

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RECURSO DE REPOSICIÓN / PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO QUE HACE EFECTIVA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / RECURSO DE REPOSICIÓN

La Sala se pronunciará de fondo porque las demandas se presentaron dentro del término de caducidad. El acto que resolvió el recurso de reposición contra la decisión de hacer efectiva la póliza de cumplimiento por la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra fue proferido el 15 de septiembre de 2005; teniendo en cuenta que la acción precedente era la de controversias contractuales, el término de caducidad de dos años vencía el 16 de septiembre de 2007, y las demandas fueron presentadas el 29 de noviembre y 16 de diciembre de 2005.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CARACTERÍSTICAS DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / DAÑO CAUSADO POR OBRA PÚBLICA / RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL CONSTRUCTOR / PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE LA OBRA PÚBLICA

El amparo de la póliza de cumplimiento relativo a la estabilidad de la obra tiene como finalidad garantizar la reparación de los daños que se presenten luego de que haya sido recibida a satisfacción, y que no se evidencian en el momento de la entrega. El constructor debe reparar estos daños, y este amparo se incluye precisamente para garantizar el cumplimiento de esta obligación. El amparo se hace efectivo con la sola demostración de la ocurrencia de daños posteriores en la obra y del valor de su reparación. Por esta vía no puede obtenerse la reparación de daños imputables al incumplimiento de las obligaciones del contratista conocidos por la entidad antes de la terminación del contrato. (...) [e]n la medida en que el IDU fundamentó la declaratoria del siniestro de estabilidad de la obra en hechos que ya eran conocidos al momento de su recibo, desconoció lo dispuesto en el numeral 3 artículo 2060 del Código Civil, conforme con el cual la obra se entiende recibida como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, sin que dicho recibo exima al constructor de la responsabilidad por estabilidad. La anterior regla implica que, cuando en ese momento existan daños que son conocidos por el contratante, éste debe realizar la respectiva salvedad o reclamación al constructor. (...) - Declarar la ocurrencia del riesgo de “estabilidad de la obra” a partir de hechos ocurridos con anterioridad a la entrega, que es cuando comienza la cobertura de este amparo, viola los artículos 1054 y 1083 del Código de Comercio porque el riesgo no puede ser un hecho cumplido y conocido por el asegurado.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 1054 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 1083 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 2060 NUMERAL 3

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CARACTERÍSTICAS DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / DAÑO CAUSADO POR OBRA PÚBLICA / RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA / CONTRATISTA / HECHO DEL CONTRATISTA / ACTO ADMINISTRATIVO / FALSA MOTIVACIÓN / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / ACTO ADMINISTRATIVO QUE HACE EFECTIVA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO

[E]l IDU conocía la existencia de los defectos en la obra, así como sus causas, por lo que debía advertir el incumplimiento de las obligaciones del Contratista al momento del recibo de la obra y en la liquidación del contrato, pues no se trata de un hecho que surja con posterioridad al recibo, sino a una situación conocida y por tanto que implicaba el reclamo de incumplimiento. (...) los actos administrativos demandados resultan contrarios a las normas en que debían fundarse, pues con los mismos la entidad convirtió lo que correspondía a una reclamación de incumplimiento contractual, en un reclamo por la obligación de garantizar la estabilidad de la obra, desconociendo que está última sólo surge cuando se presentan defectos que provengan de vicios que no podían ser conocidos por el contratante al momento del recibo de la obra. (...) los actos administrativos demandados incurrieron en falsa motivación, al fundamentar la responsabilidad del Contratista en el deber realizar los estudios y ensayos necesarios para corroborar que el relleno fluido era idóneo para la obra contratada, sin tener en cuenta que en el contrato no estaba estipulada a su cargo tal obligación.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CARACTERÍSTICAS DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / DAÑO CAUSADO POR OBRA PÚBLICA / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL CONSTRUCTOR / MATERIALES DE LA OBRA PÚBLICA / FALSA MOTIVACIÓN / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

[A]l constructor le corresponde obrar con diligencia en relación con la calidad de los materiales con los que se construye la obra, pero no realizar juicios de fondo ni adoptar determinaciones sobre los mismos. Es suficiente hacer lo que hizo en este caso, que fue solicitar la corroboración sobre su funcionalidad. (...) En el caso del uso del relleno fluido como material de nivelación para la ejecución de la obra de los carriles mixtos de tráfico, el Contratista hizo observaciones relacionadas con el uso del material. (...) Así las cosas contrario a lo determinado en los actos administrativos demandados, el contratista no desconoció sus deberes contractuales y profesionales, por lo que no le eran imputables los daños causados por el uso del relleno fluido en los carriles mixtos, lo que implica que las decisiones fueron falsamente motivadas, en la medida en que no existió el incumplimiento contractual que se le imputó.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACUMULACIÓN DE DEMANDAS / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PRETENSIONES DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / PRESENTACIÓN DE LA CUENTA DE COBRO / EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / EFECTOS DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Las demandas acumuladas coinciden en solicitar que a título de restablecimiento del derecho se declare que el IDU no podía hacer efectiva la póliza de garantía expedida por la aseguradora Confianza, por lo que, al declararse la nulidad de los actos demandados, se accederá a dicha pretensión. (...) Teniendo en cuenta que no se probó que se hubiera pagado la suma ordenada en los actos demandados, se condenará al IDU a reintegrar a Confianza la suma de dinero que esta hubiera pagado en virtud de la declaratoria del siniestro, para lo cual la Aseguradora presentará cuenta de cobro en la que debe especificar la fecha del pago y realizar la correspondiente actualización. (...)

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / CONDENA EN COSTAS / IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS

En consideración a la conducta asumida por las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO –
ARTÍCULO 171 / LEY 446 DE 1998 – ARTÍCULO 55

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-26-000-2006-00318-01 (56085)

**Actor: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.- CONFIANZA S.A. Y
SOCIEDAD CONSTRUCCIONES CIVILES S.A.- CONCIVILES S.A.**

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU

Referencia: Controversias contractuales

Tema: Se revoca sentencia de primera instancia. Se anulan los actos demandados que hicieron efectiva la garantía de estabilidad de la obra (i) porque tal decisión no puede fundarse en la imputación de defectos conocidos durante la ejecución del contrato y (ii) porque los diseños de la obra y la modificación de los mismos no eran responsabilidad de la contratante.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandantes contra la sentencia proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 29 de septiembre de 2015, que negó las pretensiones de las demandas acumuladas.

Esta Subsección es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 129 y 181 del CCA. A su vez, el tribunal era competente para conocer el proceso en primera instancia en razón la cuantía, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 132 del CCA.

El recurso de apelación fue admitido mediante providencia del 12 de enero de 2016. En el auto del 10 de marzo de 2016 se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión. Las partes presentaron alegatos en término. El Ministerio Público guardó silencio.

I. ANTECEDENTES

A.- Posición de la parte demandante

1.- El 29 de noviembre de 2005 la sociedad Contrucciones Civiles S.A.- Conciviles S.A (en adelante, <<Conciviles>> o el <<Contratista>> o el <<Constructor>>) presentó demanda de controversias contractuales contra el Instituto de Desarrollo Urbano-IDU (en adelante, <<IDU>> o la <<demandada>> o la <<Contratante>>), en la que solicitó que se declarara la nulidad de las resoluciones que hicieron efectiva la póliza de estabilidad de la obra del contrato No. 403 de 2000. En la demanda formuló las siguientes pretensiones:

<<1. Que se declare que es nula la Resolución 1999 de 28 de abril de 2005, suscrita por Astrid Martínez Ortiz, Directora ad-hoc del IDU, por medio de la cual, entre otras decisiones, se ordena hacer efectiva la garantía de cumplimiento expedida por la compañía Asegurador de Fianzas Confianza S.A.

2.- Que se declare que es nula la Resolución 6057 de 15 de septiembre de 2005, suscrita por Astrid Martínez Ortiz, Directora ad-hoc del IDU, por medio de la cual se confirma la Resolución 1999 de 28 de abril de 2005 en todos sus apartes.

3.- Que se ordene restablecer el derecho de mi mandante, declarando que el IDU no puede hacer efectiva la garantía expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A., ni esta la contragarantía otorgada por mi mandante.

4.- Que se condene al IDU en las costas y gastos de este proceso.>>

2.- El 16 de diciembre de 2005 la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.- Confianza S.A. (en adelante, <<Confianza>> o la <<Aseguradora>>), presentó demanda de controversias contractuales contra el IDU, en la cual solicitó la nulidad de las resoluciones que hicieron efectiva la póliza de estabilidad de la obra del contrato No. 403 de 2000. Formuló las siguientes pretensiones:

<<Primera: Que se declare la nulidad de las Resoluciones 1999 del 28 de abril y 6057 del 15 de septiembre de 2005, ambas expedidas por la Directora General ad-hoc del Instituto de Desarrollo Urbano, Astrid Martínez Ortiz.

Segunda: *Que en consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se declare que el Instituto de Desarrollo Urbano no tenía derecho a declarar la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra (...) cubierto por la garantía única de cumplimiento póliza No 1141035 y que, por ende, la Compañía de Fianzas S.A.- Confianza no está obligada a pagarle suma alguna por ese concepto.*

Tercera: *Que en el evento de que con anterioridad a la sentencia que despache favorablemente las pretensiones anteriores la Compañía Aseguradora de Fianzas- S.A.- Confianza hubiera sido constreñida a pagar alguna suma de dinero al Instituto de Desarrollo Urbano por concepto de la póliza 1141035, a*

título de restablecimiento del derecho se condene a éste último a devolvérsela reajustando su valor en función de la pérdida de poder adquisitivo del dinero y junto con los intereses de mora o corrientes correspondientes.

Cuarta: Que también en consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Instituto de Desarrollo Urbano al pago de todos los perjuicios que la Compañía Aseguradora de Fianzas- S.A.- Confianza hubiera podido sufrir por razón o con ocasión de la expedición de los actos acusados

Quinta: Que se condene al Instituto de Desarrollo Urbano a pagar las costas de este proceso.

Pretensiones subsidiarias

Primera: Que se declare la nulidad del artículo segundo de la Resolución 1999 del 28 de abril de 2005, expedida por la Directora General ad-hoc del Instituto de Desarrollo Urbano, Astrid Martínez Ortiz, en cuanto por él se dispuso ordenar “que dicha garantía se haga efectiva por un monto igual a Cuatro mil millones ochocientos veintidós mil doscientos pesos moneda corriente

Segunda: Que se declare también la nulidad de la Resolución 6057 del 15 de septiembre de 2005, expedida también por la Directora General ad-hoc del Instituto de Desarrollo Urbano, Astrid Martínez Ortiz, en tanto por ella se confirmó la decisión indicada en la pretensión anterior.

Tercera: Que en consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, se declare que el Instituto de Desarrollo Urbano no tenía derecho a declarar la ocurrencia del siniestro de obra cubierto por la garantía única de cumplimiento póliza No 114035 por un monto igual a Cuatro mil millones ochocientos veintidós mil doscientos pesos moneda corriente y que, por ende, la Compañía Aseguradora de Fianzas- S.A.- Confianza no está obligada a pagarle la referida suma por ese concepto.

Cuarto: Que en el evento de que con anterioridad a la sentencia que despache favorablemente las pretensiones anteriores la Compañía Aseguradora de Fianzas- S.A.- Confianza hubiera sido constreñida a pagar alguna suma de dinero al Instituto de Desarrollo Urbano por concepto de la póliza 114035, a título de restablecimiento el derecho se condene a éste último a devolvérsela, reajustando su valor en función de la pérdida de poder adquisitivo del dinero junto con los intereses de mora o corrientes correspondientes.

Quinto: Que, también en consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Instituto de Desarrollo Urbano a pagar todos los perjuicios que la Compañía Aseguradora de Fianzas- S.A.- Confianza hubiera podido sufrir por razón o con ocasión de la expedición y ejecución de los actos acusados.

Sexto: Que se condene al Instituto de Desarrollo Urbano a pagar las costas de este proceso.>>

3.- Mediante auto del 25 de abril de 2007 el magistrado ponente en el Tribunal dispuso la acumulación de procesos, decisión contra la cual no se presentaron recursos.

4.- Las demandantes basaron sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

4.1.- El IDU adelantó licitación pública No. IDU-PL-GPTN-002-2000, cuyo objeto era la selección del contratista para la realización de las obras de rehabilitación de las calzadas de tráfico mixto y la adecuación para la operación de Transmilenio en la Autopista Norte de Bogotá, en los tramos comprendidos entre Los Héroes y la calle 180. Como resultado del proceso de selección, el 2 de junio de 2000 el IDU y Conciviles suscribieron el contrato No. 403 de 2000.

4.2.- De conformidad con el pliego de condiciones, la obra debía realizarse siguiendo los diseños realizados por la firma Steer, Davies & Gleave (en adelante, SGD), en virtud del contrato de diseño celebrado con la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá.

4.3.- Mediante adenda No. 1 al pliego de condiciones, el IDU estableció que el Contratista no tenía a su cargo la complementación de los estudios y diseños de la obra, ni responsabilidad sobre los mismos.

4.4.- El diseño realizado por SGD contemplaba el uso del relleno fluido como material de nivelación para la construcción de la obra, el cual debía tener una resistencia de 60 kg por centímetro cuadrado. La anterior especificación fue modificada por el IDU en los pliegos de condiciones, en los que estableció la resistencia del relleno de fluido en 30 kg por centímetro cuadrado.

4.5.- El Contratista y el interventor advirtieron la existencia de vacíos e inconsistencias en los estudios y diseños desde el inicio de la obra, relacionados especialmente con el uso del relleno fluido como material de nivelación. Las advertencias y solicitudes del contratista fueron desatendidas por el IDU, que, siguiendo las recomendaciones realizadas por la Asociación de Productores de Concreto-Asocreto (en adelante, Asocreto), quien actuaba en calidad de asesor externo, decidió continuar con el uso del relleno fluido en la totalidad de la obra con una resistencia menor a la fijada por SGD en su diseño.

4.6.- Mediante acta No. 4 de avance obra se acordó el uso del relleno fluido para la nivelación de las losas de concreto de las calzadas de tráfico mixto. Dicha determinación se fundamentó en las recomendaciones realizadas por Asocreto al IDU.

4.7.- En el mes de marzo de 2001 algunas losas de concreto empezaron a presentar fallas, razón por la cual el Contratista solicitó la Universidad de los Andes la realización de un estudio para determinar sus causas; y, mientras el mismo se realizaba el estudio, el Contratista las reparó sin costo alguno para el IDU. El estudio arrojó como resultado que los daños eran consecuencia del uso del relleno fluido. Este resultado coincidió con el que fue contratado por la interventoría de la obra con la Universidad Javeriana.

4.7.1.- El relleno fluido fue previsto como único material para toda la obra por SGD y el IDU; la Contratante en varias ocasiones les señaló, tanto a la interventoría como al contratista, la imposibilidad de utilizar otro material, entre otras cosas, por requerimientos presupuestales.

4.8.- En ningún momento, durante la ejecución de la obra, ni el consorcio interventor ni el coordinador del IDU le formularon reproche a CONCVILES por la forma como estaba cumpliendo sus deberes contractuales, los materiales que estaban utilizando, ni por las pruebas de calidad del relleno fluido.

4.9.- El 18 de febrero de 2002 se suscribió el acta de recibo final de la obra a entera satisfacción, sin que el IDU dejara ningún tipo de observación en relación con el cumplimiento de las obligaciones de parte del Contratista.

4.10.- El 23 de agosto de 2002 las partes suscribieron acta de liquidación bilateral, en la que el IDU no dejó observaciones en relación con el cumplimiento de las obligaciones de parte de Concviles, ni respecto de la calidad de los materiales usados en la obra.

4.11.- Con posterioridad al recibo de satisfacción de la obra, el IDU contrató a la Universidad Nacional para que definiera las causas de los daños prematuros en la obra. El estudio de la Universidad Nacional estableció que los daños en las losas se debieron al uso del relleno fluido como material de nivelación.

4.12.- Mediante Resolución No. 1999 de 2005, el IDU declaró la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra e hizo exigible la póliza de cumplimiento por valor de cuatro mil millones ochocientos veintidós mil doscientos pesos (\$4.000.822.200). Contra la anterior decisión el Contratista y la Aseguradora presentaron recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 6057 de 2005, que la confirmó en todas sus partes.

4.13.- La declaración del siniestro de estabilidad de la obra se fundamentó en que el Contratista había introducido a la obra el relleno fluido como material de nivelación de las calzadas mixtas de tránsito, sin verificar que el mismo cumpliera la calidad requerida para la obra, lo cual no es cierto, porque la utilización del relleno fluido en la totalidad de la obra se aplicó por iniciativa del IDU en atención a las recomendaciones de su asesor, Asocreto.

4.14.- El IDU era el único responsable por los diseños de la obra, en los cuales se incluía el relleno fluido como material de nivelación, por lo que su uso y la modificación de la resistencia establecida en el diseño original no son imputables al Contratista, en especial cuando tales determinaciones se sustentaron en las recomendaciones efectuadas por Asocreto en calidad de asesor externo de la entidad.

4.15.- La Aseguradora señaló que la póliza de estabilidad no podía afectarse por los siguientes motivos:

4.15.1.- Los daños en la obra se dieron por el uso del relleno fluido, material que fue introducido por el IDU desde los diseños.

4.15.2.- El uso del relleno fluido como material de nivelación en la totalidad de la obra fue concertado por las partes del contrato en el acta No. 4 de avance de obra. Se trató de una especificación incluida con posterioridad a la expedición

de la póliza que debía notificarse a la Aseguradora. Sin embargo, nunca se le dio noticia de ello. En consecuencia, ocurrió la extinción del contrato de seguros, de conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio.

Para la fecha de entrega a satisfacción de la obra existía plena <<y muy bien fundada certeza acerca de las causas de los daños que se venían presentando en la autopista norte y de la magnitud del problema>> por lo que para ese momento no existía riesgo sino certeza de que se había generado el daño que no fue comunicado oportunamente a la Compañía de Seguros y que con posterioridad el IDU pretendió reparar con el amparo de estabilidad.

4.15.3.- El monto por el que se declaró el siniestro correspondió al valor pagado por el IDU a terceros para la construcción de nuevas losas en la troncal de Transmilenio, lo que constituyó una nueva obra que no guarda relación con la asegurada. Por ello no puede considerarse como cubierta por el amparo de estabilidad.

4.15.4.- A la aseguradora no se le dio la oportunidad de controvertir el estudio de la Universidad Nacional con base en el cual el IDU profirió los actos administrativos que hicieron efectivo el amparo de estabilidad de la obra.

4.16.- Con fundamento en las anteriores consideraciones plantearon cargos de falsa motivación, violación de normas en que debía fundarse el acto, desviación de poder y violación al debido proceso.

B.- Posición de la parte demandada

5.- El IDU contestó las demandas y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, porque a su juicio la decisión de declarar el siniestro de estabilidad de la obra no se encontraba viciada de nulidad. Presentó los siguientes argumentos de defensa:

5.1.- El diseño original preveía el uso del relleno fluido como material de nivelación únicamente para la berma de la Autopista Norte, y fue modificado al ampliarse su utilización para la nivelación de las losas de concreto de los carriles de tráfico mixtos. Esa determinación se adoptó con participación y consentimiento del Contratista.

5.2.- Al margen de las recomendaciones de la entidad contratante, la responsabilidad por los materiales que se debían usar para la estructura de la obra era del Contratista, quien tiene la condición de experto y por tanto se hace responsable de los medios que emplea para ejecutar el objeto contratado. Conciviles, pese a ser un experto, no se opuso a las recomendaciones de uso del relleno fluido, ni realizó los ensayos y pruebas para corroborar su funcionalidad, lo que lo hace responsable de su utilización en la obra.

5.3.- Era una obligación de Conciviles <<revisar evaluar y replantear>> los diseños en los que se incluyó la nivelación de pavimento mediante el uso de relleno fluido, en especial porque ello implicó una modificación al diseño original.

5.4.- El Contratista no solo está obligado al cumplimiento de las estipulaciones contractuales, sino que además, como experto, debe seguir la *lex artis*, según la cual se deben realizar los estudios y ensayos necesarios para corroborar que el material usado sea idóneo para la obra contratada. Lo anterior fue desconocido por Conciviles, que, sin corroboración alguna, se limitó a usar en la obra un material no previsto originalmente para las losas de los carriles de tráfico mixto.

5.5.- Los diferentes estudios realizados coinciden en señalar que existieron serios problemas constructivos que apuntaban a una deficiente labor del Contratista de obra frente a las juntas de las losas de la autopista.

5.6.- La garantía de estabilidad de la obra era exigible, pues las fallas en el pavimento se presentaron con posterioridad a la terminación del contrato; adicionalmente, la declaratoria del siniestro se realizó dentro de la vigencia de la póliza y el valor del perjuicio causado correspondió a los costos en que incurrió el IDU para solucionar los defectos en las losas dañadas por el uso del relleno fluido.

C.- Sentencia recurrida

6.- En sentencia del 29 de septiembre de 2015, la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda con base en las siguientes consideraciones:

6.1.- El estudio contratado por el IDU con la Universidad Nacional definió que los daños en la obra fueron causados por el cambio de la base de concreto asfáltico por el relleno fluido como material de nivelación para los carriles de tráfico mixto, lo que implicó una modificación del diseño original, que no contaba con los correspondientes estudios.

6.2.- La modificación en el diseño original fue consensuada entre el IDU, la interventoría y el Contratista, sin que este último realizara los ensayos necesarios para definir si el relleno fluido cumplía con los requisitos necesarios para garantizar la estabilidad de la obra.

6.3.- Si bien el Contratista manifestó algunas inconformidades con el diseño, en especial con la resistencia del relleno fluido, no se opuso al uso del mismo en los carriles de tráfico mixto, por lo que existe corresponsabilidad en la generación de los daños, lo que hacía viable la aplicación de la póliza de estabilidad de la obra.

6.4.- El diseño original contemplaba el relleno fluido exclusivamente para la berma de la vía. Por esta razón, el Contratista debía verificar si dicho material era idóneo para los carriles mixtos.

6.5.- Al proceso no se allegó copia legible de la póliza de seguros No. 1141035, por lo cual no era posible verificar si la misma condicionaba su amparo a los materiales usados en la obra. En todo caso, el garante asume las vicisitudes del

contrato, en especial en los casos en que ha expedido ampliación de la póliza inicialmente otorgada.

6.6.- La declaratoria del siniestro de estabilidad de la obra no se encuentra condicionada a que las fallas sean imputables al incumplimiento de las obligaciones del Contratista. Adicionalmente, no fue posible conocer si la póliza tenía condicionamientos en el amparo relacionados con la existencia de acuerdos contractuales como los realizados sobre el uso del relleno fluido, por lo cual, en aplicación del Decreto 979 de 1994, se debe entender que la garantía de estabilidad no se encontraba condicionada de manera alguna.

6.7.- En el caso de las entidades estatales, el siniestro de estabilidad de la obra se declara mediante acto administrativo, por lo que no se debe agotar el trámite de reclamación previsto en el Código de Comercio.

6.8.- El cambio en el material de nivelación no implicó la modificación del objeto del contrato, por lo que la Aseguradora no debía ser notificada de ello. Además, la aseguradora extendió la cobertura de la póliza con posterioridad a la fecha en que se acordó el uso del relleno fluido para los carriles de tráfico mixto, por lo cual no puede aducir que le fue ocultado el nuevo uso dado a dicho material.

6.9.- La cuantificación de los daños amparados por la garantía de estabilidad se realizó con fundamento en las losas de concreto que sufrieron averías y el valor de su reparación, lo que se encuentra comprendido dentro de la cobertura de la póliza emitida por Confianza.

6.10.- Al momento en que se recibió la obra se habían presentado algunos daños en las losas de concreto; sin embargo, ello no es suficiente para considerar que el siniestro de estabilidad se declaró respecto de hechos que estaban consolidados, pues la falla definitiva en la vía se presentó durante el periodo de cobertura de la póliza de estabilidad de la obra.

6.11.- El Contratista y la Aseguradora tuvieron la oportunidad de conocer y debatir el estudio de la Universidad Nacional sobre las causas de los daños en la obra. Por este motivo no existió violación al debido proceso.

D. Los recursos de apelación

7.- Los demandantes plantearon los siguientes argumentos en la apelación:

7.1.- En el proceso se evidenció que la causa eficiente de los daños prematuros en la obra fue el uso del relleno fluido como material de nivelación, pues el mismo era un material altamente erodable.

7.2.- El uso del relleno fluido como material de nivelación fue introducido por el IDU en diversos corredores viales de Transmilenio, en atención a las recomendaciones realizadas por su asesor externo, Asocreto. Desde el pliego de condiciones el IDU previó la utilización del relleno fluido como material de nivelación para las vías por las cuales debían circular los buses de Transmilenio, desconociendo lo previsto en el diseño original realizado por

SGD. En el mismo sentido, en los diseños incluidos en la etapa previa del contrato la entidad redujo en un cincuenta por ciento (50%) la resistencia definida en el diseño original para el relleno fluido, pasándola de 60 kg por centímetro cuadrado a 30 kg por centímetro cuadrado.

7.3.- El Tribunal consideró que la responsabilidad de Conciviles se desprende de la ausencia de objeción al uso del relleno fluido como material de nivelación, con lo cual se desconoció la adenda No. 1 a los pliegos de condiciones en la que se estableció que el Contratista no tendría ninguna responsabilidad respecto de los diseños de la obra, los cuales fueron modificados desde la etapa previa por el IDU.

7.4.- Los diversos testimonios rendidos en el proceso demuestran que la determinación de usar el relleno fluido como material de nivelación en la obra fue adoptada, recomendada y seguida por el IDU.

7.5.- En diferentes decisiones penales, disciplinarias y fiscales emitidas con anterioridad se ha establecido que la responsabilidad de la introducción del relleno fluido como material de nivelación fue de los funcionarios del IDU, lo que demuestra que el Contratista no podía responsabilizarse de la modificación realizada a los diseños.

7.6.- La Aseguradora insistió en que la obra fue recibida a satisfacción, por lo cual no es posible alegar hechos sucedidos con anterioridad al recibo, como es el caso de los daños en las losas que, como se evidenció en el proceso, eran conocidos desde antes de la terminación de la obra.

7.7.- Reiteraron que los actos demandados incurrieron en falsa motivación y violación de las normas en que debían fundarse.

II. CONSIDERACIONES

E.- Decisión a adoptar y plan de exposición

8.- La Sala se pronunciará de fondo porque las demandas se presentaron dentro del término de caducidad. El acto que resolvió el recurso de reposición contra la decisión de hacer efectiva la póliza de cumplimiento por la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra fue proferido el 15 de septiembre de 2005; teniendo en cuenta que la acción procedente era la de controversias contractuales, el término de caducidad de dos años vencía el 16 de septiembre de 2007, y las demandas fueron presentadas el 29 de noviembre y 16 de diciembre de 2005.

9.- La Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, porque (i) la decisión de declarar el siniestro de estabilidad de la obra desconoció las normas en que debía fundarse y (ii) el Contratista no incumplió las obligaciones a su cargo: los daños generados como consecuencia de la modificación de los diseños en lo relativo al material utilizado en la construcción de la obra, son imputables a la Contratante.

9.1.- En el expediente está demostrado que los daños en las losas se evidenciaron durante la ejecución del contrato, mucho antes de su terminación y que, una vez ocurrieron se advirtió que ellos tenían como origen la utilización del relleno fluido.

9.1.1.- También está demostrado que, no obstante, lo anterior, la entidad contratante dio por recibida a satisfacción la obra y tuvo por cumplidas las obligaciones a cargo del Contratista. En el acta de liquidación del contrato, el IDU no dejó ninguna salvedad relativa al incumplimiento de las obligaciones del contratista: no indicó que se hubiese apartado del diseño o que hubiese incurrido en defectos constructivos. En estas condiciones, el amparo por la estabilidad de la obra solo podía hacerse efectivo por daños ocurridos con posterioridad a la terminación del contrato y no podía fundarse en daños que, de acuerdo con la entidad, ocurrieron como consecuencia de incumplimientos del Contratista durante la ejecución del contrato. Esos daños no son los que ampara el riesgo de estabilidad de la obra.

9.2.- Igualmente, está demostrado en el expediente que el Contratista no incurrió en los incumplimientos que afirmó el IDU en los actos administrativos que hicieron efectivo el amparo de estabilidad de la obra y que sirvieron para sustentar tal decisión. Esas imputaciones no solo desconocen el acta de recibo a satisfacción de la obra; desconocen también que quien tenía la obligación de suministrar los diseños y podría determinar el material a utilizar era el IDU; que el Contratista tenía la obligación de ejecutarla; y que en relación con los diseños está acreditado que cumplió con su deber de advertir las consecuencias que generaba la utilización del relleno fluido y de poner en conocimiento del IDU el resultado del estudio que contrató cuando advirtió lo anterior.

9.3.- En la primera parte se hará referencia a la indebida declaración del amparo de estabilidad de la obra y en la segunda parte a las pruebas que evidencian que el daño que presentaron las losas fue causado por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del IDU.

F. El IDU desconoció las normas legales al hacer efectivo el amparo de estabilidad de la obra.

10.- En el expediente obra copia del concepto técnico elaborado por la Universidad Nacional de Colombia¹, el cual fue contratado por el IDU luego de la terminación del contrato, y tuvo como objeto determinar el estado del <<pavimento vehicular del contrato IDU 403/ 2000>>, los daños existentes en la obra y sus causas.

11.- El concepto de la Universidad Nacional concluyó lo siguiente sobre el estado del pavimento:

<< 1. El pavimento de la Autopista Norte presenta patología estructural correspondiente a los escalonamientos, fisuras transversales, fisuras

¹ Cuaderno No. 7, folios 351 a 625

longitudinales, de esquina y los subdivididas. La incidencia de manifestaciones de bombeo de agua y finos a través de las juntas es alta. **Tales patologías se han presentado en forma muy precoz y con extensión mayor de la normal en un pavimento de reciente construcción.** La ubicación de las zonas con mayor patología es aleatoria respecto del abscisado de la Autopista Norte. >>²

12.- En relación con la causa de los daños estructurales en el pavimento, el concepto técnico estableció:

<< 2. El carril 2, de la calzada occidental de tráfico mixto, es el que presenta mayor concentración de daños estructurales y deficiencias en el material de sello. Esta concentración de daños se debe en primera instancia a la alta erodabilidad³ del material de relleno fluido, a la menor resistencia de la fundación, al menor espesor de la losa de concreto con respecto a la del carril 1 adyacente, y al alto tráfico de vehículos comerciales que usan este carril.

(...)

4. El aumento de las fallas estructurales presenta una tendencia exponencial, causada por la alta erodabilidad del relleno fluido.

(...)

6. La patología de daños que presentan las losas de pavimento de la Autopista Norte está asociada a la alta erodabilidad del material de base, el relleno fluido, que provoca su degradación estructural y pérdida de masa, deja sin soporte las losas de concreto, y genera la rotura de las mismas. No presenta distribución uniforme de daños, lo cual complica y pone en evidencia los problema de erodabilidad del material de base. El factor que prima sobre la extensión y severidad de los daños manifestados en la Autopista Norte se relaciona con la impermeabilidad del pavimento. (...) ⁴>>.

13.- Está probado en el expediente que, para el momento de la terminación del contrato, el IDU ya había sido advertido de los defectos que se presentaban en las losas, a los cuales se hace referencia en el concepto anterior; sabía que la causa de dichos defectos era la utilización del relleno fluido; y tenía conocimiento de que su utilización no correspondía a los diseños revistos en el diseño elaborado por SGD.

² Cuaderno No. 7, folio 495

³ La erodabilidad del suelo o factor K, es una descripción cuantitativa que indica la susceptibilidad del suelo a ser erosionado, es considerado como el factor más importante para la predicción de la erosión y refleja el hecho de que diferentes suelos se erosionan a diferente tasa cuando los demás factores que afectan la erosión son los mismos. RAMÍREZ. O., F.A.; HINCAPIÉ G. E.; SADEGHIAN K., S. Erodabilidad de los suelos de la zona central cafetera del departamento de Caldas. Cenicafé 60(1) 58-71. 2009. La mayor erodabilidad de los suelos y materiales en vías conlleva la fractura o daños del pavimento de las mismas.

⁴ Cuaderno No. 7, folios 495 y 496

14.- Las fisuras en las losas de los carriles mixtos que eran objeto de rehabilitación empezaron a presentarse en el mes de marzo de 2000. Por tal razón, el contratista solicitó a la Universidad de los Andes⁵ realizar un estudio de las causas de los daños. En dicho estudio, que fue puesto en conocimiento del IDU, se determinó que los daños se debían al uso del relleno fluido como material de nivelación, por tratarse de un material altamente erodable. El anterior estudio coincide con el efectuado por la Universidad Javeriana⁶ por solicitud del interventor.

15.- Por su parte el IDU solicitó a Asocreto⁷ un informe sobre las causas de los daños en las losas. El informe definió que los daños no eran causados por el relleno de fluido, por lo que el material podía seguir siendo aplicado para nivelación de los carriles mixtos.

16.- Ante la disparidad de conceptos sobre las causas de las fisuras, el IDU solicitó informe al Dr. Jashmid Armaghi⁸, experto internacional recomendado por el *American Concrete Institute*. El experto estableció que los daños provenían de varios factores; entre ellos, la erodabilidad del relleno fluido, la cual podía ser corregida mediante la adopción de un sistema de bombeo.

17.- El diseñador SDG⁹, informó al IDU que los diseños realizados para la Autopista Norte no contemplaban el uso del relleno fluido como material de nivelación en la base de la losa. Igualmente precisó que el diseño original sólo preveía el relleno fluido para las ampliaciones de las bermas; y que la resistencia de compresión era de 60 kg por centímetro cuadrado y no de 30 kg por centímetros cuadrado. En virtud de ello, indicó que las especificaciones usadas en la estructura de pavimento de la Autopista Norte eran diferentes a las del diseño efectuado de su parte.

18.- Del anterior recuento se concluye que los daños en las losas de los carriles mixtos se presentaron durante la ejecución del contrato y que sus causas fueron establecidas en estudios realizados cuando aún estaba vigente. Antes de que terminara el contrato era totalmente claro que la modificación de los diseños en dos aspectos fundamentales (el porcentaje y la aplicación a los carriles de tráfico mixto) eran los causantes de los defectos que presentaban las losas.

19.- No obstante lo anterior, en el acta de recibo¹⁰ el IDU manifestó que la obra se recibía a <<entera satisfacción de acuerdo con lo establecido en el contrato (...)'¹¹>>. Y, en el acta de liquidación del contrato la entidad no dejó ninguna salvedad en relación con la responsabilidad del contratista en los daños de las losas, ni se reservó el derecho a demandar el incumplimiento por la existencia de estos; en la citada acta se señaló que el contratista se comprometía a

⁵ Folios 226 a 228 AZ4 y 375 a 488 AZ8

⁶ Folios 233 A 360 cuaderno No. 8

⁷ Cuaderno principal No. 2 folios 258 a 261

⁸ Folios 700 a 710 cuaderno No.8

⁹ Folios 181 a 182 AZ3

¹⁰ Cuaderno de pruebas No. 9 folios 219 a 249

¹¹ Cuaderno de pruebas No. 9. Folios 249

reparar los daños e las losas, sin que eso implicara de ninguna manera reconocer responsabilidad en los mismos.

20.- Si el IDU consideraba que los defectos que se evidenciaron en la obra desde el principio de la construcción fueron generados por el incumplimiento de las obligaciones del Contratista en la ejecución del contrato (i) por haber modificado los diseños en relación con el material a utilizar, (ii) por haber consentido tal modificación, (iii) por haberlos aplicado sin realizar las pruebas previas de resistencia, o (vi) por haber incurrido en defectos en la construcción, debió ejercer las facultades previstas en el contrato y en la ley. Tenía la facultad de aplicar multas dirigidas a lograr la adecuada ejecución del contrato, o podía declarar su incumplimiento con el objeto de imponer la cláusula penal, incluso luego de terminado el contrato y antes de proceder a su liquidación. Para ejercer tales facultades debía contar con pruebas del incumplimiento y agotar el procedimiento legal con el Contratista y la Aseguradora.

20.1- Lo que el IDU no podía hacer era omitir todo lo anterior y, luego de recibir la obra a satisfacción y liquidar el contrato bilateralmente sin expresar ningún tipo de salvedad, declarar la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra. No podía fundamentar dicho acto en la afirmación según la cual los daños en las losas eran imputables al Contratista al (i) haber <<consentido>> la modificación de los diseños en relación con el material a utilizar en la obra sin haber realizado los estudios de laboratorio que demostraran su viabilidad y (ii) al haber incurrido en defectos constructivos en la ejecución del contrato. Tales incumplimientos se refieren a hechos conocidos por la entidad Contratante antes de la terminación del contrato; y declararlos luego de recibir la obra a satisfacción y suscribir un acta en tal sentido, implica desconocer sus efectos y hacer uso indebido de la facultad de declarar el siniestro de inestabilidad de la obra.

21.- El amparo de la póliza de cumplimiento relativo a la estabilidad de la obra tiene como finalidad garantizar la reparación de los daños que se presenten luego de que haya sido recibida a satisfacción, y que no se evidencian en el momento de la entrega. El constructor debe reparar estos daños, y este amparo se incluye precisamente para garantizar el cumplimiento de esta obligación. El amparo se hace efectivo con la sola demostración de la ocurrencia de daños posteriores en la obra y del valor de su reparación. Por esta vía no puede obtenerse la reparación de daños imputables al incumplimiento de las obligaciones del contratista conocidos por la entidad antes de la terminación del contrato.

22.- A partir de las disposiciones del Código Civil relativas a cómo debe efectuarse el pago de una obligación, de acuerdo con las cuales <<el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación (art. 1627 del C.C.), la doctrina define el alcance del acta de recibo de las obras a satisfacción como un acto en el cual el contratista se entiende liberado de las obligaciones relativas a la ejecución de esta. Por ende, es un acto en el que la contratante debe obrar diligentemente en la apreciación de la obra que recibe.

<<Si la prestación que se le ofrece por el contratista es objetivamente exacta, el contratista tiene derecho a verse liberado y, correlativamente la administración contratante, estará obligada aceptarla con independencia de que esté más o menos satisfecha con el resultado obtenido como consecuencia de la ejecución del contrato que ella misma programó y concertó... Se trata del acto cuya finalidad consiste en que la Administración compruebe que la prestación ofrecida por el Contratista concuerda exactamente con la debida se trata de una carga del acreedor que ha de cooperar con el deudor en el cumplimiento para que éste quede liberado, pero también de una facultad del mismo puesto que el interés que para él representa el derecho de crédito sólo quedará plenamente satisfecho si efectivamente existe una total coincidencia entre la prestación realizada y la programada.

<<Por el contrario si el acreedor constata que la prestación que le ha sido ofrecida por el deudor no coincide con la debida por ser parcial o defectuosa, podrá adoptar una de estas tres actitudes: (i) rehusar la prestación; (ii) aceptarla pero haciendo constar las objeciones o reservas precisas, caso en el cual se habría producido un cumplimiento parcial o defectuoso (iii) aceptarla sin protesta ni reserva alguna. En este último caso, tanto si conocía los vicios o defectos de la prestación en el momento del cumplimiento, como si le pasaron desapercibidos por haber faltado a la diligencia que les exigidas en dicho momento por aplicación de los principios de diligencia y auto responsabilidad le queda vedado dirigir posteriormente acción alguna frente al deudor para la subsanación de los mismos>>

<< Todo cuanto queda dicho hasta aquí presupone que los defectos o vicios de la prestación son aparentes es decir que el acreedor pudo conocerlos en el momento del cumplimiento de ahí que cuando el Código Civil regula esta materia en aquellos contratos que tienen por objeto la entrega de cosas materiales como son la compraventa el arrendamiento y la obra sólo se ocupa de la garantía o saneamiento por vicios ocultos y no manifiestos. El legislador concede un plazo a partir del momento del cumplimiento para que los vicios se manifiesten y por tanto puedan ser apreciados por el adquirente a fin de que éste pueda ejercitar frente al deudor las correspondientes acciones>>¹²

22.1. En este sentido, el Código Civil en su artículo 2060 dispone:

<<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; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, <sic 2057> inciso final.

¹² Ariño, Gaspar, comentarios a la ley de contratos de las administraciones públicas, T. III, p. 983, 991, 1007, 1009

<<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 arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone.

23.- El amparo de <<estabilidad de la obra> de la póliza de cumplimiento tiene como propósito garantizar el cumplimiento de la obligación anterior, en el caso de que el riesgo asegurado se presente por defectos imputables al contratista. Por tal razón, en la medida en que el IDU fundamentó la declaratoria del siniestro de estabilidad de la obra en hechos que ya eran conocidos al momento de su recibo, desconoció lo dispuesto en el numeral 3 artículo 2060 del Código Civil, conforme con el cual la obra se entiende recibida como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, sin que dicho recibo exima al constructor de la responsabilidad por estabilidad. La anterior regla implica que, cuando en ese momento existan daños que son conocidos por el contratante, éste debe realizar la respectiva salvedad o reclamación al constructor. Al respecto la doctrina ha señalado:

*<<Esta regla surge del hecho de que quien recibe la obra no puede apreciar los vicios en los materiales o de suelo, por lo que no puede entenderse que la acepta con dichos defectos. Podría incluso sostenerse que esta regla debe operar en todos los casos pues la aceptación por parte de quien contrató solo puede referirse a lo que él puede apreciar, por lo cual debe entenderse que puede demandar en el evento **en que establezca defectos que no eran detectables con la diligencia que le era exigible cuando recibió.**¹³>>*

23.1.- Declarar la ocurrencia del riesgo de <<estabilidad de la obra>> a partir de hechos ocurridos con anterioridad a la entrega, que es cuando comienza la cobertura de este amparo, viola los artículos 1054 y 1083 del Código de Comercio porque el riesgo no puede ser un hecho cumplido y conocido por el asegurado.

23.2.- En el caso concreto, el IDU conocía la existencia de los defectos en la obra, así como sus causas, por lo que debía advertir el incumplimiento de las obligaciones del Contratista al momento del recibo de la obra y en la liquidación del contrato, pues no se trata de un hecho que surja con posterioridad al recibo, sino a una situación conocida y por tanto que implicaba el reclamo de incumplimiento.

24.- Así las cosas, los actos administrativos demandados resultan contrarios a las normas en que debían fundarse, pues con los mismos la entidad convirtió lo que correspondía a una reclamación de incumplimiento contractual, en un reclamo por la obligación de garantizar la estabilidad de la obra, desconociendo que está última sólo surge cuando se presentan defectos que provengan de vicios que no podían ser conocidos por el contratante al momento del recibo de

¹³ Cárdenas Juan Pablo, Contratos notas de clase, editorial Legis, 2021, pág 734

la obra.

G.- El IDU fue el responsable del uso del relleno fluido de manera distinta a la fijada por el diseñador de la obra

25.- La resistencia del relleno de fluido prevista por el diseñador era de 60 kg por centímetro cuadrado¹⁴ y esta especificación fue modificada por el IDU, que en el pliego de condiciones definió que la resistencia del material era de 30 kg por centímetro cuadrado¹⁵.

26.- Así mismo, el diseño preveía el relleno fluido como material de nivelación exclusivamente: *<<en los sectores referentes a las ampliaciones de las bermas con el objetivo de manejar la diferencia de rigidez entre la estructura nueva y la estructura existente del pavimento (...)¹⁶>>*. No obstante lo anterior, en el acta No. 4 de avance de obra del 28 de junio de 2000 se estableció que la construcción de los carriles de Transmilenio se realizaría *<<con el espesor de diseño 21 cm en las placas correspondientes al carril de transmilenio y las dos adyacentes de tráfico mixto, los carriles aledaños a los carriles laterales se evaluarán posteriormente. Con su respectiva renivelación en relleno fluido dependiendo de los niveles del concreto rígido existente y una sobreexcavación de 50 cm de ancho en los sitios de fallo con la cortina de relleno fluido desde la subbase hasta el nivel de la cara inferior del whitetopping>>¹⁷*. Con esta determinación se modificó el uso establecido en el diseño original para el relleno fluido, ampliando su utilización para la nivelación de los carriles de tráfico mixto.

26.1.- El uso del relleno fluido en los carriles mixtos implicó una modificación al diseño original, conclusión a la que llega el estudio técnico de la Universidad Nacional de la siguiente manera:

<< 7. La concepción del diseño desarrollado por SDG fue totalmente vulnerado al recomendar el relleno fluido en reemplazo de la base asfáltica. Tal vez este sea el factor más determinante para el comportamiento manifestado por el pavimento de la autopista norte.¹⁸ (...)>>.

26.2.- En virtud de lo anterior, el concepto técnico de la Universidad Nacional es enfático en determinar que los daños presentados en el pavimento de la Autopista Norte *<<son directamente imputables a quien autorizó el cambio del material de la base en concreto asfáltico por el relleno de fluido, sin tener conocimiento de su comportamiento geomécanico bajo diversos estadios de sollicitación¹⁹>>*.

27.- En el acta No. 4 el IDU indicó que el relleno fluido: *<<actúa como base*

¹⁴ Cuaderno de pruebas No. 3. Folios 181 y 182

¹⁵ Cuaderno de pruebas No. 5. Folio 23

¹⁶ Cuaderno de pruebas No. 3. Folios 181 y 182

¹⁷ Cuaderno de pruebas No. 3 folio 75

¹⁸ Cuaderno No. 7, folio 497

¹⁹ Cuaderno No. 7, folio 498

*granular y no va a haber erosión abajo>>*²⁰, con lo cual fijó su criterio técnico en relación con la erodabilidad de dicho material; dicho concepto es contrario a la conclusión del concepto técnico de las Universidades Nacional, de los Andes y Javeriana, en los que se determina que los daños en la obra se debieron a que el relleno fluido era un material <<altamente erodable>>.

27.1.- Consta en el acta No. 4, que el Contratista solicitó <<precisión en cuanto a que es claro que el proceso de secamiento y las grietas hacen que el efecto llanta, movimiento del suelo, sea más drástico cerca de los separados>>²¹. Frente a esta inquietud la entidad respondió <<lo que se puede hacer es destapar por detrás del sardinel hasta encontrar la subbase existente y completar hasta la altura del bordillo con relleno fluido de 30 kg/cm², es decir, un hombro a continuación del bordillo (...)>>²². Lo anterior evidencia que la inclusión del relleno fluido fue discutida y acordada por las partes, pero que, en los aspectos técnicos, fue la entidad la que estableció los criterios de uso.

28.- En el acta No. 5 de avance de obra del 5 de julio de 2000 se encuentra la siguiente postura del IDU frente a las dudas que fueron planteadas por la interventoría en relación con el uso del relleno de fluido como material de nivelación:

<<La interventoría comenta que el concepto original de curado de la fisura se hace con Asfalto 85-100 caliente y en los sitios donde hay que quitar carpeta se utiliza mezcla asfáltica, informa además que en éste primer tramo todo se reniveló con relleno de fluido, lo que produce un incremento no cuantificable y solicita al IDU se defina si se sigue haciendo con Asfalto o con relleno de fluido porque el comportamiento de los dos materiales es distinto, el primero es más elástico y el segundo más rígido y lo preocupante es limitar el desplazamiento de las placas.

*El IDU afirma que no importa cual se use siempre y cuando se presente confinamiento, de acuerdo con la teoría de Asocreto, que es acogida por el IDU, pero se debe definir un precio para la limpieza y el tratamiento de las fisuras. Agrega que el hecho de que **el IDU haya entregado información publicada por Asocreto y haya convocado a conferencias quiere decir que el IDU acepta y da como ciertos sus postulados.***²³>>

28.1.- La anterior manifestación demuestra que el IDU avaló técnicamente el uso del relleno fluido, con fundamento en los conceptos de Asocreto, asociación que obraba como su asesor en virtud del convenio de colaboración No. 17 de 2009, cuyo objeto era <<aunar esfuerzos técnicos con miras al aseguramiento de la calidad de los pavimentos locales, dentro del programa de construcción, recuperación y conservación de la malla vial en el Distrito Capital de Santa Fe

²⁰ Cuaderno de pruebas No. 3 folio 74

²¹ Cuaderno de pruebas No. 3 folio 74

²² Cuaderno de pruebas No. 3 folio 74

²³ Cuaderno de pruebas No. 3 folio 84

de Bogotá que adelanta el IDU>>²⁴.

29.- En el proceso se encuentra acreditado que Asocreto participó en las decisiones técnicas para el uso del relleno fluido en la obra de la Autopista Norte. De ello da cuenta el concepto emitido por dicha asociación²⁵, en el que, contrario lo concluido por los demás expertos, señaló: <<se pudo verificar y comprobar el buen comportamiento del relleno fluido en la estructura de la Autopista Norte.>>²⁶

29.1.- Además de lo anterior, los testimonios rendidos en el proceso coinciden en señalar la participación de Asocreto en calidad de asesor técnico del IDU; así lo indica Lisandro Beltrán Moreno, <<asesor del proyecto IDU pólizas>>²⁷:

<<Preguntado: Dígame al despacho si de los documentos que usted tuvo para estudio conoció que (...) Asocreto, era asesor del IDU para las obras viales de la vía La Calera, el eje ambiental de la Jiménez, la avenida Caracas y la Autopista norte. Contestó: de acuerdo Asocreto actuó como asesor del IDU en los proyectos mencionados. >>²⁸

29.2.- Lo anterior es corroborado por el testigo Álvaro Silva Fajardo, quien actuó como director de la interventoría del contrato No. 403 de 2000 y que en su declaración manifestó que Asocreto en su calidad de asesor del IDU tenía como función <<promover el uso del concreto y demás productos relacionados con éste como es el caso del relleno fluido>>²⁹ y que en el contrato <<asistió a algunas reuniones técnicas como asesor del IDU mediante contrato>>³⁰, así como que Asocreto realizó por solicitud del IDU un <<seminario sobre las nuevas tecnologías en diseño y construcción de pavimentos Whitetopping y el relleno fluido >>³¹.

30.- A partir de lo anterior, es claro que el IDU determinó el uso del relleno de fluido en la obra como material para los carriles mixtos, lo que implicó una modificación a los diseños iniciales, y tuvo como sustento técnico la asesoría realizada por Asocreto.

31.- De manera que, en el caso concreto, al ser el IDU el responsable del diseño, así como de la modificación a la resistencia y al uso definido por el diseñador para el relleno fluido, los defectos que se presentaron en virtud de dicho material le eran imputables a la entidad y no al contratista.

31.1.- Siendo así, no era posible que el IDU se valiera de las fallas en el material que él dispuso usar para responsabilizar al Contratista, pues ello es equivalente a beneficiarse de su propia culpa, lo que en materia contractual

²⁴ Cuaderno principal No. 2 folios 258 a 261

²⁵ Cuaderno No. 7 folios 627 a

²⁶ Cuaderno principal No. 2 folios 258 a 261

²⁷ Cuaderno principal No. 4 folio 194

²⁸ Cuaderno principal No. 2 folios 258 a 261

²⁹ Cuaderno principal No. 4 folio 208 reverso

³⁰ Cuaderno principal No. 4 folio 209 reverso

³¹ Cuaderno principal No. 2 folios 258 a 261

significa imputarle a la otra parte un incumplimiento que está determinado por el incumplimiento propio.

32.- Ahora bien, en relación con la existencia de una obligación a cargo del Constructor de realizar observaciones, advertencias o estudios respecto del relleno fluido, se deben analizar en primer lugar las obligaciones contractuales sobre el diseño. Al respecto, la adenda No. 1 al pliego de condiciones de la licitación No. IDU-PL-GPTN-002-2000 modificó la el numeral 1.22.2 del pliego, el cual que quedó así:

<< Adicionalmente el contratista seleccionado tendrá la responsabilidad de evaluar y verificar la información que tenga disponible y que pueda estar relacionada con el proyecto para replantear los diseños de su intervención, manteniendo los lineamientos contenidos en el diseño original>>.

32.1.- La anterior modificación afectó las obligaciones consignadas en el texto original de los pliegos de condiciones en los que el contratista debía *<<(…) evaluar, verificar y **complementar** la información que tenga disponible y que pueda estar relacionada con el proyecto para replantear los diseños de su intervención, manteniendo los lineamientos contenidos en el diseño original>>.*

32.2.- El capítulo sexto³² del pliego de condiciones establecía que las especificaciones técnicas y el diseño a ejecutar por el Contratista sería el entregado por la entidad, y que el constructor sólo tenía responsabilidad de realizar ajustes al diseño para atender las observaciones de las empresas de servicios públicos.

32.3.- De manera que, conforme con las estipulaciones del pliego de condiciones, al Contratista no le correspondía realizar estudios complementarios como los que se requerían para corroborar el uso del relleno fluido para fines distintos a los previstos en el diseño original los cuales, tal como definió el concepto de la Universidad Nacional, implicaban realizar pruebas especializadas:

<< Es importante señalar que el comportamiento geomecánico de un material no se puede definir con un solo párametro y que dicho comportamiento se debe establecer teniendo en cuenta el medio y la forma que va a trabajar. En consecuencia antes de recomendar el empleo de este material como base de las losas de hormigón, se debieron efectuar pruebas de laboratorio para analizar su resistencia bajo cargas cíclicas y tramos de prueba en el campo para definir su comportamiento con las condiciones de trabajo reales³³>>.

33.- Así las cosas, los actos administrativos demandados incurrieron en falsa motivación, al fundamentar la responsabilidad del Contratista en el deber realizar los estudios y ensayos necesarios para corroborar que el relleno fluido

³² Cuaderno de pruebas No. 5 folios 71 y siguientes

³³ Cuaderno No. 7, folio 698

era idóneo para la obra contratada, sin tener en cuenta que en el contrato no estaba estipulada a su cargo tal obligación.

34.- Establecido que al Contratista no le correspondía complementar los diseños, debe determinarse si los daños que podía causar el uso del relleno fluido en la obra correspondían a vicios en el material que el Constructor <<por su oficio, haya debido conocer; o que conociéndolo, no haya dado aviso oportuno.>>, supuesto en el cual, de conformidad con el artículo 2057 del Código Civil, se predicaría su responsabilidad por los daños en la obra.

35.- En relación con el deber profesional del constructor sobre los diseños la doctrina ha señalado:

*<<El ingeniero constructor es un profesional en el sentido tradicional del término; pero- a diferencia del diseñador- él no hace cálculos, ni elabora planos, **ni juzga la idoneidad de los métodos de construcción ni de los materiales** que han sido especificados por el diseñador del proyecto.*

En la construcción predomina la mano de obra sobre la inteligencia, y esta expresión vulgar lo ilustra bien: el constructor es un “maestro de obra calificado”.

(...)

Se exige al constructor prudencia y diligencia medianas y no la máxima diligencia. De él se espera que sea cuidadoso y cumpla con sus obligaciones bajo estándares algo de desempeño, pero no los más altos o exigentes (art. 63 y 1603 CC) >>³⁴.

35.1.- De manera que al constructor le corresponde obrar con diligencia en relación con la calidad de los materiales con los que se construye la obra, pero no realizar juicios de fondo ni adoptar determinaciones sobre los mismos. Es suficiente hacer lo que hizo en este caso, que fue solicitar la corroboración sobre su funcionalidad.

36.- En el caso del uso del relleno fluido como material de nivelación para la ejecución de la obra de los carriles mixtos de tráfico, el Contratista hizo observaciones relacionadas con el uso del material, que constan en el acta No. 4 de avance de obra, en la cual solicitó se aclarara << cómo se va a manejar el problema del confinamiento lateral de los carriles ubicados al lado de los carriles ubicados al lado de la zona centro y los paraderos>>, a lo cual el IDU respondió <<que el confinamiento es responsabilidad del diseñador, además agrega que el relleno fluido actúa como base granular y no va a haber erosión abajo>>.

36.1.- En la misma acta solicitó <<precisión en cuanto a que es claro que el proceso de secamiento y las grietas hacen que el efecto llanta, movimiento del

³⁴ Vallejo, F. 1. Responsabilidad profesional en la construcción de obras. *Revista Derecho del Estado*. 20 (1), 97-120.

suelo, sea más drástico cerca de los separados>>³⁵, respecto de lo cual el IDU respondió <<lo que se puede hacer es destapar por detrás del sardinel hasta encontrar la subbase existente y completar hasta la altura del bordillo con relleno fluido de 30 kg/cm², es decir, un hombro a continuación del bordillo (...)>>³⁶.

36.2.- En el acta No. 5 de avance de obra, el contratista solicitó que <<se aumente la resistencia del relleno fluido, por cuanto considera que se diseñó con resistencias muy bajas y se va a reventar muy rápido³⁷>>, solicitud que no fue atendida por el IDU, pese a que dicha entidad fue la que estableció la resistencia original de 60 kg por centímetro cuadrado y luego la varió a 30 kg por centímetro cuadrado, lo cual modificó el diseño original. Lo anterior es determinante en la responsabilidad que le incumbe la entidad, ya que las conclusiones del estudio realizado por el experto Jashmid Armaghi, citadas en el acta de liquidación bilateral, señalaron que <<el relleno fluido de 60 kg/cm² resistencia a la compresión parece comportarse mejor que el relleno fluido de 30k/cm² resistencia a la compresión³⁸>>.

37.- Las anteriores solicitudes del contratista demuestran que actuó con la diligencia debida, contrario al IDU, que pese a que desde los pliegos de condiciones estableció que la obra se debía desarrollar <<de acuerdo a los estudios de suelos por el diseño de los pavimentos, puesto que cada tramo presenta características diferentes en cuanto a suelo, estructura actual de pavimento y tráfico existente en el sector>>³⁹, avaló el uso del relleno fluido conforme lo recomendó su asesor Asocreto, con lo cual asumió la responsabilidad por dicho uso.

38- Adicionalmente, no puede perderse de vista que así como al constructor le corresponden deberes profesionales, el IDU, como entidad dedicada a la realización de obras públicas, tiene el deber de respaldar sus decisiones técnicamente. No puede trasladarle esta obligación al contratista porque, como lo indica la doctrina <<hay que tener en cuenta las condiciones del acreedor de la obligación de información, pues en principio no hay que informar a quien conoce o debe conocer. Lo anterior determina que la obligación de información varía según la preparación del acreedor⁴⁰>>.

39.- Así las cosas contrario a lo determinado en los actos administrativos demandados, el contratista no desconoció sus deberes contractuales y profesionales, por lo que no le eran imputables los daños causados por el uso del relleno fluido en los carriles mixtos, lo que implica que las decisiones fueron falsamente motivadas, en la medida en que no existió el incumplimiento contractual que se le imputó.

H.- Restablecimiento del derecho

³⁵ Cuaderno de pruebas No. 3 folio 74

³⁶ Cuaderno de pruebas No. 3 folio 74

³⁷ Cuaderno de pruebas No. 3 folio 87

³⁸ Cuaderno de pruebas No. 3 folio 87

³⁹ Numeral 1.22.2. pliego de condiciones, obrante en el cuaderno de pruebas No. 5 folio 11.

⁴⁰ Cárdenas Juan Pablo, Contratos notas de clase, editorial Legis, 2021, pág 705

40.- Las demandas acumuladas coinciden en solicitar que a título de restablecimiento del derecho se declare que el IDU no podía hacer efectiva la póliza de garantía expedida por la aseguradora Confianza, por lo que, al declararse la nulidad de los actos demandados, se accederá a dicha pretensión.

41.- Teniendo en cuenta que no se probó que se hubiera pagado la suma ordenada en los actos demandados, se condenará al IDU a reintegrar a Confianza la suma de dinero que esta hubiera pagado en virtud de la declaratoria del siniestro, para lo cual la Aseguradora presentará cuenta de cobro en la que debe especificar la fecha del pago y realizar la correspondiente actualización

con base en la siguiente formula:

$$Ra = Ri \times \frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$$

Donde Ra (renta actualizada) es el valor actualizado de la condena, Ri (renta inicial) es el valor que se ordena reintegrar, el IPC inicial es el vigente al momento en que se pagó al IDU por parte de Confianza y el IPC final es aquel vigente al momento de proferirse la presente providencia (septiembre de 2021) .

I.- Condena en costas

42.- En consideración a la conducta asumida por las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En su lugar **DECLÁRASE** la nulidad de las Resoluciones 1999 de 28 de abril de 2005 y 6057 de 15 de septiembre de 2005 suscritas por la directora *ad-hoc* del IDU, por medio de las cuales, entre otras decisiones, se ordenó hacer efectiva la garantía de cumplimiento expedida por la compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho **DECLÁRASE** que el IDU no podía hacer efectiva la póliza de garantía No. 1141035 expedida por la aseguradora Confianza S.A. para garantizar la estabilidad de la obra ejecutada en virtud del contrato No. 403 de 2000 y por

tanto Contrucciones Civiles S.A.- Conciviles S.A y la Compañía Aseguradora de Fianza S.A.- Confianza S.A., no adeudan ninguna suma de dinero por dicho concepto.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** al IDU a reintegrar a la Compañía Aseguradora de Fianza S.A.- Confianza S.A., la suma de dinero que haya cancelado en ejecución de los actos administrativos anulados, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: Sin condena en costas por no aparecer causadas.

SEXTO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente

(Firmado electrónicamente)
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

(Firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTINEZ
Magistrado