



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 05001 23 31 000 2009 01508 01 (59310)
Actor: Consorcio Cobaco – Diconci – Concorpe – Gisaico
Demandada: Departamento de Antioquia
Acción: Controversia Contractual
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Solicita la parte actora que sea revocada la sentencia de primera instancia, al considerar que el Tribunal no valoró la totalidad de las pruebas aportadas al proceso.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 2 de febrero de 2017¹, en la que el Tribunal dispuso en primera instancia (se transcribe literalmente, incluso, con errores):

***“PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.*

***SEGUNDO:** Sin condena en costas.*

***TERCERO:** En firme esta providencia archívese el expediente”*

2. El anterior proveído resolvió la demanda presentada el 9 de noviembre de 2009² por el Consorcio Cobaco – Diconci – Concorpe – Gisaico³ (en adelante, el consorcio, el contratista o el demandante), en contra del Departamento de Antioquia (en adelante el Departamento, la entidad demandada o la contratante), con el objeto de que se declarara la nulidad del acto administrativo mediante el cual el

¹ Folios 3646 a 3663.

² Folios 2267 a 2344.

³ Conformado por Cobaco Ltda. – hoy S.A.-, Diconci Ltda. - en liquidación obligatoria-, Concorpe Ltda. – hoy S.A.- y Gisaico Ltda. – hoy S.A.-, quienes otorgaron poder para efectos del presente proceso.



Departamento declaró el siniestro e hizo efectivo el amparo de estabilidad⁴ de las obras objeto del Contrato No. 2000-CO-20-0286⁵, así como del acto que lo confirmó⁶.

Fundamentos de la demanda

3. En criterio del contratista, el Departamento valoró indebidamente el informe sobre el cual definió la configuración del siniestro, no le hizo conocer el segundo informe utilizado para tal fin y no realizó una estimación real de su cuantía; agregó que el acto administrativo se fundamentó en errores técnicos que evidencian la inexistencia de responsabilidad del consorcio frente a los daños que motivaron la decisión. Con base en ello, expuso los siguientes cargos:

(i) **Violación del debido proceso**, pues el Departamento no permitió la contradicción del “*Estudio y evaluación del sistema de drenaje en la vía Pajarito-San Pedro de los Milagros*” elaborado por A.I.M, en el que se sustentó la declaratoria del siniestro, vulnerando con ello lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.

(ii) **Falsa motivación por error de hecho**, en la medida que se presentó:

a) *Un error técnico de interpretación de las pruebas en que se sustentaron los actos administrativos*, asociado con las causas reales de los daños que presentó la carretera objeto del contrato, ya que los informes que sirvieron de fundamento para la decisión (principalmente el estudio patológico de la vía realizado por A.I.M), determinaron que las causas de los problemas presentados en la vía correspondieron a fallas geológicas, inconvenientes con los diseños e indebido mantenimiento de la vía, causas todas ajenas a la responsabilidad del contratista⁷. Agregó que los inconvenientes que se presentaron con los materiales y los filtros para el manejo de aguas tampoco le podían ser atribuidos, ya que durante la ejecución del contrato fueron modificadas las especificaciones técnicas de los materiales por la contratante, y a pesar de que el contratista advirtió de dicha anormalidad, ello no fue tenido en cuenta por la Interventoría y la entidad⁸, sin considerar, además, que la interventoría ordenó no construir algunos filtros por falta de presupuesto.

⁴ Resolución No. 17428 del 29 de septiembre de 2008.

⁵ Cuyo objeto era la ampliación, rectificación y pavimentación de la vía Pajarito-San Pedro de los Milagros y Anillo Vial Occidental la Unión-Ovejas - La cuchilla – Pantanillo - El Tambo (en adelante, la vía), por un valor de \$31.799'658.997 y un plazo de ejecución de 24 meses.

⁶ Resolución No. 02494 de 31 de diciembre de 2008.

⁷ Afirmó que el acto administrativo no determinó de manera concreta las causas de las fallas de estabilidad presentadas en la obra, ni las causas determinantes de la responsabilidad del contratista; simplemente hizo referencia al estudio entregado por A.I.M., pero de la lectura de ese informe, se pudo constatar que las causas que habían generado los daños a la vía no eran imputables al consorcio.

⁸ Anotó que el consorcio no es responsable de que se hayan utilizado para la construcción de la subrasante materiales de alto grado de humedad, con plasticidad fuera de la norma y con un porcentaje que pasa el tamiz No. 200, y que por ende, no cumplían las especificaciones, ya que hay evidencia de que el consorcio informó al interventor sobre dicha situación, frente a lo cual, la interventoría afirmó la necesidad de utilizarlos porque a su criterio eran adecuados y tolerables; con ello, la interventoría modificó los materiales a ser utilizados y generó que la capacidad de soporte de los suelos de la subrasante no se pudiera garantizar por la vida útil prevista.



b) *Error técnico de interpretación del presupuesto en el que se sustentó el valor para declarar el siniestro*, toda vez que en aclaración rendida por la misma firma A.I.M para el contratista, después de elaborar el estudio patológico para el Departamento, ese consultor explicó que en este último no se tuvo en cuenta la discriminación del presupuesto para determinar el valor del siniestro, ya que debían descontarse las actividades que no le correspondían al contratista, actuación que el Departamento omitió en su momento⁹. Según el demandante, este nuevo informe de aclaración elaborado para el consorcio por A.I.M, también acredita los errores técnicos antes referidos.

Contestación de la demanda

4. El Departamento contestó la demanda¹⁰ para oponerse a la prosperidad de las pretensiones. Como fundamento de su oposición, propuso las siguientes excepciones:

(i) *Legalidad de los actos administrativos expedidos por el departamento de Antioquia por estar ajustados al ordenamiento jurídico*, aduciendo que los actos administrativos fueron debidamente motivados y estuvieron sustentados en los daños que presentó la vía menos de un (1) año después de haberse puesto en funcionamiento, así como en el análisis de los estudios realizados para determinar el origen de las fallas y los resultados arrojados. Sobre el particular advirtió que:

a) El contratista reconoció inicialmente su responsabilidad sobre los daños al haber adelantado obras de reparación por una suma de \$450.000.000, no obstante lo cual, éstas no superaron los problemas presentados, los cuales además fueron aumentando. Si bien se advirtieron problemas geológicos y de mantenimiento, la responsabilidad del consorcio se determinó por el incumplimiento de las especificaciones técnicas de construcción, que conllevaron a deformaciones por la alta plasticidad de las capas granulares y la baja compactación de éstas, así como por las deficiencias de densidad y los defectos de construcción, que permitieron que se colara el agua al estrato granular e incluso a la subrasante.

b) Los informes elaborados por los consultores del Departamento, el último de ellos realizado por A.I.M., determinan con claridad que las fallas de la vía obedecieron a la mala calidad de los materiales empleados, a los defectos constructivos y a la deficiencia en las obras de drenaje y subdrenaje encargadas al demandante¹¹.

⁹ Destacó que la estimación del siniestro careció de justificación en los actos demandados, pues a pesar de que el Departamento fundamentó su decisión en el estudio emitido por A.I.M, el consorcio solicitó una aclaración de la suma definida para la reparación de la vía (por \$7.239.438.961), sobre lo cual, esa sociedad aclaró que el presupuesto estimado necesario para rehabilitar los daños existentes era de \$2.146.508.646, al cual se le debía descontar el valor correspondiente a las inestabilidades geológicas – geotécnicas (que no le correspondían al constructor) de \$1.423'449.741, razón por la que el valor estimado necesario para rehabilitar los daños existentes era la suma de \$178.071.422.

¹⁰ Folios 2365 a 2396.

¹¹ Destacó que la carpeta asfáltica presentaba una deficiencia generalizada a nivel funcional y estructural, además, se encontraron falencias en la calidad del material granular empleado en la construcción; los filtros que



c) La sociedad A.I.M., en el informe de aclaración que realizó posteriormente al consorcio, cambió de manera inexplicable las conclusiones planteadas en el estudio entregado al Departamento, lo cual denota una contradicción bajo argumentos que no corresponden a la realidad, así como la intención de la sociedad A.I.M de defender al consorcio.

d) Los diseños no fueron los que dieron origen a las fallas presentadas en la vía, pues de ser así, éstas se habrían presentado de manera generalizada, lo que no sucedió en el caso concreto; como más del cincuenta por ciento de la vía se encontraba en buenas condiciones, se evidencia que se trató de procedimientos inadecuados de construcción.

(ii) *Inexistencia de los vicios endilgados a los actos administrativos demandados*, con fundamento en que no existió violación al debido proceso, ni la falsa motivación que alega el demandante, en la medida que:

a) Los actos están debidamente motivados y sustentados, pues expresamente indican que la vía presentaba fallas y defectos que comprometían seriamente su estabilidad, deficiencias que fueron descritas de manera detallada y que se sustentaron en el estudio y evaluación patológica de la condición de la estructura del pavimento realizado por A.I.M. Además, en el numeral 14 de la resolución se expusieron de manera clara las razones por las cuales era necesario proceder a la declaratoria del siniestro y hacer efectiva la póliza que cubre el riesgo de estabilidad.

b) El siniestro no se declaró por el valor total calculado de toda la obra pública y fue debidamente tasado, valorado o estimado; éste se determinó con base en el costo de las reparaciones, bajo un estimado de las actividades a realizar, conforme al estudio elaborado por A.I.M. para el Departamento. La cita del informe de aclaración elaborado después por A.I.M para el consorcio, es equivocada y desconoce el estudio que para efectos de determinar el valor del siniestro hizo esa misma sociedad inicialmente de forma soportada.

c) El consorcio no puede argumentar que desconocía el contenido del “*Estudio y evaluación del sistema de drenaje en la vía Pajarito- San Pedro de los Milagros*” elaborado por A.I.M, como alcance al estudio de patología de la vía elaborado para el Departamento, ya que para la presentación del recurso de reposición, el consorcio contrató a esa misma empresa con el fin de que lo apoyara en la presentación del recurso, lo que permite concluir que conocía la totalidad de los estudios presentados ellos al Departamento, especialmente, cuando en el recurso de reposición el consorcio se refirió al estudio inicial y a su complementación.

(iii) *Caducidad de la acción*, aduciendo que el hecho de que las partes hubieren suscrito el acta de liquidación del contrato significa que, salvo la anotación dejada por el Consorcio en el acápite de observaciones (de carácter económico), hay un acuerdo entre las partes que no puede desconocerse. Aclaró que la salvedad

se construyeron no cumplieron con las calidades y especificaciones técnicas exigidas y los rellenos sobre éstos permitieron que la base y subbase se saturara, generando comportamientos elásticos.



plasmada por el contratista en el acta no cumple los presupuestos que la jurisprudencia ha definido como necesarios para su validez, toda vez que no definió cifras concretas, ni definió de manera clara alguna inconformidad.

Alegatos en primera instancia

5. Surtido el debate probatorio¹², en proveído del 19 de agosto de 2015¹³ el a quo corrió el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto; etapa procesal en la cual el Ministerio Público guardó silencio y las partes presentaron sus alegatos así:

(i) El apoderado de la parte demandada¹⁴ reafirmó las excepciones y argumentos iniciales concluyendo que el demandante no cumplió con la carga procesal para desvirtuar la legalidad de los actos administrativos atacados, ni demostró que el Departamento hubiere actuado de mala fe, en forma equivocada, de manera deficiente o con desviación de poder en su expedición.

(ii) La parte demandante¹⁵ hizo especial énfasis en que el Departamento debía probar la responsabilidad del contratista, esto es, los hechos que justificaban la afectación de la garantía de calidad y estabilidad de las obras, pero no lo hizo. Explicó que el estudio de patología en el que se soportó la decisión solo permitía examinar el estado actual de la carretera, pero no determinar si la obra ejecutada falló por vicios de calidad. Agregó que, de acuerdo con el dictamen pericial rendido en el proceso, el Departamento debía realizar un análisis adicional al estudio de A.I.M para determinar la responsabilidad del consorcio, actuación que fue omitida por la entidad demandada.

Explicó que el Departamento debía acreditar no solo la existencia de los daños en la construcción, sino también que éstos eran atribuibles al Consorcio contratista. Por lo anterior, insistió en la carencia de soporte de los actos, ya que cuantificó el siniestro con el presupuesto general de la obra, pero desconoció la cuantía de los

¹² Mediante auto de apertura de pruebas del 1 de marzo de 2011 (cuaderno 3.2 folio 3397) se decretaron como pruebas documentales las aportadas con la demanda y contestación; se programó la fecha para la práctica de las pruebas testimoniales solicitadas por las partes, y se designó el perito técnico solicitado por las partes para que rindiera el dictamen que obra en el cuaderno No. 4 (folio 3539 a 3605). No se aceptó la práctica de la inspección judicial solicitada por la parte demandada y se libraron los oficios solicitados por las partes con el fin de obtener copia de los documentos del proceso administrativo de declaratoria del siniestro (los cuales se encuentran en respuesta que obra en la carpeta 3.2 (folio 3441 a 3477); comunicaciones surtidas durante la ejecución del contrato de obra 2000-CO-20-0286; solicitud al COPNIA para que rindiera concepto sobre la conducta de A.I.M Ltda. por haber emitido concepto para las dos partes del proceso (cuaderno 3.2. folio 3398 a 3399). Revisado el expediente se pudo constatar que a folios 3404 y 3405 del cuaderno 3.2., obra la respuesta emitida por COPNIA en la que informó que no son competentes para pronunciarse sobre las conductas profesionales de personas jurídicas como es el caso de A.I.M Ltda. La diligencia de testimonios se llevó a cabo el 31 de mayo de 2012 (cuaderno 3.2 folio 3433) a los testigos Alexander Gómez Sánchez (cuaderno 3.2. folio 3425), Carlos Alberto Benavides (cuaderno 3.2. folio 3422 a 3424), Jhon Gustavo Alba Robayo (cuaderno 3.2 folio 3430 a 3433), Gloria Jenny de Fátima Mejía (cuaderno 3.2 folio 3434 a 3436), Franc Montoya Callejas (cuaderno 3.2 folio 3437 a 3440), Eduardo Vélez Velásquez (cuaderno 3.2 folio 3487 a 3488), Eduardo Vélez Toto (cuaderno 3.2 folio 3489 a 3491), Edir Amparo Graciano Gómez (cuaderno 3.2. folio 3493 a 3496) y Jaime Armando Echeverría (cuaderno 3.2. Folio 3498 y 3499)

¹³ Folio 3616

¹⁴ Folios 3617 a 3618.

¹⁵ Folios 3619 a 3633.



daños realmente imputables a la parte demandante. En esa medida, los actos deben ser declarados nulos por cuanto el Departamento no motivó la cuantificación del daño ni demostró la existencia del nexo causal entre éste y las obligaciones a cargo del contratista.

Fundamentos de la sentencia de primera instancia

6. El fallo recurrido¹⁶ se pronunció sobre la caducidad de la acción y concluyó que a la fecha de presentación de la demanda, no había operado, como quiera que fue interpuesta dentro de los dos (2) años siguientes a la expedición del acto administrativo que hizo efectiva la garantía de calidad y estabilidad; adicionalmente, negó las pretensiones con fundamento en lo siguiente:

(i) Los actos administrativos demandados gozan de una presunción de legalidad que puede ser impugnada en sede administrativa y judicial, tanto por quien expidió el seguro, como por el contratista.

(ii) La garantía de estabilidad de la obra ampara un riesgo que trasciende más allá del simple incumplimiento¹⁷, pues comprende la calidad de los equipos o de los suministros, entre otros. Este amparo se ha entendido como de carácter post contractual, en tanto los riesgos que se pretenden proteger subsisten con posterioridad a la terminación y liquidación del contrato, debido a que los defectos de los bienes o servicios pueden surgir con posterioridad a la entrega de la obra.

(iii) Las pruebas aportadas al proceso evidencian que el proyecto vial a cargo del consorcio, presentó serias dificultades luego de que la obra fuera recibida a satisfacción y el contrato liquidado. En el acta de liquidación se advirtieron algunas fallas en el pavimento con expresa constancia de que las mismas eran imputables al contratista, subsistiendo obligaciones a su cargo por su reparación, sin perjuicio de los vicios o defectos dentro del periodo de garantía en virtud del riesgo asegurado.

(iv) La obra entregada por el contratista no cumplió con lo contratado ni esperado por el Departamento, tal como se evidencia en los estudios contratados por ambas partes, donde se determinaron las causas de las deficiencias y fallas presentadas con posterioridad a la entrega de la obra, así como en el control de advertencia efectuado por la Contraloría General de Antioquia.

(v) Los distintos testimonios rendidos en el curso del proceso constatan que las dificultades presentadas en 9 Km de los 24 construidos, obedecieron a distintos orígenes, como fallas geológicas, falta de mantenimiento, problemas en los filtros, deficiencia en la calidad de los materiales utilizados y en defectuosos procesos constructivos. Teniendo cada tramo de vía unas particularidades específicas, el hecho de haberse atribuido a diferentes circunstancias los daños, ello no implica que no fueren de responsabilidad del contratista, ya que están debidamente

¹⁶ Folios 3646 a 3663.

¹⁷ Para dicho efecto se sustentó en la sentencia C-154/96



demostradas las deficiencias presentadas en la calidad de los materiales utilizados y el incumplimiento de las especificaciones técnicas de construcción.

(vi) Los problemas presentados con los filtros no son atribuibles a la interventoría ni al Departamento por las órdenes y directrices emanadas, ya que esas instrucciones no eximían al contratista de ninguna de las responsabilidades que le asisten en relación con la estabilidad de la obra, obligación consagrada en el numeral 4.3 del pliego de condiciones, así: *"Será de estricta responsabilidad del contratista durante el desarrollo del contrato la protección y estabilidad de las obras ejecutadas hasta su recibo definitivo y así mismo, hasta la duración de las garantías establecidas en el contrato"*.

(vii) La declaratoria de siniestro obedeció a temas asociados con los asuntos exigibles al contratista, y no a aspectos asociados con las fallas geológicas, circunstancia que se encontraba por fuera del riesgo amparado y no hizo parte de las reparaciones. Tampoco se probó que los daños obedecieran a fallas de los diseños iniciales, ya que, si bien se practicó un testimonio para esclarecer dicho aspecto, no fueron suficientes los argumentos del testigo para llegar a esa conclusión, especialmente considerando que su dicho se fundamentó únicamente en la información aportada por la parte demandante. Además, los testimonios rendidos por los constructores que repararon la vía con ocasión de la declaratoria de siniestro indican que, durante tales actividades, fue posible determinar que no se encontraron problemas de diseño, pues al contrario, bajo éstos mismos diseños culminaron su intervención con resultados óptimos.

(viii) Desestimó el contenido del dictamen pericial practicado debido a que el estudio no resultó coincidente con otras pruebas arrimadas al proceso a las cuales se les otorgó mayor credibilidad, especialmente, porque en el dictamen se reconoce que las fallas fueron estudiadas a partir del informe aclaratorio realizado por A.I.M a solicitud del consorcio, dejando de lado el estudio de patología de la vía realizado por la misma firma para el Departamento (el cual fue el sustento para la declaratoria de siniestro). Además, sus conclusiones no fueron técnicas y se determinaron aspectos ajenos a la competencia del auxiliar de justicia. En esa medida, el cargo de falsa motivación de los actos por error de hecho no se encuentra probado.

(ix) No existió la vulneración al debido proceso alegada, pues está probado que: (a) al contratista se le dio a conocer el estudio inicial de A.I.M, y el alcance al estudio que alega no se le dio a conocer, fue un complemento en el que se amplió la información del primero, por lo que no se considera que se haya presentado una vulneración al derecho de defensa del demandante, pues con el alcance no se modificó, ni agravó la responsabilidad del consorcio, sino que se ratificó lo inicialmente previsto; (b) está probado que el consorcio contrató a la firma que emitió dicho informe para que lo apoyara en la presentación del recurso de reposición frente a la declaratoria del siniestro, y en dicho recurso se refirió de manera expresa al alcance alegado, lo que permite concluir que conocía su contenido.

(x) El cargo formulado frente a la estimación de la cuantía por la cual se declaró el siniestro no se acreditó, toda vez que no se allegaron pruebas que permitan



determinar que el valor fuera diferente, de hecho, en la prueba pericial no se solicitó desvirtuar esa cifra, manteniéndose por tanto la presunción de legalidad. Sobre este particular, el informe aclaratorio realizado por A.I.M para el contratista es insuficiente, al representar únicamente la posición de la demandante sobre el asunto.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

7. El apoderado de la parte demandante solicitó que se revoque en su totalidad¹⁸ la sentencia de primera instancia con fundamento en que, en su concepto:

(i) La presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión de la ejecución contractual no puede operar en circunstancias en las que el estado es el responsable de planear, suministrar la fuente de materiales, tomar decisiones técnicas en la ejecución de las obras, y en general, cuando es copartícipe de la ejecución del contrato.

(ii) La entidad demandada omitió probar en sede administrativa, así como en el proceso -asunto que resalta-, el nexo causal, y por ende la configuración del siniestro, toda vez que el Departamento tuvo como fundamento para ello el estudio de patología de A.I.M., pero el Tribunal no tuvo en cuenta que:

a) En dicho informe se determinó el estado actual de la vía, más no las responsabilidades de las partes del contrato; A.I.M aclaró que ese estudio no tenía como objetivo fundamentar las razones técnicas de un contrato, o servir de apoyo para la toma de la decisión de declarar el siniestro, y mucho menos, determinar la responsabilidad de quienes ejecutaron el negocio jurídico, por lo que solo tenían a cargo estudiar el estado de la carretera. Además, A.I.M, no conocía los diseños iniciales, ni contaba con los documentos que dan cuenta de la ejecución del contrato, razón por la que desconocía cuales eran las condiciones técnicas exigidas para los diseños.

b) El informe, así como el propio Tribunal, concluyen que fueron varias las causas ajenas a la responsabilidad del contratista que generaron los daños en la vía, como fallas geológicas, indebido mantenimiento y problemas con los diseños, los materiales y los filtros. Advirtió que no se le puede hacer responsable de: unos materiales que, a pesar de haber advertido que no cumplían las especificaciones, fue instruido a utilizarlos; unos filtros que construyó en los sitios que se le ordenó y con las especificaciones vigentes al momento de celebrar el contrato; unos filtros no construidos por falta de presupuesto de la entidad contratante; fallas en el diseño y falta de mantenimiento, ambos de competencia del Departamento.

(iii) La entidad demandada omitió probar, tanto en sede administrativa como en el proceso, la cuantía del siniestro, toda vez que ésta fue tomada de la valoración

¹⁸ Folios 3666 a 3751.



efectuada por A.I.M en el estudio de patología de la vía, desconociendo el Tribunal que:

a) El valor definido en dicho estudio corresponde al costo de reconstruir en su totalidad la vía, y no los 9 km que debían repararse, lo que no constituye una prueba de la cuantía del siniestro que se pretende imputar al contratista.

b) En ese estudio no se descontaron las actividades que no eran responsabilidad del contratista, como las fallas geológicas, los problemas de diseños, los materiales y los filtros.

(iv) Indicó que estas omisiones del Tribunal *a quo*, se suscitaron porque no valoró, o apreció inadecuadamente las pruebas, en tanto y en cuanto:

a) Se ignoraron las pruebas donde se acredita que los daños en la vía tuvieron origen en problemas de diseño, los cuales estaban a cargo del Departamento; particularmente, el estudio elaborado por la firma EVALTEC S.A. en el año 2005, el informe de aclaración realizado por A.I.M para el consorcio, así como las declaraciones de Alexander Gómez¹⁹ y Carlos Alberto Benavides²⁰.

b) Se incurrió en error en la evaluación de los testimonios de las personas que trabajaron en las reparaciones efectuadas con posterioridad a la declaratoria del siniestro, particularmente, la declaración del señor John Gustavo Alba Robayo; aseguró que no debió darle relevancia, pues a pesar de que hizo aseveraciones respecto a las causas de los daños, no tenía claridad de aspectos relevantes para hacer ese tipo de pronunciamientos, pues afirmó desconocer los diseños y otros aspectos del contrato.

c) No se valoró la correspondencia cruzada²¹, donde se evidencia que la construcción de los filtros y los materiales a ser utilizados no correspondía a una decisión del contratista, sino exclusivamente de la interventoría y la entidad contratante; en este sentido, la sentencia pasó por alto los documentos aportados al proceso en los que era posible constatar que la interventoría tomó dio

¹⁹ Como sustento de esa afirmación refirió que el recurrente que el Tribunal se equivocó al haber desestimado el testimonio del ingeniero Alexander Gómez (quien dirigió el estudio de patología) por haber hecho alusión a un problema de diseño en la carretera, sin haber realizado una evaluación técnica, decisión que a criterio del actor fue desproporcionada e injusta, ya que en la declaración se deja claridad que la única causa que pudo generar los inconvenientes presentados en la carretera fue una deficiencia en los diseños, ya que los demás asuntos que pudieren llevar a esos inconvenientes tuvieron que haber estado previamente revisados y avalados por el interventor, durante la ejecución del contrato.

²⁰ Consideró que la conclusión a la que llegó el testigo de que el problema de la carretera era de diseño, no se trató de una conclusión a la que se llegó por descarte, sino que llegó a ella porque durante la ejecución del contrato se debían cumplir unos procedimientos de calidad, y como fueron declarados como satisfactorios al momento del pago, es lógico suponer que los materiales fueron los autorizados y que cumplieron las especificaciones pactadas.

²¹ Para dicho efecto se refirió a los oficios remitidos por la Universidad Nacional en su condición de interventora, en los que se dieron directrices relacionadas con la construcción de los filtros y los materiales a utilizar. Especialmente, refirió a las siguientes comunicaciones: JR-041 del 17 de julio de 2001, JR-049 del 27 de julio de 2001, P-O-82 del 7 de septiembre de 2001, JR-212 del 6 de mayo de 2002, JR-241 del 25 de junio de 2002, P-O-250 del 8 de julio de 2002, JR-252 del 9 de julio de 2002, P-O-250 del 8 de julio de 2002, P-O-272 del 14 de agosto de 2002.



instrucciones en relación con los filtros -dejando de construir unos- y con los materiales que no cumplían las especificaciones técnicas.

(v) Finalmente, indicó que el dictamen pericial debió aceptarse por el Tribunal, toda vez que se basó en la información que reposaba en el expediente, en tanto no era posible realizar una inspección física de las obras al momento de su elaboración -pues la vía se había recuperado-; además, no se encontró que en el dictamen pericial se haya invadido la órbita del juzgador, toda vez que lo que hizo fue responder con claridad técnica las cuestiones que le habían sido consultadas. En consecuencia, aseguró, no es de recibo que el Tribunal manifieste que hay otras pruebas más relevantes, ya que desvirtuaría la razón misma para la cual se decretó el dictamen pericial.

Trámite en segunda instancia

8. El recurso de apelación fue admitido por esta Corporación el 14 de junio de 2017²². El 2 de agosto de 2017 se corrió traslado²³ a las partes para que alegaran de conclusión y para que, una vez concluido el término mencionado, se dejara a disposición del Ministerio Público para que rindiera concepto.

9. Las partes y el Ministerio público guardaron silencio²⁴.

Régimen aplicable

10. Considerando que la demanda se instauró ante esta jurisdicción en el año 2009, se rige por lo prescrito en el CCA²⁵.

Objeto de la apelación

11. De forma preliminar estima la Sala necesario indicar que, en lo que refiere a la obligación del constructor a responder por la estabilidad de la obra contratada, esta Subsección²⁶ ha reiterado que el contrato de obra lleva implícita una carga principal en cabeza del contratista, que constituye a su vez la asunción de un riesgo elemental, consistente en asumir y sanear los vicios que den lugar a la pérdida de estabilidad de la obra construida.

12. Esta obligación en cabeza del constructor -o ejecutor- tiene origen en el artículo 2060, numerales 3 y 4 del Código Civil²⁷, en el artículo 5º de la Ley 80 de

²² Folio 3756.

²³ Folio 3758.

²⁴ Folio 3759.

²⁵ Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

²⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 20 de febrero de 2020. C.P. María Adriana Marín. Exp. 25000232600020061957-01 (43766).

²⁷ "Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes (...): 3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario (...). 4. El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del



1993²⁸, así como en la naturaleza misma del contrato de obra, negocio jurídico que entraña una obligación de resultado consistente en entregar una obra estable y capaz de brindar el servicio para el cual fue concebida, de manera que evidenciada la ausencia de estabilidad, y por ende, acaecido el riesgo asumido por el contratista ejecutor, éste debe subsanar las fallas que la obra presente después de su entrega y que afecten o impidan su uso, o, demostrar un eximente de responsabilidad. En este sentido, la jurisprudencia²⁹ de esta Sección ha explicado respecto de la responsabilidad del contratista ejecutor frente a la estabilidad y calidad de la obra, que:

(i) Resulta exigible con prescindencia de cualquier consideración sobre la culpa o diligencia del contratista, ya que, habiéndose probado que el daño se originó por la existencia de vicios de la construcción, de los materiales o del suelo –que el contratista debió conocer-, las fallas de la obra le son imputables³⁰.

(ii) Al tratarse de una obligación de resultado, verificada la existencia de fallas que amenacen seriamente o impidan la correcta utilización de la obra construida, y, por ende, acaecido el riesgo asumido por el contratista, éste tiene la carga de probar que los daños no le son imputables.

(iii) Es una obligación accesoria y distinta de las obligaciones principales o específicas del negocio jurídico, de manera que al exigirse su cumplimiento, no se cuestiona si las obligaciones del contrato fueron satisfechas -o no- en la forma y tiempo debidos; lo que está en discusión es el incumplimiento de una prestación accesoria, posterior a la extinción de aquéllas, es decir, se trata de una obligación postcontractual.

13. Entonces, bajo el análisis de la obligación del contratista ejecutor frente a la estabilidad de la obra, no se analiza si el constructor obró con culpa o sin ella, o si los daños evidenciados fueron resultado del deficiente cumplimiento de las prestaciones acordadas, o si se le atribuyen obligaciones que no se hallaban pactadas en el contrato, pues el simple resultado dañoso, esto es, la ruina de la construcción, habla por sí misma –res ipsa loquitur-, revelando que el resultado que se debía garantizar no se cumplió; en consecuencia, ratificando lo expuesto por esta Corporación, en el análisis de la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de garantizar la estabilidad de la obra, *“la única forma de destruir la*

arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone. En esa medida, la obligación en cabeza del contratista, de responder por los vicios que den origen a la ruina de la obra, va implícita en el contrato respectivo, máxime si en este se le exige al ejecutor garantizar la estabilidad de lo construido”.

²⁸ Conforme al cual, para la realización de los fines de la contratación pública, los contratistas *“Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad, y además, “Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello”.*

²⁹ Al respecto puede verse: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de julio de 2016. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 85001-23-31-000-2002-00362-01 (35763); Subsección B. Sentencia del 28 de abril de 2021. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Exp. 25000232600020070014501 (53.667).

³⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de julio de 2016. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 85001-23-31-000-2002-00362-01(35763).



*relación de causalidad entre el hecho imputable y el daño es a través de la aducción de una causa extraña, siempre que la naturaleza del fenómeno lo permita*³¹.

14. Por su parte, el artículo 25, numeral 19 de la Ley 80 de 1993, establecía que el contratista debía prestar garantía única para avalar el cumplimiento de sus obligaciones, garantía consistente en “*pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias*”³². En el mismo sentido, el artículo 17 del Decreto 679 de 1994, también vigente para la fecha de celebración y ejecución del contrato, incluyó como riesgo objeto de amparo de la garantía única el de estabilidad de la obra³³, cuyas condiciones deben determinarse en cada caso con sujeción a los términos del contrato.

15. Ahora, constituida la garantía de estabilidad a través de la figura de la póliza de seguros -como acaeció en el caso concreto-, debe traerse a colación que, según se ha indicado por esta Corporación en diversas oportunidades:

(i) Aunque por virtud del seguro, el riesgo derivado del eventual incumplimiento de garantizar la estabilidad de la obra se traslada al asegurador, ello no supone el traslado de la responsabilidad que le corresponde al contratista sobre el particular.

(ii) El amparo de estabilidad de la obra no está destinado a cubrir cualquier clase de defecto, desperfecto o afectación que presenten las obras con posterioridad a su entrega y recibo a satisfacción por parte de la entidad, requiriéndose, para su efectividad, que los daños surgidos sean de tal magnitud que amenacen seriamente su correcta utilización o la impidan, y deben obedecer, además, a circunstancias imputables al contratista³⁴.

(iii) Las entidades estatales tienen la potestad de declarar, mediante acto administrativo, los siniestros que se cubren con las pólizas de seguros que los contratistas constituyen para amparar los riesgos que corren con ocasión de la ejecución del contrato, incluyendo el relativo a la estabilidad de la obra; este acto goza de los atributos de presunción de legalidad y ejecutividad -emanados del poder público-. En consecuencia, el acto que declara el siniestro de estabilidad de la obra se entiende ajustado al ordenamiento jurídico, pues el legislador da por cierto que cumple con los elementos de validez que justifican su origen y, por ello, está llamado a desencadenar sus efectos. En consecuencia, una vez en firme la declaratoria del siniestro, cualquier inconformidad del contratista -o asegurador- deberá ser planteada ante el juez contencioso administrativo, teniendo la carga de desvirtuar la

³¹ Ibidem.

³² Texto original del artículo vigente para la fecha de celebración y ejecución del contrato.

³³ El amparo de estabilidad de la obra tiene por objeto la cobertura de los riesgos que soporta la entidad contratante en aquellos eventos en los que con posterioridad a la terminación y entrega a satisfacción de la construcción o edificación, se presenten graves deterioros que por causa de un vicio oculto no se podían advertir con anterioridad, e impidan su normal utilización. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 2 de agosto de 2018, Exp. 37317; ver también Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 20 de febrero de 2020. C.P. María Adriana Marín. Exp. 25000232600020061957-01 (43766).

³⁴ Entre otras pueden verse: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 2 de agosto de 2018, Exp. 37.317; y Subsección B, Sentencia de 26 de agosto de 2019, Exp. 44.170.



presunción de legalidad que cobija al acto, cuyo estudio oficioso está vedado para el juez³⁵.

(iv) El ejercicio de la potestad antes indicada no excluye la exigencia contenida en el artículo 1077 del Código de Comercio, conforme al cual, corresponde “*al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida*”. Sin embargo, esta exigencia se torna diferente al tratarse de garantías de cumplimiento constituidas en favor de entidades públicas, pues en tal caso, conforme a la potestad ya indicada, la entidad estatal no discute ante la compañía aseguradora la existencia del siniestro y el monto del perjuicio, sino que expide un acto administrativo unilateral donde los determina y declara; en otras palabras, el acto administrativo es la prueba de la realización del riesgo, por lo que corresponde a un verdadero privilegio para la administración, ya que le basta su propia decisión fundamentada, que como se explicó, goza de la presunción de legalidad³⁶.

16. En consecuencia, la Sala descartará los argumentos del demandante tendientes a afirmar alguna suerte de inoperancia de la presunción de legalidad frente a los actos demandados, con fundamento en lo cual afirmó ampliamente durante el proceso que era la entidad territorial demandada quien debía probar la legalidad de su acto³⁷; contrapuesto a lo pretendido por la parte activa, los actos administrativos expedidos con ocasión de la actividad contractual no se presumen ilegales cuando la administración es “copartícipe” en la ejecución del negocio jurídico, afirmación que desconoce la obligación implícita de colaboración entre las partes para la obtención de una finalidad pública que caracteriza al contrato estatal, así como el deber de hacerlo bajo los postulados de la buena fe³⁸.

17. Se observa, por tanto, que en el caso concreto y para hallar favorables sus pretensiones, le correspondía al demandante la carga de desvirtuar la presunción de legalidad que cobija a los actos demandados bajo los cargos de nulidad aducidos en la demanda; además, dado que lo impugnado por el contratista es su responsabilidad frente a la obligación de garantizar la estabilidad de la obra que ejecutó, debía acreditar una circunstancia que lo exima de esa responsabilidad.

18. Conforme a lo expuesto, la Sala observa el problema jurídico en el presente asunto, se circunscribe a establecer si las pruebas aducidas por la demandante en el recurso de alzada resultaban suficientes para determinar la nulidad de los actos demandados, al ser obviadas o indebidamente valoradas por el Tribunal *a quo*. Este análisis, además, deberá hacerse bajo el cargo de falsa motivación aducido en el libelo introductor y con base en los supuestos fácticos que le sirvieron de sustento, consistentes, en esencia, en que las fallas en la vía no le eran imputables y que la entidad omitió valorar o valoró indebidamente el siniestro.

³⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 5 de diciembre de 2016. M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

³⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 2001. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 25000-23-26-000-1993-8948-01 (12724).

³⁷ En sus alegatos de conclusión, por ejemplo, indica que “*la postura del Departamento en este proceso no fue aportar verdaderos medios de prueba que demostraran los supuestos que debía tener el acto administrativo...*” Folio 3633.

³⁸ Ley 80 de 1993, artículos 3º y 5º, numeral 2.



19. Finalmente, se advierte que como fundamento de la decisión recurrida el Tribunal *a quo* determinó que: (i) la declaratoria de siniestro no obedeció a aspectos asociados con las fallas geológicas³⁹, aspecto que se encontraba por fuera del riesgo amparado, y que como indicaron los testimonios de quienes efectuaron las reparaciones, no hizo parte de éstas⁴⁰; y (ii) no se presentó una violación al debido proceso por el aducido desconocimiento del “*Estudio y evaluación del sistema de drenaje en la vía Pajarito- San Pedro de los Milagros*”, toda vez que el contratista en efecto lo conoció. Como frente a estos puntos la parte actora no sustentó reparo o motivo de inconformidad⁴¹, y por cuanto las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso condicionan la competencia del juez que conoce del mismo, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre el particular al tratarse de un tema del fallo de primer grado que fue aceptado por el apelante único⁴².

Caso concreto

20. En el recurso de apelación el demandante afirmó que el Tribunal omitió valorar las pruebas donde se acreditaba que las fallas en la vía no le eran imputables, así como la indebida o desproporcionada determinación de la cuantía del siniestro; estos argumentos los utilizó para fundamentar el cargo de falsa motivación de las resoluciones demandadas.

21. Sobre el vicio de falsa motivación, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴³ ha explicado que se configura cuando las razones invocadas en los fundamentos del acto administrativo son contrarias a la realidad, esto es, cuando se expresan los motivos de la decisión -total o parcialmente- pero los argumentos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de tres eventos: (i) porque los motivos determinantes de la decisión se basaron en hechos que no estaban debidamente acreditados; (ii) cuando habiéndose probado unos hechos,

³⁹ Concluyó el Tribunal: “...es preciso destacar que la garantía no cubrió las dificultades producto de las fallas geológicas que tanto opone el consorcio en esta demanda, por lo que no serán objeto de discusión al encontrarse por fuera del riesgo amparado, como pudo apreciarse de los distintos medios de convicción”.

⁴⁰ En este sentido el testigo Jaime Armando Echevarría, ingeniero civil que participó en la recuperación de la vía, explicó que para tal fin “se analizaron dos informes técnicos de EVALTEC y A.I.M, estudios que fueron comprobados por CONCYPA (...) en estos estudios se encontró deficiencia en la calidad de los materiales utilizados y gran variedad de los espesores construidos (...) independientemente de las fallas geológicas, que no eran parte de la intervención.”

⁴¹ Si bien el demandante afirma genéricamente, ratificando lo indicado en la demanda, que no estaba a su cargo el riesgo geológico, no presentó argumento alguno tendiente a desvirtuar las conclusiones del *a quo*, en el sentido de que los daños geológicos no hicieron parte del siniestro y las consecuentes reparaciones.

⁴² Esta Subsección de manera reiterada ha sostenido que, a través del recurso de apelación, se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial -en este caso la que contiene una sentencia-, de manera que corresponde al apelante confrontar los argumentos que el juez de primera instancia tuvo en cuenta para adoptar su decisión con sus propias reflexiones, para efectos de solicitarle al juez *ad quem* que decida sobre los puntos o aspectos que se debaten en la segunda instancia. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de enero de 2011, Exp. 20955. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; reiterada por esta Subsección, entre otras, en sentencias del 5 de febrero de 2021, Exp. 51371. C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez; del 5 de marzo de 2021, Exp. 64163 y del 7 de diciembre de 2021, Exp. 65962.

⁴³ Ver: Sección Segunda. Sentencia de 23 de junio de 2011, Exp. 16090, CP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; Subsección. A. Sentencia del 17 de marzo de 2016. Exp. 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12); sentencia del 19 de marzo de 2020. C.P. William Hernández Gómez. Exp. 52001-23-33-000-2015-00155-01(3093-16):



éstos no son tenidos en consideración, aunque habrían podido llevar a tomar una decisión sustancialmente distinta; y, (iii) por apreciación errónea de los hechos, de suerte que estando acreditado que ocurrieron, no tienen el alcance o los efectos que les da el acto administrativo acusado.

22. Así mismo, esta Sección⁴⁴ ha explicado que la motivación del acto administrativo mediante el cual se declara la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra, debe estar encaminada: (i) a identificar y cuantificar los deterioros de la obra y, (ii) a establecer que los daños de la obra son imputables al contratista; en este sentido, si la garantía pretende exigirse a través de la expedición de un acto administrativo, en tal acto la entidad pública contratante debe cumplir con la acreditación de ambos supuestos, pues, aun cuando se admita que tiene competencia para proferirlo -asunto no discutido en el presente asunto-, ello no la releva de demostrar en la expedición del acto lo que exige la ley comercial para el surgimiento de la obligación de pago por la realización del riesgo asegurado.

23. Por ende, en lo que respecta a los actos acusados, una causal de falsa motivación podría estar relacionada con la indebida valoración de los supuestos que dan lugar a que surja la obligación de garantía del contratista frente a la estabilidad de la obra, al comprobarse, por ejemplo, que no le eran imputables los problemas de estabilidad de lo construido, o que éstos fueron indebida, desproporcionada o arbitrariamente tasados.

24. Teniendo como marco lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda encaminadas a declarar la nulidad de los actos acusados. Esta decisión se adoptará porque está acreditado en el proceso que el Departamento sí determinó de manera concreta y sustentada las causas de las fallas de estabilidad presentadas en la obra, su cuantía y la responsabilidad del contratista; por su parte, la parte actora no cumplió con la carga de desvirtuar la presunción de legalidad de los actos que se demandan, pues las pruebas aducidas bajo los argumentos que sustentan el recurso de apelación, no conducen a establecer que los fundamentos que determinaron la decisión estuvieren falsamente motivados, como tampoco un eximente de responsabilidad frente a su obligación de garantía frente a la vía construida.

25. Frente a esto último, se precisa que las causales exonerativas son aquellas que impiden imputar el daño⁴⁵, haciendo en consecuencia improcedente la declaratoria de responsabilidad, por ejemplo, porque es inexistente el nexo de causalidad (como en el hecho del tercero como causa exclusiva), o cuando quien

⁴⁴ Subsección C, sentencia del 28 de febrero de 2020. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Exp. 25000-23-26-000-2010-00512-01 (46852).

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, Exp. 17145. “Así pues, aunque constituye prácticamente una cláusula de estilo en la jurisprudencia contencioso administrativa el sostener que la configuración, en un caso concreto, de alguna de las denominadas “causales eximentes de responsabilidad” -fuerza mayor, caso fortuito y hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima- conduce a la ruptura o a la interrupción del nexo o de la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el resultado dañino, en estricto rigor y en consonancia con todo cuanto se ha explicado, lo que realmente sucede cuando se evidencia en el plenario la concurrencia y acreditación de una de tales circunstancias es la interrupción o, más exactamente, la exclusión de la posibilidad de atribuir jurídicamente la responsabilidad de reparar el daño a la entidad demandada, es decir, la operatividad en un supuesto concreto de alguna de las referidas ‘eximentes de responsabilidad’ no destruye la tantas veces mencionada relación de causalidad, sino la imputación”.



se estima responsable en efecto causó el daño, pero llevado o coaccionado por un hecho externo, imprevisible e irresistible. De esta forma, las causales exonerativas pueden excluir totalmente de responsabilidad al contratista ejecutor frente a su obligación de garantizar la estabilidad de la obra, cuando la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho del tercero y/o el hecho de la víctima puedan ser consideradas como la causa única, exclusiva y determinante del daño.

La motivación de los actos acusados

26. Indicó el demandante que el estudio de patología de la vía elaborado por A.I.M para el departamento -insumo principal de la decisión cuestionada- solo tenía por objeto estudiar el estado de la carretera, de manera que no tuvo por finalidad fundamentar las razones técnicas de un contrato, servir de apoyo para tomar la decisión de declarar el siniestro, y mucho menos, determinar la responsabilidad de quienes ejecutaron el negocio jurídico, resultaba insuficiente para determinar la configuración del siniestro y su cuantía.

27. De la lectura del estudio de patología de la vía indicado (IA 043/07)⁴⁶, así como del contrato que lo originó, se observa lo siguiente:

(i) La firma A.I.M fue contratada por el Departamento para la elaboración de un “estudio y evaluación patológica de la condición actual de la estructura del pavimento en la vía”⁴⁷; para tal fin, dicha firma se obligó a realizar, mediante personal idóneo y bajo la supervisión de un profesional especializado en patología de pavimentos, el reconocimiento de la vía, la verificación de los espesores y especificaciones técnicas de los componentes de la estructura de la vía pavimentada, el levantamiento e identificación de los sitios que presentaban daños, así como un diagnóstico geológico, geotécnico y patológico para determinar las causas de los problemas, definiendo la solución para cada caso, y presentando “los presupuestos de obra correspondientes, indicando la descripción de cada ítem, unidad, cantidad, precio unitario, valor parcial y valor total”⁴⁸.

(ii) En la elaboración de dicho estudio⁴⁹, entre otros, se realizó una evaluación de ahuellamiento y daños en la vía, se definió la distribución de los daños, se cuantificaron y clasificaron los deterioros del pavimento, se hizo una exploración de campo de los materiales que conformaban la estructura del pavimento, se practicaron extracción de núcleo, ensayos de laboratorio, evaluaciones de deflectometría y análisis del refuerzo estructural. La metodología y los resultados de estos procedimientos fueron claramente explicados en el estudio, acompañados de sendos anexos que incluían: a) el inventario de sitios con necesidad de drenaje; b) el inventario de sitios inestables; c) los resultados de la evaluación; d) el registro de daños - Metodología VIZIR; e) los resultados de la clasificación y caracterización de los materiales que conforman la estructura del pavimento; e) los ensayos de

⁴⁶ Folio 812 y siguientes.

⁴⁷ Folio 804.

⁴⁸ Folio 805.

⁴⁹ Tal como se relaciona a folios 814 y 815, y se encuentra desarrollado en el estudio y sus anexos.



laboratorio; f) un registro fotográfico; y g) la relación de las cantidades de obra y el presupuesto para efectuar las reparaciones.

(iii) Como principales causas de las fallas encontradas en la vía, el estudio elaborado arrojó que:

a) Se encontró “una deficiencia constructiva muy generalizada a lo largo del proyecto, la cual consiste en que el respaldo de las cunetas no se llenó con un material que permitiera conducir la escorrentía superficial, hasta la cuneta, por lo que el respaldo de esta actúa de contención, generando zonas de empozamiento que terminan infiltrándose dentro de la estructura del pavimento”⁵⁰.

b) Se explicó que “se presenta una deficiencia generalizada de las capas que conforman el pavimento”, que “La capa que se encuentra debajo de la carpeta asfáltica no cumple como base granular y en algunos caso ni como subbase”, además de lo cual, “La capa de rodadura existente presenta algunos problemas que están asociados a su colocación o fabricación, como es el caso de segregación”; se advirtió también que “Los porcentajes de compactación son muy bajos, y no cumplen con las exigencias constructivas, en ninguna de las muestras evaluadas”⁵¹.

c) A modo de conclusión, se explicó que “[d]ebido a la deficiencia generalizada que presenta la carpeta asfáltica, tanto a nivel funcional, como estructural, sumado esto con las deficiencias encontradas en la calidad del material granular empleado en la construcción, nos permitimos advertir a la secretaria de infraestructura física de la Gobernación de Antioquia, la necesidad de intervenir de forma inmediata la vía, con el ánimo de evitar cuantiosas intervenciones futuras; de igual forma, las exploraciones, ensayos de campo y laboratorio realizados en desarrollo del presente estudio, concluyen que en las muestras evaluadas de material granular correspondientes a la capa de base granular, esta no cumple con las características exigidas a un material de este tipo, en ningún sector de la vía...”⁵².

d) En el anexo denominado “CANTIDADES DE OBRA Y PRESUPUESTO”, se incluyó, conforme al objeto del contrato suscrito con el Departamento, la descripción, unidad, cantidad, precio unitario y valor parcial de las obras necesarias para acometer las soluciones propuestas frente a las fallas encontradas; se observa que en dicho presupuesto no se incluyeron, entre otros, actividades relacionadas con derrumbes, conformaciones de banca, explanaciones de taludes o actividades de mantenimiento (limpieza, rocería, revegetalización)⁵³.

28. Este informe le permitió a la entidad demandada concluir, a toda vista de forma fundada, que “[c]onsiderando las deficiencias generalizadas que presenta la estructura de la vía, tanto a nivel funcional como estructural, sumado a las deficiencias en la calidad de los materiales utilizados en la ejecución del proyecto, en donde no se cumplieron las especificaciones técnicas de construcción, se hace

⁵⁰ Folio 862, incluido reverso.

⁵¹ Folio 863 reverso y 864.

⁵² Folio 865.

⁵³ Folios 1100 y 1101.



*necesario proceder mediante Acto Administrativo motivado la declaratoria de Siniestro y hacer efectiva la Póliza que cubre el riesgo de Estabilidad*⁵⁴.

29. En consecuencia, revisado con detenimiento el estudio de patología de la vía que sirvió como sustento de los actos administrativos, se observa que en éste se establecieron con claridad los daños de la obra, sus causas, así como el costo de su reparación, estudio que sin duda permitía a la entidad contratante concluir que el deterioro de la obra era imputable al contratista. Adicionalmente, se observa que el estudio referido fue el producto de un análisis objetivo de lo encontrado en la vía para el momento de los hechos, y que sus conclusiones, son el resultado de precisos y numerosos ensayos de campo como parte de sus anexos.

30. Por tanto y en primera medida, la Sala encuentra que, a diferencia de lo aducido por la parte recurrente, el estudio de patología de la vía que sirvió para sustentar la decisión contenida en los actos acusados:

(I) No concluyó, bajo ninguna interpretación, que las causas de los daños fueran ajenas a la responsabilidad del consorcio contratista; se resalta que aunque lo contrario es afirmado por la parte actora, simultánea y contradictoriamente, también afirma que el informe no era adecuado para definir la responsabilidad de las partes;

(II) En todo caso, lo cierto es que el estudio sí permite establecer la relación de causalidad entre lo hecho por el contratista y la causa de las fallas, causa que no se identificó bajo algún tipo de circunstancia extraña o irresistible, sino todo lo contrario, se atribuyó principalmente a *“una deficiencia constructiva muy generalizada a lo largo del proyecto”*.

(III) Si bien no tenía por finalidad definir la responsabilidad de las partes del contrato, fundamentar las razones técnicas de un negocio jurídico, o determinar la responsabilidad de quienes ejecutaron el contrato, su objeto consistía en identificar los daños de la vía y sus causas, concluyendo que las fallas en la vía obedecieron a circunstancias propias de la construcción, imputables al contratista, evidenciada entre otros, en *“una deficiencia generalizada de las capas que conforman el pavimento”*.

(IV) Aunque A.I.M. podía no contar con los diseños iniciales, como lo indica el demandante para fundar su posición, lo cierto es que ello no era necesario para efectos de establecer, a partir de un análisis *in situ* de las obras con expertos en patología vial, la toma de muestras y la realización de ensayos -como en efecto se hizo-, que los daños tuvieron origen en el proceso constructivo.

(V) En conclusión, no acierta el actor al pretender fundar una falsa motivación del acto alegando que el estudio de patología de la vía -que le sirvió de sustento- no fue contratado y elaborado para determinar el cumplimiento -o no- de las obligaciones contractuales de las partes, pues lo elemental en este escenario, como se ha expuesto, es que dicho informe permitiera establecer el acaecimiento del

⁵⁴ Oficio 519191 del 26 de agosto de 2008, folios 1651 y 1652.



riesgo asumido por el contratista frente a la estabilidad de la obra, obligación de carácter postcontractual, distinta a las principales del negocio jurídico. La Sala encuentra que esto se cumplió por la entidad demandada, por cuanto el estudio de A.I.M permitía establecer, a partir de sendos ensayos y estudios debidamente acreditados, los deterioros de la obra, que éstos amenazaban su correcta utilización, así como la cuantía de los daños y su imputabilidad al contratista. Por tanto, no hay duda de que, a diferencia de lo afirmado por el consorcio demandante, en los actos demandados se determinó de manera concreta y sustentada las causas de las fallas de estabilidad presentadas en la obra, su cuantía y la responsabilidad del contratista.

La parte actora no probó alguna causa extraña que le exonerara de responder por las fallas en la vía

31. El demandante indicó que se probó que fueron varias las causas que generaron los daños en la vía, y que muchas de ellas eran ajenas a su responsabilidad, evidenciando que el acto fue falsamente motivado; específicamente, indicó que no le eran imputables los daños causados por:

- (i) Fallos en los diseños, en tanto fueron elaborados por la entidad.
- (ii) Deficiencias en los materiales, pues pese advertir que no cumplían las especificaciones, fue instruido por la interventoría a utilizarlos.
- (iii) Problemas en los filtros para el manejo de aguas, en tanto la entidad instruyó no construir algunos por falta de presupuesto.
- (iv) Falta de mantenimiento, actividad que era responsabilidad de la entidad.

32. En lo referente a los problemas en los diseños y la deficiencias en los materiales utilizados para la construcción, en primera medida, la correspondencia remitida por el contratista con posterioridad a la terminación del contrato y a la entrega de las obras⁵⁵, indica que salvo alusiones a problemas geológicos⁵⁶, el contratista aceptó su responsabilidad frente a los fallos encontrados procediendo a realizar reparaciones, las cuales, finalmente, no fueron suficientes para superar las falencias en la vía. En este sentido:

- (i) Una vez requerido el contratista al advertirse fallas en la vía, éste procedió a realizar diversas reparaciones que informó mediante oficios CEA014-06 del 26 de enero de 2006⁵⁷, CEA067-06 del 18 de abril de 2006⁵⁸ y CEA106-07 del 3 de agosto

⁵⁵ ACTA DE RECIBO DE OBRA del 17 de diciembre de 2003 (folio 773).

⁵⁶ V.gr, en oficio del 19 de septiembre de 2006, sin consecutivo (folio 1611). También puede verse el oficio 256-0385 del 7 de noviembre de 2007 (folio 1648), donde se indicó: *A pesar de los trabajos de recuperación del pavimento así como los reemplazos en la estructura del pavimento que se han realizado por garantía en el sector, como se muestra en el registro fotográfico, este lugar sigue mostrando hundimientos y asentamientos debidos a problemas geológicos que afronta este tramo y el cual continuamente muestra desplazamientos que afectan la estructura del pavimento como se demuestra con el registro fotográfico.*

⁵⁷ Folio 1585.

⁵⁸ Folio 1592.



de 2007⁵⁹; de hecho, mediante oficio CEA135-07 del 25 de septiembre de 2007 ofreció “...*disculpas por no haber podido cumplir con el cronograma presentado con anterioridad. Lo anterior se debió a que dichas reparaciones involucran a terceros que tienen adquiridos compromisos con anterioridad*”⁶⁰.

(ii) La existencia de fallas en la vía con posterioridad a su entrega, así como el hecho de que debían ser atendidas por el contratista, fue también reiterada y consignada en el acta de liquidación del contrato⁶¹, donde se indicó, sin salvedad sobre el particular del ahora demandante, “*que algunas fallas en el pavimento de la obra son imputables al contratista, tales como las presentadas en los siguientes sectores: K1+720 - K1+735, K2+410 - K2+460, K3+220 - K3+230, K8+150 - K8+170, K21+500- K21+600, por lo tanto deben ser reparadas por él (...) Una vez realizados los trabajos de reparación, la Administración realizará el pago del saldo adeudado al contratista, siempre y cuando estas reparaciones sean recibidas a satisfacción por el Departamento*”.

(iii) Mediante oficio CEA163-07 del 6 de noviembre de 2007⁶², el consorcio fue nuevamente enfático en indicar que las únicos problemas en la vía ajenos a su responsabilidad eran las fallas geológicas⁶³, reconociendo incluso que “*[e]n el resto de la vía aunque reconocemos que pudieron existir algunas fallas en el proceso constructivo y en las reparaciones realizadas, esperamos en época de verano hacer las correcciones respectivas*”. Adicionalmente, aun cuando la actual posición de la demandante es que los materiales no cumplían las especificaciones, lo advirtió, pero la interventoría le ordenó utilizarlos, contradictoriamente, en esta comunicación afirmaba que contaba “*con la evidencia o soportes de calidad con relación a los materiales utilizados como base granular y los registros de densidad de campo para toda la longitud de la vía*”.

(iv) La contradicción antes indicada es reiterada en los argumentos del demandante, quien algunas veces afirma que en tanto fueron recibidos y pagados por la entidad, se debe suponer que los materiales cumplieron las especificaciones pactadas, mientras que en otras, afirma que los problemas en los materiales si existieron, pero que ello es imputable a la entidad en tanto lo advirtió, pero se le instruyó utilizarlos.

33. Una vez que la entidad informó al contratista la determinación de proceder a la declaratoria del siniestro, en atención a que las reparaciones realizadas por el contratista fueron insuficientes, el consorcio contrató a la firma A.I.M, quien conocía el desarrollo del contrato, la vía⁶⁴ y había efectuado el estudio patológico para el

⁵⁹ Folio 1597.

⁶⁰ Folio 1599. También pueden verse el oficio CEA162-07 del 30 de octubre de 2007 (folio 1600).

⁶¹ ACTA DE LIQUIDACIÓN FINAL DE CONTRATO del 6 de marzo de 2006 (folio 775).

⁶² Folios 1633 y 1634

⁶³ “*Solicitamos de la manera más respetuosa considerar los argumentos expuestos para que no se haga responsable al Consorcio constructor de la totalidad de los daños presentados en la vía. En términos generales en todo este sector se evidencia constante deformación de la rasante, presencia de aguas, problemas de tipo geológico y movimiento lento de masas que requieren de un tipo de solución más profunda*”.

⁶⁴ Oficio JR – 212 del 6 de mayo de 2002 del contratista (folio 1937). *El pasado 30 de abril tuvimos una reunión con el Ingeniero Carlos Arredondo de A.I.M Ltda., con la presencia suya, el Doctor Rafael Quirós, el Doctor Juan de Dios Hincapié y la mía, con el fin de evaluar la calidad de los materiales que se han venido utilizando en la*



Departamento, con el objetivo de que le asesorara en la búsqueda de argumentos de defensa que le permitieran impugnar la imputabilidad de los daños. En este sentido, el 31 de octubre de 2008⁶⁵, A.I.M indicó al contratista su apoyo en *“la defensa técnico – jurídica que adelantan ustedes ante el Departamento de Antioquia y relacionado con la reclamación de un siniestro en la carretera del asunto”*, para lo cual, ya se le había hecho entrega de un *“documento maestro de asesoría”*.

Los diseños

34. Producto de lo anterior, A.I.M elaboró para el consorcio demandante el denominado *INFORME SOBRE LA PROFUNDIZACIÓN DEL ESTUDIO QUE SIRVE DE BASE PARA LA RESOLUCIÓN*⁶⁶. Respecto de este documento, que corresponde a la principal prueba aducida por el demandante para afirmar que los problemas son imputables a los diseños de la entidad, por cuanto todo el proyecto estaba *“subdiseñado”*, la Sala evidencia que:

(i) No tuvo por finalidad un estudio objetivo de los problemas presentados en la vía, sino que fue elaborado por A.I.M. para *“controvertir la reclamación adelantada por el Departamento de Antioquia contra el Consorcio SAN PEDRO PAJARITO, en lo referente a la calidad de las obras adelantadas en dicho proyecto”*.

(ii) No estuvo fundamentado en un estudio de los daños a partir de su verificación, examen y análisis, como tampoco se sustenta en ensayos y muestras para arribar a sus conclusiones, sino que se funda exclusivamente en una revisión de la información del contrato⁶⁷ aportada por el consorcio, con el objetivo de encontrar en su contenido algún medio de defensa para el hoy actor, al punto que su conclusión es *“que existen aspectos muy relevantes desde el punto de vista técnico por parte del Contratista para controvertir la reclamación que se encuentra en curso por parte del Departamento de Antioquia”*, identificando a partir de ello *“algunos puntos clave que pudieran servir para la defensa técnica de los implicados”*.

(iii) El informe, en todo caso, no desconoce la responsabilidad del contratista en los daños presentados en la vía, pues aunque en efecto, determina como principal medio de defensa para el consorcio contratista que la vía fue *“subdiseñada”*, explica que *“Algunas deficiencias por parte del Contratista plasmadas en el informe de estudio de evaluación patológica de la estructura del pavimento de la vía Pajarito - San Pedro que fue adelantado por la firma A.I.M Ltda., pienso que deben realizarse a costa de ustedes...”*. Por su parte, el ingeniero Carlos Alberto Benavides, quien participó en la elaboración del documento, explicó en su testimonio que *“el*

obra para la construcción de terraplenes y hacer algunos planteamientos sobre el diseño de la estructura del pavimento.

⁶⁵ Folio 1654.

⁶⁶ folios 1662 a 1690.

⁶⁷ *“Por solicitud del Consorcio, se acordó que el ingeniero Carlos Arredondo A., evaluara las especificaciones técnicas, los diseños, ensayos de laboratorio, y correspondencia técnica, entre otros, del contrato relacionado con la pavimentación de la Carretera Pajarito-San Pedro, con fines de controvertir la reclamación adelantada por el Departamento de Antioquia contra el Consorcio SAN PEDRO PAJARITO, en lo referente a la calidad de las obras adelantadas en dicho proyecto”*.



*pavimento como fue diseñado y construido no garantiza un buen comportamiento durante los periodo de diez y quince años que fue concebido*⁶⁸,

35. De esta forma y a diferencia del estudio elaborado por la misma sociedad para el Departamento, el cual se sustentó en una distribución y clasificación de los daños, la exploración en campo de los materiales que conformaban la estructura del pavimento, así como en la toma de muestras y la práctica ensayos de laboratorio, evaluaciones de deflectometría y análisis del refuerzo estructural, el documento aducido por el demandante, elaborado específicamente para coadyuvar su posición, está sustentado en meras opiniones técnicas, sin fundamento en algún tipo de evaluación directa de la temática. En este sentido, al rendir testimonio, el propio Ingeniero Benavides explicó que al realizar el informe para el consorcio, *“no he realizado ninguna evaluación de tipo funcional, estructural, geotécnica o deflectométrica en el sitio, porque lo único que he realizado es una visita de inspección ocular”*⁶⁹.

36. Lo anterior es también predicable del dictamen pericial practicado en el proceso⁷⁰ donde el experto, a partir de la simple transcripción de la información que fue allegada por el contratista, pero especial y principalmente, con fundamento en el informe antes indicado, lo toma como cierto y concluye sin más que *“en términos porcentuales, diría que las fallas en el pavimento son atribuibles en un 70% a deficiencias en los diseños, en un 25% a un deficiente mantenimiento y en un 5% a deficiencias de tipo constructivo durante la ejecución”*⁷¹, afirmación que no encuentra respaldo en ningún tipo de explicación justificada en el dictamen, mucho menos, en algún análisis o examen técnico, preciso y detallado, sino que se fundamenta exclusivamente en el *“saber y entender”* del perito, como el mismo lo manifiesta.

37. Por tanto, la Sala encuentra que la parte actora no acreditó que los fallos en la vía fueren atribuibles al diseño entregado por el Departamento, pues en adición a la insuficiencia de las pruebas antes indicadas para ello, existen otras que reafirman lo contrario; sobre el particular se tiene que:

(i) El sustentado el estudio de patología que dio origen a la decisión administrativa no concluyó que los problemas de la vía estuvieran asociados a que ésta hubiere sido subdiseñada, lo cual, el demandante atribuyó a que A.I.M no conoció los diseños del contrato; sin embargo, el ingeniero Alexander Gómez, quien participó en la elaboración de dicho estudio de patología, manifestó que si los conocieron⁷².

(ii) El mismo ingeniero Alexander Gómez, al preguntársele si sus conclusiones respecto del cumplimiento de las especificaciones técnicas constructivas por parte del contratista estaba fundada en los estudios realizados, o si ello corresponde a

⁶⁸ Folio 3423.

⁶⁹ Folio 3423.

⁷⁰ Folios 3539 y siguientes.

⁷¹ Folio 3584.

⁷² Folio 3425.



una simple opinión, explicó que en efecto corresponde a una simple opinión, fundada en que *“si no se hubieran seguido los procedimientos y las especificaciones técnicas, el contrato no debió haber sido recibido por el Departamento y/o la Interventoría”*⁷³.

(iii) El ingeniero John Gustavo Alba Robayo, quien participó en el proceso de recuperación de la vía como residente de obra, fue claro en su testimonio al indicar que no hubo ningún rediseño de la estructura vía, y en consecuencia, se usaron los mismos diseños del contrato, sin que se presentaran problemas de estabilidad. En este sentido, indicó que el objeto de los trabajos no era *“mejorar el diseño de la vía, sino volverla a las condiciones de transitabilidad con las cuales se entregó por el constructor”*⁷⁴.

(iv) El Ingeniero Jaime Armando Echevarría Gerena, quien también participó en la recuperación de la vía, explicó que el problema de la vía no podría ser de diseño, pues *“de estar la vía subdiseñada hubiese fallado todo y no en tramos tal como se presentó en la práctica”*. Adicionalmente, explicó que las diferencias con el diseño presentado en el informe de A.I.M elaborado para el consorcio, que sustenta sus conclusiones, estriba en *“en el criterio para escoger los coeficientes estructurales de cada capa y el efecto del tráfico”*, siendo claro que el diseño inicial cumple a cabalidad al no haber presentado fallos más de dos (2) años después de efectuadas las reparaciones.

Los materiales

38. Adicionalmente, en lo que refiere a los materiales, la Sala encuentra que no es cierto que el consorcio hubiese advertido que los materiales eran inapropiados para construir la vía y que no permitieran garantizar su estabilidad, pero que en todo caso, la interventoría le hubiese ordenado utilizarlos. De la lectura de la correspondencia cruzada, lo que se puede concluir es que si bien es cierto que la interventoría modificó la especificación del material utilizado, el contratista solo estuvo en desacuerdo con ello, en la medida que le representaba una mayor onerosidad. En este sentido se tiene lo siguiente:

(i) Inicialmente, el contratista informó a la entidad que *“el material de préstamo no cumple con el Limite Líquido exigido en la norma del INVIAS, debiéndose esperar el resultado del CBR para determinarse si este material se puede utilizar con algún agente estabilizador”, agregando que “se debe ir pensando en que eventualmente puede ser más rentable utilizar otra Zona de préstamo a una mayor distancia, que una posible estabilización del material en cuestión”⁷⁵.*

En este sentido, solicitó *“realizar una caracterización de los materiales para terraplenes, con el fin de realizar un mejor control durante su construcción”, a partir de la cual “se podrá definir la estabilización o no de la corona del terraplén utilizando*

⁷³ Folio 3428.

⁷⁴ Folios 3431 y 3432.

⁷⁵ Oficio JR-041 del 17 de julio de 2001 (folio 1931).



*cal u otro material que se acuerde*⁷⁶. Además, en la medida que la interventoría advirtió problemas en la compactación, el contratista explicó que *“Si en algunos casos se han obtenido densidades bajas como Usted menciona, se han realizado recompactaciones de estos terraplenes hasta obtener las densidades necesarias”*⁷⁷.

(ii) Posteriormente, en oficio JR-241 del 25 de junio de 2002, si bien el contratista afirmó que la construcción sin tomar ningún correctivo sobre los materiales *“coloca en peligro la estabilidad de la estructura del pavimento de lo ejecutado hasta la fecha”*, sin referir a un tramo o sector específico, lo cierto es que tampoco aludió a las razones de tal afirmación, sino que sustentó sus verdaderos reparos en *“la dificultad para trabajar con la gran mayoría de los materiales para préstamo con que disponemos en la obra”*, en tanto debían *“emplear mayor cantidad de horas de máquina para el secado de estos materiales, con graves consecuencias económicas para nosotros”*. En este sentido, contrario a rebatir la idoneidad de los materiales de cara a la estabilidad del proyecto, indicó lo siguiente:

*“Consideramos entonces que si el Departamento de Antioquia se está economizando una gran suma de dinero en acarreos, utilizando los materiales de la región, apartándose de las especificaciones del INVIAS, es justo que se nos reconozca nuestro esfuerzo de mayor cantidad de equipo del considerado en nuestra propuesta, para trabajar con materiales de una calidad óptima según las especificaciones. Por lo tanto nos permitimos presentarles un nuevo análisis de precios para la construcción de terraplenes con estas características, el cual estamos anexando”*⁷⁸.

(iii) Por su parte, la interventoría indicó en oficio P-0-250 del 8 de julio de 2002⁷⁹ que *“La construcción de los terraplenes con los materiales se han venido realizando de una manera constante y sin problemas, estos materiales se pueden catalogar entre adecuados y tolerables”*, explicando que *“En aquellos casos en los cuales puedan estar un poco pasados en humedad es cuestión de manejo para obtener las densidades requeridas”*. Finalmente, recordó al contratista que según el artículo 220 de las especificaciones del INVIAS *“Será responsabilidad del Constructor asegurar un contenido de humedad que garantice el grado de compactación exigido en todas las capas del cuerpo del terraplén”*, razón por la cual, consideró que *“por ningún motivo el contratista tiene razón al reclamar un mayor pago por usar materiales para terraplenes de las características de los que se están usando en la obra”*.

(iv) El consorcio, en oficios JR-252 del 9 de julio de 2002⁸⁰ y JR-253 del 15 de julio de 2002⁸¹, el contratista indicó que *“se deben utilizar en el proyecto materiales del tipo “seleccionado” según la tabla 220.1 del INVIAS y no materiales del tipo adecuados y mucho menos tolerables”*, pues aunque estos últimos *“se pueden corregir con una mayor estructura de pavimento, o con un Geotextil de refuerzo”*,

⁷⁶ Oficio JR – 212 del 6 de mayo de 2002 (folio 1937).

⁷⁷ Oficio JR – 204 del 17 de abril de 2002 (folio 1935).

⁷⁸ Folio 1939.

⁷⁹ Folio 1911.

⁸⁰ Folio 1944.

⁸¹ Folio 1946.



resultaba “antieconómico para nosotros (...) trabajar con unos materiales de una calidad inferior a la considerada en el diseño original del proyecto y que fue considerada por nosotros...”.

Con fundamento en lo anterior, indicó que “si se pretenden utilizar materiales “Adecuados” o “Tolerables” buscando una economía que vemos razonable para el Departamento, debido a los largos acarreos que generaría utilizar materiales “Seleccionados”, también consideramos justo que se nos reconozca nuestro mayor esfuerzo al utilizar una mayor cantidad de equipo para trabajar con este tipo de materiales, por lo cual reiteramos nuestra solicitud de nuevo precio. Por último, el contratista solicitó “definir urgentemente que tratamiento se le dará a los terraplenes que se construyan con este tipo de materiales”, para garantizar su estabilidad, pues, afirmó, la entidad estaba “buscando de esta forma una especie de responsabilidad compartida”.

(v) En Oficio P-0-277 del 16 de agosto de 2002⁸² la interventoría que en tanto “el material del préstamo km 12 + 200, sector variante de cuatro vientos, presenta material que pasa la malla 200 en un porcentaje mayor que el exigido por las especificaciones del INVIAS, además de un límite líquido un poco alto”, lo que podría comprometer la estructura del pavimento, “se estudió el rediseño de la estructura del ‘todo asfalto’, resultado que ustedes ya conocen”.

Señaló que, en términos técnicos, el Departamento contrató con el Consorcio la densificación del suelo de la subrasante por la remoción de aire, “para lo que se requiere agregar al suelo una energía compactación del 90% de 2.696 Kn-m/m³, que es la energía suministrada en un ensayo de compactación Proctor Modificado en el laboratorio (...) En campo a este valor se llega utilizando un equipo de compactación que suministre dicha energía al suelo”, obligación que no se venía cumpliendo adecuadamente por el contratista. En este orden de ideas, resaltó que las dificultades encontradas para la compactación de algunos terraplenes tenía origen en “situaciones imputables única exclusivamente a las deficiencias de construcción como son:

1. Pretender adelantar construcción de terraplenes en periodos de lluvia.
2. Espesor de las capas muy superior a lo recomendado por la teoría de compactación.
3. El equipo de compactación no es el más adecuado para este tipo de suelos. En varias ocasiones hemos recomendado, la utilización de rodillo pata de cabra para la compactación de los materiales limosos”.

En este punto, es preciso indicar que la indebida compactación en el proceso constructivo fue un punto evidenciado por el estudio de patología elaborado con posterioridad, donde se concluyó que⁸³: (a) “Los porcentajes de compactación son muy bajos, y no cumplen con las exigencias constructivas, en ninguna de las muestras evaluadas”; y (b) “Los valores de CBR, asociados a los porcentajes de compactación son muy inferiores a los requeridos por las normas, de echo (sic)

⁸² Folio 1915.

⁸³ Folio 864.



extremadamente bajos para la mayoría de los materiales evaluados, con los cuales no se permite garantizar la estabilidad de la estructura”.

(vi) En oficio C-119 del 28 de agosto de 2011⁸⁴, el contratista indicó que el tratamiento a dar a los terraplenes, en la medida que la mayoría de los materiales utilizados tienen las mismas características, debía extenderse a otros terraplenes. Añadió que “en cuanto a nuestra solicitud de nuevo precio al utilizar materiales por fuera de las especificaciones, no compartimos sus planteamientos, ya que con estos materiales si se requiere una mayor utilización de equipos como ya lo hemos expuesto en nuestros oficios”.

(vii) Posteriormente, en oficio JR-304 del 18 de noviembre de 2002⁸⁵, el contratista nuevamente solicitó una nueva especificación de los materiales de préstamo, *“ya que los que se han utilizado hasta la fecha, en términos generales, no cumplen con ninguna norma de las establecidas contractualmente según las especificaciones del INVIAS -TABLA 220. 1”.*

(viii) Ante lo anterior, la interventoría mediante oficio P-0-310 del 22 de noviembre de 2002⁸⁶, indicó lo siguiente:

“La estructura de pavimento fue acogida sin reparos por el consorcio y se viene construyendo por Uds. en los tramos donde se usó material de lleno del préstamo del K12+200 o un material similar. Por lo tanto, conservando esta estructura de pavimento, se puede usar para terraplenes cualquier material de características similares. Para la ejecución de terraplenes estos materiales deben ser compactados al 90% de la densidad máxima de ese material, en las capas inferiores del terraplén y al 95% de la densidad máxima en la corona del terraplén, esta densidad máxima es obtenida con el ensayo Proctor modificado para el material que se está utilizando. Estas densidades serán las exigidas por Interventoría en la ejecución de los terraplenes por construir”.

(ix) En respuesta a lo indicado por la interventoría, mediante oficio JR-312 del 6 de diciembre de 2002⁸⁷, el contratista explicó que *“los datos pasados por Usted en el oficio del asunto se constituyen en una nueva especificación de materiales de préstamo para terraplenes”*, y que su único reparo sobre el particular, era que tal modificación “hacen que se dificulte más el trabajo en terraplenes ya que al tener estos, un Limite Liquido mayor y un pasa Tamiz No. 200, igualmente mayor, hacen que los materiales retengan más la humedad y por consiguiente sean más difíciles de compactar”. En este sentido, indicó que como *“lo que se está presentando en este caso es un cambio de especificación”*, ello ameritaba “un nuevo precio, como ya lo expusimos en nuestros oficios JR-252 y JR-241”. Por último, indicó que como *“el tipo de materiales con que se está trabajando no permite adelantar estos terraplenes en temporadas de lluvia (...) lo cual se transmite en atrasos en nuestro programa de trabajo”.*

⁸⁴ Folio 1950.

⁸⁵ Folio 1951.

⁸⁶ Folios 1919 y 1920.

⁸⁷ Folios folios 1952 y 1953.



(x) Como reiteración de que la objeción del contratista frente a los materiales era que su manejo resultaba más difícil y costoso, en oficio JR- 316 del 6 de diciembre de 2002⁸⁸ reiteró no conocer parte alguna del contrato *“donde se indique que sean función de la interventoría evitar que el Contratista desarrolle actividades que le sean rentables y en cambio que contradiciendo las especificaciones indicadas en el contrato pretenda que desarrolle los trabajos en detrimento de su patrimonio”*.

(xi) El contratista insistió posteriormente en la aprobación de un nuevo precio en oficios C-142 del 7 de enero de 2003⁸⁹ y C-145 del 30 de enero de 2003⁹⁰, solicitud que fue nuevamente negada por la interventoría en oficios P-0-319 del 11 de diciembre de 2002⁹¹ (folio 1925) y P-0-331 del 20 de enero de 2003⁹². Adicionalmente se observa que en la comunicación del 30 de enero antes indicada, así como en el oficio JR-328 del 14 de enero anterior⁹³, el contratista justificó sus retrasos en la mayor dificultad de los trabajos, indicando que *“El cambio de especificación en el material de préstamo para terraplenes ha ocasionado indudablemente una mayor dificultad para su construcción”*.

39. De esta forma, se observa que contrario a lo indicado por el contratista, éste aceptó realizar la construcción de la obra que le fue encargada, con la variación de las especificaciones del material de préstamo para terraplenes -que por cierto no refiere a la totalidad de material de la obra, que también se encontró deficiente-, y por ende, asumió los riesgos derivados de su utilización; asunto distinto es que nunca estuvo de acuerdo, y así lo hizo saber, con las consecuencias económicas que ello implicaba por la mayor dificultad para su manejo, la necesidad de tratamientos adicionales y los consecuentes impactos en los rendimientos.

40. Las pruebas relatadas indican que si bien los materiales no cumplían las especificaciones inicialmente pactadas en el contrato, la entidad contratante estaba habilitada contractualmente para modificarlas⁹⁴, y aunque esa determinación podía ser objetada por el contratista dentro de los dos (2) días calendario siguientes al recibo de la orden, *“señalando claramente y en detalle, las bases en las cuales fundamenta su objeción”*⁹⁵, los verdaderos motivos sustentados de su

⁸⁸ Folio 1954.

⁸⁹ Folio 1956.

⁹⁰ Folio 1961.

⁹¹ *“En nuestro oficio P-0-277, de agosto 16 último pasado, expusimos ampliamente nuestras consideraciones al tema planteado nuevamente por ustedes. Nuevamente expresamos que no encontramos pertinente el estudio de un nuevo precio para la colocación de terraplenes”* (folio 1925).

⁹² *En cuanto al cambio de la especificación de los materiales de lleno entre el km 12 + 200 y km 24 + 300, en varias ocasiones hemos demostrado que su apreciación en este sentido carece totalmente de razones técnicas, solicitamos por lo tanto no insistir en este tema* (folio 1926).

⁹³ Folio 1958.

⁹⁴ Pliego de condiciones. Capítulo 3, numeral 3.3. (folio 44 reverso). *“El interventor podrá ordenar durante la ejecución de la obra los cambios necesarios, tanto en los planos como en las especificaciones, previa consulta con el proyectista y el calculista (...) Cualquier trabajo que el contratista ejecute antes de recibir la decisión del interventor, será de su total responsabilidad, siendo por su cuenta todas las reparaciones y modificaciones que se requieran para arreglar la obra o para sustituirla hasta corregir el error”*.

⁹⁵ Pliego de condiciones. Capítulo 3, numeral 3.8 (folio 46 reverso). *“El contratista deberá cumplir cualquier orden escrita que dicte la interventoría, sin embargo dentro de los dos (2) días calendario siguientes al recibo de la orden, podrá objetar por escrito a la interventoría, si considera que esta se encuentra por fuera del alcance del contrato, señalando claramente y en detalle, las bases en las cuales fundamenta su objeción. Si el contratista*



inconformidad consistieron en la mayor onerosidad derivada de su utilización; es claro que si el contratista, experto en construcción vial y colaborador de la administración en la consecución del objeto contractual, estimaba que pese a los porcentajes de compactación y demás especificaciones instruidas, dicho material generaría que la obra fallara prematuramente, así lo debía informar de forma clara, precisa y sustentada, lo cual no hizo, no siendo suficientes manifestaciones genéricas o vagas sobre la estabilidad de las obras para exonerarse de responsabilidad⁹⁶.

41. De hecho, como prueba adicional de que el contratista asumió el riesgo derivado de la utilización de este material conociendo sus características, en oficio JR – 251 del 9 de julio de 2002⁹⁷, señaló que *“los inconvenientes que se han presentado en la ejecución de terraplenes, en general de la obra, son normales, especialmente cuando se utilizan materiales con las características de los que se están utilizando en el Proyecto. Nuestro compromiso siempre ha sido ejecutar una obra con los mejores estándares de calidad y por ello las cuatro Empresas que conforman el Consorcio tiene certificado de aseguramiento de calidad”*. Además, se recuerda que la primera posición del contratista consistió en reparar los daños sin que afirmara algo en relación con los materiales, tal como quedó consignado en la correspondencia y el acta de liquidación.

42. En este punto la Subsección reitera⁹⁸ que aun cuando el contratista debía atender las instrucciones de la interventoría, ello no puede considerarse como una razón válida para relevarle de la pericia y probidad que como experto en el desarrollo de la obra se le demanda en la realización del proyecto, responsabilidad que a su vez, conlleva un deber de precaución y cautela ante la ocurrencia de circunstancias que puedan obstaculizar el resultado esperado al celebrar el negocio jurídico. En este sentido, se ha explicado por esta Sala respecto del contratista de obra, que:

“Es con fundamento en su calidad de experto en el desarrollo de la tarea que se le asigna, que es considerado un verdadero colaborador de la Administración en el cumplimiento de sus fines estatales y no un simple ejecutor material. Lo dicho se traduce en que, una vez celebrado el contrato, el contratista se convierte en una pieza clave y aliado fundamental de la entidad para llevar a buen término el proyecto y, en razón de ello, se espera del particular una actitud proactiva, diligente y eficiente que contribuya al logro del cometido estatal y no que despliegue conductas que puedan poner en riesgo su satisfacción”.

no presenta dicha objeción, durante los dos (2) días anotados, las órdenes de la interventoría se consideran como definitivas”.

⁹⁶ Debe indicarse que si bien en oficio JR-413 del 22 de julio de 2003 (folio 1992) el contratista manifestó que *“En el comité de obra del pasado 16 de Julio se ratificó por parte de Ustedes que no se colocaría el refuerzo de pavimento recomendado por la firma Cimientos en la variante de San Pedro. Nuevamente dejamos constancia que el Consorcio no se hará responsable de los deterioros que se puedan generar en la estructura del pavimento en este sector”*, el asunto no hace referencia a los materiales, objeto de la apelación, como tampoco resulta posible para la Sala establecer dicho sector, los daños que pudo o no tener y si estos hicieron parte de la garantía; tampoco fue un asunto alegado por la parte actora.

⁹⁷ Folio 1942.

⁹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 7 de mayo de 2021. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 25000-23-36-000-2017-02136-01(64033)



43. En consecuencia, la labor del contratista no puede restringirse o limitarse al acatamiento de instrucciones de su contraparte contractual durante la ejecución del contrato, sin observar en medio de su desarrollo, su experiencia, conocimiento y capacidad técnica para anticipar las eventuales consecuencias nocivas de tales requerimientos, exigencia que deriva también del principio de la buena fe contractual, el cual impone a las partes una actitud de fidelidad, honestidad y permanente colaboración en la relación contractual, con el fin de garantizar la ejecución óptima y eficiente del objeto contractual en procura de la satisfacción de los fines de interés público comprometidos⁹⁹. Debe añadirse que esta circunstancia, por demás, fue prevista y aceptada como una obligación expresa por el contratista bajo el negocio jurídico celebrado, el cual establecía que:

(i) Era de estricta responsabilidad del contratista durante el desarrollo del contrato la protección y estabilidad de las obras ejecutadas hasta su recibo definitivo y así como hasta la duración de las garantías pactadas¹⁰⁰.

(ii) La aprobación por parte del interventor, de una fuente dada de materiales, no eximía al contratista de ninguna de sus responsabilidades con respecto a la estabilidad de las obras¹⁰¹.

44. De conformidad con lo expuesto, la Sala encuentra que el contratista tampoco probó que las deficiencias en los materiales utilizados en la construcción no le fueran imputables.

Los filtros y el mantenimiento

45. En lo que refiere a los filtros y el mantenimiento, el demandante afirmó que la interventoría ordenó no construir unos, y que la entidad omitió hacer el debido mantenimiento de la vía, causas de los daños encontrados; para la Sala, este argumento de la parte actora tampoco resulta suficiente para eximirse de la responsabilidad que le asiste frente a la estabilidad de la obra construida en tanto y en cuanto:

(i) El “*ESTUDIO Y EVALUACIÓN SISTEMA DE DRENAJE EN LA VÍA PAJARITO - SAN PEDRO DE LOS MILAGROS*”, el cual el contratista manifestó inicialmente que no conoció cuando, cuando sí lo hizo, determinó que los filtros construidos por el contratista adolecieron de defectos, concluyendo que la falta de filtros es “*el principal problema encontrado, ya que los apiques que se hicieron demostraron que no existió un control de calidad eficiente en el proceso constructivo de los filtros*”.

⁹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 850012331000030901 (15324).

¹⁰⁰ Pliego de condiciones. Capítulo 4, numeral 4.3 (folio 51 reverso).

¹⁰¹ Pliego de condiciones. Capítulo 3, numeral 3.4 (folio 44 reverso).



(ii) Aun cuando la interventoría ordenó la no construcción de unos filtros¹⁰², la instrucción correspondió a solo cuatro (4) de ellos (*filtros 1 A, 1 B y 2*) en menos de un (1) kilómetro (*K19+650 al K20+010*)¹⁰³, sin que el demandante hubiese acreditado la incidencia de estos específicos filtros en los daños, especialmente considerando que las fallas se presentaron a lo largo de nueve (9) kilómetros¹⁰⁴, muchos menos, que de haberse ejecutado estos filtros, los daños no se hubieren presentado.

(iii) En el mismo sentido, si bien el informe de patología de la vía y su complementación determinaron una falta de mantenimiento, recomendando labores de rocería y limpieza para efectos de evitar que la vegetación y terceros (mediante tuberías) taponen los drenajes de la vía, tampoco se acreditó en el proceso que ésta fuera la causa directa y efectiva de los daños, o su incidencia específica, en especial, cuando resultó acreditada una generalizada deficiencia en las labores constructivas del demandante, aspecto que a toda luces resultó determinante y eficiente en los fallos presentados.

46. Se reitera que, atendiendo a la naturaleza del contrato de obra (riesgo y ventura) y de la responsabilidad frente a la estabilidad de lo construido, le correspondía al contratista acreditar una causa extraña, más no limitarse a generar dudas sobre otras circunstancias que, además de la acreditada falta de calidad de la obra que construyó, pudieron incidir en las fallas advertidas, toda vez que esas dudas son insuficientes para configurar un eximente de responsabilidad en el caso concreto, así como para enervar la presunción de legalidad de los actos administrativos en los que, fundadamente, se imputó al contratista el incumplimiento postcontractual que dio lugar a la declaratoria del siniestro.

La cuantía del siniestro

47. Finalmente, la Sala también despachará desfavorablemente el argumento del demandante según el cual la entidad demandada omitió probar la cuantía del siniestro, por cuanto:

(i) No es cierto que en el estudio realizado por A.I.M, las obras valoradas correspondieran al costo de reconstruir en su totalidad la vía, y no los 9 km que debían repararse; conforme al objeto del contrato suscrito con el Departamento, dicho informe contiene la valoración las obras que resultaban necesarias para acometer las soluciones propuestas específicamente frente a las fallas encontradas;

¹⁰² Oficio P-0-422 del 19 de noviembre de 2003 (folio 2000). “Debido a problemas presupuestales del Departamento de Antioquia y a dificultades con el plazo contractual, se suspenden los filtros diseñados por la firma Cimientos Ltda.”.

¹⁰³ Oficio P-0-417 del 20 de octubre de 2003 (folio 1999). “Anexo a la presente, se entrega los perfiles para los diseños de los filtros 1A, 1B y 2, del estudio presentado por la firma Cimientos. • Filtro 1A: K19+650 a K19+845 margen izquierda, inicia con una altura de 4.2 metros y termina con una altura de 2.18. Las pendientes son las siguientes: -8.9% de K 19+650 a K19+715; -1.57 de K19+715 a K19+845. La sección tiene el ancho entregado en el diseño. • Filtro 1B: K19+650 a K19+845 margen derecha, inicia con una altura de 4.2 metros y termina con una altura de 1.67. Las pendientes son las siguientes: -5.8% de K19+650 a K19+750; -1.33 de K 19+750 a k 19+845. La sección tiene el ancho entregado en el diseño. • Filtro 2: K19+845 a K20+010 margen derecha, inicia con una altura de 2.50 metros y termina con una altura de 1.97. La pendiente de diseño es de 2.44 %. La sección tiene ancho entregado en el diseño”.

¹⁰⁴ Como es afirmado por el propio demandante en el recurso.



en este sentido, el informe contiene la descripción, unidad, cantidad, precio unitario y valor parcial de cada actividad, siendo claro en consecuencia se hizo con fundamento en el costo de las reparaciones bajo un estimado de las actividades a realizar, más no por la reconstrucción total de la vía.

(ii) Por cuanto no está acreditada la existencia de daños que no le fueran imputables al contratista, del presupuesto antes indicado no debían descontarse las actividades a las que hace alusión el consorcio demandante para sustentar este cargo.

(iii) El demandante no allegó ni solicitó el decreto de prueba alguna tendiente a demostrar que el costo de las reparaciones fuere inferior o diferente, o que el presupuesto elaborado por A.I.M adoleciera de errores en la valoración económica de las actividades a ejecutar para la recuperación de la vía.

48. En consecuencia, no le asiste razón a la actora al pretender la nulidad del acto con fundamento en que no se cuantificó ni demostró por la entidad demandada la cuantía del siniestro, toda vez que ello sí se hizo conforme a los antecedentes administrativos y el propio acto acusado. Además, por cuanto el demandante tampoco acreditó, a pesar de asistirle la carga procesal, que el acto estuviere falsamente motivado respecto de los motivos que determinaron la configuración del siniestro, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas

49. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del CCA¹⁰⁵, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena en costas a la parte vencida. Por tanto, en consideración a que no se evidenció que la parte demandante haya actuado temerariamente, o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

I. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 2 de febrero de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

¹⁰⁵ "En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil."



Radicación: 05001 23 31 000 2009 01508 01 (59310)
Actor: Consorcio Cobaco-Diconci-Concorpe-Gisaico
Demandado: Departamento de Antioquia.
Acción: Controversia contractual.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE¹⁰⁶

MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Aclaración de voto

VF

¹⁰⁶ Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.