala)*

19.1.1. Ante la solicitud de aclaración para dicha pregunta, dijo que “*sí se puede predecir la posible colmatación de un cauce o canal a partir de las condiciones del mismo, como pendiente, forma y condiciones del material arrestado por la corriente*”.

19.2. Adicionalmente, como respuesta a la séptima pregunta indicó (f.3-4 c.4):

(...)

Aunque no lo pueda afirmar con certeza, las causas más probables de la falla de la obra fueron las siguientes:

- *La erosión causada por las aguas en la base del muro, que produjo la inestabilidad y volcamiento del mismo.*
- ***La anterior erosión se presentó a causa del desvío de las aguas del canal de dragado en curso del contrato, que se desvió a la base del muro.*** (negrilla de la sala)
- *El desvío y salida de su cauce de las aguas, que contradice lo explicado sobre la colmatación y que se explica (sic) por la modificación de las condiciones hidráulicas en caso de crecientes, **obedeció a un cambio de dirección del canal que dirigió las aguas contra la base del muro. Esta condición se podía prever y posiblemente evitar o mitigar en el momento de diseñar las obras.*** (negrilla de la sala)

19.2.1. Con ocasión de la solicitud de aclaración del dictamen, el auxiliar de la justicia señaló: *“las obras debieron diseñarse de manera que su estabilidad se mantuviera por un tiempo prudencial y la necesidad de mantenimiento se presentara a mayor plazo. Aclaro que las condiciones naturales como lluvias extraordinarias torrenciales o terremotos podrían hacer inútil cualquier previsión al respecto”* (f.6-7 c.4).

19.2.2. Al respecto, cabe anotar que en el expediente obran los índices de precipitación en la zona de ejecución del contrato para el periodo comprendido entre 1974 y 1998 (f.110 y 115 c.2), sin embargo, no se acreditó que para el año 1999, se presentaron *lluvias extraordinarias torrenciales* que hicieran inútiles las previsiones de los diseños del contratista.

20. Finalmente, cuando se cuestionó al perito sobre la afirmación conforme a la cual, en las resoluciones demandadas se afirmó que la inestabilidad de la obra obedeció a que el diseño y construcción no eran los adecuados porque *“la altura es mayor que su base y por tanto representa alto riesgo de volcamiento”*, manifestó (f.3 c4):

La afirmación (...) es cierta en el sentido de que la estabilidad de un cuerpo, en este caso el muro de contención, se reduce con la altura, pero a pesar de la realidad anterior, el diseño de un muro solo se puede juzgar al efectuar un análisis mecánico de las fuerzas que intervienen sobre el mismo en sus condiciones de trabajo.

20.1. Es pertinente señalar que el dictamen carece de ese análisis mecánico y que en la aclaración solicitada, adujo que *“de lo expuesto en el informe original se puede deducir que el diseño del muro, con su base de menor tamaño que la altura, puede ser correcto”* (f.3 c. 4).

21. De lo anterior se desprende que si bien no existe prueba técnica que permita establecer con seguridad, que el diseño y la construcción de la contratista, en el marco del contrato objeto de controversia, fue el adecuado, para la Sala es evidente, con fundamento en el análisis conjunto de los elementos materiales de prueba que reposan en el expediente, que la caída de una parte del muro de gaviones, es imputable a la contratista, quien podía prever la situación de inestabilidad ante las condiciones particulares de la quebrada la Negra. En Efecto, tales condiciones no le eran imprevisibles al contratista, toda vez que los pliegos de condiciones se fundamentaron en el proyecto de adecuación y revestimiento del talud *“aguas abajo quebrada negra zona el descanso del municipio de Útica”* ante el *“INMINENTE RIESGO DE INUNDACIÓN / AVALANCHA HACIA EL MUNICIPIO DADO EL ALTO GRADO DE SEDIMENTACIÓN DE MATERIAL EN LA QUEBRADA LA NEGRA, DEBIDO A LA CONFORMACIÓN DEL CAUCE DE LA MISMA, SIENDO ESTE DE FORMA ESCABROS”* (supra pár. 13.3.).

22. Ahora bien. No se desconoce que la parte actora indicó que en todo caso, la modificación a los diseños era el resultado del acuerdo de las partes del contrato y personas de la comunidad, así como que la falla se originó por la falta de mantenimiento. Sin embargo, los testimonios recaudados tampoco dan cuenta de esa situación.

22.1. En efecto. José Gabriel Linares Hernández, de quien se dijo en la demanda que como integrante de la comunidad del municipio de Útica²⁷,

²⁷ La Sala considera pertinente señalar, que en los generales de ley, el testigo se limitó a decir que era pensionado, razón por la cual, se desconocen las calidades profesionales de éste y en razón de qué, podría haber participado en las modificaciones de un contrato estatal, como lo afirmó el demandante.

participó “conjuntamente con las autoridades contractuales en el acuerdo que modificó el objeto del contrato para adecuar las disposiciones presupuestales a la verdadera situación de la crisis presentada en dicho municipio” (f.14 c.1), adujo en la declaración rendida lo siguiente (f. 175 -176 c.2):

(...) PREGUNTADO: Diga al despacho qué obras realizó la firma contratante (sic) o sea Obando y Mejía Ingenieros, en cumplimiento del contrato celebrado con la gobernación, contrato 046 CONTESTÓ: La obra que se construyó fue un muro en gavión a la margen derecha de la quebrada aguas abajo, en el sitio denominado el descanso. Ahí se hizo un dragado pero lo que no me consta fue si lo hicieron con la plata del mismo presupuesto del contrato en mención, si fue la misma constructora o no. PREGUNTADO: Diga al despacho si las obras realizadas, entre ellas, el muro de gavión, funcionaron correctamente para el fin propuesto, o el cumplimiento del objeto del contrato. CONTESTÓ: Sí, esa clase de obra funciona, y lo digo por la experiencia que yo tengo en un sinnúmero de obras del mismo tipo que se construyeron en el ferrocarril a la orilla del río negro, lo que de pronto pudo haber sucedido, es que el diseño no se ajustó a las condiciones de la quebrada La Negra, es decir, que de pronto hizo falta realizar un estudio más a fondo, relacionado con la obra que se iba a construir. PREGUNTADO: Diga al despacho si usted conoce de alguna modificación que se hiciera al objeto del contrato realizado entre la Gobernación de Cundinamarca y la firma Obando y Mejía Ingenieros y al valor del mismo. CONTESTÓ: Sobre esas modificaciones no tengo conocimiento si lo hicieron o no. PREGUNTADO: Diga al despacho si cumplido el contrato, el municipio, la gobernación o la firma contratante (sic), alguno de ellos se obligaba a hacer el mantenimiento de la obra. CONTESTÓ: Yo no sé si dentro del contrato, las partes, es decir, entre la gobernación de Cundinamarca y los ingenieros contratistas OBANDO Y MEJÍA, había alguna cláusula dentro del mismo contrato, donde alguna de las partes se obligaba a hacer el mantenimiento de dicha obra, o a la vez, ese mantenimiento se lo asignaban al municipio de Útica, pero hasta donde yo tengo conocimiento, es que el mantenimiento de las obras, estos siempre los hace el beneficiario, o sea, el municipio de Útica y no el contratista. (...)

22.2. Por su parte, el señor Rafael Mahecha Santibañez, integrante de la comunidad del municipio de Útica, de quien también se dijo en la demanda, participó en el acuerdo que modificó el objeto del contrato (f.14 c.1)²⁸, manifestó en su testimonio que trabajó en la quebrada La Negra, en

²⁸ El testigo se limitó a decir que se dedicaba a oficios varios, por lo que la Sala, tampoco tiene noción sobre sus calidades profesionales y en razón de qué, podría

la que la sociedad contratista realizó cuatro muros de gaviones, así como el dragado. Agregó que uno de los muros fue reconstruido por una creciente muy fuerte, el cual estaba revestido en concreto en la parte del frente y por encima. Aclaró que la sociedad hizo el dragado pero que “*todo el mundo sabe que a la quebrada no le sirve (sic) los gaviones*”. Además, que para la fecha en que rindió su declaración, aún servían tres de los cuatro gaviones, porque el que fue reconstruido se volvió a dañar, en consideración a que en ese punto, la quebrada le “*pega de frente*”. Sobre el acuerdo de las modificaciones a los diseños, señaló que no estaba seguro sobre el tema, pasando a creer que las mismas correspondieron a los trabajos adelantados para la reconstrucción. Finalmente, indicó que no le consta si la obra fue recibida a satisfacción y mencionó haber visto la retroexcavadora del municipio haciendo el mantenimiento (f. 177 -178 c.2).

22.3. El testigo Orlando Mahecha Rodríguez, quien fungió como alcalde municipal de Útica, para la época en la que se ejecutó el contrato n.º 046 de 1998, manifestó que no estuvo en la entrega de las obras, razón por la que no le consta que se recibieran a satisfacción, ni las modificaciones que se le pudieran haber hecho al objeto contractual. Indicó que el contrato fue dirigido de manera directa por el departamento, que la contratista construyó el gavión y realizó el dragado de la quebrada. Frente a los mantenimientos, recordó que se hizo uno por la contratista cuando se dañó el gavión y que no se le habían hecho más (f. 180-181 c.2).

22.4. El ingeniero Mauricio Delgadillo Díaz, supervisor del contrato n.º 046 de 1998, reiteró en su testimonio lo planteado en sus informes sobre las posibles causas de la falla, las cuales fueron acogidas por la entidad como fundamento de las resoluciones impugnadas. De igual forma, manifestó que la gobernación no asumió la obligación de mantenimiento de la obra, la cual debió diseñarse a largo plazo, por tratarse de una de estabilización (f.353-354 c. 2).

haber participado en las modificaciones de un contrato estatal, como lo afirmó el demandante.

23. Debe recordarse que conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la carga de la prueba corresponde a quien pretende demostrar los hechos fundamento de sus pretensiones planteadas y en el presente caso, la parte actora omitió su deber de aportar las pruebas que permitieran desvirtuar la legalidad de los actos administrativos cuestionados. Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, toda vez que en el caso bajo estudio, no se demostró que las fallas en las obras ejecutadas en el marco del contrato n.º 046 de 1998, obedecieron a la falta de mantenimiento preventivo como lo alegó la contratista, sino que por el contrario, se produjo por las falencias en los diseños y en la ejecución de las obras, en los que no se previeron las circunstancias particulares de la quebrada La Negra, lo que determinó que la solución acordada no fuera la indicada.

24. Ahora bien. Sin desconocer que los estudios y diseños de la contratista debían ser aprobados por la interventoría²⁹, como en efecto sucedió, esa circunstancia no determina por sí sola que la sociedad pueda exonerarse de las obligaciones contractuales contraídas, como lo entendió la actora, máxime, porque tampoco logró acreditar que la modificación que adujo efectuar ante la falta de presupuesto, se derivó de un acuerdo entre las partes, los representantes y habitantes del municipio y las autoridades departamentales encargadas de la ejecución, sino que por el contrario, obedecieron al desarrollo del objeto contractual que incluía la elaboración de los diseños.

25. Finalmente, en lo referente a la alegada agravación del estado del riesgo que argumentó la aseguradora, se advierte que la compañía tuvo conocimiento de la situación desde el 22 de diciembre de 1999 (comunicación del 19 de enero de 2000, suscrita por un asistente de la gerencia de ingeniería de la aseguradora, f. 215 c.2), sin embargo, se limitó a acoger las explicaciones de la sociedad, quien, se reitera, señaló que el colapso se

²⁹ Esta labor se realizó conforme a la orden de trabajo n.º GIV 39-98 del 11 de noviembre de 1998 (f.202-204 c.2).

dio por “agentes exógenos y falta de mantenimiento, por lo que no puede responsabilizarse a la contratista”.

26. En la misma línea en que se resolvieron los argumentos de falsa motivación, la Sala advierte que en el caso de la referencia, el volcamiento de parte de las obras ejecutadas en el contrato amparado, no se produjo por una falta de mantenimiento preventivo, sino porque en los estudios y diseños no se analizaron todas las particularidades de la quebrada La Negra, por lo que la solución adoptada, resultó ineficiente y, en consecuencia, no cumplió con un servicio a largo plazo.

27. Por lo tanto, también se desvirtúa que lo acontecido esté por fuera del amparo de estabilidad de la obra conforme a las condiciones generales³⁰, toda vez que la inestabilidad y posterior volcamiento, obedeció a la falencia de los diseños, imputable a la contratista.

28. En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, dado que ni la parte actora ni la aseguradora, lograron acreditar la ilegalidad de las resoluciones controvertidas.

V. Costas

29. 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.

³⁰ “(...) 1.5. **AMPARO ESTABILIDAD DE LA OBRA.** // EL AMPARO DE ESTABILIDAD DE LA OBRA CUBRE A LAS ENTIDADES ESTATALES CONTRATANTES DURANTE EL TIEMPO ESTIPULADO EN CONDICIONES NORMALES DE USO, CONTRA LOS DETERIOROS DE LA OBRA IMPUTABLES A LA CONTRATISTA, QUE IMPIDAN EL SERVICIO PARA EL CUAL SE EJECUTÓ. CUANDO SE TRATE DE EDIFICACIONES, LA ESTABILIDAD SE DETERMINARÁ DE ACUERDO CON EL ESTUDIO DE SUELOS, PLANOS, PROYECTOS, SEGURIDAD Y FIRMEZA DE LA ESTRUCTURA.” (f.12 c.3).

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,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 22 de diciembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Sala de la Subsección
(Impedido)

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado