**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejero ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación: 250002326000200202056 02**

**Expediente: 37317**

**Actor: SOCIEDAD CONSTRUCTORA AMCO LTDA. Y OTROS**

**Demandado: BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 13 de mayo de 2009, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La Beneficencia de Cundinamarca declaró, mediante acto administrativo debidamente motivado, contenido en la Resolución n.o 00117 de 2002, confirmada por las Resoluciones n.o 00166 y 00207 de 2002, la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra respecto del contrato 002 de 1996 celebrado con la unión temporal A. Muñoz Asociados, cuyo objeto fue la construcción de la nueva sede administrativa de la Beneficencia y del departamento de Cundinamarca en la ciudad de Bogotá, por cuanto las construcciones presentaron desperfectos y averías que no afectaron la estructura de la obra, ni impidieron el uso para el cual fue construida.

**A N T E C E D E N T E S**

**La demanda.**

**Expediente 2004-0657**

El 26 de marzo de 2004, en ejercicio de la acción de controversias contractuales y a través de apoderado debidamente constituido, la **Compañía Mundial de Seguros S.A.,** presentó demanda en contra de la Beneficencia de Cundinamarca, en la cual se plantearon las siguientes pretensiones:

*PRIMERA: Se declare la nulidad de la resolución No. 00117 de 22 de mayo de 2002, proferida por el Gerente General de la Beneficencia de Cundinamarca, “por la cual se declara la realización del riesgo de estabilidad de una obra y se ordena hacer efectiva la garantía correspondiente” (…).*

*SEGUNDA: Se declare la nulidad de la resolución No. 00166 del 2 de agosto de 2002, (…), “por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la resolución 117 de 22 de mayo de 2002”. La resolución No. 00166 confirmó todos los artículos de la resolución recurrida, excepción hecha del segundo que fue modificado para incluir otras entidades aseguradoras, dentro de las cuales está la Compañía Mundial de Seguros S.A.*

*TERCERA: Se declare la nulidad de la resolución No. 00207 del 11 de octubre de 2002, (…), “por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 000117 de 22 de mayo de 2002 y la Resolución 000166 de dos (2) de agosto del mismo año.*

*CUARTA: Como consecuencia de la declaración de nulidad de las resoluciones enunciadas en las pretensiones anteriores, se declare, a título de restablecimiento del derecho, que la Compañía Mundial de Seguros S.A. no está obligada a cumplir con lo ordenado por las citadas resoluciones y, por ende, no hay lugar a hacer efectiva la garantía de seguro de cumplimiento expedida por Aseguradora Colseguros S.A. y sus coaseguradoras.*

*QUINTA: Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos demandados y de las demás declaraciones, se ordene restituir, actualizados, a título de restablecimiento del derecho, los dineros que haya pagado o llegare a pagar la Compañía Mundial de Seguros S.A. en virtud de lo dispuesto por los referidos actos (…).*

Como fundamento fáctico de las pretensiones, la parte actora dio cuenta, en resumen, de los siguientes:

- La celebración, el 1º de abril de 1996, entre la Fiduciaria Cáceres & Ferro S.A. –quien obraba en desarrollo del contrato de fiducia pública suscrito con la Beneficencia de Cundinamarca- y la unión temporal A. Muñoz Asociados, del contrato de obra número 002, cuyo objeto consistió en la ejecución del diseño general y la construcción de la sede administrativa de la Beneficencia de Cundinamarca y para el departamento, en la ciudad de Bogotá, por un precio global de $ 34.695’810.684 y con un plazo fijo máximo de 495 días calendario.

- Para garantizar el cumplimiento del contrato por el contratista, se expidió por la Aseguradora Colseguros S.A. la póliza n.o 1170361-3 del 1º de abril de 1996, con la cual se cubrió, entre otros, el riesgo de estabilidad de la obra, con vigencia entre el 23 de mayo de 1997 y el 23 de mayo de 2002 y por valor asegurado de $8.139’162.137, póliza que contemplaba un coaseguro con la participación de las siguientes firmas y en el porcentaje de participación en el riesgo que se indica a continuación: Aseguradora Colseguros 52,40%; Seguros Aurora S.A., 17,00%; Mundial de Seguros 15,77% y Aseguradora Confianza 14,88%.

- El contrato se desarrolló normalmente y las obras fueron entregadas y recibidas a satisfacción el 23 de mayo de 1997, como consta en acta de entrega suscrita en esa fecha por las partes.

- Con ocasión de las inquietudes manifestadas por la Beneficencia de Cundinamarca sobre posibles problemas estructurales de la obra entregada, la contratista contrató a Schmedling Asociados & Co. Ltda., miembros de la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá, para que de manera imparcial hiciera una evaluación de la obra, sobre la cual esta firma presentó informe técnico, remitido a la entidad el 4 de septiembre de 2001, en el que concluyó que los inmuebles se encontraban en estado funcional aunque mal mantenidos de acuerdo a su vetustez y que la estructura se había conservado dentro de los parámetros normales.

- El 27 de febrero de 2002, la Beneficencia de Cundinamarca envió a la Aseguradora Colseguros S.A., una comunicación en la que puso en su conocimiento que la edificación cuya estabilidad aquella había garantizado y en donde funcionaba la sede administrativa, había venido presentando una serie de averías cuyas causas estaban por definirse, pero que no obstante, estaban afectando y comprometiendo el normal y adecuado servicio en la sede, por lo que solicitó la intervención de la aseguradora para la definición del procedimiento a seguir “*a fin de determinar las causas que dieron origen al deterioro de la edificación y la naturaleza técnica de las mismas”,* solicitud que reiteró en oficio del 26 de marzo del mismo año, en el que además le informó que había contratado un concepto técnico de la firma Proyectistas Civiles y Asociados, a fin de determinar las causas de las averías y su naturaleza. En similares términos, se dirigió a la aseguradora en oficio del 19 de abril de 2002.

- La firma Proyectistas Civiles y Asociados rindió concepto el 20 de mayo de 2002, en el que presentó observaciones sobre los acabados de la obra y las juntas de dilatación de la edificación, sugirió establecer el grado de estabilización de los asentamientos que se había logrado, adelantar la nivelación de puntos precisos característicos, y concluyó afirmando que complementariamente debían estudiarse los planos de detalle de los acabados y confrontarlos con la construcción, para establecer exactamente el origen de las fallas constructivas y determinar los procedimientos para corregirlas.

- La Aseguradora Colseguros S.A., designó a la firma Goven Ajustadores, para que recibiera y analizara la documentación relacionada con el aviso de siniestro dado por la Beneficencia de Cundinamarca, quien fue informada de ello.

- El 6 de mayo de 2002, el director de Construcciones Generales y el secretario de Obras Públicas del departamento de Cundinamarca le expresaron a la Beneficencia que habían hecho seguimiento durante más de un año a las averías presentadas en los edificios y zonas exteriores de la sede administrativa y que habían concluido que las mismas eran de origen constructivo, por lo que resultaba procedente efectuar la reclamación ante la aseguradora, a pesar de que en la misma comunicación, acotaron que se debía realizar un estudio para identificar y cuantificar el origen de las averías y el comportamiento futuro de la estructura, y obtener recomendaciones sobre las acciones necesarias para evitar nuevos daños.

- Los ajustadores designados por Colseguros concluyeron, con base en la información suministrada por la Beneficencia de Cundinamarca, que los asegurados no habían demostrado la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida.

- Colseguros fue citada a la entidad para hacerle entrega de la información que se tenía sobre las causas que dieron origen al deterioro de la sede, pero la citación le llegó con posterioridad a la hora de la reunión programada; ni la firma demandante ni las demás coaseguradoras fueron citadas a reunión alguna ni informadas sobre la situación y la documentación fue conocida parcialmente, con posterioridad a la expedición de la resolución 00117 del 22 de mayo de 2002, mediante la cual, a pesar de que los informes obtenidos por la Beneficencia de Cundinamarca no establecieron cuáles eran las causas de las averías y que hubo otros estudios realizados posteriormente a instancias del contratista, contundentes al expresar que no existía el menor indicio de inestabilidad de las obras, la entidad demandada declaró ocurrido el siniestro de estabilidad de la obra.

- Con posterioridad a la expedición del referido acto, el 17 de diciembre de 2002, la Beneficencia celebró contrato con la Sociedad Colombiana de Ingenieros para que realizara el diagnóstico y evaluación de las fallas que se estaban presentando en la sede administrativa y estableciera las necesidades de intervención. Copia de este contrato fue remitida a Colseguros y se hizo llegar a la Compañía Mundial de Seguros S.A., por la firma Goven Ajustadores, el 5 de mayo de 2003.

- El informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, rendido el 27 de septiembre de 2003, concluyó que la edificación no presentaba fallas estructurales y cumplía con las exigencias del CCSR-84.

- En la resolución 00117 del 22 de mayo de 2002, mediante la cual se declaró ocurrido el siniestro de estabilidad de la obra –y que fue notificada a Colseguros y al representante legal de la unión temporal contratista-, se estableció que hacían parte de ella y se entendían integradas al acto, las comunicaciones referidas en los numerales 6, 10, 13 y 15 de sus considerandos, pero esos documentos no fueron entregados a la demandante ni siquiera en el momento de la notificación del acto administrativo ni cuando le fue solicitada a la entidad copia auténtica de las resoluciones acusadas, junto con la constancia de su ejecutoria.

- El contratista y la Aseguradora Colseguros S.A. interpusieron recurso de reposición en contra del acto administrativo, el cual fue confirmado mediante Resolución 00166 del 2 de agosto de 2002, salvo el numeral 2º que fue modificado en el sentido de que la obligación de pago del siniestro debía efectuarse no sólo por Colseguros en su totalidad, sino por ésta y las demás coaseguradoras de la póliza, en la proporción respectiva en que cada cual era coasegurador, y se ordenó notificar el acto a las aseguradoras que no habían sido mencionadas en la Resolución 00117.

- Mediante Resolución 00207 del 11 de octubre de 2002, la Beneficencia de Cundinamarca confirmó en su totalidad la Resolución 00117 del mismo año.

**Causales de nulidad**

La demandante adujo que el acto administrativo demandado está viciado por:

1. Falsa motivación, pues cuando se produjo, la Beneficencia actuó como si no tuviera claridad sobre las causas de las averías detectadas en la obra, a pesar de que existían informes referidos al buen desempeño de la misma y que se sabía que fue bien construida y el sistema de cimentación era excelente, es decir que las resoluciones demandadas invocaron causas inexistentes.

2. Violación del debido proceso y el derecho de defensa con fundamento en el desconocimiento de los artículos 29 constitucional, 3, 14, 15, 28, 34, 35, 36, 44, 45, 48 y 84 del C.C.A y los artículos 23, 24 numeral 2 y 28 de la Ley 80 de 1993, pues Mundial de Seguros nunca fue citada por la Beneficencia de Cundinamarca para informarla sobre la actuación administrativa que se estaba adelantado, previa a la expedición de la Resolución 00117 de 2002, es decir que no conoció –como ninguna de las coaseguradoras- los informes que le sirvieron de justificación ni los pudo controvertir.

3. La expedición irregular del acto administrativo, fundada en que no se anexaron al mismo los documentos que él mismo anunciaba que formaban parte de la decisión.

4. Falta de competencia del funcionario que expidió las resoluciones demandadas, fundada en que la administración, a la luz de las disposiciones de la Ley 80 de 1993, no tiene competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento ni para declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, sino que debe dirigirse al juez del contrato para lo primero y para lo segundo, debe presentar la correspondiente reclamación ante la aseguradora, como cualquier particular; y en caso de que ésta la objete, deberá demandar ante el juez del contrato.

5. Violación directa de la ley, por falta de aplicación de:

5.1. Los artículos 18, 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, artículos 1592, 1600 del Código Civil y 1077, 1079, 1080, 1088 y 1089 del Código de Comercio, pues en el acto administrativo demandado la entidad no hizo efectiva una cláusula penal pecuniaria, en caso de que hubiera podido hacerlo, sino que directamente estableció, en forma unilateral, los perjuicios que consideró haber sufrido, al ordenar hacer efectiva la póliza de seguro correspondiente, provisionalmente, en cuantía de $ 508.386.169,68, cuando los perjuicios debían ser demostrados ante el juez del contrato, que era quien los debía determinar. Con esa actuación, la entidad desconoció las normas del Código de Comercio relativas al principio indemnizatorio del contrato de seguro y a la naturaleza del seguro de cumplimiento. Ha debido, por lo tanto, la entidad, demostrar ante el asegurador, tanto la ocurrencia del siniestro, como su cuantía.

Además de lo anterior, es decir, sin tener certeza sobre las causas de las fallas ni el monto de los perjuicios sufridos por la entidad, incluyó en lo cobrado una cuantía -$89’677.233,94- por concepto de administración, imprevistos y utilidad, es decir que no se limitó a cobrar los costos directos a las cantidades de obra que unilateralmente determinó, lo cual es contrario al principio indemnizatorio del contrato de seguro.

5.2. Violación de los artículos 1054, 1056 y 1072 del Código de Comercio por falta de aplicación, pues hubo ausencia de siniestro, ya que de acuerdo con los términos de la póliza, el amparo de estabilidad de la obra cubre a las entidades contratantes contra el riesgo de que durante el término estipulado y en condiciones normales de uso, la obra sufra deterioros imputables al contratista, que impidan el servicio para el cual se ejecutó, y tratándose de edificaciones, la estabilidad se determinaría de acuerdo con los planos, proyectos, seguridad y firmeza de la estructura, pero sin desconocer que toda obra conlleva un desgaste normal que obliga a efectuar el respectivo mantenimiento. Los defectos por falta de mantenimiento no son imputables al contratista y ese desgaste, no constituye un riesgo, pues se trata de un hecho cierto. Además, en el presente caso no se probó que el edificio de la Beneficencia no prestara el servicio normal, es decir que el hecho amparado no sucedió. Y una interpretación extensiva del riesgo, es contraria a los principios en que se fundamenta el contrato de seguro. En el presente caso, lo amparado son los daños de tal magnitud que impidan el servicio de la obra y que sean imputables al contratista, circunstancias que no se desprenden de la decisión tomada por la entidad demandada en la que declaró la ocurrencia del siniestro.

Acotó que el contratista no asumió obligaciones de mantenimiento posterior a la entrega de la obra, por lo que no se le puede imputar responsabilidad por los daños que la misma sufra, como consecuencia de no haberse llevado a cabo tal mantenimiento de la edificación, respecto del cual, el contratista advirtió en repetidas ocasiones a la administración sobre la necesidad de realizarlo.

5.3. Violación de los artículos 83 de la C.P., 871 del C. de Co., 1603 del C.C.C. y 26, numeral 4º de la Ley 80 de 1993, pues la entidad demandada no actuó de buena fe, ya que tomó la decisión desconociendo que se ignoraban las causas que dieron origen a las averías y haciendo caso omiso de la recomendación del estudio que ella misma contrató, en el sentido de que debían analizarse los planos de detalle de los acabados y confrontarlos para establecer exactamente el origen de las fallas constructivas, además de que se ignoraron los estudios aportados por el contratista y elaborados por prestigiosas firmas de ingeniería y de consultoría.

**Expediente 2002-2056**

El 4 de octubre de 2002, en ejercicio de la acción de controversias contractuales y a través de apoderado debidamente constituido, **Constructora Amco Ltda. (antes Alfredo Muñoz y Cía. Ltda.), Alfredo Muñoz Construcciones S.A., Hugo Eduardo Jiménez, Geofundaciones S.A., H. Rojas y Asociados Ltda. y la unión temporal A. Muñoz Asociados**, presentaron oportunamente demanda en contra de la Beneficencia de Cundinamarca, en la cual solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

***PRIMERA.-*** *Que al momento de ser admitida la demanda, se decrete la SUSPENSIÓN PROVISIONAL por violación de la garantía constitucional al debido proceso, a través de las resoluciones números 117 de veintidós (22) de mayo de dos mil dos (2002) y 166 del 2 de agosto de 2002 proferidas por la BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA y mediante las cuales, respectivamente, se declaró realizado el riesgo de estabilidad de obra bajo la garantía única de cumplimiento contenida en la póliza 1170361 expedida por la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. y se resuelve el recurso de reposición, confirmándose la anterior. Para tal efecto, en el punto VIII de este libelo se sustenta dicha solicitud (arts. 152 y 155 C.C.A).*

***SEGUNDA.-*** *Que se declare que son nulas las resoluciones números 117 de veintidós (22) de mayo de dos mil dos (2002) y 166 del 2 de agosto de 2002, proferidas por la BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA y mediante las cuales, respectivamente, se declaró realizado el riesgo de estabilidad de obra bajo la garantía única de cumplimiento contenida en la póliza 1170361 expedida por ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. y se resuelve el recurso de reposición, confirmándose la anterior.*

***TERCERA.-*** *Que se condene a la BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA a pagar a Constructora Amco Ltda. (antes Alfredo Muñoz y Cía. Ltda.), Alfredo Muñoz Construcciones S.A., Hugo Eduardo Jiménez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.114.839 de Bogotá, Geofundaciones S.A., H. Rojas y Asociados Ltda., y a la UNIÓN TEMPORAL A. MUÑOZ ASOCIADOS, el valor de los perjuicios de orden material –daño emergente y lucro cesante- que le fueron ocasionados y los cuales ascienden aproximadamente a la suma de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS ($500´000.000) o a la suma que resulte acreditada en el proceso, monto que ha de ser actualizado en su valor conforme a lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. (…).*

- Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la demandante dio cuenta de la celebración del contrato 002 de 1996 entre la Fiduciaria Cáceres y Ferro S.A. y la unión temporal A. Muñoz Asociados, mediante el cual se convino la ejecución de la obra consistente en el diseño general y construcción de la sede administrativa de la Beneficencia de Cundinamarca y del departamento, en lote de terreno ubicado en la esquina suroccidental de la carrera 50 con Avenida El Dorado, sector de Ciudad Salitre de Bogotá, por el sistema de precio global y plazo fijo.

- El 23 de mayo de 1997, como consta en el acta de entrega de la obra suscrita por parte de la Fiduciaria Cáceres y Ferro S.A. y la señora Yomaira Vásquez Castellanos, en representación de la Beneficencia de Cundinamarca, el contratista entregó a la fiduciaria y ésta a su vez a la Beneficencia, la obra a entera satisfacción, con todos los planos y documentación relacionada.

- Mediante Resolución n.o 117 del 22 de mayo de 2002, la Beneficencia de Cundinamarca declaró realizado el riesgo de estabilidad de la obra con respecto al edificio de la sede administrativa de la entidad y del Departamento de Cundinamarca, por la presencia de algunas grietas y fisuras que a su juicio eran ocasionadas por fallas constructivas.

- Los hechos consignados en el acto no le fueron comunicados oportunamente a la demandante y por lo tanto, no pudo presentar descargos antes de que se tomara la decisión, con lo cual se produjo la violación del derecho de defensa de la unión temporal y sus miembros, que se repitió cuando se le notificó el acto administrativo, pues no se puso a su disposición el expediente con la actuación administrativa para su examen.

- Por lo anterior, la parte demandante no conoció los informes mencionados en el acto administrativo, según los cuales las obras presentaban 500 fallas constructivas, respecto de las cuales afirmó que los arquitectos que elaboraron el informe no contaban con la suficiente idoneidad profesional para analizar la parte estructural del edificio. Además, cuando se presentó el informe, el 1º de octubre de 2001, la Gobernación había contratado con terceros la reparación de las claraboyas, y como resultado de la misma, que fue inadecuada, se presentaron las filtraciones y goteras.

- La demandante tampoco conoció el estudio que se menciona en el acto administrativo y que fuera llevado a cabo por la sociedad Proyectistas Civiles Asociados, el cual da cuenta de asentamientos diferenciales entre distintas zonas de la construcción; ni la comunicación del secretario de obras y el director de construcciones generales de la Gobernación de Cundinamarca, que de acuerdo con el recurso de reposición interpuesto contra la decisión por la Aseguradora Colseguros S.A., contenía simples conjeturas sin fundamento fáctico y técnico alguno, que condujeron a concluir en el acto administrativo que los daños presentados eran de origen constructivo, asociados a la calidad de los materiales, el proceso mismo de construcción, el asentamiento de la edificación “*o a la combinación de algunas de las anteriores”.*

- Agregó que la Beneficencia no tuvo en cuenta las reiteradas manifestaciones de preocupación del contratista por la falta de mantenimiento y cuidado necesarios para la buena conservación del edificio, que conducían a las fallas detectadas pero que no afectaban la estabilidad de la obra.

- Ante las inquietudes expresadas por la Beneficencia de Cundinamarca sobre eventuales problemas estructurales de la obra, la unión temporal contrató a Schmedling Asociados & Co. Ltda., miembros de la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá, para que adelantara un estudio sobre el estado de la obra. Y en informe que fue enviado a la Gobernación de Cundinamarca el 4 de septiembre de 2001, dentro de las conclusiones del peritazgo se dijo que los inmuebles se encontraban en estado funcional aunque mal mantenidos de acuerdo con su vetustez y que el comportamiento de la estructura se había mantenido dentro de los parámetros normales.

- La unión temporal también envió el 14 de mayo de 2002 al gerente de la Beneficencia de Cundinamarca el estudio realizado por Luis Fernando Orozco Rojas & Cía., ingenieros especialistas en suelos y cimentaciones, en el que concluye que el asentamiento presentado es normal y si bien implica hacer unas reparaciones menores, fue revisado cuidadosamente el proceso de construcción de todos los pilotes y podían dar fe de que éstos quedaron bien construidos y de acuerdo con las especificaciones, por lo que podían garantizar que el sistema de cimentación del edificio era excelente y no presentaba ningún problema de estabilidad.

- Los anteriores estudios fueron omitidos en el acto administrativo demandado, así como la comunicación de Guillermo Alonzo Alzate y Cía. S. en C., en su calidad de ingenieros calculistas de los edificios –que también le fue remitida a la Beneficencia el 21 de mayo de 2002-, en la que manifestaron a la entidad que las obras no presentaban el menor indicio de inestabilidad o peligro para las personas que laboraban allí, fundamentando dicha afirmación en i) el proyecto estructural elaborado por ellos de acuerdo con las respectivas normas sismo resistentes, ii) el seguimiento efectuado durante la etapa de construcción de las diversas estructuras y iii) la comprobación del buen desempeño que habían tenido las diversas estructuras a partir de la terminación de las obras, mediante visitas periódicas efectuadas.

- Adujo que el riesgo de estabilidad de la obra no se realizó, porque los daños a que hace referencia el acto administrativo demandado corresponden a acabados y mampostería, que no tienen relación con la estructura de la obra. Así mismo, se alude a daños -como la humedad de cielo raso y reparación del piso de la plaza- que obedecen a la acción de otros contratistas que fueron contratados con posterioridad a la entrega de la obra para arreglar las claraboyas, por cuanto no era obligación de la unión temporal efectuar mantenimiento de la obra una vez entregada a satisfacción.

- Sostuvo que no se hallaba probada la cuantía del presunto daño amparado, pues las sumas reclamadas en el acto administrativo demandado contemplaban unas partidas para administración, imprevistos y utilidad que implicaban un lucro para la entidad reclamante, lo que desconocía la naturaleza del seguro de cumplimiento como una especie de los seguros de daños, que no pueden constituir una fuente de enriquecimiento. Y que con la decisión ilegal de declarar la ocurrencia del siniestro, se les ocasionaron perjuicios a los demandantes, cuya reparación reclama.

**Causales de nulidad**

La demandante alegó como causales de nulidad del acto administrativo demandado, i) la violación del debido proceso, ii) la falsa motivación –estas dos, con fundamentos similares a los expuestos en el primer proceso- y iii) la violación de las siguientes normas:

- Artículos 2 y 13 de la Ley 80 de 1993, artículo 8 del Decreto 679 de 1994 y de los artículos 1495, 1498, 1501, 1602, 1603, 1604, 1608, 2053 y 2060 del Código Civil, pues teniendo en cuenta el contenido de estas normas, para que pueda declararse el incumplimiento del contrato, el mismo debe ser imputable al contratista. En el presente caso, el contrato de obra consistía en la construcción de un inmueble por cuenta de la administración, a través de un contrato de fiducia pública, a cambio de un precio; y por lo tanto, la prestación a cargo de la unión temporal consistía en entregar la obra debidamente terminada, como en efecto lo hizo el 23 de mayo de 1997, sin que el contratista hubiera asumido obligación alguna de conservación de la obra, a pesar de lo cual la Beneficencia pretendió imponerle dicha carga y, sin sustento fáctico, técnico y jurídico, declaró realizado el riesgo de estabilidad de la obra, terminada hacía 5 años, cuando fue la entidad quien incumplió con su propia obligación de realizar el debido mantenimiento de la obra, de acuerdo con el manual que para tales efectos le fue entregado por el contratista a su finalización, y conforme a las advertencias que éste le hizo en múltiples ocasiones.

- Artículos 1046, 1047, 1054, 1056, 1104, 1072 y 1041 del Código de Comercio por falta de aplicación, ya que se desconocieron por la entidad demandada los términos de la póliza contentiva de la garantía de estabilidad de la obra y la extensión del riesgo amparado por la misma, correspondiente a los deterioros que presentara la obra, que fueran imputables al contratista y que hicieran que no tuviera la aptitud necesaria para satisfacer las necesidades para las cuales fue prevista. En el presente caso, los deterioros presentados por la obra no corresponden a daños imputables a la cimentación o a la estructura sino que se debieron al servicio ininterrumpido que ha prestado la edificación durante 5 años y sin mantenimiento alguno.

- Artículos 1072, 1077, 1080 y 1088 del Código de Comercio, por falta de aplicación de estas normas al declarar la administración la realización del riesgo, pues la entidad hizo uso de dicha atribución a pesar de la existencia de estudios técnicos que advertían que el riesgo de estabilidad no se había presentado y cuando era claro que los daños presentados en la obra se debieron a la falta de mantenimiento posterior a su entrega y no a causas imputables al contratista.

**El trámite de la primera instancia.**

La demanda en el proceso 2002-2056 fue admitida por auto del 5 de noviembre de 2002, en el cual se ordenó su notificación a la entidad demandada y por tener interés directo en las resultas del proceso, se ordenó citar a la Aseguradora Colseguros S.A. como litisconsorte necesario por activa y a la sociedad Fiduciaria Cáceres y Ferro S.A., como litisconsorte necesario por pasiva (f. 52 y 74, c. 1); en el proceso 2004-0657, la demanda fue admitida mediante auto del 20 de mayo de 2004 y en este se ordenó vincular a las sociedades Alfredo Muñoz y Cía. Ltda., Alfredo Muñoz Construcciones S.A., Geofundaciones S.A., H. Rojas y Asociados Ltda. y Hugo Eduardo Jiménez; por auto del 25 de noviembre de 2004, se ordenó vincular como litisconsortes necesarios a las firmas Aseguradora Colseguros S.A., Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza y Seguros Cóndor S.A. (absorbente de Seguros Aurora S.A.) (f. 39 y 176, c. 1).

**La contestación de la demanda**

1. La **Beneficencia de Cundinamarca** contestó la demanda en los dos procesos acumulados en forma similar. Aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones, por considerar que no era cierto que se hubiera vulnerado el debido proceso respecto de la demandante al expedir el acto administrativo acusado, pues se le notificó y ésta presentó recurso en contra del mismo (f. 140, c. 1 del expediente 2002-2056 y f. 126, c. 1, del expediente 2004-0657).

Afirmó que no se desconocieron las normas legales aducidas por las demandas, ya que el estatuto de contratación impone la constitución de la garantía de estabilidad de la obra, los actos administrativos en los que se hizo efectiva se fundaron en un hecho basado en estudios realizados por funcionarios competentes, y en su expedición se observó la ley. La obra presentó fallas en los 5 años siguientes a su entrega, por causas imputables al contratista y no a la entidad, y el riesgo asegurado estaba contenido en la póliza de seguro constituida por Aseguradora Colseguros S.A. a favor de la Beneficencia de Cundinamarca.

Agregó que a la obra sí se le hizo mantenimiento y que las fallas que presentó, como se dijo en el acto administrativo, eran constructivas y fueron determinadas en el mismo, afirmando que 5 años era un término demasiado corto para que una obra de esa envergadura presentara fallas constructivas y fisuras en las columnas, fallas que el mismo contratista reconoció en los cargos de la demanda. En consecuencia, la entidad demandada pidió que se negaran las pretensiones.

En relación con la demanda de la Compañía Mundial de Seguros, propuso la excepción de caducidad de la acción, pues la de nulidad y restablecimiento del derecho tiene un plazo de 4 meses para la presentación de la demanda y en el presente caso, la entidad demandada profirió la Resolución 207 el 11 de octubre de 2002 -por medio de la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto por la actora en contra de las Resoluciones 117 y 166 del mismo año-, acto administrativo respecto del cual se fijó edicto el 25 de octubre y se desfijó el 8 de noviembre de 2002 y dentro de esta fijación, el 5 de noviembre, se notificó uno de los recurrentes. La demanda se presentó el 26 de marzo de 2004, es decir un año y cuatro meses después de la notificación y la ejecutoria del acto administrativo, por lo que la acción estaba caducada.

2) La **sociedad Fiduciaria Cáceres y Ferro S.A.** -en liquidación forzosa administrativa- se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de inexistencia de la obligación y cualquiera otra que debidamente probada sea favorable a la fiduciaria y pueda ser declarada de oficio. Sostuvo que la fiduciaria no era parte en el contrato de seguro ni figuraba como beneficiaria del mismo, siéndolo la Beneficencia de Cundinamarca, a quien le pertenece el interés asegurable en su integridad, como contratante en el contrato que fue objeto de la garantía, y que fue celebrado por la fiduciaria a nombre de la entidad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 del Decreto 679 de 1994 (f. 137, c. 1).

3) La **Compañía Aseguradora Colseguros S.A.** presentó escrito coadyuvando las pretensiones de la demanda, de la cual reiteró los hechos que le sirvieron de fundamento, en especial la falta de responsabilidad del contratista en la producción de los daños por los cuales se hizo efectiva la garantía de estabilidad de la obra, toda vez que aquellos se debieron a la falta de mantenimiento y no a deficiencias de la cimentación o la estructura. Por lo tanto, a su juicio, no le asiste responsabilidad tampoco a la aseguradora (f. 121, c. 1, expediente 2002-2056 y f. 198, c. 1, expediente 2004-0657).

Por otra parte, solicitó la vinculación al proceso de Seguros Aurora S.A. (17%), Mundial de Seguros S.A. (15.72%) y Confianza S.A. (14.88%) , toda vez que el contrato de seguro contenido en la póliza única de seguro de cumplimiento n.o 1270738 se celebró entre la unión temporal A. Muñoz Asociados como tomador y afianzado, Fiduciaria Cáceres y Ferro/Beneficencia de Cundinamarca como asegurado y las referidas compañías, junto con Colseguros S.A. (52.40%), como coaseguradoras en los porcentajes anotados.

Así mismo, pidió que se aplicara la compensación, en caso de que la Beneficencia de Cundinamarca al momento de que se llegare a acreditar la ocurrencia del siniestro, fuera deudora de la unión temporal contratista por cualquier concepto y finalmente, sostuvo –aunque no explicó por qué- que la acción que podía incoar la Beneficencia para el cobro eventual del siniestro, se hallaba prescrita.

4) Las firmas **Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza y Seguros Cóndor S.A.** (absorbente de Seguros Aurora S.A.), presentaron sendos escritos en los que coadyuvaron las pretensiones de la demanda. Confianza, además, sostuvo que había operado la prescripción de toda acción derivada del contrato de seguro, de conformidad con el artículo 1081 del Código de Comercio, toda vez que operó la prescripción ordinaria de 2 años contemplada en dicha norma (f. 212 y 215, c. 1, expediente 2002-2056).

Las partes pidieron la **acumulación al proceso 2002-2056** –por ser el más antiguo- del proceso 2004-0657, adelantados por demandas presentadas por la Compañía Mundial de Seguros S.A. y la unión temporal A. Muñoz y Asociados, pues en ambos se está impugnando el mismo acto administrativo, contenido en las Resoluciones 117 y 166 de 2002, proferidas por la Beneficencia de Cundinamarca y por cuanto se reunían los requisitos para la acumulación, la cual fue ordenada mediante auto del 23 de agosto de 2006 (f. 345, 355 y 362, c. 1).

En la oportunidad para **alegar de conclusión**, la **Constructora Amco Ltda. (antes Alfredo Muñoz y Cía. Ltda.), Alfredo Muñoz Construcciones S.A., Hugo Eduardo Jiménez, Geofundaciones S.A., H. Rojas y Asociados Ltda. y la unión temporal A. Muñoz Asociados**, reiteraron los hechos y argumentos de la demanda y se refirieron al acervo probatorio obrante en el proceso, que a su juicio es demostrativo de los mismos y por lo tanto se acreditó la falsa motivación del acto administrativo demandado, por inexistencia de fallas constructivas que ameritaran la declaratoria del riesgo de estabilidad de la obra, así como la violación del debido proceso y el derecho de defensa del contratista en la expedición del mismo. Adujeron así mismo, las causales de nulidad del acto de i) expedición irregular, pues no se anexaron al acto administrativo los informes que dijo que formaban parte de la decisión y ii) desviación de poder, pues la decisión se expidió para subsanar la negligencia de la entidad contratante frente a su obligación de mantenimiento de la obra entregada (f. 375, c. 1, expediente 2002-02056).

La **Beneficencia de Cundinamarca** presentó escrito de alegatos en el cual sostuvo que la demanda presentada por la Compañía Mundial de Seguros estaba caducada y negó que se le hubieran causado perjuicios a la unión temporal A. Muñoz Asociados con la decisión demandada, pues ésta se produjo en los términos dispuestos por la ley, para velar por los intereses que debe proteger la entidad, al presentarse las más de 500 fallas constructivas que condujeron a declarar la ocurrencia del siniestro, para hacer efectiva la garantía de estabilidad de la obra. Negó que se hubiera violado el debido proceso a la demandante, pues si bien el expediente de la actuación administrativa no se encontraba a disposición de la contratista al momento de ser notificada del acto, se le entregó copia de éste y tuvo la oportunidad de interponer el recurso de reposición en su contra. Además, tenía conocimiento de los problemas que se venían presentando en la sede administrativa y de los estudios técnicos que obraban en la actuación, ya que se le habían enviado comunicaciones informándole al respecto (f. 411, c. 1, expediente 2002-02056).

La **Compañía Mundial de Seguros S.A.**, también presentó alegatos finales, en los cuales reiteró las pretensiones de su demanda, por considerar que en el proceso se probaron los hechos que les sirvieron de fundamento (f. 416, c. 1, expediente 2002-02056).

De igual manera, la **Aseguradora Colseguros S.A.,** alegó de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en sus otras intervenciones, con los cuales coadyuvó las pretensiones de las demandas (f. 440, c. 1, expediente 2002-02056).

**La sentencia impugnada.**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió negar las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que los fundamentos fácticos y jurídicos del acto administrativo demandado se hallaban en el expediente, pues se probó la celebración del contrato 002 de 1996 entre la Fiduciaria Cáceres y Ferro S.A. y la unión temporal A. Muñoz Asociados, para el diseño general y la construcción de la sede administrativa de la Beneficencia de Cundinamarca y consta así mismo, que se presentaron averías respecto de las cuales el contratista tenía la obligación de rehacer a sus expensas cualquier trabajo mal ejecutado y garantizar la estabilidad de la obra, la cual no cumplió pese a los requerimientos de la entidad, según consta en el acto acusado, cuya presunción de veracidad no fue desvirtuada (f. 450 a 470, c. ppl.).

Concluyó así mismo, que no se violó el debido proceso de la actora, pues la entidad demandada sí les brindó la oportunidad a los afectados de interponer los recursos de vía gubernativa procedentes y tanto la unión temporal contratista como la Aseguradora Colseguros S.A., presentaron el de reposición en contra de la decisión.

Tampoco encontró acreditada la expedición irregular del acto administrativo aducida en la demanda, por no estar acompañada la respectiva resolución de los informes y comunicaciones relacionados en ella como parte de la decisión, pues no era necesario adjuntarlos, toda vez que reposaban en el archivo interno de la entidad y la parte actora tenía acceso a los mismos.

En relación con la falta de competencia de la entidad para expedir el acto administrativo acusado, el *a-quo* estimó, con fundamento en jurisprudencia de esta Corporación, que la entidad asegurada sí está facultada para declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la garantía como consecuencia del incumplimiento del contratista, sin necesidad de acudir a la jurisdicción.

Sobre la inclusión en el acto administrativo no sólo de los costos directos correspondientes a las cantidades de obra que unilateralmente estableció la entidad sino también de sumas que correspondían a gastos de administración, imprevistos y utilidad, lo que supuestamente resultaba contrario al principio indemnizatorio, el Tribunal precisó que esas partidas correspondían al costo que calculó la entidad ante la necesidad de realizar un nuevo proceso de contratación, en el que las mismas debían ser cubiertas, y que la póliza se hizo efectiva por un valor que no sobrepasó el asegurado, por lo que el cargo no estaba llamado a prosperar.

Respecto a la afirmación de que no estaba probado que el edificio de la Gobernación de Cundinamarca hubiera sufrido fallas que impidieran su uso y que las mismas fueran imputables al contratista, por lo que no existió la realización del riesgo asegurado, en la sentencia de primera instancia se consideró que con base en el informe final presentado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros a la Beneficencia de Cundinamarca y el dictamen pericial practicado en el proceso, se podía concluir que si bien las fallas detectadas[[1]](#footnote-1) no afectaban la estructura de la edificación ni impidieron su uso por la entidad demandada, sí se imponía la necesidad de realizar los correctivos y reparaciones idóneos, lo que pudo evitarse si el contratista hubiere previsto tal circunstancia desde el diseño de la obra y hubiera tomado las medidas necesarias para evitar que se presentaran los daños en la mampostería de los edificios y la plazoleta de la obra, dada su experiencia y conocimiento sobre la materia. Según la Sociedad Colombiana de Ingenieros, se debían adelantar trabajos para solucionar dichos problemas y por lo tanto, no estaba llamado a prosperar este cargo, pues se hallaba demostrada la ocurrencia del siniestro y por la misma razón, consideró que la entidad demandada no había obrado de mala fe cuando lo declaró.

El Tribunal consideró que la Beneficencia de Cundinamarca, contrario a lo afirmado en la demanda, no le exigió al contratista el cumplimiento de obligaciones que no estuvieran previstas en el contrato, pues le correspondía garantizar la estabilidad de la obra y en el evento en que se realizara el siniestro, la entidad podía hacer efectiva la garantía, por lo que actuó dentro de lo establecido contractualmente.

**El recurso de apelación.**

La **unión temporal A. Muñoz Asociados** y sus miembros, reiteraron sus pretensiones anulatorias en contra del acto administrativo –Resoluciones 116 y 166 del 22 de mayo y 2 de agosto de 2002, respectivamente- por medio del cual se declaró la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra con base en la garantía única de cumplimiento contenida en la póliza 1170361 expedida por la Aseguradora Colseguros S.A. y la consecuente indemnización de perjuicios ocasionados con dicho acto administrativo, para lo cual sostuvieron que la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta las pruebas obrantes en el proceso, de conformidad con las cuales no se acreditaron los dos requisitos exigidos en la póliza para que se configurara el referido siniestro: que la obra presentara un deterioro imputable al contratista y que el mismo impidiera el servicio para el cual se ejecutó la obra. A su juicio, el Tribunal concluyó, con base en informes que los demandantes no tuvieron la oportunidad de controvertir y dejando de lado los dictámenes rendidos en el proceso, que las averías que se presentaron con posterioridad a la entrega de las obras se debieron a fallas constructivas, conclusión que, aún si se aceptara en gracia de discusión, era insuficiente para decidir como se hizo, pues quedaba faltando el otro requisito, y es que tales fallas impidieran el servicio para el cual se ejecutó la obra, lo cual no sucedió, pues era un hecho notorio que la Gobernación de Cundinamarca y sus dependencias han ocupado las instalaciones que fueron construidas por el contratista, desde el día en que las mismas fueron entregadas.

Por otra parte, la entidad incumplió la obligación legal –art. 1077 del C. de Co.- de acreditar no sólo la ocurrencia del siniestro, sino el valor del perjuicio causado con el mismo, pues no hay pruebas en el expediente tendientes a acreditar el valor reclamado de $ 508 386 169,68 por concepto de los daños menores que se presentaron en los edificios luego de su entrega.

Finalmente, reiteraron que en la expedición del acto administrativo demandado se les vulneró el debido proceso y el derecho de defensa, por cuanto se les privó de la oportunidad de participar en la etapa previa a la decisión, sin que haya sido suficiente para garantizar tal derecho, el hecho de que los interesados pudieran interponer recursos en su contra.

La **Compañía Mundial de Seguros S.A.,** en su recurso, hizo una síntesis de la demanda que presentó, del proceso y la sentencia de primera instancia, la cual pidió que fuera revocada para en su lugar despachar favorablemente sus pretensiones. Para ello, hizo un análisis de la valoración probatoria del *a-quo* respecto de los medios de prueba obrantes en el proceso, que a su juicio fue insuficiente y condujo a una decisión errada, pues contrario a lo concluido en la sentencia de primera instancia, el acto administrativo demandado sí está falsamente motivado, ya que no se presentaron fallas estructurales o de estabilidad en la obra que fueran imputables al contratista y las advertidas obedecieron a falta de mantenimiento, a cargo de la entidad (f. 492, c. ppl.).

Por otra parte, las fallas existentes no impidieron el uso de la obra, circunstancia que era necesaria para que se configurara el siniestro, lo cual fue desconocido por el *a-quo,* que no tuvo en cuenta el alcance del amparo de estabilidad de la misma. A continuación, analizó las pruebas que, a su juicio, soportaban sus afirmaciones, reiterando que el contratista no asumió obligaciones de mantenimiento de la obra y por lo tanto no le podía ser exigido o imputársele incumplimiento alguno por no realizarlo, ya que aquel estaba a cargo de la entidad y fue por la falta de mantenimiento que se produjeron las fallas, tal y como se probó en el plenario.

La apelante reiteró que en la expedición del acto administrativo demandado, se violó el debido proceso, pues previo a su expedición, Mundial de Seguros no pudo ejercer su derecho de defensa porque nunca fue citada a las reuniones en las que la Beneficencia requirió al contratista para dar explicaciones sobre los supuestos incumplimientos ni les brindó información alguna a las aseguradoras acerca de los problemas que a juicio de la entidad afectaban el amparo de estabilidad de la obra, ni tuvieron oportunidad de controvertir los informes citados en las resoluciones respectivas, con lo cual también se vulneró el principio de transparencia consagrado en el estatuto de contratación estatal -artículos 23 y 24 de la Ley 80 de 1993- y se produjo la expedición irregular del acto administrativo, pues no estuvo acompañado de los informes que hacían parte del mismo y que así se anunciaban en él.

Insistió en la falta de competencia de la entidad demandada para declarar la ocurrencia del siniestro y para liquidar unilateralmente los perjuicios, en la inexistencia de los requisitos para considerar realizado el riesgo en el presente caso y en la ausencia de buena fe en la actuación de la entidad demandada, al proferir la decisión en tales condiciones.

**6. El trámite de la segunda instancia.**

Los recursos así presentados, fueron admitidos por autos del 11 de febrero y 11 de marzo de 2010 y ejecutoriado este último, mediante proveído del 14 de abril de 2010 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo (f. 523, 533 y 536, c. ppl.).

La **Beneficencia de Cundinamarca** presentó alegatos, en los que pidió que se confirmara la sentencia de primera instancia, por cuanto la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados y las obligaciones de la constructora eran las de hacer cualquier obra o trabajo mal ejecutado a sus expensas (f. 537, c. ppl.).

La **sociedad Confianza S.A**., litisconsorte necesario por activa, presentó escrito en el cual pidió la revocatoria del fallo de primera instancia y que en su lugar se declare la nulidad de las resoluciones atacadas o en subsidio, declarar la nulidad parcial de las mismas para establecer que el monto de la indemnización sólo asciende a $ 85 199 609, que deberá ser cubierto en proporción al porcentaje de participación de cada coaseguradora, por cuanto consideró que el *a-quo* no tuvo en cuenta los argumentos de defensa de las aseguradoras ni las pruebas obrantes en el proceso, que son demostrativas de que no se concretó el riesgo asegurado y que si aún en gracia de discusión se concluyera lo contrario, la prueba pericial demostró que el monto de los daños imputable al contratista, es el antes relacionado (f. 540, c. ppl.).

La **Aseguradora Colseguros S.A.,** en su alegato final, pidió la revocatoria del fallo impugnado para que se acojan las pretensiones anulatorias, para lo cual reiteró los argumentos expuestos a lo largo de toda la actuación y que coinciden con los expuestos por las demandantes y demás aseguradoras, en el sentido de que el siniestro declarado no se configuró, pues no se presentaron las fallas estructurales de la obra que impidieran su utilización y que fueran imputables al constructor sino que las averías que ocurrieron obedecieron a otras causas, como la falta de mantenimiento por parte de la entidad (f. 546, c. ppl.).

La **Compañía Mundial de Seguros S.A.,** presentó alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso y en especial en su recurso de apelación, para pedir que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se acojan las pretensiones de la demanda (f. 549, c. ppl.).

Las **sociedades Alfredo Muñoz Construcciones S.A., Geofundaciones S.A., H. Rojas y Asociados Ltda. y el señor Hugo Eduardo Jiménez, integrantes de la unión temporal A. Muñoz Asociados**, también presentaron **alegato final**, en el que insistieron en la ilegalidad del acto administrativo por medio del cual se declaró el siniestro de estabilidad de la obra, para lo cual reiteraron los argumentos expuestos a lo largo del proceso y sostuvieron que se equivocó el Tribunal al confundir la obligación del contratista de rehacer a sus expensas cualquier obra o trabajo mal ejecutado con la obligación de garantizar la estabilidad de la obra, que fue el objeto de la presente controversia. Por lo tanto, el *a-quo* debió verificar si se realizó el riesgo de estabilidad de la obra, mediante el cumplimiento de los dos requisitos que se deben reunir para ello: i) que los deterioros afecten la firmeza de la estructura de la obra y que los mismos impidan el servicio para el cual aquella se ejecutó y ii) que los deterioros sean imputables al contratista, requisitos que en el presente caso no se cumplieron, como quedó debidamente probado, tal y como lo reconoció la sentencia de primera instancia, a pesar de lo cual negó las pretensiones, por incurrir en el error de creer que cualquier falla que se presentara en las obras implicaba la realización del riesgo cubierto por el amparo de estabilidad de la obra. Así mismo, erró el *a-quo* al juzgar la violación al debido proceso y las demás causales de nulidad alegadas en la demanda y que efectivamente se configuraron en el presente caso (f. 588, c. ppl.).

**II.- CONSIDERACIONES**

**Competencia del Consejo de Estado.**

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 13 de mayo de 2009, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación[[2]](#footnote-2).

**Hechos probados**

Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario[[3]](#footnote-3), se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis[[4]](#footnote-4):

1. El 1º de abril de 1996, la Fiduciaria Cáceres y Ferro S.A.[[5]](#footnote-5), celebró el contrato de obra n.o 002 con la unión temporal A. Muñoz Asociados, conformada por las sociedades Alfredo Muñoz y Cía. Ltda., Alfredo Muñoz S.A., Geofundaciones S.A., H. Rojas y Asociados Ltda. y el señor Hugo Eduardo Jiménez. El objeto del contrato fue la ejecución por cuenta y riesgo del contratista del diseño general y la construcción de la sede administrativa de la Beneficencia de Cundinamarca para el Departamento, ubicada en la esquina suroccidental de la carrera 50 con avenida El Dorado, sector de Ciudad Salitre de Bogotá, por el sistema de precio global, con un valor total de $ 34.695’810.684,oo y plazo fijo de 495 días calendario. En dicho contrato se pactaron, entre otras cosas, las cláusulas excepcionales de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, multas en caso de incumplimiento parcial de las obligaciones por parte del contratista, cláusula penal pecuniaria, caducidad, y de sus estipulaciones, se resaltan las siguientes (f. 211 a 233, c. 10):

*CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: (…) 5) Ejecutar las obras del presente contrato ciñéndose a las normas técnicas que rigen la construcción, con la utilización de elementos y materiales de alta calidad y deberá rehacer a su costa cualquier obra que a juicio del INTERVENTOR resultare mal ejecutada.*

*(…)*

*CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA: TRABAJOS MAL EJECUTADOS: EL CONTRATISTA se obliga para con la Fiduciaria a rehacer a sus expensas cualquier obra o trabajo mal ejecutado.*

*(…)*

*CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA: GARANTÍA ÚNICA: EL CONTRATISTA deberá constituir a favor de LA FIDUCIARIA Y/O BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA una GARANTÍA ÚNICA, y que sin perjuicio de lo establecido en el Art. 25 numeral 19 de la Ley 80 de 1993, deberá amparar los siguientes riesgos: (…) 5. ESTABILIDAD DE LA OBRA: Para garantizar la estabilidad de la obra, por un valor equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, es decir la suma de SEIS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES CIENTO SESENTA Y DOS MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS CON OCHENTA CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($6.939’162.136,80) y por un término de cinco años (5), contados a partir de la entrega de la obra.* *6. CALIDAD DE LA OBRA: Por un valor equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, es decir la suma de TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y UN MIL SESENTA Y OCHO PESOS CON CUARENTA CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($3.469.581.068,40) y por un término de cinco años (5), contados a partir de la entrega de la obra.*

2. El 1º de abril de 1996, la Aseguradora Colseguros S.A. expidió la póliza única de seguro de cumplimiento para entidades estatales n.o 1170361-3, en la que figura como tomador la unión temporal A. Muñoz y Asociados y como asegurado la Fiduciaria Cáceres y Ferro S.A. y/o Beneficencia de Cundinamarca (f. 189 y 190, c. 1, expediente 2002-2056 y f. 195, 196 y 245 a 252, c. 10).

2.1. Entre los amparos cubiertos en dicha póliza, se halla el de estabilidad de la obra, que en las condiciones generales de la póliza, se define como aquella que *“cubre a las entidades estatales contratantes contra el riesgo de que, durante el término estipulado y en condiciones normales de uso, la obra sufra deterioros imputables al contratista, que impidan el servicio para el cual se ejecutó. Cuando se trate de edificaciones, la estabilidad se determinará de acuerdo con los planos, proyectos, seguridad y firmeza de la estructura”.*

2.2. En las condiciones generales de la póliza, se estableció también como causal de exclusión de los amparos, la fuerza mayor o caso fortuito o cualquier otra causal de exoneración de responsabilidad del contratista deudor. Y en la condición 5ª, se dispuso que se entendía ocurrido el siniestro, entre otros, cuando quedara debidamente ejecutoriada la resolución administrativa que declarara la realización del riesgo que amparaba la póliza, por causas imputables al contratista, cuando tal resolución hubiera sido debidamente notificada a la aseguradora (f. 247, c. 10).

2.3. Así mismo obra el anexo n.o1270738 a la póliza, en el que se incluyeron las garantías de estabilidad, calidad y correcto funcionamiento de los equipos. En él consta la vigencia de la cobertura del riesgo de estabilidad de la obra, entre el 23 de mayo de 1997 y el 23 de mayo de 2002, el valor asegurado: $ 8.139’162.137 y se consignó el coaseguro cedido a las siguientes compañías, en el porcentaje indicado: Seguros Aurora S.A., en un 17%, Mundial de Seguros en un 15,77% y Confianza, en un 14,85%, quedando la Aseguradora Colseguros con un porcentaje de 52,40%, pero se estipuló igualmente, que *“la administración y atención de la póliza corresponde a la Aseguradora Colseguros S.A.”.*

3. El 23 de mayo de 1997, se reunieron el representante legal de la Fiduciaria Cáceres y Ferro S.A. y el gerente de la Beneficencia de Cundinamarca, con el objeto de entregar y recibir las obras de construcción de la sede administrativa de la entidad. En el acta que suscribieron, manifestaron que i) la Beneficencia recibía a satisfacción las obras objeto del contrato de fiducia pública 223, desarrolladas en el inmueble ubicado en el costado suroccidental de la Avenida Eldorado con carrera 50, ii) las cantidades de obra, su calidad y valor, eran las que constaban en el documento anexo n.o 1 que hacía parte integral del acta y que había sido firmado por la fiduciaria, el contratista, el interventor y que la Beneficencia aceptaba y iii) que la fiduciaria hacía entrega a la Beneficencia de la totalidad de los planos record, así como los manuales de mantenimiento que le habían sido remitidos por la interventoría, los cuales la Beneficencia declaraba recibidos a satisfacción (f. 168, c. 10).

4. El 26 de febrero de 1998, el representante legal de Alfredo Muñoz y Cía. Ltda. le envió oficio al gerente de la Empresa Inmobiliaria Cundinamarquesa en el que le dio respuesta a comunicación recibida de ésta el 16 de febrero anterior y le manifestó que las goteras que se habían presentado en la placa del techo del primer piso (plaza de armas), fueron ocasionadas por el mal uso que se le había dado a esos espacios y a la falta de mantenimiento de esas zonas, como ya se les había advertido desde el 10 de septiembre de 1997 y el 7 de enero de 1998. Les recordó que las juntas de dilatación de la plazoleta, los canales y las rejillas requerían de mantenimiento diario y permanente. Así mismo, se informó que en visita efectuada a la cubierta de los edificios, se constató que se había permitido la circulación sin ninguna restricción en esas zonas, lo cual había deteriorado la impermeabilización y provocado las goteras por el corte de los mantos impermeables (f. 46, c. 1, expediente 2004-0657).

5. El 4 de marzo de 1998, la unión temporal A. Muñoz y Asociados le envió al Gobernador de Cundinamarca copia del informe presentado a la Empresa Inmobiliaria Cundinamarquesa con el registro fotográfico de los procedimientos inadecuados en la nueva sede de la Beneficencia de Cundinamarca, que se efectuó luego de la última visita a la misma; se hicieron anotaciones, por ejemplo, sobre la pintura de un mural en la fachada sur del edificio de la Beneficencia, para lo que se usaron andamios colgantes soportados por dos varas instaladas en la cubierta del edificio, sin ningún cuidado, ocasionando daños en el manto de impermeabilización; utilización de la cubierta para caminar, cuando las mismas no eran transitables, lo que originaba goteras; suciedad en las canales de la plazoleta, que producía taponamientos en los sifones y desprendimiento de tragantes, provocando inundaciones y goteras; mal uso de las escaleras de emergencia, al ser utilizadas para almacenar objetos, cuando no estaban diseñadas para soportar ese peso y el exceso de carga muerta que estaban soportando podía producir agrietamientos en las mismas (f. 25 a 37, c. 1, expediente 2004-00657).

6. El 16 de abril de 1998, el representante legal de Alfredo Muñoz y Cía. Ltda. le hizo saber al gerente de la Empresa Inmobiliaria Cundinamarquesa que el personal que esta última tenía dedicado al mantenimiento de las edificaciones de la sede administrativa de la Gobernación, resultaba insuficiente para llevarlo a cabo adecuadamente e hizo una enunciación de los problemas que se presentaban como consecuencia de dicha deficiencia: baños públicos fuera de servicio, corredores de circulación donde los acabados estaban deteriorados por los trasteos, persianas de oficinas caídas, módulos de oficina abierta en mal estado, lámparas del cielo raso caídas, etc. (f. 47, c. 1, expediente 2004-0657).

7. Lo anterior fue reiterado en oficio del 3 de septiembre de 1998, en el que el representante legal de Alfredo Muñoz y Cía. Ltda., se refirió a una serie de “*trabajos faltantes, con sus posibles causas y soluciones”,* de los cuales algunos serían asumidos por el contratista, pero sostuvo que obedecían a circunstancias de mal uso o falta de mantenimiento de las obras (f. 49, c. 1, expediente 2004-0657).

8. El 8 de marzo de 1999, el representante legal de Alfredo Muñoz y Cía. Ltda. dió respuesta a comunicación enviada por la Empresa Inmobiliaria Cundinamarquesa el 1º de marzo de ese año y le manifestó que durante la vida útil de una construcción, ella se encuentra sometida a movimientos sísmicos y a cambios de temperatura que originan pequeños desperfectos en los acabados de las edificaciones, cuya reparación no se encuentra cubierta por la garantía de estabilidad de la obra y su arreglo está a cargo del propietario del inmueble. Que en todo caso, con el ánimo de colaborar, el contratista estaba arreglando a su cargo las fisuras en las fachadas del edificio, lo que estarían terminando el 30 de ese mes, fecha a partir de la cual la Gobernación tendría que asumir los arreglos derivados de las mencionadas causas. En cuanto a los otros trabajos ordenados, sostuvo que los entregarían en abril, salvo aquellos elementos y trabajos solicitados que habían sido oportuna y correctamente entregados por el constructor y se habían deteriorado por su mal uso, por lo que su reparación debía estar a cargo de la Gobernación. Y en cuanto a los rediseños solicitados por esa firma, debían ser objeto de un contrato aparte (f. 54, c. 1, expediente 2004-0657).

9. El 18 de junio de 1999, Alfredo Muñoz y Cía. Ltda. –de la unión temporal contratista- envió comunicación a la Inmobiliaria Cundinamarquesa en la que le informó que en febrero de ese año habían acabado las reparaciones necesarias para dejar en perfecto estado las fachadas de la sede de la Gobernación de Cundinamarca, por lo que las fisuras que en adelante se presentaran por causa de movimientos sísmicos y retracciones de temperatura debían ser corregidos por las cuadrillas de mantenimiento de la Gobernación, ya que esos fenómenos hacían parte de los procesos normales que se presentaban durante la vida útil de las edificaciones (f. 38, c. 1, expediente 2002-02056).

10. En comunicación del 9 de septiembre de 1999, el representante de la unión temporal contratista le manifestó a la Inmobiliaria Cundinamarquesa su preocupación por los trabajos de mantenimiento que terceros estaban haciendo en las marquesinas de la plaza de armas, los que a su juicio se estaban adelantando en forma deficiente, utilizando materiales de impermeabilización equivocados y en consecuencia se estaban dañando esas estructuras, todo lo cual impedía que el contratista diera la garantía de estabilidad de la obra sobre los trabajos inicialmente ejecutados por él en esos sitios (f. 56, c. 1, expediente 2004-0657).

11. El 4 de enero de 2000, el representante de Alfredo Muñoz y Cía. Ltda. envió comunicación a la Inmobiliaria Cundinamarquesa en la que le expresó su preocupación por el mal estado de las claraboyas de la plazoleta de la Gobernación de Cundinamarca luego de los inadecuados trabajos de mantenimiento que se les hicieron por parte de terceros y por la consecuente afectación de la impermeabilización, por lo que debían ser reparadas cuanto antes para evitar que se afectaran la estructura y acabados del edificio. Así mismo, sostuvo que las canales metálicas instaladas por el contratista en la plaza de armas estaban funcionando y serían entregadas mediante acta, para luego proceder a la reparación de la cúpula ubicada en la plazoleta de comidas de la Gobernación (f. 56, c. 1, expediente 2004-0657).

12. El 23 de mayo de 2001, la Dirección de Construcciones Generales de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca envió a la Secretaría General un inventario-evaluación del estado de la sede administrativa de la Gobernación de Cundinamarca en la Avenida El Dorado, elaborado durante el mes de abril de 2000 y en el cual se relacionaron las fallas y daños más comunes que se presentaban, resumidos en i) humedad en muros y cubierta, ii) grietas y fisuras en mampostería, iii) grietas y fisuras en enchapes y acabados de piso, iv) grietas y fisuras en las diferentes fachadas y v) desprendimiento de mampostería. Se aclaró en dicha comunicación, que con este documento no se pretendía establecer posibles causas de las fallas detectadas sino un inventario que permitiera diseñar los correctivos tendientes a controlar el deterioro de la edificación (f. 40, c. 11).

13. El 4 de septiembre de 2001, el gerente general de Schmedling Asociados & Co. Ltda. Inmobiliaria, envió a la Gobernación de Cundinamarca el concepto solicitado sobre el peritazgo que se practicó a la sede nueva de la entidad. En el oficio remisorio, manifestó que el comité efectuado por los peritos delegados para tal propósito, concluyó *“(…) que los inmuebles se encuentran en estado funcional aunque mal mantenidos de acuerdo con su vetustez. El comportamiento de la estructura se ha mantenido dentro de los parámetros normales”*, aclarando que el concepto se daba con base en el estado de conservación del inmueble, registrado en el estudio fotográfico que se adjuntaba. El estudio entregado, además de las fotografías a las que aludió, está compuesto por un informe arquitectónico (anexo 1), en el que se hizo referencia a las cubiertas, las claraboyas de las escaleras, las escaleras auxiliares, las fachadas, la mampostería interior, los enchapes de los baños, la plaza de armas, el área de cafetería, teatro, salón de gobernadores, el área de circulaciones exteriores, el área de parqueo cubierto y las áreas de parqueaderos exteriores, relacionando en cada uno de éstos los deterioros advertidos y las causas de los mismos, que mayormente atribuyó a la falta de un mantenimiento preventivo y correctivo durante los 5 años de la construcción y concluyó que *“Las edificaciones se encuentran en una condición de operación normal de acuerdo a su grado de vetustez”.* Y un informe estructural (anexo 2, efectuado por Cozam Ltda. Estructura Obras Civiles), en el que se revisó el estado general y las condiciones de servicio, la cimentación, las dilataciones o juntas de construcción, las dilataciones en fachadas, escaleras, mampostería, y cubiertas y la verticalidad, concluyendo que *“La estabilidad y el funcionamiento de la estructura es correcto”* (f. 83 a 130, c. 2).

14. En oficio del 1º de octubre de 2001, suscrito por el director de Construcciones Generales de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca –Eduardo Machado Escamilla- y dos profesionales universitarios de esa dependencia -Alfonso Carreño Suárez y Germán Alfredo Bazzani P.-, le manifestaron al secretario general de la Gobernación del departamento que era prioritario e importante contratar a una entidad de la mayor idoneidad, para que determinara las causas de las más de 500 fallas encontradas por los profesionales de esa dirección en los edificios de la sede de la Gobernación[[6]](#footnote-6), como agrietamientos en las estructuras, pisos, enchapes de baños y mampostería interior y de fachadas y filtraciones continuas de agua en la placa de la plaza de la paz, con las consiguientes goteras en el primer piso. Y teniendo en cuenta que la mayoría de las fallas eran agrietamientos, recomendaban contratar un estudio o diagnóstico del estado de la estructura en general para determinar las causas de las fisuras presentadas en todas las torres, y si había habido asentamiento, en razón de que se encontró contrapendiente en tuberías de desagües (f. 255, c. 10).

15. El 17 de octubre de 2001, el representante de la unión temporal A. Muñoz Asociados le remitió al Secretario General de la Gobernación de Cundinamarca, copia del peritazgo realizado a la nueva sede por la firma Schmedling Asociados y Co. Ltda. (f. 39, c. 1, expediente 2004-00657).

16. El 13 de noviembre de 2001, el Director de Construcciones Generales de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca le envió al Secretario General de la Gobernación de Cundinamarca los términos de referencia para el *“diagnóstico del estado, recomendaciones para la intervención de la edificación de la Sede Administrativa de la Gobernación de Cundinamarca”*; le pidió ordenar a quien correspondiera el acopio de los diseños arquitectónicos, diseños estructurales, memorias de cálculo estructural y estudio de suelos, necesarios para desarrollar los trabajos relacionados con los mencionados términos de referencia, y le recordó la necesidad de que el constructor ampliara la vigencia de la póliza de la obra en 8 meses (f. 41, c. 11).

17. El 10 de diciembre de 2001, el mismo funcionario le comunicó al secretario general que la documentación de la obra de la sede que fue revisada, estaba incompleta, por lo que sugirió que oficialmente se les solicitaran a las personas que los elaboraron, los estudios y diseños requeridos (f. 42, c. 11).

18. Mediante oficio EIC 000189 del 30 de enero de 2002, el gerente general de la Empresa Inmobiliaria Cundinamarquesa, en calidad de administradora de la sede administrativa de la Gobernación de Cundinamarca, invitó a la Sociedad Colombiana de Ingenieros para que presentara una propuesta para emitir concepto sobre lo siguiente: después de realizar una visita e inspección ocular a la referida edificación, determinar si era necesario contratar o no un estudio técnico que tuviera como objeto identificar si el edificio citado presentaba fallas estructurales (f. 209, c. 10).

19. El director ejecutivo de la Sociedad Colombiana de Ingenieros dio respuesta a la anterior invitación el 19 de febrero de 2002, en oficio en el cual manifestó que se practicó por parte de ingenieros de la sociedad una visita a la sede administrativa de la Gobernación de Cundinamarca con el fin de precisar el alcance del trabajo y realizar una inspección ocular de la misma. Como resultado de dicha visita, se concluyó que el comportamiento de las edificaciones se podía considerar dentro de los parámetros normales, a la luz de sus condiciones arquitectónicas y estructurales y que no se evidenciaban fallas estructurales, no obstante lo cual, se recomendó llevar a cabo el estudio de vulnerabilidad sísmica estructural de la sede para con base en el mismo, determinar el estado estructural de las edificaciones que la conformaban, tanto a nivel de diseño como de construcción y verificar los efectos causados por la interacción suelo-estructura (f. 207, c. 10).

20. El 5 de febrero de 2002, a solicitud de la Secretaría General de la Gobernación de Cundinamarca, el representante de la unión temporal contratista le informó a ésta que los originales de los planos de la Gobernación de Cundinamarca le fueron entregados a la Fiduciaria Cáceres y Ferro S.A., con quien había suscrito el contrato de obra para la construcción de la sede administrativa del Departamento. Así mismo, le entregó la información sobre los ingenieros que habían realizado los cálculos estructurales y el estudio de suelos, con las direcciones y teléfonos para ubicarlos y le remitió un CD con los planos record de la obra de la Gobernación de Cundinamarca[[7]](#footnote-7) (f. 40, c. 1, expediente 2004-00657).

21. El 20 de febrero de 2002, la Universidad Nacional, en respuesta a la invitación de la Beneficencia de Cundinamarca, presentó una propuesta de estudio preliminar de los desplazamientos en diferentes sectores de las instalaciones de la Gobernación, con el fin de establecer si el proceso actual de deformaciones diferenciales podría tener una evolución tal, que pudiese comprometer la estabilidad funcional o estructural de las diferentes instalaciones del proyecto, caso en el cual se requeriría un estudio detallado. Para presentar su oferta, ingenieros estructurales y geotecnistas de la universidad practicaron visitas a la sede de la Gobernación, en las que detectaron grietas y fisuras en varios sectores y con base en las observaciones, la revisión del estudio de suelos, los planos estructurales y arquitectónicos, se evidenció un proceso de asentamientos diferenciales que había afectado notoriamente los acabados de las instalaciones, pero que por el momento no comprometía la estabilidad de las diferentes estructuras, sin que se pudiera descartar una afectación mayor en el corto a mediano plazo, que pudiera comprometer la estabilidad (f. 262, c. 10).

22. El 25 de febrero de 2002 se reunió la junta de copropietarios de la sede administrativa de la Gobernación de Cundinamarca –departamento de Cundinamarca y Beneficencia de Cundinamarca- con el administrador de la copropiedad, Empresa Inmobiliaria Cundinamarquesa, para tratar el tema de las solicitudes de propuesta que se cursaron a la Universidad Nacional, la Universidad de Los Andes y la Sociedad Colombiana de Arquitectos, para la emisión de un concepto sobre la necesidad de contratar un estudio para determinar la existencia de fallas estructurales en la sede administrativa. El gerente de la Beneficencia consideró que las propuestas presentadas no eran comparables porque no todos hicieron la visita a la sede[[8]](#footnote-8) y por lo tanto era necesario obtener otras propuestas y que concretamente, se necesitaba que observaran el edificio *“(…) para establecer responsabilidades de las fallas estructurales dentro del proceso constructivo, y poder efectuar la reclamación ante la Aseguradora, si es el caso. Debe establecerse los diferentes asentamientos, si son diferenciales, las curvas de asentamientos y porque (sic) se presentan las fallas”.* El secretario general del departamento manifestó que se necesitaba un concepto autorizado que corroborara el concepto preliminar de la Universidad Nacional para poder requerir a la aseguradora, si era del caso, y adelantar el estudio, pero que si éste se efectuaba en 120 días, según los parámetros presentados por la universidad, en caso de determinarse que eran fallas en la construcción, no sería posible hacer efectiva la póliza de la aseguradora, ya que su vigencia se extendía hasta el 23 de mayo de 2002. Se decidió en todo caso, hacer una nueva invitación a firmas que contaran con el personal calificado y de reconocida idoneidad para contratar el concepto y estudio técnico (f. 258, c. 10).

23. La secretaría general del departamento de Cundinamarca envió comunicación a la Aseguradora Colseguros S.A. –la fecha no es visible- en la cual pone en su conocimiento que la edificación cuya estabilidad dicha firma garantizó y en donde funciona la sede administrativa de la entidad, venía presentando una serie de averías cuyas causas estaban por definirse, pero que estaban afectando y comprometiendo el normal y adecuado servicio de la sede. Por lo tanto, requería su intervención y presencia en la edificación, para establecer conjuntamente el procedimiento a seguir con miras a determinar las causas que dieron origen al deterioro de la edificación, la naturaleza técnica de las mismas, así como los mecanismos necesarios que aseguraran el amparo del departamento de Cundinamarca, conminándola a actuar prontamente o la Gobernación tendría que proceder en forma unilateral (f. 131, c. 2 y f. 286, c. 10)

24. Mediante oficio del 26 de marzo de 2002, suscrito por el secretario general del departamento de Cundinamarca y por el gerente de la Beneficencia de Cundinamarca y dirigido a la Aseguradora Colseguros S.A., se le reiteró a esta última la comunicación del 27 de febrero anterior, en la que le notificaron formalmente la existencia de averías en el inmueble denominado Gobernación de Cundinamarca-sede administrativa, obras amparadas por la póliza de estabilidad n.o 1170361-3 (1270738-0), constituida por la unión temporal A. Muñoz y Cía. Ltda. a favor del departamento y en la que se le había solicitado su intervención y presencia a fin de determinar las causas que dieron origen el deterioro de la edificación, sin obtener respuesta. Por ello, le informaron que con el fin de obtener un concepto técnico de un tercero, que determinara dichas causas, habían contratado a la firma Proyectistas Civiles y Asociados y le reiteraron la solicitud de designar las personas que servirían de interlocutoras por parte de la aseguradora, o de lo contrario entenderían agotada la posibilidad de la verificación conjunta y procedería el departamento unilateralmente con el trámite legalmente señalado para el efecto (f. 133, c. 2).

25. El 8 de abril de 2002, el director de Construcciones Generales de la Secretaría de Obras Públicas del departamento de Cundinamarca le informó al Secretario General de la Gobernación que ese día hizo un recorrido por las diferentes edificaciones de la sede administrativa en compañía de dos personas designadas por la compañía de seguros que amparó la construcción, para inspeccionar las diferentes averías y fallas que se presentaran en los edificios (f. 45, c. 11).

26. El 14 de abril de 2002, el mismo funcionario dio respuesta al oficio del gerente de la Empresa Inmobiliaria Cundinamarquesa relacionado con averías del cielo raso y desagües de la galería de la sede administrativa y le sugirió suspender inmediatamente el uso total del salón, en prevención de posibles desprendimientos de los materiales del cielo raso o redes de desagüe, suspender inmediatamente el suministro de energía eléctrica en dicho salón, elaborar registro fotográfico, comunicar inmediatamente al constructor para que tomara las medidas iniciales convenientes para la reparación de los daños y si ello no fuera posible, se intervendría el salón para diagnosticar su estado y reparar los daños (f. 46, c. 11).

27. El 18 de abril de 2002, el señor Fernando Gómez B., de Goven Ajustadores, envió oficio a la Gobernación y a la Beneficencia de Cundinamarca, en el que les informó que la Aseguradora Colseguros S.A. había nombrado a esa firma para recibir y analizar la documentación relacionada con el aviso de siniestro efectuado por las entidades, por las averías que venía presentando la edificación en donde funcionaba la sede administrativa de la Gobernación de Cundinamarca y cuyas causas estaban por definirse. Teniendo en cuenta lo discutido en reuniones del 8 y 15 de abril con el director de Construcciones Generales y Electrificación de la Gobernación, les solicitó a las entidades el suministro de la reclamación formal, acompañada de los soportes correspondientes, como i) conceptos técnicos, ii) nivelaciones practicadas a la edificación, iii) estudio contratado con la firma Proyectistas Civiles y Asociados, iv) comunicaciones cruzadas con la unión temporal A. Muñoz y Asociados y v) los demás documentos que consideraran pertinentes, reiterándoles que al asegurado le correspondía demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida y que quedaban a la espera de su respuesta, para continuar con el estudio que les había sido encomendado (f. 135, c. 2 y f. 69 y 81, c. 11).

28. El 2 de mayo de 2002, el arquitecto de la Dirección de Construcciones de la Gobernación de Cundinamarca y el director de la misma, enviaron oficio al gerente de la Empresa Inmobiliaria Cundinamarquesa para informarle sobre el desprendimiento de piezas de ladrillo del enchape de la fachada del piso 7º de la torre central costado occidental, que cayeron sobre el primer piso. Y que en diversas inspecciones realizadas por todos los edificios, se observaron averías en el material de enchape y alfajías, consistentes en mortero de pega y piezas sueltas, por lo que le sugirió restringir la circulación peatonal que bordeaba las torres de Beneficencia, salud, educación y central, así como los bordes de las cuatro rampas de acceso a la Plaza de la Paz, para evitar daños a funcionarios o visitantes (f. 47, c. 11).

29. En oficio del 7 de mayo de 2002, los mismos funcionarios mencionados en el numeral anterior le informaron al gerente de la Beneficencia de Cundinamarca que durante más de un año habían realizado el seguimiento, evaluación y estudio de las diferentes averías que se presentaban en todos los edificios y áreas exteriores de la sede administrativa y que los profesionales que participaron en los mismos, concluyeron que las causas que generaron las averías eran *“(…) de origen constructivo, asociadas a: la calidad de los materiales, el proceso mismo de construcción, el asentamiento de la edificación o la combinación de algunas de las anteriores”,* por lo que consideraban que el propietario de la edificación debía proceder a reclamar a la compañía de seguros la póliza de estabilidad correspondiente. Y que también se debía realizar un estudio que identificara y cuantificara el origen de las averías, el comportamiento futuro de la estructura y que recomendara las acciones necesarias para evitar la ocurrencia de nuevos daños. Le adjuntaron igualmente, un inventario del estado, cualificación de los daños y concepto del especialista (f. 293, c. 10).

30. El 14 de mayo de 2002, Luis Fernando Orozco Rojas & Cía. Ingenieros Consultores Suelos y Cimentaciones, envió comunicación al director de la Beneficencia de Cundinamarca en el que le manifestó que el sistema de cimentación de los edificios de la Gobernación y las plataformas centrales y periféricas era el mejor sistema posible para soporte de los edificios en los suelos de la zona y que el estudio de suelos y análisis presentados por esta firma en 1995, informaban que los asentamientos máximos que podrían sufrir las diferentes estructuras estaban entre 4 y 5 cms, valor que se consideraba perfectamente normal para ese tipo de edificación y se hallaba dentro de los rangos permitidos por los Códigos. Sostuvo así mismo, que los asentamientos presentados en las edificaciones, seguro no superaron ese límite y que el asentamiento diferencial entre torres y plataforma central que había resultado en molestias, se explicaban por la diferencia de carga entre unas y otra, eran inevitables y hacían necesario efectuar reparaciones menores de ladrillos de fachada. Finalmente, aseguró que ellos revisaron cuidadosamente el proceso de construcción de todos los pilotes, por lo que podían dar fe de que los mismos quedaron bien construidos de acuerdo con las especificaciones y garantizar, además, que el sistema de cimentación del edificio era excelente y éste no presentaba ningún problema de estabilidad (f. 144, c. 2).

31. El 15 de mayo de 2002, el director de la Aseguradora Colseguros S.A. regional norte, dirección de indemnizaciones, envió comunicación al gerente de la Beneficencia de Cundinamarca en la que se dio por enterado de las averías y fallas que se venían presentando en los edificios de la sede administrativa de la Gobernación de Cundinamarca y por las que se pretendía afectar la póliza de cumplimiento 1170361-3, recordando que había tenido varias reuniones en la Gobernación con la asistencia del contratista para tratar diferentes aspectos respecto de las obras y las coberturas de la póliza. Así mismo, manifestó que para que la aseguradora pudiera proceder al análisis de dicha cobertura, era necesario que el asegurado sustentara y cuantificara los daños como comprobación del siniestro, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1077 del C. de Co., aportando los respectivos documentos, que le habían sido solicitados por Goven Ajustadores, firma designada para su análisis y expresó la imposibilidad de que la aseguradora costeara los estudios geotécnicos y el proyecto de reparación y solución a todos los daños ocasionados (f. 137, c. 2).

32. El 17 de mayo de 2002, el director de Construcciones Generales de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca le envió al gerente de la Beneficencia de Cundinamarca el resumen de la evaluación económica preliminar de las averías que se presentaban en los diferentes edificios de la sede administrativa, en términos de unidades, cantidades, valores unitarios y totales, lo que arrojó un valor total de $ 508’386.169,68, aclarando que podrían surgir nuevas actividades que no estaban evaluadas en este documento (f. 253, c. 10).

33. El 20 de mayo de 2002, el gerente de Proyectistas Civiles Asociados envió a la Inmobiliaria de Cundinamarca un informe de inspección de los edificios del conjunto de la Gobernación de Cundinamarca, en el cual dió cuenta de problemas atribuibles a asentamientos de las estructuras, problemas de comportamiento de los acabados y problemas de tratamiento de las juntas de construcción y recomendó i) establecer el grado de estabilización de los asentamientos que se había logrado, adelantando la nivelación de precisión de puntos característicos, la cual se realizaría mensualmente durante seis meses inicialmente, y ese resultado sería la base para determinar las medidas que debían adoptarse en ese aspecto; ii) retirar las piezas de mampostería que se notaban desprendidas o inestables, pues representaban peligro para los transeúntes; iii) estudiar los planos de detalle de los acabados y confrontarlos con la construcción, para establecer exactamente el origen de las fallas constructivas y determinar los procedimientos para corregirlas y iv) revisar todas las juntas de dilatación, para garantizar su libertad de comportamiento y reconstruir la mampostería adyacente de tal manera que se subsanase la irregularidad constructiva que implicaba haber colocado la mampostería a través de las juntas (f. 288 a 292, c. 10).

34. En oficio fechado el 20 de mayo de 2002 y dirigido por el ingeniero civil Guillermo Alonzo Villate al gerente general de la Beneficencia de Cundinamarca, le manifestó, en su calidad de ingeniero calculista de los edificios para la nueva sede de la Gobernación de Cundinamarca, que las estructuras correspondientes a las edificaciones que comprendían dicho complejo gubernamental no presentaban en ese momento el menor indicio de inestabilidad o peligro para las personas que habitualmente laboraban en dichas dependencias o para eventuales visitantes de las mismas. Y que este concepto lo fundamentaba ante todo, en el proyecto estructural elaborado por él, de acuerdo con las normas sismo resistentes vigentes en la época de desarrollo del proyecto (C.C.C.S.R-84) y en el seguimiento efectuado durante la etapa de construcción de la diversas estructuras, así como en la comprobación del buen desempeño que habían tenido las mismas a partir de la terminación de las obras, mediante visitas periódicas efectuadas, la última de las cuales fue ese mismo día (f. 42, c. 1, expediente 2004-0657; f. 147, c. 2).

35. El 20 de mayo de 2002, la Aseguradora Colseguros recibió una comunicación en la que el secretario general de la Gobernación del departamento de Cundinamarca y el gerente de la Beneficencia de Cundinamarca, la citaban a una reunión a llevarse a cabo ese mismo día 20 de mayo a las 8:00 a.m., para tratar el tema de las averías en la sede administrativa de la Gobernación y hacerles entrega de la información de la que disponían sobre las causas de las mismas y de los conceptos técnicos emitidos sobre el particular (f. 143, c. 2).

36. El 21 de mayo de 2002, Goven Ajustadores Ltda., ofició a la Aseguradora Colseguros S.A. para informarle que le fueron entregados algunos documentos de los requeridos a la secretaría general de la Gobernación de Cundinamarca: i) informe de inspección realizado por Proyectistas Civiles Asociados y ii) carta enviada al gerente de la Beneficencia de Cundinamarca por el secretario de obras públicas de la Gobernación departamental, con el inventario de las diferentes averías que presentaban las edificaciones, de los cuales compartían las conclusiones, en el sentido de que era necesario realizar estudios para identificar y cuantificar el origen de las fallas y establecer los procedimientos para su corrección, teniendo en cuenta: la nivelación de los edificios a la fecha, controles de nivelación mensual hasta que se determinara su estabilización, concepto de los ingenieros calculista y de suelos y sus recomendaciones y revisión de sistemas constructivos, a partir de lo cual, concluyó el ajustador, que *“los asegurados no han demostrado la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida, mediante el aporte de la totalidad de la documentación requerida personalmente (…)”* (f. 140, c. 2).

37. El 21 de mayo de 2002, el representante legal de la unión temporal demandante envió al gerente general de la Beneficencia de Cundinamarca, la comunicación que dijo haber enviado a la Aseguradora Colseguros, solicitándole la ampliación de la garantía de estabilidad de la obra hasta el 23 de mayo de 2003 (f. 44 y 45, c. 1, expediente 2004-0657).

38. El gerente general de la Beneficencia de Cundinamarca, expidió la Resolución n.o 00117 del 22 de mayo de 2002[[9]](#footnote-9) por medio de la cual declaró realizado el riesgo de estabilidad de la obra, en cuyas consideraciones dio cuenta de la celebración y ejecución del contrato de obra 002 de 1996, celebrado a nombre y por cuenta de la Beneficencia de Cundinamarca por la Fiduciaria Cáceres y Ferro S.A. con la unión temporal A. Muñoz Asociados, obra respecto de la cual, desde enero de 2001 se realizaron estudios y análisis sobre los daños que se presentaban en las fachadas del edificio y que inicialmente se consideró que demandaban labores de mantenimiento pero luego se determinó que obedecían a fallas constructivas, lo que condujo a otros análisis e investigaciones y a una reunión con el representante del contratista, que ofreció ampliar la póliza de estabilidad de la obra mientras se elaboraban tales estudios sobre los alcances, naturaleza y causas de las fallas, sin que a la fecha del acto hubiera cumplido con tal ofrecimiento, como tampoco con la entrega de los diseños arquitectónicos, estructurales, memorias de cálculo estructural, estudios de suelos y otros documentos necesarios que le fueron requeridos (f. 43, c. 10).

38.1. Se anotó en la resolución, que la Aseguradora Colseguros S.A. fue informada de las fallas constructivas para que designara funcionarios que con los de la entidad y sobre el terreno, determinaran las causas, alcance y naturaleza de las mismas y que el 8 de abril de 2002, se hizo en su compañía un recorrido general por las dependencias y sitios que presentaban fallas constructivas, sin que la aseguradora hiciera hasta la fecha de la decisión, manifestación alguna al respecto, por lo que el 20 de mayo se le entregaron los documentos e informes que identificaban las fallas técnicas, con el inventario de las averías, y las obras y trabajos que debían adelantarse.

38.2. Se informó que el 20 de mayo se llevó a cabo reunión entre funcionarios de la entidad y representantes del contratista, para poner nuevamente en su conocimiento la problemática que acusaba la construcción.

38.3. Se relacionaron las obras prospectadas para la corrección de las fallas detectadas, discriminando la avería –i) grieta, fisura, avería sobre pañete, ii) desprendimiento, fisura, alfajía, remate, iii) desprendimiento, grieta, fisura mampostería, iv) grieta, fisura, avería enchape cerámico muros, v) grieta, fisura, avería enchape porcelana pisos, vi) humedad cieloraso, vii) reparación piso plaza y viii) otros varios de menor cuantía-, la cantidad requerida, el valor unitario y el total.

38.4. Se dio cuenta en el acto administrativo de los estudios e informes en los que se estableció que se trataba de fallas estructurales de la obra –ver pie de página 6- y se concluyó que había evidencia suficiente de que se produjo el siniestro cubierto por el amparo de estabilidad de la obra de la póliza de seguro 1170361 3, anexo 1270738 de Colseguros S.A., por lo que procedía su declaratoria. En consecuencia, en el acto administrativo se resolvió:

*ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que se ha realizado el riesgo de “estabilidad de la obra” contenido en la póliza de seguro de cumplimiento para entidades estatales expedida por la Aseguradora Colseguros S.A. a favor de la Beneficencia de Cundinamarca, bajo el número 1170361 3, anexo No. 1270738, o como quiera que se identifique dicha garantía, de conformidad con las consideraciones anteriores.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Hacer efectiva la mencionada póliza de seguro, provisionalmente por la suma de quinientos ocho millones trescientos ochenta y seis mil ciento sesenta y nueve pesos con sesenta y ocho centavos ($508’386.169,68), de conformidad con el punto décimo noveno de las anteriores consideraciones, e imponer consecuencialmente a la Aseguradora Colseguros S.A. la obligación de pagar esa suma a la Beneficencia de Cundinamarca, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta resolución.*

*ARTÍCULO TERCERO: Mediante actos administrativos que se expedirán posteriormente, a medida que se establezca el valor de los perjuicios que resulten para la Beneficencia de Cundinamarca por los defectos que acusa la obra que constituye el objeto del contrato objeto de la garantía, se procederá a hacer efectiva la póliza por los valores correspondientes.*

*ARTÍCULO CUARTO: Forman parte de esta resolución y se entienden integrados a ella, las comunicaciones a las que se refieren los numerales 6º, 10º, 13º y 15º de los considerandos anteriores[[10]](#footnote-10) (…).*

39. El 17 de julio de 2002, el director de Construcciones Generales de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca, le envió al gerente de la Beneficencia de Cundinamarca sus comentarios sobre el informe que la firma Schmedling Asociados & Cía. Ltda., a solicitud de A. Muñoz y Cía., presentó sobre el estado de la sede administrativa de la Gobernación de Cundinamarca, luego de practicar visita en compañía de funcionarios de la entidad y de la Empresa Inmobiliaria Cundinamarquesa. Según dicho funcionario, el informe presentado por la referida firma es superficial, contiene redacción confusa y consigna conclusiones que no están relacionadas con la información básica de la obra, con observaciones de índole subjetiva, y en conclusión (f. 158 a 161, c. 1, expediente 2002-2056):

“*(…)* *pretende ilustrar un escenario inexistente en el que las averías que presenta la sede administrativa fueran causadas por falta de mantenimiento a la edificación y que la estructura se encuentra en perfecto estado. Estas conclusiones no son ciertas. Y de la forma ligera como se realizó la inspección del edificio no es posible derivar ninguna conclusión seria.*

*Sin soportes adecuados como ensayos de materiales, seguimiento en el tiempo al comportamiento de la edificación, revisión de estudios y diseños de cimentación y estructurales, mediciones y verificaciones topográficas entre otros es imposible concluir acerca de las posibles causas u orígenes de las averías sin que se esté corriendo el riesgo de hacer afirmaciones temerarias y sin fundamento.*

*En concordancia, el informe presentado por Schmedling Asociados & Co. Ltda., por solicitud expresa de A Muñoz & Cía., constructor de la sede, no tiene valides* (sic) *por la Dirección de Construcciones Generales (…).*

*Sea esta la oportunidad para recordar que es imperioso que se realice un estudio serio que permita establecer la o las verdaderas causas de las averías que presenta la sede administrativa.*

40. El 18 de julio de 2002, en comunicación dirigida a la unión temporal A. Muñoz Asociados por los gerentes de la Beneficencia de Cundinamarca y la Empresa Inmobiliaria Cundinamarquesa por sugerencia del secretario general de la Gobernación de Cundinamarca, éstos le reiteraron la solicitud de continuación y terminación de los trabajos de reparación de las filtraciones en la sala de exposiciones Policarpa Salavarrieta y la instalación del porcelanato en el ala occidental del auditorio Antonio Nariño de la sede administrativa de la Gobernación de Cundinamarca que fueran iniciados por la constructora y que se hallaban sin concluir (f. 163, c. 1, expediente 2002-2056).

41. El 23 de julio de 2002, el representante de la unión temporal A. Muñoz Asociados dio respuesta al oficio EIC 03289 del 18 de julio anterior, enviado por el gerente general de la Beneficencia de Cundinamarca y en el que le pedía que adelantara distintos trabajos de mantenimiento, sobre lo cual le manifestó que esas labores no eran de responsabilidad de la unión temporal y le recordó que para mayor eficacia de esas labores que se pretendían adelantar, debían tenerse en cuenta los manuales de mantenimiento que fueron entregados a la entidad junto con la obra, el 23 de mayo de 1997 (f. 166, c. 1, expediente 2002-2056).

42. Mediante Resolución n.o 00166 del 2 de agosto de 2002[[11]](#footnote-11), se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 00177 de 2002 por el contratista y la Aseguradora Colseguros S.A., en la cual se confirmó la decisión, salvo el numeral 2º que fue modificado, para aclarar que como consecuencia de la efectividad de la póliza de seguro, la obligación de pagar el valor de la indemnización -$508’386.169,68- recaía sobre todas las coaseguradoras, de acuerdo con el porcentaje de coaseguro con el que participaron. Y por lo tanto, se ordenó notificar esta decisión a las mismas: Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales, antes Compañía de Seguros Generales Aurora S.A., Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. y Compañía Mundial de Seguros S.A. (f. 28, c. 10).

43. Por medio de la Resolución 00207 del 11 de octubre de 2002, se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. y la Compañía Mundial de Seguros S.A., en contra de las Resoluciones 00117 y 00166 de 2002, confirmándolas[[12]](#footnote-12) (f. 111, c. 11).

44. El 17 de diciembre de 2002, la Beneficencia de Cundinamarca celebró el contrato 102 con la Sociedad Colombiana de Ingenieros, cuyo objeto fue *“contratar la consultoría para adelantar los estudios técnicos a través de los cuales se diagnostiquen y evalúen las fallas que está presentando la sede administrativa y las necesidades de intervención (…)”.* El alcance del objeto comprendería la repartición de los trabajos en tres grandes grupos: i) topografía e inspección, ii) suelos y iii) estructura y se estipuló que el informe final comprendería, entre otros: *“1. El resultado de las nivelaciones topográficas efectuadas. 2. Un inventario actualizado de los daños encontrados en las edificaciones y un análisis comparativo con el elaborado por la Secretaría de Obras Públicas. 3. Resultado de los estudios de suelos, registros de perforaciones, resultados de laboratorio, informe interpretativo de la situación actual y de recomendaciones para las dos fases del estudio estructural estático y dinámico. 4. Resultados de la revisión estructural confrontando el diseño existente con el adoptado inicialmente y recomendaciones. 5. Presentación de informes mensuales. 6. Presentará un capítulo de conclusiones y recomendaciones con aspectos como causas y orígenes de los problemas presentados en los edificios, recomendaciones exactas sobre qué debe hacerse para evitar que continúen. Evaluación de alternativas desde el punto de vista técnico y económico”[[13]](#footnote-13)* (f. 155, c. 2).

45. El 22 de abril de 2003, la firma Goven Ajustadores envió comunicación a la Aseguradora Colseguros en la que se refirió a la reclamación de la póliza de estabilidad de la obra en virtud de la Resolución 117 de 2002, manifestando que no pudieron obtener de parte de la Beneficencia de Cundinamarca –porque sus funcionarios afirmaron no haber encontrado más documentos- el envío de las bitácoras de mantenimiento y de uso de la plazoleta ni los registros de nivelaciones practicadas a los edificios, por lo que consideraban que los asegurados no habían demostrado la ocurrencia del siniestro, pues buena parte de los daños reportados, eran atribuidos a falta de mantenimiento; y por otra parte, los registros de nivelaciones les habría permitido establecer con certeza el comportamiento de las estructuras de los edificios. Además, para la atención de la reclamación efectuada por la Beneficencia, se estaba así mismo a la espera de las evaluaciones que estaba realizando la Sociedad Colombiana de Ingenieros (f. 149, c. 2).

46. En comunicación enviada el 13 de mayo de 2003 por Goven Ajustadores a la Aseguradora Colseguros, dieron cuenta de las reuniones sostenidas con los ingenieros designados por la Sociedad Colombiana de Ingenieros para adelantar la ejecución del contrato 102 celebrado con la Beneficencia, así como con el interventor de dicho contrato, para acordar la participación de los ajustadores en los trabajos de campo que se adelantaran y el suministro de toda la información que requirieran, pues las aseguradoras estaban muy interesadas en participar en el desarrollo del mencionado contrato (f. 160, c. 2).

47. El 27 de septiembre de 2003, la directora ejecutiva de la Sociedad Colombiana de Ingenieros le remitió a la Beneficencia de Cundinamarca el informe final y diagnóstico estructural de la sede administrativa de la Gobernación de Cundinamarca, en cumplimiento del contrato 102 de 2002[[14]](#footnote-14). En la comunicación remisoria, se consignó que *“Reiteramos las conclusiones de los estudios geotécnicos en que los edificios desde el punto de vista estructural se están comportando adecuadamente bajo el Código Colombiano Sismorresistente de 1984 y que los asentamientos diferenciales máximos estuvieron en el rango aceptable de 2 cm. Al no esperarse más asentamientos se recomienda a la Beneficencia que proceda a llevar a cabo las reparaciones de fachada que se considere conveniente dentro de sus presupuestos”.* En el informe presentado, se destacan los siguientes apartes(f. 123 a 129, c. 11):

*(…) Las inspecciones visuales no encontraron fisuras o grietas en los componentes estructurales de las edificaciones que implique que por razón de los asentamientos se ha producido afectación o falla estructural.*

*En la cimentación de la plazoleta y en algunas uniones de las vigas de amarre con los dados de las columnas es posible apreciar pequeñas fisuraciones que estructuralmente tienen el carácter de normales.*

*(…)*

***6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES***

*De las diferentes actividades y el análisis estructural llevadas a cabo, y con el propósito de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el diseño estructural para la época de construcción y regido por el Código Colombiano Sismo Resistente de 1984 se concluyó:*

* *Las edificaciones de la Sede Administrativa de la Gobernación no presentan fallas estructurales y cumplen con las exigencias del CCSR-84.*
* *Las averías presentes en las mamposterías de fachada de los edificios obedecen a que las zonas afectadas de los mismos se apoyan sobre el borde superior de la junta perimetral de dilatación entre la plazoleta y los edificios. Al ocurrir asentamientos de carácter normal en los edificios se presentó un esfuerzo de corte en la mampostería que ocasionó su agrietamiento.*
* *Los agrietamientos que presentan los muros de ladrillo en las fachadas orientadas hacia la plazoleta y en los bordes de las juntas de dilatación de las mismas, obedecen a que dichas juntas no permiten un libre desplazamiento de los planos verticales de la mampostería.*
* *Por tal razón, las juntas perimetrales de dilatación deberán ser rediseñadas y reconstruidas en forma tal que no se presenten fuerzas de corte entre los bordes de las edificaciones. Estos deberán estar separados y permitir el movimiento entre las edificaciones sin obstrucción.*
* *El cambio del tipo de juntas implicará demoliciones locales de la mampostería y su reconstrucción.*
* *De todos modos las juntas deberán ser estancas e impedir la entrada del agua del exterior hacia los niveles interiores de la plazoleta.*
* *Las pequeñas fisuraciones en las vigas de amarre y losas de la cimentación podrán sellarse mediante inyecciones de resinas epóxicas de baja viscosidad tal como el Silkadur inyección de Sika, siguiendo los procedimientos recomendados por el fabricante del producto utilizado.*

48. En el proceso se practicó un dictamen pericial por perito economista a petición de la parte actora, en el cual el auxiliar de la justicia estableció que hubo un descenso en las utilidades de la sociedad Constructora Amco Ltda (antes Alfredo Muñoz y Cía. Ltda., entidad líder y porcentualmente mayoritaria de la unión temporal A. Muñoz y otros) a partir del año 2001, que se debió a varias causas: i) el ciclo descendente de la industria de la construcción en el país, ii) las circunstancias que motivaron a la sociedad a solicitar un acuerdo de reestructuración de pasivos aceptada por la Superintendencia de Sociedades en abril de 2003, y iii) las *“posibles adversas consecuencias de las Resoluciones Nos. 117 y 166”* (c. 8).

49. En el proceso 2002-2056, el *a-quo* decretó, a petición de la entidad demandada, un dictamen pericial con la intervención de un ingeniero civil para que estableciera el estado actual de la sede administrativa de la Gobernación de Cundinamarca. El dictamen pericial fue llevado a cabo y en él, el auxiliar de la justicia, ingeniero Carlos Robles Roa, concluyó que a la fecha del informe, era evidente que no había compromiso de la estructura, pero (f. 195, c. 1; c. 3):

*(…) sí se encontró bastante detalle constructivo que denota la flexibilidad que se tuvo durante la ejecución de las obras de acceso o complementarias. Los edificios están funcionando en su totalidad, pero hay bastante detalle debajo de la plazoleta. EN EL CAMPO DE LA CONSTRUCCIÓN ESTOS PROBLEMAS SE REDUCEN EN GRAN PORCENTAJE CON EL ACIERTO DEL CONTROL TÉCNICO EJERCIDO EN FORMA OPORTUNA POR EL ASESOR O INTERVENTOR.*

*Las grietas y fisuras que se tienen tanto en la fachada de los edificios y en la mampostería del acceso a la plazoleta, presentan una pésima imagen de la construcción. Al revisarlas en forma detenida, se pudo observar que no hubo incremento en las grietas y fisuras de los edificios durante el periodo diciembre de 2002 a mayo de 2005. En los muros sobre la plataforma de acceso, si se aumentaron los desplazamientos, dando muy mal aspecto (…).*

50. En la aclaración del dictamen solicitada por la parte actora, el perito manifestó:

50.1. Que la edificación no presentaba fallas estructurales que afectaran su ocupación; que el funcionamiento de las dependencias del departamento de Cundinamarca era normal y que el mantenimiento no era el mejor, echando de menos el control técnico que se debía dar a las instalaciones en la época posterior a la construcción, para cumplir con la vida útil de las edificaciones; a su juicio, no hubo propiamente un manual de mantenimiento entregado por el contratista, por lo que las recomendaciones no fueron ni bien elaboradas por éste, ni bien recibidas por la Beneficencia de Cundinamarca (f. 42, c. 3).

50.2. Afirmó que los diseños para la construcción de la sede administrativa de la Gobernación sí cumplían con el Código Colombiano de Construcciones Sismo Resistentes, Decreto 1400 de 1984 y que la NSR-98 no podía ser aplicada a construcciones diseñadas y ejecutadas con anterioridad.

50.3. Sostuvo que la Beneficencia de Cundinamarca no realizó ningún control de asentamientos, según lo manifestado a su nombre por la inmobiliaria. Y que sin tener lecturas de nivelación, se perdía el comportamiento del asentamiento de los edificios o la confirmación de su estabilización.

50.4. Reiteró que los cambios de temperatura generan fisuras en los muros, pero son de menor proporción a las tratadas en el caso específico y que efectivamente, cualquier edificación está sometida a movimientos sísmicos que pueden generarlas, entre otros muchos factores que pueden incidir en la estabilización de las edificaciones. Sostuvo que era imposible definir si las fisuras o grietas eran producto del mal mantenimiento o se originaban en la deficiencia o falta de control durante la etapa de construcción, haciendo énfasis en la ausencia de información proveniente de la interventoría de la obra, que era la llamada a dar cuenta sobre la calidad y los cambios surgidos durante su ejecución, pero ninguna de las partes se acogió a sus informes, que no hicieron parte del proceso.

50.5. Finalmente, manifestó que los edificios de la sede administrativa de la Gobernación de Cundinamarca se encontraban funcionando prácticamente en su totalidad, a excepción de las zonas cercanas a los edificios, al nivel de la plataforma, en donde se restringía el paso de los peatones.

51. En el proceso 2004-0657, la demandante Compañía Mundial de Seguros pidió que se decretara un dictamen pericial “*con el objeto de determinar las causas y orígenes de las pretendidas averías en las obras de que trata el contrato No. 002, la responsabilidad que le cabe a la Beneficencia respecto de las mismas, y si la edificación de que trata el referido contrato ha sido objeto o no de labores de mantenimiento”.* Pidió que el dictamen comprendiera, entre otros, los siguientes puntos: *“3.1. Si desde una óptica exclusivamente técnica, es cierto que el Edificio de la Gobernación de Cundinamarca, presenta fallas estructurales, de tal manera que amenacen ruina o que impidan el servicio para el cual se ejecutó. 3.2. Si las fallas que presenta el edificio de la Gobernación de Cundinamarca, de presentar alguna, que señala la Beneficencia de Cundinamarca, son estructurales, y corresponden a la acción u omisión del contratista que ejecutó la obra”.* La unión temporal A. Muñoz y Asociados, pidió una inspección judicial con intervención de peritos ingenieros civiles con conocimientos en estructuras, para que dictaminaran sobre la sede administrativa de la Beneficencia de Cundinamarca y el departamento, en similares términos a los anteriores: si la edificación presentaba fallas estructurales que impidieran el servicio para el que se ejecutó la obra, si las edificaciones estaban siendo utilizadas para el fin para el que fueron construidas y si la Beneficencia de Cundinamarca había cumplido con lo dispuesto en el manual de mantenimiento de la obra civil (f. 33 y 119, c. 1).

52. El Tribunal *a-quo* decretó el dictamen pericial solicitado y designó al ingeniero civil Jairo Enrique Rubiano Rodero, que presentó el respectivo informe, en el cual el perito concluyó que no había evidencia de daños estructurales actuales o futuros en la obra, que comprometieran de una u otra manera la estabilidad general de las estructuras; cada una de las edificaciones construidas estaba siendo utilizada para el fin para el cual fueron construidas y sí se presentaron deficiencias en el mantenimiento de la obra, que no estaba a cargo del contratista, por lo que luego de analizar cada una de las fallas enunciadas y valorizadas por la entidad en el acto administrativo demandado, que arrojó un total de $ 508’386.169,68, concluyó que sólo algunas eran imputables al contratista y su valor ascendía a $ 85’199.609, cifra de la cual Mundial de Seguros sólo debía asumir el 15,77%, es decir la suma de $ 13’435.978. Finalmente, concluyó que *“(…) la Beneficencia de Cundinamarca actuó con ligereza al no distinguir el error estructural, inexistente, del error constructivo y al no diferenciar el error constructivo imputable al contratista (calidad de materiales y proceso constructivo) del fenómeno surgido por causa de los asentamientos y además se ignoró en todo momento los reclamos presentados por las graves fallas presentadas en el aspecto del mantenimiento”* (f. 297, c. 1 y c. 6).

53. En la respuesta a la solicitud de aclaraciones presentada por la unión temporal y la Beneficencia de Cundinamarca, el perito manifestó que el cálculo que se hizo sobre lo que le correspondería asumir a Mundial de Seguros, se hizo para el hipotético caso en que se considerara responsable al constructor por la declaración de la realización del riesgo de estabilidad, y que la cifra obedecía al porcentaje de coaseguro que aquella asumió (f. 346, c. 1).

53.1. Aclaró que todos los aspectos de mantenimiento planteados en el dictamen hacían referencia a la época de los hechos -22 de mayo de 2002 y tiempos anteriores-, pues la administración actual estaba adelantando buenas labores de mantenimiento, por lo que no resultaba pertinente la reclamación sobre la inexistencia de bitácoras del mismo, o sobre los contratos celebrados para el mantenimiento en la presente administración, cuando las que se cuestionaban eran las anteriores.

53.2. Manifestó que desconocía las circunstancias de la desaparición o extravío del informe Carreño-Bazani (arquitectos que hicieron el estudio original sobre las más de 500 fallas en las construcciones que fueran detectadas por el secretario de obras y el director de construcciones y que dio lugar a la declaratoria de la realización del riesgo), puesto que los funcionarios de esa época ya no estaban.

53.3. En cuanto al inventario Ingmaser –estudio de grietas y fisuras contratado por la Beneficencia de Cundinamarca y entregado el 18 de febrero de 2003-, manifestó que en el mismo se encontraron “*ladrillos rotos de fachada y otras rarezas arquitectónicas. Entonces una simple fisura no imputable al contratista por tener como causa los obligatoriamente esperados asentamientos diferenciales se convierten en gruesa grieta por la interacción de la fisura con materiales de baja calidad o presunto proceso constructivo. Así que el suscrito imputa las grietas gruesas al contratista (…)”.*

53.4. Reiteró que a su juicio, sí hubo deficiencias en la utilización de la infraestructura por parte de las entidades departamentales que la afectó, como lo fue, por ejemplo, la presencia de barredoras mecánicas en una zona no apta para el tráfico vehicular; en relación con las goteras, la permanencia de basuras, tacones femeninos y vidrios de botellas rotas, todo lo cual afectó los mantos permeables, cortándolos; así mismo, las afectaciones provenientes de los trasteos realizados por las entidades, que ocasionaron grietas y averías, cargas excesivas que conllevaban a pisos rotos y errores de mantenimiento, todo lo cual lo llevaba a reafirmar que el grado de responsabilidad del contratista no iba más allá de un 16,75% de las fallas alegadas por la entidad en el acto administrativo acusado.

54. En el proceso 2004-0657, la unión temporal A. Muñoz y Asociados pidió que se decretara una inspección judicial con intervención de peritos contadores –el Tribunal *a-quo* decretó el dictamen pericial pero negó la inspección judicial-, para que dictaminaran sobre el daño sufrido por dicha unión temporal y cada uno de sus miembros y cuantificaran los perjuicios materiales ocasionados por la expedición de los actos administrativos demandados, para lo cual certificarían sobre i) la pérdida de clientes potenciales que les generó disminución de ingresos durante el año 2003; ii) la pérdida de contratos, porque la reclamación de la Beneficencia de Cundinamarca hizo que las aseguradoras fueran renuentes a expedirles pólizas para participar en concursos y licitaciones y para formalizar contratos relacionados con su objeto social; iii) la pérdida de contratos ante la inquietud generada en compañías del sector, que hubieran podido ser socios o asociados potenciales en diversos proyectos; iv) gastos de asesoría legal para impugnar los actos administrativos; v) perjuicios derivados de la dificultad para concretar operaciones de crédito con entidades bancarias y financieras y vi) detrimento del good-will (f. 121 y 299, c. 1).

55. El dictamen fue rendido por el contador público Edison Cruz García. En el mismo, calculó un monto total de perjuicios que ascendió a la suma de $ 199’911.135,oo, resultantes de la sumatoria de los siguientes factores (f. 312 y 321, c.1; f. 2 a 14, c. 9):

55.1. Lucro cesante por los gastos de asesoría: $ 209.890, correspondientes a los intereses sobre el monto de los honorarios cancelados al abogado Jorge Eduardo Narváez Bonnet, calculados desde la fecha del desembolso hasta el día del experticio.

55.2. Lucro cesante por la imposibilidad de contratar: $ 90´764.300,oo. El perito tuvo en cuenta las afirmaciones de la unión temporal A. Muñoz y Asociados, en el sentido de que sufrió una pérdida de clientes potenciales y una pérdida de contratos, así como la dificultad para concretar operaciones de crédito y financieras. Afirmó en el dictamen, que dejaron de contratar con la constructora Amco Ltda (Alfredo Muñoz y Cía. Ltda.) las siguientes firmas: Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, Universidad Libre, Universidad Javeriana, Corporación Abastos de Bogotá S.A. Corabastos, Ministerio de Justicia y del Derecho, Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, Policía Nacional de Colombia, Fiduciaria La Previsora Ltda., Terminal de Transportes S.A., Fundación Los Caobos y la Aeronáutica Civil, aunque no explicó cómo llegó a esta conclusión, sino que se limitó a anexar una serie de contratos celebrados por Alfredo Muñoz y Cía. Ltda. con estas entidades entre 1991 y 1995. A continuación, sostuvo: *“(…) Con base en la ley 80/93 -5 años de inhabilidad para contratar- se calcula el lucro cesante causado a partir del 22 de mayo del 2002, fecha en la cual se expidió la resolución No. 117 donde se declaró realizado el riesgo de estabilidad de la obra, hasta el día 31 de diciembre del 2006. Para establecer una cifra como base para calcular el perjuicio material del lucro cesante, tomo como ingresos promedios los siguientes años 2003 y 2004”,* lo que le dio unos ingresos promedio de $ 378’500.000, a los que aplicó el 5,5%, *“que es el factor promedio de utilidades antes de impuestos obtenidos en los años 2003 y 2004”* y el resultado, $ 20’817.500, fue la renta estimada anual antes de impuestos, que fue actualizando año a año desde 2003 hasta 2006, cuando se elaboró el dictamen.

55.3. Pérdida del good will: $ 108’936.945,oo, valor que calculó utilizando el método *“Directo o anglosajón”,* el cual explicó que era una técnica para la valoración de empresas, que tiene en cuenta la tasa de rentabilidad del sector, la tasa de rentabilidad real de la empresa promedio y el valor sustancial del periodo.

**El problema jurídico**

Teniendo en cuenta los términos del recurso de apelación interpuesto por las partes y los hechos probados, deberá la Sala establecer i) si el acto administrativo demandado estuvo falsamente motivado, por no reunirse los requisitos indispensables para la declaratoria del siniestro de estabilidad de la obra contenido en el mismo, ii) si la entidad estatal tenía competencia para declarar la ocurrencia del siniestro y liquidar unilateralmente los perjuicios y iii) si en la expedición del acto administrativo demandado, se violó el debido proceso respecto del contratista y la aseguradora demandante. De comprobarse alguno de los cargos enunciados, la Sala se relevará de analizar los restantes.

**La garantía de estabilidad de la obra**

Tal y como quedó acreditado en el plenario, el contrato de obra en virtud del cual se construyeron las instalaciones para la sede de la Beneficencia de Cundinamarca y el departamento por parte de la unión temporal A. Muñoz Asociados, fue celebrado con este contratista por la Fiduciaria Cáceres & Ferro S.A., en desarrollo del contrato de fiducia pública 223, celebrado entre la Beneficencia de Cundinamarca y dicha fiduciaria, para la administración e inversión de los recursos destinados a la cancelación de las obligaciones que ésta contrajera en cumplimiento del contrato que se celebrare para, entre otras cosas, la construcción de la sede administrativa de dicha entidad pública.

Para la época de celebración de dicho contrato de fiducia pública, la entidad contratante, Beneficencia de Cundinamarca, era un establecimiento público del orden departamental –Decreto 0683 de 1996[[15]](#footnote-15)-, razón por la cual en materia de contratación, se hallaba sujeta a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con lo establecido en su artículo 2º.

El artículo 32 del referido estatuto, enunció algunos de los contratos estatales que pueden ser celebrados por las entidades sujetas a sus disposiciones, entre los cuales se hallan los encargos fiduciarios y la fiducia pública –num. 5º-. La norma estableció que estos negocios jurídicos sólo pueden celebrarse para objetos y con plazos precisamente determinados[[16]](#footnote-16), sin que las entidades públicas fideicomitentes puedan delegar, en ningún caso, en las sociedades fiduciarias, la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública. De la misma manera, determinó que *“Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente”.*

El Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80, en su artículo 23 reiteró que en ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que celebren en desarrollo del encargo fiduciario o de la fiducia pública, no obstante lo cual, también dispuso que *“(…) podrán encomendar a la fiduciaria la suscripción de tales contratos y la ejecución de todos los trámites inherentes a la licitación o concurso”,* evento que da lugar a la celebración de un contrato por parte de un particular, en ejercicio de una función propia del Estado.

De acuerdo con lo anterior, es claro que, si bien la Fiduciaria Cáceres & Ferro S.A. se hallaba autorizada para celebrar el contrato de obra pública para la construcción de la nueva sede de la Beneficencia y la Gobernación del departamento de Cundinamarca, dicho contrato estaba sujeto a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y en lo no regulado por ella, a las normas de derecho común, tal y como lo dispuso su artículo 13[[17]](#footnote-17).

El numeral 19 del artículo 25 del estatuto de contratación estatal, estableció la obligación del contratista de prestar garantía única de cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato y determinó que la misma consistiría en póliza expedida por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias. Esta norma fue reglamentada por el Decreto 679 de 1994, en cuyo artículo 17 enunció los riesgos que debía cobijar la garantía única, que debían corresponder a las obligaciones y prestaciones del respectivo contrato, tales como los de buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio, correcto funcionamiento de los equipos, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. Dispuso así mismo, que la vigencia de los amparos de estabilidad de la obra, calidad de la obra o servicio suministrado, provisión de repuestos y accesorios, debería cubrir cuando menos por el lapso en que de acuerdo con el contrato y la legislación civil o comercial, el contratista deba responder por la garantía mínima presunta, por vicios ocultos, garantizar el buen funcionamiento de los bienes suministrados, responder por la estabilidad de la obra o asegurar el suministro de repuestos y accesorios, y que el término del amparo de estabilidad de la obra sería determinado por la entidad según la naturaleza del contrato y no sería inferior a cinco años[[18]](#footnote-18).

La obligación de constituir la garantía de estabilidad de la obra, surge una vez ésta es terminada y entregada a satisfacción de la entidad contratante, puesto que su finalidad es la de cubrir el riesgo de que, con posterioridad a ese momento, se presenten afectaciones en la respectiva construcción, que no podían ser advertidas al momento de la entrega.

Es decir que cuando se termina la obra, la entidad procede a recibirla a satisfacción, siempre que en el momento de la entrega, aquella cumpla con los requerimientos exigidos contractualmente[[19]](#footnote-19). El hecho de que la obra sea recibida en estos términos, no excluye el riesgo de que con posterioridad, presente desperfectos o defectos que en ese momento no eran detectables, razón por la cual al constructor se le exige garantizar la integridad de la obra, durante un lapso mínimo posterior a su entrega[[20]](#footnote-20). Como lo tiene establecido de tiempo atrás la jurisprudencia:

*De ser cierto que el contratista de una obra pública, con la liquidación del contrato, se libera de responder por la estabilidad de la misma y su buena calidad, habría que aceptar dos tesis francamente inaceptables. La primera, que la administración contratante no podrá instaurar, luego de la liquidación acción de perjuicios contra el contratista por la obra que perece o amenaza ruina, bien por vicios en la construcción o en los materiales utilizados o por vicios en el suelo que debió conocer, porque esa liquidación purgó cualquier vicio en la construcción; o, en otras palabras, que luego de la liquidación el contratista no será responsable por la construcción de la obra. Y la segunda, que la estabilidad de la obra y su buena calidad no son obligaciones emanadas del contrato porque el art 2060 del c.c., en sus nls 3 y 4, sólo opera en el derecho privado y para las obras contratadas entre particulares.*

*Las afirmaciones precedentes no tienen justificación alguna, por desconocer los efectos de los contratos y de las obligaciones emanados de los mismos. Los contratos se celebran para su recto y cabal cumplimiento; y en los contratos de obra pública ese cumplimiento es de interés general; y la aceptación inicial que se haga por el dueño de la misma durante la diligencia de entrega, no le impedirá a éste exigirle al constructor que le responda en el futuro por su estabilidad y buena calidad de los materiales utilizados. De allí que si nadie discute esa facultad en el campo del derecho privado, frente a las obras públicas es más evidente esa exigencia porque en éstas está involucrado, como se dijo, el interés general.*

*En tal sentido, si la obligación de estabilidad, de rango legal y supletiva de la voluntad de las partes (art 2060 antecitado), opera entre particulares, no se entiende cómo pueda alegarse su inoperancia en el campo de las obras públicas que interesan a toda la comunidad. Se habla de norma supletiva porque los contratantes podrán convenir plazos diferentes para exigir esa estabilidad.*

*Y ante el vacío que se observa dentro del régimen legal de los contratos estatales, en especial en el de obra pública, nada impide así la aplicación de ese art 2060 también en el aludido campo salvo estipulación en contrario, en la cual se entienda que las partes convinieron un plazo de estabilidad mayor o menor al término de 10 años señalado en esta norma[[21]](#footnote-21).*

Es claro entonces, que tratándose de contratos estatales de obra, la ley estableció como término mínimo de la garantía de estabilidad de la obra, el de 5 años[[22]](#footnote-22), contados a partir de su entrega y recibo a satisfacción, lapso durante el cual estará cubierto el riesgo de que la obra perezca o amenace ruina, bien sea por vicios en la construcción, o en los materiales utilizados, o por vicios en el suelo que el contratista debió conocer. Cobertura que, en razón de la naturaleza del contrato de seguro, será amparada por la aseguradora, en quien recaerá la obligación de indemnizar.

No obstante lo dicho, es necesario puntualizar la diferencia que existe entre la responsabilidad del constructor, consagrada en el artículo 2060 del C.C., y la responsabilidad de la aseguradora, que surge con ocasión del amparo de estabilidad de la obra, que asume a su cargo en virtud del contrato de seguro en el que actúa como tomador el contratista de la administración. Esta, a su vez, es beneficiaria de la póliza, contentiva de la garantía de cumplimiento del contrato a favor de la entidad estatal.

La responsabilidad del primero, surge del solo hecho de haber construido la respectiva obra, mientras que la que le corresponde a la aseguradora, se hace efectiva cuando se configura el siniestro de estabilidad de la obra, de acuerdo con el riesgo amparado en la respectiva póliza de seguro.

Se trata de dos situaciones jurídicas diferentes, lo que se traduce en que, el hecho de que el contratista traslade el riesgo a la aseguradora, en la forma y tiempo establecidos por la ley, no lo releva a él mismo de su propia responsabilidad, en su calidad de constructor, en los términos de las normas de derecho común, como bien lo ha reconocido la doctrina:

*(…) cuando las partes establecen en el contrato una cláusula especial de garantía de estabilidad de obra, generalmente por un período corto, de uno o dos años, no quiere significar que cese la obligación que la ley civil le impone al empresario. La convención de garantía tiene un efecto directo: concederle al dueño de la obra la posibilidad de accionar con fundamento en la garantía que ofrezca el empresario si la obra no reúne las condiciones generales del contrato. Es, ciertamente, una obligación convencional.*

*Y la obligación convencional señalada no puede modificar la que legalmente corresponde al empresario de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2060.*

*Además, las partes no pueden recortar el plazo de diez años que la ley establece para que el dueño de la obra ejerza* [la] *garantía nacida del contrato de construcción, regulada por el artículo 2060. Otra cosa sería si dijera, la norma en cita, que las partes pueden reducir el plazo de garantía o se expresara en el sentido que la garantía es hasta por diez años, ya que dejaría abierta la oportunidad de disminuirse el término legal por voluntad de los contratantes[[23]](#footnote-23).*

**Naturaleza del riesgo de estabilidad de la obra**

El Decreto-ley 222 de 1983, anterior estatuto de contratación administrativa, dispuso –art. 67- que en todo contrato –salvo los de empréstito, arrendamiento cuando la entidad fuera arrendataria e interadministrativos, en los que no sería obligatoria esta cláusula- se debía pactar la obligación del contratista de garantizar el cumplimiento del contrato, el buen manejo e inversión del anticipo, la estabilidad de la obra, la calidad del servicio, el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones del personal utilizado para la ejecución del contrato y el correcto funcionamiento de los equipos suministrados y/o instalados. Sin embargo, no definió cada uno de los riesgos que debían ser cubiertos por la garantía, sino que defirió esta tarea, como parte de la reglamentación de las garantías, a la Contraloría General de la República –art. 69[[24]](#footnote-24)-. Por su parte, el artículo 70 de este estatuto, estableció que las garantías podían consistir en fianzas de bancos o de compañías de seguros, cuyas pólizas matrices debían ser aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

En ejercicio de la competencia legalmente otorgada, la Contraloría General de la República expidió la Resolución 10500 de 1984, en cuyo artículo 1º dispuso que el asegurador, al garantizar obligaciones emanadas de los contratos administrativos o encaminadas a su suscripción, ante los sujetos previstos en el artículo primero del Decreto-ley 222 de 1983 y demás entidades incluidas en el presupuesto nacional, debía expedir el documento en el que constara el contrato de seguro, de conformidad con la póliza matriz que previamente hubiera aprobado la Superintendencia Bancaria. En el capítulo II, esta resolución se refirió a las diferentes clases de garantías y en el artículo 15, reguló específicamente la garantía de estabilidad de la obra, en los siguientes términos:

*Por medio de esta garantía las entidades contratantes se precaven del evento que durante un periodo de tiempo determinado, la obra objeto del contrato, en condiciones normales de uso, no sufrirá deterioros que impidan la utilización o el servicio para el cual se ejecutó, ni perderá las características de armonía, seguridad y firmeza de su estructura.*

Dispuso que la cuantía de esta garantía estaría determinada en cada caso por la entidad contratante pero no podría ser inferior al 5% del valor final de la obra –art.15- y que la entidad establecería su término teniendo en cuenta las características de cada obra, pero no podría ser inferior a dos años ni superior a cinco años y que debía otorgarse simultáneamente con el recibo de la obra.

La anterior reglamentación desapareció con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, la cual no contiene la descripción de los distintos riesgos que deben ampararse en virtud de la garantía única de cumplimiento que deben constituir los contratistas a favor de las entidades contratantes –num. 19, art. 25-, ni su Decreto reglamentario 679 de 1994 estableció su alcance, más allá de la vigencia y cuantía mínimas de los amparos –art.17-[[25]](#footnote-25).

En relación con la determinación del contenido de los riesgos que deben ser amparados por la garantía única de cumplimiento de los contratos estatales establecida por la Ley 80 de 1993 y que ésta no se ocupó de definir ni delimitar, ha dicho la jurisprudencia:

*Con la expedición del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, contenido en el Decreto-ley 663 de 1993 se dispuso, en lugar de la aprobación previa de la póliza de seguro por parte de la Superintendencia Bancaria, la obligación de depositar las respectivas proformas de las pólizas de seguros por ramo de aseguramiento[[26]](#footnote-26) por parte de las entidades aseguradoras en la citada Superintendencia, de manera que las cláusulas de las pólizas matrices para operar en cada ramo de aseguramiento debieron ser definidas por cada entidad aseguradora, antes de su utilización y no se requirió de una aprobación previa para la respectiva póliza de seguro, disposición vigente para la época en que se expidieron las pólizas del contrato del contrato de obra examinado en el sub-lite.*

*Por su parte, la Ley 389 de 1997 modificó el parágrafo final del artículo 1047 del Código de Comercio en relación con la prueba de las condiciones del contrato de seguro, en el siguiente sentido:*

*“En los casos en que no aparezca expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado a la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad de contrato y tipo de riesgo.”*

*Por lo anterior, a partir del Decreto-ley 663 de 1993 que reguló las operaciones autorizadas a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, entre ellas las compañías aseguradoras y del nuevo régimen de contratación estatal contenido en la Ley 80 de 1993, las coberturas de los diversos riesgos amparados en la denominada garantía única de cumplimiento exigida en la citada Ley 80, se defirieron al contenido de la póliza establecida por la entidad aseguradora para el respectivo ramo de aseguramiento –en este caso el seguro especial denominado de cumplimiento- de tal manera que la póliza define y prueba el contenido del respectivo contrato de seguro y, por tanto, su clausulado de condiciones generales se debe tener como la “ley del contrato”, a la cual se refiere el artículo 1602 del Código Civil y como fuente de interpretación sistemática del contrato de seguro de cumplimiento[[27]](#footnote-27).*

*De la misma manera cabe señalar que a partir de esta regulación del contrato de seguro hay lugar a concluir que las cláusulas ambiguas dictadas o elaboradas por la propia compañía aseguradora se deberán interpretar en su contra, siguiendo la regla del artículo 1624 del Código Civil, en tanto que –bueno es repetirlo- la propia aseguradora definió el contenido de las cláusulas del contrato desde el momento en que estableció el texto de la póliza matriz o de condiciones generales de los distintos amparos o riesgos en el respectivo ramo de aseguramiento.*

*(…)*

*Ahora bien, las compañías de seguros autorizadas para operar en Colombia tienen como regla general la facultad que les asiste de seleccionar los riesgos que deseen asumir de acuerdo con su experiencia y su capacidad técnica y económica[[28]](#footnote-28) si se tiene en cuenta que el artículo 1056 del Código de Comercio dispone que el “asegurador podrá a su arbitrio asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados”[[29]](#footnote-29).*

*La contrapartida de esa autonomía para delimitar el riesgo en el contrato de seguro y decidir si se emite o no lo póliza de seguro, no puede ser otra que la carga de la compañía de seguros de evaluar y definir en forma completa y clara las condiciones del riesgo para minimizar su exposición al mismo[[30]](#footnote-30) y prestar un adecuado servicio de aseguramiento.*

*Por lo anterior, delimitado el riesgo por la propia compañía de seguros y expedida la póliza correspondiente, la aseguradora tendrá la consecuente obligación de responder por el siniestro en los términos de la póliza de seguro otorgada, es decir que como consecuencia de su decisión voluntaria y libre de asumir un riesgo y de la expedición de la póliza respectiva, se le impone la obligación primordial de indemnizar al asegurado, mediante el pago de las sumas estipuladas -o la reposición o reconstrucción de la cosa asegurada en su caso- sin que le sea permitido en el momento de la reclamación entrar a redefinir el riesgo amparado o recortar el alcance de su cobertura, en forma unilateral y con fundamento en interpretaciones acerca de la naturaleza o alcance del amparo o invocar términos y condiciones que no fueron expresados en la póliza[[31]](#footnote-31).*

Cabe acotar a lo anterior, que las condiciones generales de una póliza de seguro resultan vinculantes para el tomador, asegurado y beneficiario, pero tan sólo en la medida en que ellas no contravengan normas legales. Así lo reconoce la doctrina nacional, que al referirse a la naturaleza jurídica de aquellas, manifiesta que, de un lado, en caso de conflicto con las condiciones particulares de la póliza, las generales deben entenderse subordinadas a éstas; y de otro lado, *“(…) lo están necesariamente a la ley si, de un modo u otro, la contravienen. Porque no constituyen* per se *normas objetivas de derecho en la medida en que bien pueden ser distintas para cada asegurador, es éste mismo quien las somete a la aprobación de aquella dependencia fiscalizadora[[32]](#footnote-32). Por lo cual, sean favorables al asegurado o adversas a sus intereses, si aparecen en pugna con preceptos legales imperativos, como tales inmodificables, o con aquellos susceptibles tan solo de modificación a favor del tomador, asegurado o beneficiario (art. 1162), pueden ser judicialmente desestimadas”[[33]](#footnote-33).* Es decir que resultan válidas para regular cada relación contractual aseguradora las condiciones generales *secundum legem o praeter legem,* pero no las *contra legem.*

Y no debe olvidarse que en la medida en que se trate de pólizas de seguros que operen como garantía única de cumplimiento de los contratos estatales, su regulación no está limitada a la contenida en el Código de Comercio para los contratos de seguro en general, toda vez que tales garantías también están reguladas por normas de derecho público, imperativas y de obligatorio cumplimiento, sobre aspectos que, por lo tanto, no pueden dejarse a la libre disposición de la aseguradora[[34]](#footnote-34).

Por otra parte, no se puede perder de vista la finalidad que se persigue con los distintos amparos exigidos en las garantías de los contratos estatales. Específicamente, en relación con el amparo de estabilidad de la obra, tal y como su nombre lo indica, a través del mismo la entidad contratante se precave de los perjuicios que puede sufrir, en aquellos eventos en los que, con posterioridad a la terminación del contrato de obra y después de su inicial recibo a satisfacción, la construcción o edificación entregada presenta graves deterioros que, por causa de un vicio oculto[[35]](#footnote-35) -es decir aquel que no se podía razonablemente advertir al momento de la entrega de la obra-, impidan su normal utilización. Garantía que, en todo caso, como ya se vio, corresponde a la responsabilidad que está a cargo del constructor, en virtud de lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 2060 del Código Civil, que la extiende por un lapso de 10 años a partir de su entrega, pero que para efectos de la garantía única de cumplimiento de los contratos estatales, fue reducida por la reglamentación especial a un término máximo de 5 años.

Y tal y como lo dispone la referida norma civil, esa responsabilidad opera en aquellos eventos en los que el edificio *perece o amenaza ruina en todo o en parte,* por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el constructor o sus empleados debían conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales suministrados por aquel, es decir, por causas imputables al contratista.

La doctrina, al referirse a las garantías de los contratos estatales, alude a la obligación que recae sobre el contratista de concurrir al saneamiento de los vicios ocultos, como sucede en el caso del contrato de obra, cuando *“(…) deberá responder de la estabilidad de los trabajos de construcción, mantenimiento, adecuación, etc., que se hayan realizado sobre un bien inmueble, es decir, que durante el término previsto en la ley, o en subsidio en el contrato, la obra realizada no se destruirá o amenazará ruina por vicio de la construcción, o del suelo, o de los materiales, que el contratista ha debido conocer en razón de su profesión u oficio (…). Es lógico que el saneamiento sólo cubre los vicios inherentes a la construcción de la obra, a la fabricación e instalación de los equipos y a la calidad de los materiales, y no al deterioro que se produzca naturalmente por su uso normal, o por una indebida utilización de los mismos”[[36]](#footnote-36).*

De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que 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. Para su efectividad, se requiere que los daños surgidos en la respectiva edificación o construcción sean de tal magnitud, que amenacen seriamente su correcta utilización o la impidan, y deben obedecer además, a circunstancias imputables al contratista.

**El caso concreto**

Para garantizar la estabilidad de la obra entregada por la parte actora a la Beneficencia de Cundinamarca, en virtud del contrato de obra ejecutado para la construcción de la nueva sede de esta entidad y de la Gobernación de Cundinamarca, se expidió, como quedó visto, una póliza que en sus consideraciones generales, definió el amparo como aquel que *“cubre a las entidades estatales contratantes contra el riesgo de que, durante el término estipulado y en condiciones normales de uso, la obra sufra deterioros imputables al contratista, que impidan el servicio para el cual se ejecutó. Cuando se trate de edificaciones, la estabilidad se determinará de acuerdo con los planos, proyectos, seguridad y firmeza de la estructura”.*

Es claro entonces, que el amparo contenido en la referida póliza, coincide con la finalidad que se persigue a través de la garantía de estabilidad de la obra, en los términos en los que se explicó párrafos atrás, en cuanto contempla la indemnización de perjuicios que pueda sufrir la entidad como consecuencia de los graves defectos que presente la edificación con posterioridad a su entrega, que impidan su normal utilización y que sean imputables al contratista.

Ahora bien, el análisis del material probatorio obrante en el plenario y relacionado en la presente providencia, no permite concluir que, en el presente caso, los daños que se produjeron o advirtieron en las edificaciones de la nueva sede de la Beneficencia y del departamento de Cundinamarca, hayan sido estructurales, es decir, de tal magnitud que amenazaran la estabilidad de la obra e impidieran su normal utilización.

Al respecto, observa la Sala que pasados 9 meses de la entrega y recibo a satisfacción de la obra, que se produjo el 23 de mayo de 1997 -hecho probado 3-, ya la entidad contratante empezó a efectuar reclamaciones al contratista para que llevara a cabo reparaciones de averías que se habían presentado en las edificaciones, tales como goteras en la placa del techo del primer piso en la plaza de armas -hecho probado 4-.

El contratista atribuyó muchos de los daños objeto de reclamación, a la falta de mantenimiento o mantenimiento inadecuado por parte de la entidad propietaria de las obras y al mal uso que se estaba haciendo de algunas de las instalaciones, de lo cual inclusive le remitió fotografías al gobernador de Cundinamarca, en las que se visualizaban las actuaciones que, a su juicio, estaban ocasionando las goteras, taponamientos, grietas, etc., sobre las que se le habían hecho reclamos al contratista, tales como la utilización de andamios colgantes, instalados en forma indebida y que dañaban el manto de impermeabilización, la circulación de personal por la cubierta, que no estaba diseñada para ello, la falta de limpieza de canales y sifones, que ocasionaban taponamientos y provocaban inundaciones y goteras, la indebida utilización de las escaleras de emergencia para almacenar objetos, con un exceso de carga que podía provocar agrietamientos, el deficiente mantenimiento de las marquesinas de la plaza de armas por terceros, que estaban utilizando materiales de impermeabilización equivocados y que dañaban esas estructuras, el mal estado de las claraboyas de la plazoleta de la Gobernación, por el mal mantenimiento que se les había efectuado y que afectaba la impermeabilización, etc. -hechos probados 5, 10, 11-.

En mayo del año 2001, esto es, a 4 años de haber sido entregadas y recibidas las obras a satisfacción, funcionarios de la Gobernación de Cundinamarca entregaron un inventario de las averías detectadas en las construcciones objeto del contrato, correspondientes a i) humedad en muros y cubierta, ii) grietas y fisuras en mampostería, enchapes y acabados de piso y en las diferentes fachadas, y iii) desprendimiento de mampostería -hecho probado 12-. En octubre del mismo año, se presentó un informe a la Gobernación del departamento, en el que se mencionó la existencia de más de 500 de esta clase de fallas en los edificios, respecto de las cuales era necesario establecer sus causas y, especialmente, contratar un estudio para determinar el estado de la estructura en general -hecho probado 14- y en mayo de 2002, se estableció como evaluación económica de los referidos daños, la suma de $ 508’386.169,68.

A pesar de que el contratista consideró que muchas de estas fallas no le eran imputables, lo cierto es que asumió, durante los años de 1998, 1999 y 2000, múltiples reparaciones de los daños presentados con posterioridad a la entrega de las obras, como le correspondía en su calidad de constructor, que debe garantizar la calidad y estabilidad de las edificaciones ejecutadas -hechos probados 7, 8, 9 y 11-.

Es claro también para la Sala, a partir del análisis del material probatorio obrante en el proceso, que a pesar de las múltiples fallas detectadas en las construcciones objeto del contrato ejecutado por la unión temporal A. Muñoz Asociados, en realidad no había certeza en relación con las causas de las mismas: i) Cuando en el 2001 se hizo el inventario de las averías presentadas, por parte de funcionarios del Departamento de Cundinamarca, se advirtió que, con ese documento, no pretendían establecer las posibles causas, sino permitir el diseño de los correctivos necesarios -hecho probado 12-; ii) en octubre de 2001, cuando se relacionaron más de 500 fallas encontradas en las construcciones, se advirtió así mismo, que era prioritario contratar a una entidad idónea, para que determinara las causas de las mismas, y que estableciera un diagnóstico del estado de la estructura en general -hecho probado 14-; y iii) efectivamente, en noviembre del mismo año, se elaboraron los términos de referencia para la contratación sugerida -hecho probado 16-, para lo cual fueron invitadas la Sociedad Colombiana de Ingenieros, la Universidad Nacional y la Universidad de Los Andes, quienes presentaron sus propuestas, que fueron estudiadas por la junta de copropietarios de la sede administrativa de la Gobernación y de la Beneficencia de Cundinamarca y la administradora de la copropiedad, Empresa Inmobiliaria Cundinamarquesa, en reunión en la cual se consideró, que era necesario que todos los proponentes observaran los edificios antes de presentar sus ofertas, para que establecieran responsabilidades por las fallas estructurales dentro del proceso constructivo, *“(…) y poder efectuar la reclamación ante la Aseguradora”*  -hechos probados 18, 19, 21 y 22-.

Así mismo, cuando la contratista presentó a las copropietarias de la nueva sede de la Gobernación y la Beneficencia de Cundinamarca, un concepto sobre la estructura de las edificaciones, llevado a cabo por Schmedling Asociados y Co. Ltda., el cual concluyó que el comportamiento de la estructura se encontraba dentro de parámetros normales y las edificaciones se hallaban en condiciones normales de operación -hechos probados 13 y 15-, el director de Construcciones Generales de la Secretaría de Obras Públicas del departamento, conceptuó sobre el mismo, que sus conclusiones no estaban debidamente soportadas, pues no había ensayos de materiales, seguimiento en el tiempo al comportamiento de la edificación, revisión de estudios y diseños de cimentación y estructurales, mediciones y verificaciones topográficas, entre otros, sin los cuales era imposible concluir acerca de las posibles causas u origen de las averías, reiterando que era imperioso realizar un estudio serio para establecer las verdaderas causas de las mismas -hecho probado 39-.

Precisamente, ante tal indeterminación, se advierte que hubo múltiples estudios que se llevaron a cabo para establecer la gravedad de los daños y sus causas, pues además del informe presentado por Schmedling Asociados & Co. Ltda. Inmobiliaria, a solicitud del contratista, también conceptuaron:

- Luis Fernando Orozco Rojas & Cía. Ingenieros Consultores Suelos y Cimentaciones, firma que realizó el estudio de suelos en 1995, y que sostuvo, el 14 de mayo de 2002, que las obras tenían el mejor sistema de cimentación para soporte de edificios en los suelos de la zona y que éstos no presentaban ningún problema de estabilidad -hecho probado 30-.

- Proyectistas Civiles Asociados, que en su informe de inspección de los edificios, presentado a la Inmobiliaria de Cundinamarca, luego de establecer las fallas encontradas, recomendó, entre otras cosas, estudiar los planos de detalle de los acabados y confrontarlos con la construcción, para establecer exactamente el origen de las fallas constructivas y determinar los procedimientos para corregirlas -hecho probado 33-.

- El ingeniero civil Guillermo Alonzo Villate, ingeniero calculista de los edificios para la nueva sede de la Gobernación de Cundinamarca, que en el año 2002, le manifestó a la Beneficencia, que las estructuras correspondientes a las edificaciones que comprendían el complejo gubernamental no presentaban en ese momento indicio alguno de inestabilidad o peligro para las personas, como lo había podido constatar, a partir de visitas periódicas efectuadas a las construcciones -hecho probado 34-.

- La Sociedad Colombiana de Ingenieros, en la propuesta que presentó para la contratación de un estudio consistente en el *“diagnóstico del estado, recomendaciones para la intervención de la edificación de la Sede Administrativa de la Gobernación de Cundinamarca”*, manifestó que luego de practicar una visita a las edificaciones, se concluía que el comportamiento de las mismas se podía considerar dentro de los parámetros normales, y que no se evidenciaban fallas estructurales -hecho probado 19-. Y en el estudio, que finalmente fue contratado con esta entidad el 17 de diciembre de 2002, es decir después de que se había declarado el siniestro de estabilidad de la obra, a través del acto administrativo demandado -hecho probado 44-, determinó que, estructuralmente, las obras no estaban afectadas, que las edificaciones, desde el punto de vista estructural se estaban comportando adecuadamente, acorde con las normas sismo resistentes aplicables, y que los asentamientos diferenciales advertidos, estuvieron dentro de un rango aceptable. En conclusión: *Las edificaciones de la Sede Administrativa de la Gobernación no presentan fallas estructurales y cumplen con las exigencias del CCSR-84”* -hecho probado 47-.

No obstante, también quedó acreditado que la entidad resolvió expedir el acto administrativo demandado declarando la ocurrencia del siniestro, sin tener certeza sobre las causas de los daños surgidos en las edificaciones, es decir, sin que se hubiera establecido que éstas presentaban una falla estructural, y que la misma era imputable al contratista. Y produjo la decisión, a pesar de que se advirtió por parte de la misma administración, la necesidad de llevar a cabo un estudio para establecer estas circunstancias, hecho que, como se acaba de advertir, se produjo con posterioridad, cuando se contrató con la Sociedad Colombiana de Ingenieros, el referido estudio -hechos probados 38 y 44-.

La expedición de dicho acto administrativo, según se constató, obedeció a la circunstancia de que estaba por expirar la cobertura de la póliza y no alcanzaba el tiempo para llevar a cabo los estudios necesarios, según se deduce de lo consignado en el acta de la reunión de la junta de copropietarios llevada a cabo el 25 de febrero de 2002, en la que específicamente se puso de presente que de contratarse el estudio para determinar las causas de las averías en las edificaciones, si tal estudio se tomaba, como lo había propuesto la Universidad Nacional, 120 días para su realización, en caso de determinarse que eran fallas en la construcción, no sería posible hacer efectiva la póliza, pues su vigencia se extendía hasta el 23 de mayo de 2002 –hecho probado 22-.

Lo anterior explica el porqué, sólo hasta los meses de febrero y marzo de 2002, se le comunicó a la Aseguradora Colseguros sobre las fallas que se estaban presentando en las edificaciones, para que se hiciera presente en las actuaciones que se estaban adelantando, y que participara en el procedimiento a seguir para establecer las causas que dieron origen al deterioro de las edificaciones –hechos 23 y 24-. Dos personas enviadas por la aseguradora el 8 de abril de 2002, visitaron las edificaciones e inspeccionaron las averías –hecho probado 25- y sostuvieron reuniones con funcionarios de la Gobernación, ese día y el 15 de abril siguiente, luego de las cuales, la firma ajustadora designada por Colseguros S.A., solicitó a las entidades copropietarias el suministro de la reclamación formal, acompañada de los soportes correspondientes, para continuar con el estudio que se les había encomendado –hecho probado 27-. Las entidades suministraron algunos de los documentos requeridos por Goven Ajustadores Ltda., firma que, el 21 de mayo de 2002, comunicó a la aseguradora sobre la necesidad de realizar estudios para identificar y cuantificar el origen de los daños, concluyendo que, en definitiva, los asegurados no habían demostrado la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida, pues no se aportó toda la documentación que les fue requerida –hechos probados 35 y 36-.

El afán de la administración por declarar la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra y así poder cobrar la indemnización de perjuicios amparada por la respectiva póliza de seguros, se advierte así mismo en el oficio enviado el 7 de mayo de 2002, por funcionarios de la Gobernación al gerente de la Beneficencia de Cundinamarca, en el que le manifiestan expresamente que las causas de las averías le eran imputables al contratista y, por lo tanto, debía hacerse efectiva la póliza de seguro respectiva, al afirmar que las averías eran *“de origen constructivo, asociadas a: la calidad de los materiales, el proceso mismo de construcción, el asentamiento de la edificación* ***o la combinación de algunas de las anteriores”*** (se resalta), conclusión a la que llegaron, según se afirma, luego de más de un año de haber realizado el seguimiento, evaluación y estudio de las diferentes averías –hecho probado 29-.

Al día siguiente de que la aseguradora fuera informada por Goven Ajustadores Ltda., de la necesidad de que se hicieran estudios para identificar y cuantificar el origen de las fallas y establecer los procedimientos para su corrección –hecho probado 36-, el gerente general de la Beneficencia de Cundinamarca, expidió la Resolución n.o 00117 del 22 de mayo de 2002 –hecho 38-.

Como ya se anotó, con posterioridad a la decisión de declarar la ocurrencia del siniestro, la entidad demandada procedió a celebrar el contrato 102 del 17 de diciembre de 2002 con la Sociedad Colombiana de Ingenieros, cuyo objeto sería la determinación del estado de las construcciones de la sede administrativa de la Beneficencia y la gobernación de Cundinamarca y el diagnóstico de las fallas y averías presentadas –hecho probado 44-.

Como resultado de dicho contrato, se presentó un informe en el que se reiteró la impresión inicial de los ingenieros de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, en el sentido de que los edificios no presentaban fallas estructurales, se estaban comportando adecuadamente bajo el Código Colombiano Sismo Resistente de 1984, que los asentamientos diferenciales máximos estuvieron en el rango aceptable de 2 cm*.,* y, que al no esperarse más asentamientos, se recomendaba a la Beneficencia que procediera a llevar a cabo las reparaciones de fachada que considerara convenientes dentro de sus presupuestos–hecho probado 47-.

En el proceso, como quedó visto, se practicó un dictamen pericial para establecer el estado actual de las construcciones, en el que se concluyó que no había compromiso de la estructura y que la edificación no presentaba fallas estructurales que afectaran su ocupación. El perito manifestó que el mantenimiento de las obras luego de su entrega al propietario no había sido el mejor, y que la Beneficencia no había realizado ningún control de asentamientos, por lo que sin tener lecturas de nivelación, se perdía el comportamiento del asentamiento o la confirmación de su estabilización. En todo caso, se refirió a varias causas que pueden generar fisuras en los muros, pero que era imposible definir si las presentadas eran producto del mal mantenimiento o de deficiencias en el control de la etapa de construcción, pues no se contaba con la información de la interventoría de las obras. Y concluyó que los edificios se encontraban funcionando prácticamente en su totalidad, salvo algunas zonas en las que se restringía el paso de los peatones –hechos probados 49 y 50-.

En el proceso se practicó otro dictamen pericial por un ingeniero civil, a petición de la demandante Compañía Mundial de Seguros para determinar las causas y orígenes de las averías de las obras, quien solicitó que específicamente se estableciera si desde una óptica técnica el edificio de la Gobernación de Cundinamarca presentaba fallas estructurales, de tal manera que amenazara ruina o impidiera el servicio para el cual se ejecutaron las obras, y si tales fallas, de existir, eran estructurales y obedecían a la acción u omisión del contratista que ejecutó la obra. También la unión temporal A. Muñoz y Asociados había pedido una inspección judicial con intervención de peritos, para que se estableciera si la edificación presentaba fallas estructurales que impidieran el servicio para el cual se construyó la obra, si las edificaciones estaban siendo utilizadas para el fin para el que fueron construidas y si la Beneficencia de Cundinamarca había cumplido con lo dispuesto en el manual de mantenimiento de una obra civil –hecho probado 51-. El perito designado en esta ocasión, también concluyó que no había evidencia de daños estructurales actuales o futuros en la obra, que comprometieran de una u otra manera la estabilidad general de las estructuras, a pesar de que estimó que sí había algunas fallas que le eran imputables al contratista, aunque no en la magnitud calculada por la entidad, sino por un monto de $ 85’199.609 –hecho probado 52-; y como el anterior auxiliar de la justicia, también consideró que hubo fallas de mantenimiento de las obras, que no estaba a cargo del constructor sino del propietario, y que la Beneficencia se equivocó al no distinguir el error estructural, que era inexistente, del error constructivo, y al no diferenciar el error constructivo imputable al contratista en virtud de la calidad de los materiales y el proceso constructivo, del fenómeno surgido por causa de los asentamientos.

**La calidad y la estabilidad de la obra**

Ahora bien, en este punto, la Sala considera necesario advertir que la obligación del constructor es la de entregar una obra en óptimas condiciones de calidad y estabilidad, por lo que su responsabilidad no surge únicamente en aquellos eventos en los que se ve amenazada esta última, sino también cuando se presentan deficiencias constructivas que le sean imputables, así las mismas no afecten la firmeza y la normal utilización del bien.

En el presente caso, tal y como se registró en los hechos probados, el contratista se obligó contractualmente –cláusula vigésima segunda- a constituir a favor de la parte contratante la garantía única de cumplimiento del contrato, contentiva de los diversos riesgos que debía amparar, entre los cuales se hallaba, no sólo el de estabilidad de la obra, sino también la garantía de calidad de la misma, la cual era un amparo independiente y autónomo, en los siguientes términos –hecho probado 1-:

*6. CALIDAD DE LA OBRA: Por valor equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato (…) por un término de cinco años (5), contados a partir de la entrega de la obra.*

La existencia de esta garantía obedece a la obligación que le asiste al constructor, de responder por los daños que, sin amenazar la estabilidad de la construcción, se presenten con posterioridad a la entrega de las obras y que le sean imputables, circunstancia que, en el presente caso, condujo a que el contratista, como se pudo corroborar en los hechos probados, accediera a realizar múltiples reparaciones y arreglos, respecto de las averías que se fueron advirtiendo, luego del recibo a satisfacción del objeto contractual, por parte de sus propietarias.

Ahora bien, toda vez que no se acreditó en las actuaciones administrativas adelantadas por la administración, que las fallas afectaran la estabilidad de las obras e impidieran su uso normal, de persistir los daños en las mismas y considerar que éstos eran imputables al contratista, ha debido hacer efectiva la garantía de calidad de la obra, pues era ésta la llamada a cubrir los perjuicios que hubiera podido sufrir la entidad asegurada y beneficiaria de la garantía única de cumplimiento, a raíz de esas deficiencias que se presentaron en las construcciones, y que no alcanzaron a afectar su estabilidad.

De acuerdo con lo anterior, es claro que a la luz del amparo contenido en la póliza única de seguro de cumplimiento para entidades estatales n.o 1170361-3 y definido en sus condiciones generales –hecho probado 2-, en el presente caso no se reunían los requisitos para dar por configurado el siniestro de estabilidad de la obra que permitieran su declaratoria a través del acto administrativo demandado, por cuanto no se produjeron deterioros imputables al contratista, que impidieran el servicio para el cual se ejecutó la obra, lo cual se traduce en una falsa motivación del acto administrativo acusado.

En consecuencia, procede la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 00117 del 22 de mayo de 2002 y sus confirmatorias, Resoluciones 00166 del 2 de agosto de 2002 y 00207 del 11 de octubre de 2002, tal y como fue pedido en las pretensiones de las demandas acumuladas; y dado que se configuró el referido vicio de la falsa motivación, la Sala está relevada de emprender el estudio de las restantes causales aducidas en las demandas.

**El restablecimiento del derecho**

A título de restablecimiento del derecho, las demandantes pidieron:

1) La Compañía Mundial de Seguros: i) Que se declare que la compañía no está obligada a cumplir lo ordenado en los actos administrativos demandados y por lo tanto no hay lugar a hacer efectiva la garantía de seguro de cumplimiento expedida por la Aseguradora Colseguros y sus coaseguradoras y ii) que se ordene restituir, debidamente actualizados, los dineros que hubiera pagado la demandante en virtud de lo dispuesto en los actos administrativos.

En relación con las anteriores pretensiones, observa la Sala que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, mediante el cual se declaró ocurrido el siniestro de estabilidad de la obra respecto del contrato 002 de 1996 y se ordenó hacer efectiva la póliza de seguro 1170361 3, anexo 1270738, de la Aseguradora Colseguros S.A. -en la que la Compañía Mundial de Seguros S.A. actuó como coaseguradora- por valor de $508’386.169,68, resulta procedente acceder a la pretensión de declarar que la Aseguradora Colseguros S.A. y sus coaseguradoras, no están obligadas a pagar la suma contenida en las resoluciones cuya nulidad será declarada; y que en caso de que la demandante Compañía Mundial de Seguros S.A. haya efectuado algún pago, la entidad demandada deberá reembolsar la respectiva suma, debidamente actualizada.

2) La Constructora Amco Ltda. (antes Alfredo Muñoz y Cía. Ltda.), Alfredo Muñoz Construcciones S.A., Hugo Eduardo Jiménez, Geofundaciones S.A., H. Rojas y Asociados Ltda. y la unión temporal A. Muñoz Asociados: Pidieron que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos demandados, se condene a la Beneficencia de Cundinamarca a pagar a los demandantes el valor de los perjuicios materiales –daño emergente y lucro cesante- ocasionados.

Sobre esta pretensión, observa la Sala, en primer lugar, que como regla general, el interés que le asiste al contratista para impugnar el acto mediante el cual la entidad contratante hace efectiva la garantía de cumplimiento en cualquiera de sus amparos, radica en la posibilidad que existe de que la aseguradora, una vez cubra la indemnización reclamada por la administración, se subrogue en sus derechos frente al contratista, en virtud de lo dispuesto por los artículos 1096 a 1099 del C. de Co.

En segundo lugar, se advierte que la parte actora no probó que con ocasión del acto administrativo demandado, hubiera sufrido los perjuicios que adujo en su demanda, derivados, según sus afirmaciones, de la afectación al buen nombre de los demandantes, las pérdidas de clientes potenciales, etc.

Si bien se practicó un dictamen pericial tendiente a acreditarlos –hecho probado 55- y el informe del perito contador arrojó un monto de $ 199’911.135,oo por perjuicios derivados i) del lucro cesante por los gastos de asesoría, ii) lucro cesante por la imposibilidad de contratar y iii) pérdida del good will, lo cierto es que los cálculos del auxiliar de la justicia carecen de fundamento serio y razonado, en la medida en que, como allí mismo se reconoció, para la elaboración del dictamen tuvo en cuenta únicamente el dicho de la parte actora y efectuó una serie de operaciones aritméticas, respecto de las cuales no se explicó el origen de las cifras tenidas en cuenta ni por qué se puede predicar que los resultados constituyen un perjuicio sufrido por los demandantes, como consecuencia directa del acto administrativo impugnado.

Otra deficiencia que se anota, es que a pesar de que los demandantes son varias personas jurídicas y naturales además de la unión temporal contratista como tal, y de que en las pretensiones se piden perjuicios para todos ellos, los análisis llevados a cabo por el perito contador, tuvieron como soporte únicamente la información y documentos de la sociedad Constructora Amco Ltda. y de Alfredo Muñoz y Cía. Ltda., de quienes se aportó documentación contable tenida en cuenta por el perito en sus operaciones y cálculos de los supuestos perjuicios sufridos por la parte actora.

Además de lo anterior, el perito incurrió en el error de hacer juicios jurídicos para soportar sus conclusiones, en relación con los efectos de una supuesta inhabilidad para contratar que habría recaído sobre el contratista en virtud de la expedición del acto administrativo acusado, a partir de lo cual calculó un presunto lucro cesante por tal concepto.

Por las anteriores razones, es evidente que el dictamen carece de la claridad, precisión y detalle que se exige de este medio de prueba, puesto que no contiene las explicaciones pertinentes de los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados para llegar al resultado al que arribó el auxiliar de la justicia –num. 6º, art. 237, C.P.C.-. En consecuencia, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 241 del C.P.C., que establece que el juez al apreciar el dictamen tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso, la Sala no le otorgará valor probatorio alguno al dictamen practicado por el perito contador en el *sub-lite* y, en consecuencia, las pretensiones indemnizatorias de estos demandantes serán denegadas.

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 y por autoridad de la ley,

**F A L L A:**

**REVÓCASE** la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 13 de mayo de 2009 y en su lugar, se dispone:

**PRIMERO: DECLÁRASE** la nulidad de la Resolución número 00117 del 22 de mayo de 2002 proferida por el gerente general de la Beneficencia de Cundinamarca, por medio de la cual se declaró realizado el siniestro de estabilidad de la obra contenido en la póliza de cumplimiento para entidades estatales n.o 1170361 3, anexo n.o 1270738, expedida por la Aseguradora Colseguros S.A. a favor de la Beneficencia de Cundinamarca, así como de sus confirmatorias, Resoluciones 00166 del 2 de agosto de 2002 y 00207 del 11 de octubre de 2002.

**SEGUNDO: DECLÁRASE** que como consecuencia de la nulidad de las Resoluciones 00117, 00166 y 00207 de 2002, la Aseguradora Colseguros S.A. y sus coaseguradoras no están obligadas a cancelar a favor de la Beneficencia de Cundinamarca la suma de $ 508’386.169,68 cuyo pago se había ordenado en los referidos actos administrativos.

**TERCERO: CONDÉNASE** a la Beneficencia de Cundinamarca a reembolsar a la demandante Compañía Mundial de Seguros S.A., la suma debidamente actualizada, que ésta le haya cancelado, en caso de que en su calidad de coaseguradora de la Aseguradora Colseguros S.A., en virtud de la póliza de cumplimiento para entidades estatales n.o 1170361 3, anexo n.o 1270738, haya efectuado el pago de alguna suma a favor de la entidad.

**CUARTO: NIÉGANSE** las demás pretensiones.

**QUINTO:** Sin condena en costas.

**SEXTO:** En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Averías presentes en las mamposterías de la fachada de los edificios, que obedecían a que las zonas afectadas de las edificaciones se apoyan sobre el borde superior de la junta perimetral de dilatación entre la plazoleta y los edificios, lo que conllevó que al presentarse los asentamientos normales, se generó un esfuerzo en la mampostería que ocasionó los agrietamientos. [↑](#footnote-ref-1)
2. El artículo 129 del C.C.A. modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, establece que el Consejo de Estado conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Por su parte, el artículo 132 del mismo código, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, establece que los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos referentes a contratos de las entidades estatales cuando la cuantía exceda de 500 S.M.L.M., monto que para la época de presentación de la primera demanda, 4 de octubre de 2002 –expediente 2002-2056-, equivalía a $ 154 500 000, pues el salario mínimo legal mensual era de $ 309 000,oo; y para la segunda demanda, del 26 de marzo de 2004 –expediente 2004-0657-, equivalía a $ 179 000 000, pues el salario mínimo legal mensual era de $ 358 000,oo; en el presente caso, el monto de los perjuicios reclamados asciende a $ 508 386 169,68, por concepto de la indemnización ordenada en el acto administrativo que declaró la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra. [↑](#footnote-ref-2)
3. Se advierte que el Tribunal *a-quo* pidió a la entidad demandada el envío de los antecedentes administrativos de las resoluciones impugnadas, a lo cual la Beneficencia de Cundinamarca le respondió que hechas las gestiones tendientes a encontrar los originales o copias auténticas de los documentos que motivaron la expedición de los actos administrativos, los mismos no aparecieron, por lo que se presentó la respectiva denuncia penal. Sin embargo, procedió a enviar alguna documentación relacionada. Copia de la denuncia penal obra en el plenario y en ella se manifiesta que los documentos originales solicitados, respecto de los cuales se desconoce su paradero, son: *“La carpeta que contenía los documentos que sirvieron de sustento para la expedición de la Resolución No. 117 de 2002 (antecedentes administrativos) como son los informes técnicos. Recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la Unión Temporal A. Muñoz y Asociados, así como las pruebas aportadas”* (f. 210 a 304, c. 10). [↑](#footnote-ref-3)
4. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. En el presente caso, se tendrán en cuenta los documentos presentados en copias simples, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció su admisibilidad, siempre que no hayan sido objetados o tachados de falsedad o que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas. [↑](#footnote-ref-4)
5. *“LA FIDUCIARIA CACERES Y FERRO S.A. obra en desarrollo del contrato de Fiducia Pública denominado Sede Administrativa de la Beneficencia de Cundinamarca para el Departamento”.* Copia incompleta del contrato de fiducia pública 223 celebrado entre la Fiduciaria y la Beneficencia de Cundinamarca, fue remitida por esta última al Tribunal *a-quo.* El objeto del mismo fue la administración e inversión de los recursos destinados a la cancelación de las obligaciones que contrajera la fiduciaria en cumplimiento del o los contratos que se celebraren para la elaboración de los estudios, diseños, proyectos, interventoría, control de costos, control de programación y construcción de la sede administrativa de la Beneficencia para el Departamento. Entre las obligaciones de la fiduciaria, se estipuló la de elaborar y suscribir las minutas de contratos a celebrarse con los contratistas(f. 234, c. 10). [↑](#footnote-ref-5)
6. La Sala no halló en el expediente el referido inventario de las más de 500 fallas detectadas por los funcionarios de la Gobernación en las edificaciones de la nueva sede y a las que aluden en esta comunicación. [↑](#footnote-ref-6)
7. Mediante oficio del 18 de febrero de 2002, el ingeniero civil Guillermo Alonzo Villate envió al Secretario General de la Gobernación de Cundinamarca 9 diskettes con el archivo comprimido contentivo del análisis estructural, planos y cantidades de obra (f. 41, c. 1, expediente 2004-0657). [↑](#footnote-ref-7)
8. La Universidad de Los Andes presentó la propuesta sin realizar la visita a la sede de la Gobernación, según se constata en la oferta misma y en el informe presentado por el jefe de la División de Administración de Inmuebles de la Empresa Inmobiliaria Cundinamarquesa al gerente de la misma: *“Informe sobre propuestas concepto técnico sobre la necesidad de contratar estudio sobre fallas estructurales en la sede Gobernación de Cundinamarca”* (f. 281 y 283, c. 10). [↑](#footnote-ref-8)
9. Notificada personalmente al representante de la unión temporal A. Muñoz Asociados el 5 de junio de 2002. El notificado dejó constancia de que no le fue facilitado el expediente de la actuación administrativa, pues se le informó que estaba en la Secretaría General de la Gobernación. Consta así mismo, que para la notificación de este acto administrativo, se fijó edicto en lugar visible de la Secretaría General de la Beneficencia el 30 de mayo de 2002 y se desfijó el 17 de junio siguiente, y posteriormente, se fijó de nuevo edicto el 4 de junio de 2002 y se desfijó el 18 de junio del mismo año (f. 90, 91 y 94, c. 11). [↑](#footnote-ref-9)
10. Los numerales referidos disponen:

    *“SEXTO: Que el primero (1º) de octubre de 2001, se presentó a la Secretaría General de la Gobernación de Cundinamarca un informe por parte de los arquitectos Alfonso Carreño Suárez y Germán Alfredo Bazani, con el visto bueno del Director de Construcciones señor Eduardo Alberto Machado E., conforme al cual el edificio de la Gobernación que fue resultado del contrato que se ha identificado en el punto primero de estas consideraciones, presentaba más de quinientas (500) fallas constructivas, consistentes fundamentalmente en agrietamientos en las estructuras, pisos, enchapes de baños y mampostería interior y de fachadas, así como revelaba asentamientos fuera de lo normal y daños mayores en la placa de la plaza de la paz, que implicaban continuas filtraciones y consecuenciales goteras en el primer piso de la edificación (…).*

    *DÉCIMO: Que con fecha 20 de marzo de 2002, el señor Luis Guillermo Aycardi, en calidad de Gerente de la sociedad Proyectistas Civiles Asociados Ltda., vinculado mediante orden de servicio número 1176 por la Inmobiliaria de Cundinamarca en su calidad de administrador del edificio de la Gobernación, para realizar estudio sobre las condiciones presentadas por la sede administrativa de la Gobernación, en carta dirigida a ésta, manifestó que la edificación presentaba asentamientos diferenciales que revelan problemas estructurales de la obra, concepto coincidente con el estudio realizado por la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca (…).*

    *DÉCIMO TERCERO: Que mediante comunicación de 6 de Mayo de 2002, los doctores José Leonidas Narváez Morales y Eduardo Machado Escamilla, en sus calidades respectivamente de Secretario de Obras y Director de Construcciones Generales de la Gobernación de Cundinamarca, en comunicación dirigida al señor Gerente General de la Beneficencia de Cundinamarca, manifestaron que luego de llevar adelante la evaluación y estudio de las averías que presenta la sede administrativa de la Gobernación, deben llegar a la conclusión de que las mismas “…son de origen constructivo, asociadas a la calidad de los materiales, el proceso mismo de construcción, el asentamiento de la edificación o la combinación de algunas de las anteriores” (…).*

    *DÉCIMO QUINTO: Que anexos al anterior informe aparecen un inventario detallado de las fallas que acusa la edificación, la cualificación de los daños y el concepto de la firma especialista –sociedad Proyectistas Civiles Asociados-, a juicio de quien, no obstante la necesidad de llevar adelante estudios más detallados para determinar en forma definitiva el alcance de las fallas que se vienen detectando y el alcance y costo de las obras que deben ser adelantadas para corregir dichas fallas, es un hecho que las mismas constituyen claramente desperfectos derivados de causas constructivas que no son normales y que, en consecuencia no son asuntos de mero mantenimiento sino que requieren estudio, análisis y reparación a fondo porque ponen en serio peligro la construcción y a sus ocupantes permanentes y visitantes”.*  [↑](#footnote-ref-10)
11. La Resolución 00166 fue notificada personalmente al apoderado de Constructora AMCO (antes Alfredo Muñoz y Cía. Ltda.), Alfredo Muñoz Construcciones S.A., Hugo Eduardo Jiménez, Geofundaciones S.A., H. Rojas y Asociados Ltda. y la unión temporal A. Muñoz y Asociados el 8 de agosto de 2002 (f. 24, c. 1, expediente 2004-0657). Para notificar este acto administrativo, se fijó edicto en lugar visible de la Secretaría General de la Beneficencia el 9 de agosto de 2002 y se desfijó el 26 de agosto siguiente (f. 92, c. 11). [↑](#footnote-ref-11)
12. Este acto administrativo fue notificado personalmente al señor Germán Londoño Galindo y el 25 de octubre de 2002, se fijó edicto en parte visible de la Secretaría General de la Beneficencia que se desfijó el 8 de noviembre del mismo año (f. 183, c. 1, expediente 2002-2056 y f. 140, c. 1, expediente 2004-0657). [↑](#footnote-ref-12)
13. Copia de este contrato fue enviada por la Beneficencia a la Aseguradora Colseguros S.A. (f. 159, c. 1). [↑](#footnote-ref-13)
14. Este contrato fue suscrito el 17 de diciembre de 2002 entre la Beneficencia de Cundinamarca y la Sociedad Colombiana de Ingenieros con el objeto de *“contratar la consultoría para adelantar los estudios técnicos a través de los cuales se diagnostiquen y evalúen las fallas que está presentando la sede administrativa y las necesidades de intervención de conformidad con la propuesta presentada…”.* En las consideraciones del negocio jurídico, se dio cuenta de las averías y roturas que estaban presentando las edificaciones de la sede administrativa de la entidad y la necesidad de hacer un estudio del comportamiento de la estructura frente al código colombiano de construcciones sismo resistentes de 1984, norma bajo la cual se hizo el diseño de la construcción, con el fin de prever situaciones que pusieran en riesgo a las personas que concurrieran a la sede y para proteger los bienes de la Beneficencia (f. 130, c. 11). [↑](#footnote-ref-14)
15. Por Decreto 2865 de 1997 del gobernador de Cundinamarca, se transformó en empresa industrial y comercial departamental y nuevamente, mediante Decreto 2202 de 1998, recuperó la naturaleza de establecimiento público. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 19 de julio de 2002, expediente 7470, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero. [↑](#footnote-ref-15)
16. A diferencia de lo que sucede con la fiducia regulada por las normas de derecho privado, el referido artículo 32 del estatuto de contratación estatal, establece que la fiducia que se autoriza por esta ley para el sector público, *“nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial”* y le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en la Ley 80. [↑](#footnote-ref-16)
17. El numeral 1º del artículo 32 de la referida ley, definió el contrato de obra pública como aquel que celebran las entidades estatales *“para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”,* sin que en parte alguna del estatuto contractual se regule esta clase de contrato, por lo cual debe acudirse a lo dispuesto en las normas de derecho común, en aplicación de lo dispuesto por su artículo 13: *“Art. 13.- Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.* [↑](#footnote-ref-17)
18. *Artículo**17°.- De los riesgos que debe cobijar la garantía única. // La garantía debe ser suficiente de acuerdo con las distintas clases de obligaciones amparadas. // Se incluirán únicamente como riesgos amparados aquéllos que correspondan a las obligaciones y prestaciones del respectivo contrato, tales como, los de buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio, correcto funcionamiento de los equipos, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. En los contratos de obra y en los demás que considere necesario la entidad se cubrirá igualmente la responsabilidad civil frente a terceros derivados de la ejecución del contrato a través de un amparo autónomo contenido en póliza anexa. // (…) // Para evaluar la suficiencia de las garantías se aplicarán las siguientes reglas: // (…) // d) El valor de los amparos de estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio y correcto funcionamiento de los equipos, ha de determinarse en cada caso con sujeción a los términos del contrato con referencia en lo pertinente al valor final de las obras, buen servicio contratado u objeto del contrato. // La vigencia de los amparos de estabilidad de la obra, calidad de la obra o servicio suministrado, provisión de repuestos y accesorios deberá cubrir cuando menos por el lapso en que de acuerdo con el contrato y la legislación civil o comercial, el contratista debe responder por la garantía mínima presunta, por vicios ocultos, garantizar el buen funcionamiento de los bienes suministrados, responder por la estabilidad de la obra o asegurar el suministro de repuestos y accesorios. // El término del amparo de estabilidad de la obra lo determinará la entidad según la naturaleza del contrato y no será inferior a cinco años. // (…) // Parágrafo.- No obstante lo dispuesto en este artículo, el Gobierno podrá autorizar en casos excepcionales que la garantía única tenga una cobertura inferior a los mínimos previstos en este artículo.”* [↑](#footnote-ref-18)
19. Como lo establece el numeral 4º del artículo 2060 del C.C., relativo a los contratos de construcción de edificios, *“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”.* [↑](#footnote-ref-19)
20. El numeral 3 del artículo 2060 del C.C., dispone: *“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 …”.* [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 1997, expediente 9286, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. [↑](#footnote-ref-21)
22. Actualmente, el a**rtículo 2.2.1.2.3.1.7.**del Decreto 1082 de 2015 se refiere al amparo de estabilidad y calidad de la obra y determina que es aquel que *“cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción”.* El artículo 2.2.1.2.3.1.14 del mismo decreto, establece: “**Suficiencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra.** *Esta garantía debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra. La Entidad Estatal debe determinar el valor de esta garantía en los pliegos de condiciones de la Contratación, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato. // La Entidad Estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato”.* [↑](#footnote-ref-22)
23. Bonivento Fernández, José Alejandro, *“Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales”,* Librería Ediciones del Profesional Ltda., 20ª ed., 2017, p. 593. [↑](#footnote-ref-23)
24. *“****Art. 69.- De la cuantía y término de las garantías-*** *La entidad contratante, de acuerdo con reglamentación de la Contraloría General de la República, determinará la cuantía y el término de las garantías a que se refiere el artículo 67. Este término no podrá ser inferior al de ejecución y liquidación del contrato”*. [↑](#footnote-ref-24)
25. Como sí lo hizo el artículo 116 del Decreto 1510 de 2013 –compilado en el Decreto 1082 de 2015-, según el cual el amparo de estabilidad y calidad de la obra *“cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción”,* norma que, sin embargo, es posterior a la celebración del contrato de obra objeto de la presente controversia, que fue suscrito en 1996. [↑](#footnote-ref-25)
26. [35] *“Artículo 184 “Modelos de pólizas y tarifas. Los modelos de pólizas y tarifas no requerirán autorización previa de la Superintendencia Bancaria. En todo caso deberán ponerse a disposición de dicho organismo antes de su utilización, en la forma y con la antelación que determine con carácter general.”* [↑](#footnote-ref-26)
27. [36] *“Artículo 1622 del Código Civil”*. [↑](#footnote-ref-27)
28. [51] *“La única excepción a este principio la constituyen los seguros obligatorios creados solamente por ley, de conformidad con lo estipulado en el artículo 191 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en los cuales las entidades aseguradoras que tengan autorizado el ramo correspondiente están en la obligación de otorgar la cobertura en los términos que la ley lo prevea, sin posibilidad de negar la asunción del riesgo.” Superintendencia Bancaria, (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) Concepto No. 1999001812-2. Marzo 2 de 1999”.* [↑](#footnote-ref-28)
29. [52] *“En el mismo sentido se pronunció la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto 2008025265-001 del 9 de junio de 2008”*. [↑](#footnote-ref-29)
30. [53] *“Superintendencia Bancaria, (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) Concepto No. 1999001812-2. Marzo 2 de 1999. Intendente de Seguros y Reaseguros.* ***“****En este sentido, si la aseguradora decide asumir la cobertura relativa al cambio de milenio, es necesario obtener y comprobar toda la información pertinente del riesgo, con el propósito de determinar el estado de compatibilidad de los sistemas de información de tomadores y/o asegurados con el cambio de milenio, a más de contar con el respaldo de reaseguradores inscritos en el registro de esta Superintendencia, máxime si tenemos en cuenta que la expedición de pólizas de seguro respecto de las cuales la sociedad no haya logrado obtener, mediante el empleo de contratos de reaseguro, colocación en firme del respectivo riesgo, constituye práctica insegura y no autorizada, conforme lo establece el literal d, subnumeral 3.2, numeral 3, Capítulo Segundo del Título Sexto de la Circular Básica Jurídica No. 007 de 1996.”* [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de julio de 2013, expediente 27505, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-31)
32. Se refiere a la Superintendencia Bancaria, cuando era necesario que esta entidad aprobara las pólizas matrices de cada ramo de aseguramiento. [↑](#footnote-ref-32)
33. Ossa G., J. Efrén, *“Teoría General del Seguro – El Contrato”* Editorial Temis, 1984, p. 234. [↑](#footnote-ref-33)
34. *“(…) los contratos de seguro que celebran los contratistas de la Administración con las aseguradoras legalmente autorizadas para funcionar en el país, con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos estatales, se rigen, no solamente por las normas del Código de Comercio, sino también por las normas del Estatuto de Contratación Estatal que se refieren expresamente a tales garantías, así como a las normas que lo reglamenten y complementen. // La Ley 80 de 1993, regula aspectos relativos no sólo al contrato de seguro que debe celebrar su contratista para garantizar el cumplimiento del contrato estatal, sino también normas sobre la forma de hacer efectiva la indemnización derivada de ese contrato de seguro: //* ***3.2.1.*** *Sobre el primer aspecto, se observa que el artículo 25, numeral 19 de la mencionada ley, establece la obligación de los proponentes, en los procesos de selección de contratistas, de prestar garantía de seriedad de sus ofertas y la obligación de los contratistas de la Administración, de prestar una garantía única de cumplimiento de sus obligaciones contractuales, garantías éstas, que podrán consistir en una póliza de seguro expedida por una compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en el país. // En relación con la garantía de cumplimiento, la norma prescribe que la misma* ***se entenderá vigente*** *hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos, y que, tratándose de pólizas, las mismas* ***no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral,*** *disposiciones éstas, que resultan ajenas a los contratos de seguro regulados por el Código de Comercio. // Y el Decreto 679 de 1994, que reglamentó entre otros, el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, definió (art. 16) cuál es el objeto de la garantía única de cumplimiento, qué riesgos –que deben corresponder a obligaciones y prestaciones del respectivo contrato garantizado- debe cubrir, y cuál es la extensión mínima de los amparos que debe contener, desde el punto de vista de su valor y de su vigencia (art. 17), para que la entidad contratante, encargada de aprobarla, pueda admitir esa garantía como suficiente (art. 18); por otra parte, también dispuso este decreto, que, cuando la garantía única no se pague voluntariamente, continuará haciéndose efectiva a través de la jurisdicción coactiva, con sujeción a las disposiciones legales. //* ***3.2.2.*** *Por otra parte, y en cuanto a la forma de hacer efectiva la indemnización correspondiente, se tiene que, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, que se refiere a la facultad de la Administración de declarar la caducidad de los contratos estatales frente al incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del contratista, establece que esta declaración debe hacerse mediante* ***acto administrativo*** *debidamente motivado, declaratoria que, además, dispone esta norma,* ***será constitutiva del siniestro de incumplimiento. //*** *Se advierte entonces, del análisis de las anteriores normas de Derecho Público, que el contrato de seguro celebrado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato estatal, no es igual al que se puede celebrar para el amparo de otra clase de obligaciones, que existan a favor de particulares, que se sujetará, en su integridad, a las normas del Código de Comercio”* (las negrillas son del texto original) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de junio de 2007, expediente 30565, C.P. Ramiro Saavedra Becerra*.* [↑](#footnote-ref-34)
35. La doctrina española, refiriéndose a los requisitos para exigir la responsabilidad del constructor por los daños producidos con posterioridad a la entrega de la obra, manifiesta que para que aquella surja es necesario que se produzca “la ruina” y que la causa determinante de ese resultado tiene que ser los “vicios ocultos”: *“La primera expresión debe ser objeto de una interpretación amplia, en el sentido de que comprende no sólo la “ruina material” (derivada de la destrucción de lo construido por graves defectos en la construcción, que puede llegar a producir el colapso físico de la construcción, o la devastación de su estructura), sino también la llamada “ruina funcional” (que se aplica cuando la obra no es útil para su destino, o no sirve adecuadamente para satisfacer la finalidad por la cual fue contratada)”.* Blanquer Criado, David, *“Los Contratos del Sector Público”,* Parte I, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 685. [↑](#footnote-ref-35)
36. Escobar Gil, Rodrigo, *“Teoría General de los Contratos de la Administración Pública”,* Legis Editores S.A., 1ª ed., 1999, p. 252 y 253. [↑](#footnote-ref-36)