

**JUZGADO SESENTA Y CUATRO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**



Bogotá D.C, diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020)

JUEZ :	ÁLVARO CARREÑO VELANDIA
Expediente :	110013343064-2017-00058-00
Demandante :	NÉSTOR WILLIAM BRAVO BERMÚDEZ
Demandado :	MUNICIPIO DE GUTIÉRREZ - CUNDINAMARCA

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
SENTENCIA No. 52**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El 15 de febrero de 2017¹, el señor Néstor William Bravo Bermúdez en su calidad de representante legal de la Unión Temporal Concepción Vía a Gutiérrez (la unión temporal o el demandante), presentó por medio de apoderado, demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales consagrado en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, contra el MUNICIPIO DE GUTIÉRREZ - CUNDINAMARCA, (la entidad o el municipio) a efectos de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERO: Que se declare administrativamente responsable al **MUNICIPIO DE GUTIÉRREZ (CUNDINAMARCA)** y a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS SURAMERICANA S.A.**, por el NO pago de la factura No. 03 de fecha abril de 2014 expedida por la **UNIÓN TEMPORAL CONCEPCIÓN VÍA A GUTIÉRREZ**, identificada con el Nit. 900.674.186-6 cuyo valor es de **CUARENTA Y CINCO MILLONES VEINTISÉIS MIL CIENTO CUARENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$45.026.143)**, valor que corresponde al 20% de la ejecución final del contrato de obra No. CO-129 de 2013 celebrado entre el convocante en calidad

¹ Fl.146 c.1.

de CONTRATISTA y el Municipio de Gutiérrez (Cundinamarca) en calidad de CONTRATANTE, a cargo de las entidades demandadas y demás circunstancias que se relacionan en el capítulo de los hechos que fundamentan esta demanda.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, se condene al **MUNICIPIO DE GUTIÉRREZ (CUNDINAMARCA)** y a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS SURAMERICANA S.A.**, a pagar los perjuicios patrimoniales (morales y materiales) al señor **NÉSTOR WILLIAM BRAVO BERMÚDEZ**, que le fueran causados con motivo del NO pago de la factura No. 03 de fecha abril de 2014 expedida por la **UNIÓN TEMPORAL CONCEPCIÓN VÍA A GUTIÉRREZ**, identificada con el Nit. 900.674.186-6 cuyo valor es de **CUARENTA Y CINCO MILLONES VEINTISÉIS MIL CIENTO CUARENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$45.026.143)**, valor que corresponde al 20% de la ejecución final del contrato de obra No. CO-129 de 2013 celebrado entre el convocante en calidad de CONTRATISTA y el Municipio de Gutiérrez (Cundinamarca) en calidad de CONTRATANTE.

3.1. PERJUICIOS MATERIALES:

a) Daño Emergente:

- La suma de SIETE MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$7.800.000), por concepto de pago de Intereses sobre el préstamo constituido mediante hipoteca en cuantía de TREINTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$30.000.000), sobre el bien inmueble de propiedad del convocante **NÉSTOR WILLIAM BRAVO BERMÚDEZ**, ubicado en la Carrera 43D No. 18-29 apartamento 301 del Barrio el Buque de la ciudad de Villavicencio, identificado con la Matrícula Inmobiliaria No. 230-159464, préstamo que debió tomar para la culminación del 100% del contrato de obra No. CO-129 de 2013.
- La suma de DOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$2.000.000), por concepto de pagos gastos notariales de escrituración sobre la hipoteca ya mencionada.
- La suma de DOS MILLONES CIENTO MIL PESOS M/CTE (\$2.100.000), por concepto de pago gastos de registro de instrumentos públicos de la escrituración de hipoteca ya mencionada.
- La suma de TREINTA Y UN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$31.000.000), por concepto de pago de Intereses sobre el préstamo constituido mediante hipoteca en cuantía de CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$50.000.000), sobre el bien inmueble de propiedad del convocante **NÉSTOR WILLIAM BRAVO BERMÚDEZ**, ubicado en la Carrera 43D No. 18-29 apartamento 101 del Barrio el Buque de la ciudad de Villavicencio, identificado con la Matrícula Inmobiliaria No. 230-159462, préstamo que debió tomar para la culminación del 100% del contrato de obra No. CO-129 de 2013.
- La suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE PESOS M/CTE (\$2.684.619), por concepto de pagos gastos notariales de escrituración sobre la hipoteca ya mencionada.
- La suma de DOS MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$2.700.000), por concepto de pago gastos de registro de instrumentos públicos de la escrituración de hipoteca ya mencionada.
- La suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$1.500.000), por concepto de pago de elaboración de estudio de suelos contrato 129/2013 con la empresa INGECAR INGENIERÍA S.A.S.

Total Daños Materiales.....\$49.784.619.

3.2. PERJUICIOS MORALES

Para **NÉSTOR WILLIAM BRAVO BERMÚDEZ** – Cien (100) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, la suma.....\$68.700.000.

Total Daños Patrimoniales.....\$68.700.000.

GRAN TOTAL DAÑOS PATRIMONIALES.....\$118.484.619.

TERCERO: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha de la obligación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

CUARTO: Que el **MUNICIPIO DE GUTIÉRREZ (CUNDINAMARCA)** y la **COMPAÑÍA DE SEGUROS SURAMERICANA S.A.**, o la entidad obligada al pago, de estricto cumplimiento a la sentencia en los términos de los art. 189, 192, 195 de la ley 1437 de 2011...cancelando a cada uno de los autores los intereses comerciales o moratorios a que haya lugar.

1.2. HECHOS

Los hechos en los que la parte demandante respalda sus pretensiones son los siguientes:

- Entre las partes hoy en contienda se suscribió el contrato de obra No. CO-129 de fecha 15 de noviembre de 2013 cuyo objeto fue: rehabilitación, mantenimiento y repavimentación del sitio La Concepción vía Gutiérrez Cundinamarca.

El valor del contrato fue de \$225.130.964,24.

- La forma de pago pactada fue la siguiente:

- a) 40% cuando se ejecute igual porcentaje en obra.
- b) 40% por medio de actas parciales previo visto bueno del interventor del contrato de obra.
- c) 20% restante a la finalización del objeto contractual previo el cumplimiento de los requisitos establecidos por el contratante.

- El acta de inicio del contrato de obra No. CO-129 fue suscrita el día 2 de diciembre de 2013.

- El acta de terminación del contrato de obra referido fue suscrita por las partes el día 19 de abril de 2014.

- El 18 de mayo de 2014 las partes suscribieron el acta de recibo final, en la cual se describe en un cuadro las cantidades y precios de todas las obras y trabajos realizados en cumplimiento del objeto contractual.

Quedó establecido en dicha acta que el valor a pagar era \$45.026.143, valor que corresponde al 20% restante de la finalización del objeto contractual.

El contratista cumplió con el objeto pactado en el contrato e hizo entrega de la obra con un informe de final detallando todas y cada una de las actividades realizadas en la ejecución de la obra ejecutada que incluye cuadros actualizados y registros fotográficos.

-. El 1 de julio de 2014 mediante oficio radicado, la unión temporal presentó ante el Secretario de Planeación Municipal la documentación requerida para el pago final del 20%, entregando original de la factura No. 03 de fecha 3 de abril de 2014.

-. El 21 de agosto de 2014, mediante correo electrónico recibido en la cuenta del representante legal de la unión temporal arqwilliambravo@hotmail.com el ingeniero Johnny Ñañez, profesional de apoyo de la Secretaría de Planeación, remitió un mensaje en el cual indicó que se habían dirigido al contratista en varias oportunidades para efectuar la liquidación del contrato, que de parte del contratista ya se habían recibido los papeles y las facturas necesarias para generar el último pago correspondiente al 20% pero se les realizó unas observaciones y requerimientos para cumplir con el pago: 1. CD con las fotos del proyecto, etapas antes, durante y después de la ejecución del contrato. 2. Pago de salud, pensión y parafiscales a julio de 2014. Se citó igualmente al contratista en las instalaciones de la Alcaldía para efectos de los trámites de la liquidación del contrato.

-. El representante legal de la unión temporal se trasladó al municipio el 22 de agosto de 2014 y firmó el acta de liquidación del contrato de obra No. CO 129-2013 y entregó los demás documentos exigidos para el pago del 20% pendiente.

Ese mismo día, el señor Néstor William Bravo Bermúdez firmó un comprobante de egreso por transacción electrónica gestionada y concluida por el tesorero municipal en formato electrónico por la suma de \$34.460.000, equivalente al 20% del saldo final del contrato, luego de los descuentos de ley, para el subsiguiente pago en la oficina Gutiérrez del Banco Agrario de Colombia (que adujo que podía ser retirado media hora después por tratarse de operación relacionada con regalías).

El señor Bravo Bermúdez, una hora después de efectuado lo anterior, solicitó el saldo de su cuenta en la oficina del Banco, encontrado que no se había efectuado la transferencia.

- Ante dicha situación, el señor Bravo Bermúdez indagó en la Tesorería del Municipio, en la Sucursal del Banco Agrario de Gutiérrez, en donde le confirmaron que dicha transferencia a su cuenta no había sido efectuada. Al requerir la misma respuesta del Alcalde Municipal de ese momento², Jorge Alexis Romero Garzón, el día 10 de septiembre de 2014 manifestó: *"Al momento de efectuar el pago final correspondiente, la supervisión del contrato observa que ya se han generado daños en la parte final de la obra por serias inconsistencias técnicas, que merecen la revaluación del criterio de recepción de la interventoría sobre la obra contratada que repercuten negativamente en la viabilidad del pago del saldo final del contrato...Una vez se efectúen las actividades de verificación, la interventoría comunicará por los canales de Ley, la decisión final sobre el particular y objeto de la petición."*

- En aras de encontrar las causas que dieron lugar al imprevisto en la parte final de la obra, el demandante contrató de sus propios recursos los servicios profesionales del laboratorio de suelos, concretos y pavimentos – Ingecar Ingeniería S.A.S., quienes presentaron el documento denominado Informe Final Estudio de Suelos para la Verificación de Falla sobre la vía Gutiérrez – Une, el cual fue puesto en conocimiento del municipio de Gutiérrez, pero no tuvieron en cuenta este estudio de suelos, sin justificación alguna.

- Para la iniciación de las obras, el contratista conoció escritos del Secretario de Planeación y Obras Públicas y el Alcalde Municipal en donde indican que el desarrollo de las obras no requería estudios hidrológicos.

- Sobre el siniestro ocurrido en el contrato de obra 129/2013 amparado bajo las pólizas 0969070-5 y 0271987-6 existe reclamación ante la aseguradora Suramericana de Seguros S.A. En el marco de dicha reclación el hoy demandante se pronunció mediante oficio de fecha 6 de octubre de 2014, indicando la inexistencia de los estudios técnicos requeridos, así como la carencia de planos y especificaciones que ameritada el desarrollo del contrato.

- En vista de las dilaciones y evasivas por parte del municipio de Gutiérrez sobre el pago de los recursos correspondientes al 20% final, el señor Bravo Bermúdez, para la culminación del 100% del objeto del contrato de obra 129/2013 tuvo que acudir a préstamos con hipoteca sobre su único patrimonio familiar, arriesgándose a perder todos sus

² Derechos de petición de 25 de agosto y 2 de septiembre de 2014.

años de trabajo y sacrificio.

-. Este asunto fue sometido a conciliación prejudicial, escenario en el cual la Procuradora 4 Judicial II para Asuntos Administrativos el 31 de agosto de 2016 expidió acta de conciliación en donde constaba el acuerdo entre las partes para el pago del 20% restante.

Sometido el acuerdo conciliatorio a control de legalidad por parte de la jurisdicción, el Juzgado 63 Administrativo del Circuito de Bogotá improbo el acuerdo conciliatorio.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

-Seguros Generales Suramericana S.A.

Mediante escrito radicado el 29 de enero de 2018, la compañía Seguros Generales Suramericana S.A., a través de su apoderado, presentó contestación a la demanda (fls.216-225 c.1).

En su memorial se pronunció frente a cada uno de los hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones de la parte actora indicando que la relación contractual que tiene la unión temporal Concepción vía a Gutiérrez con esa empresa aseguradora se circunscribe al contrato de seguro de cumplimiento contenido en la póliza No. 0969070-5 y al contrato de responsabilidad civil extracontractual contenido en la póliza No. 0271987-6.

Además, planteó dos argumentos fundamentales de defensa, las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y la prescripción de las acciones que derivan del contrato de seguro.

La primera excepción la sustentó argumentando que si en el caso en cuestión, el municipio de Gutiérrez fuera el que estuviera demandando a la unión temporal Concepción vía a Gutiérrez porque ésta incumplió el contrato y le causó perjuicios, sí estaría legitimada por pasiva Suramericana, por su condición de garante, pero como es exactamente al revés, entonces no existe legitimación en la causa por pasiva respecto de Suramericana.³

³ Al respecto se debe destacar desde ya que el Despacho, en audiencia inicial desarrollada el día 18 de julio de 2018 resolvió, respecto de esta excepción, declararla probada (fl.272 c.1); en consecuencia, esta parte demandada fue excluida del presente litigio.

-Municipio de Gutiérrez

Contestó la demanda a través de escrito radicado el día 8 de marzo de 2018 (fls.255-264 c.1).

Luego de pronunciarse respecto de los hechos de la demanda, manifestó su oposición a las pretensiones de esta.

Argumentó que dentro de la ejecución de la obra el contratista tenía derecho a percibir un 80% de los recursos cumpliendo con los porcentajes de corte de obras. Para poder recibir el restante 20%, previo al pago, debía finalizar el objeto contractual.

La hipoteca que alega el demandante tuvo que realizar para poder culminar el objeto contractual no se originó en el no pago del restante 20% por parte de la administración municipal, ya que como lo menciona el actor, fue anterior a la finalización del objeto contractual, cuando no tenía derecho al saldo restante, por ende, no podía el contratista exigir a la entidad municipal su pago ni endilgarle responsabilidad económica alguna sobre el particular. En este sentido, el daño emergente no puede probarse.

La pretensión en cuanto a los perjuicios morales, la calificó como temeraria y sin fundamento probatorio alguno.

1.4. TRÁMITE PROCESAL

El trámite en esta instancia ha cursado de la siguiente manera:

La demanda fue presentada el 15 de febrero de 2017⁴.

Este Despacho mediante auto de 25 de agosto de 2017, admitió la demanda, disponiendo su notificación a las demandadas y al Ministerio Públicos. Las notificaciones y traslados se surtieron, tal como se evidencia a folios 205 a 215.

En proveído de 24 de mayo de 2018, se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 el día 18 de julio de 2018 a las 12:00m, haciendo las precisiones de rigor a las partes⁵.

4 Fl.146 c.1.

5 Fls.199-201 c.1.

6 Fl.267.

En la fecha y hora programada se celebró la audiencia inicial, en la cual se fijó el litigio en los siguientes términos:

"(...) La fijación del litigio queda establecida en los siguientes términos:

*Encuentra el Despacho que la fijación del litigio se centra en que se declare administrativamente responsable al MUNICIPIO DE GUTIÉRREZ por el NO pago de la factura No. 03 de fecha abril 03 de 2014 expedida por la UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN VÍA A GUTIÉRREZ, cuyo valor es de CUARENTA Y CINCO MILLONES VEINTISEIS MIL CIENTO CUARENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$45.027.143), valor que corresponde al 20% de la ejecución del contrato de obra NO. CO-129 de 2013, y en consecuencia determinar si existe lugar a condena por tal evento, si hay lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios morales y materiales solicitados."*⁷

El 13 de junio de 2019 se llevó a cabo la audiencia de pruebas⁸, oportunidad en la cual, el Despacho, al evidenciar la práctica de todas las pruebas decretadas en el proceso dio por cerrada esta etapa; al encontrar innecesaria la audiencia de alegatos y juzgamiento, dispuso que las partes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito en el término de 10 días a partir de la realización de la audiencia, término en el cual el Ministerio Público podría presentar su concepto.

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

-Alegatos de conclusión de la parte demandante

En memorial de fecha 28 de junio de 2019 (fls.327-342 c.1), a través de su apoderado, la parte demandante presentó sus alegatos en los que inicialmente reiteró todos los hechos de la demanda, desarrolló desde el punto de vista jurisprudencial los distintos regímenes de responsabilidad administrativa: falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial, deteniéndose especialmente en este último, por considerarlo el aplicable el presente caso.

Indicando, en este marco que, en materia contractual, la indemnización de los perjuicios ocasionados sigue siendo la principal forma de reparación a las víctimas de la responsabilidad civil contractual del Estado.

⁷ Fl.274 reverso c.1.

⁸ Fls.311-312 c.1.

Para establecer la responsabilidad es necesario identificar, en primer lugar, los daños que pueden ocasionarse en el marco de la actividad precontractual y contractual del Estado, pues este daño es el elemento fundamente de la responsabilidad.

Citando la doctrina sobre la materia, indicó que la etapa precontractual se corresponde con un verdadero proceso administrativo el cual tiene como guía necesaria los principios de libertad de concurrencia, igualdad, publicidad, transparencia, buena fe y buena administración, entre otros. Pues siendo ello así, existen derechos de los oferentes o proponentes en un proceso de selección, cuya vulneración o desconocimiento son generadores de responsabilidad precontractual del Estado.

Así, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido cuatro eventos de daños derivados de dicha actividad: i) la privación del derecho a participar en un proceso de selección transparente y eficaz; ii) la lesión al derecho del proponente a que su oferta sea valorada; iii) la vulneración al derecho a ser adjudicatario; y iv) la lesión al derecho a suscribir y/o ejecutar el contrato, una vez adjudicado.

Finalmente solicitó aceptar las pretensiones de la demanda y desestimar las excepciones formuladas por el municipio de Gutiérrez, ya que no están llamadas a prosperar.

-Alegatos de conclusión parte demandada

Radicó el memorial contentivo de sus alegatos de conclusión el día 28 de junio de 2019 (fls.343-350 c.1).

Partiendo de la fijación del litigio hecha en la audiencia inicial, analizó cada uno de los hechos de la demanda a la luz de las pruebas obrantes en el expediente.

Se extracta de los argumentos alegado de conclusión lo siguiente:

De la suscripción del acta de inicio no se puede desprender lo aseverado por el demandante respecto a planos, especificaciones y estudios topográficos, si bien se probó la suscripción de la mencionada acta, no se ha probado que en la misma se hubiera consignado que se allegaban los documentos aducidos.

En el acta de terminación del contrato fue suscrita y con ella se dio por terminado el plazo de ejecución, sin embargo, en el mismo

documento se anotó que quedaban obligaciones pendientes a cargo del contratista. El acta de terminación nunca supe el acta de liquidación del contrato, simplemente da por fenecido el plazo de ejecución, dejando constancia de asuntos pendientes entre las partes.

Frente al informe final de obra presentado por el contratista, prima la realidad que surge de la constatación que hace la supervisión o interventoría del contrato, a partir de lo cual, no puede la administración reconocer el cumplimiento o pago sin haber evidenciado esa realidad. A pesar de las actas de terminación⁹ y recibo¹⁰ suscritas por las partes, las obras presentaron carencias en su estabilidad, riesgo que es imputable y fue asignado y aceptado por el contratista.

En cuanto a la factura presentada por el contratista, afirmó que la primera obligación de la administración es evidenciar el cumplimiento de las obligaciones pendientes a cargo del contratista.

La controversia que origina este proceso deberá resolverse al momento de la liquidación del contrato¹¹ y más cuando se ha presentado decaimiento de la obra. El contratista pretende que se le pague una factura de una obra que para nada sirve a la comunidad, de la cual asumió el riesgo de su estabilidad al punto de constituir garantía de la misma, pero pretende a través de la demanda que se le pague el saldo del contrato sin cumplirlo, desconociendo de paso la cláusula décimo primera del contrato.

De acuerdo con la cláusula tercera del contrato el pago del último 20% está supeditado al "cumplimiento de los requisitos establecidos por el contratante", que para este caso están contenidos en las actas de terminación y recibo al pactarse obligaciones pendientes por el contratista, así como en la comunicación obrante a folio 95 del cuaderno principal en la cual se ponen de presente al contratista las inconsistencias (requerimiento del contratante) presentadas con la estabilidad de la obra. Frente a esto, el contratista equivocadamente considera que la obra fue entregada a cabalidad, cosa que no es cierta dado que no se ha suscrito acta de liquidación y las actas suscritas fueron pactadas para los fines ya mencionados.

⁹ Se refiere al plazo de ejecución exclusivamente.

¹⁰ Se refiere a las obras ejecutadas a la finalización del plazo de ejecución.

¹¹ En la cual se hacen los ajustes finales, se llega a acuerdos, se resuelven controversias y las partes se declaran a paz y salvo.

No obstante, el contratista por su cuenta y riesgo decidió contratar los estudios técnicos, dicho estudio en nada sirvió para resolver el decaimiento de la obra, siniestro conocido y aceptado por la parte demandante, porque a ella, como contratista, fue asignado, en consecuencia, el decaimiento de la obra es de su exclusiva responsabilidad. Además, en el documento enviado a la aseguradora contiene los aspectos técnicos que condujeron al decaimiento de la obra y que son atribuibles al contratista.

De otro lado, frente a las deudas que alega el contratista tuvo que adquirir para poder cumplir con el 100% del objeto del contrato, no es posible que exprese que se le causó perjuicio porque tuvo que endeudarse si las obligaciones que supuestamente suscribió son anteriores a la terminación de la ejecución del contrato e incluso anteriores a la presentación de la factura que menciona. Es claro entonces que las obligaciones que suscribió nada tienen que ver con la factura de fecha 3 de abril de 2014.

En conclusión, no se probó que el hoy demandante haya cumplido las obligaciones que se indicaron en el acta de entrega y recibo final, esto, considerando que el riesgo de estabilidad de la obra fue asignado al contratista; tampoco se probó que se le causaran daños materiales y morales; las deudas del contratista son anteriores a la presentación de la factura y de la supuesta fecha de los daños causados a este.

Finalmente solicitó que se nieguen todas las pretensiones de la demanda y se condene en costas a la parte demandante.

II. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

Este Despacho es competente en razón de la cuantía para decidir la presente acción, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155 numeral 5° y 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. PLANTEAMIENTO DEL CASO

La parte demandante pretende que se declare la responsabilidad administrativa del Municipio de Gutiérrez por no pagarle la factura No. 03 de 3 de abril de 2014 correspondiente al 20% final del contrato de

obra No. CO-129 de 2013, que asciende a la suma de \$45.026.143. Además, que sea condenado a pagar los perjuicios materiales y morales que dicha omisión le ha acarreado.

El extremo pasivo sostuvo que el contratista nunca cumplió con las exigencias necesarias para efectuar el pago respectivo, dado que en las actas de terminación y recibo de la obra se dejaron consignadas una serie de obligaciones pendientes a su cargo, las cuales tenían que ver con lo que denominó el decaimiento de la obra, es decir, su estabilidad, riesgo que fue asumido y aceptado por el contratista y que fue un asunto que el hoy demandante no resolvió.

De otro lado, afirmó que el escenario natural para definir este tipo de controversias es la liquidación del contrato, pero dado que esto no se solicitó como pretensión, serán las partes las que deban adelantarla y hacer el cruce final de cuentas y obligaciones a su cargo.

2.3. DEL PROBLEMA JURÍDICO

Gira en torno a lo siguiente:

Determinar si la unión temporal Concepción Vía a Gutiérrez cumplió con todas las obligaciones contractuales establecidas en el contrato de obra No. CO-129 de 2013, y con las condiciones establecidas por el Municipio de Gutiérrez, que la habiliten para deprecar el incumplimiento y la indemnización de perjuicios por cuenta de su co-contratante. En caso positivo, si el Municipio de Gutiérrez incumplió el citado contrato y, por tanto, si está en la obligación de pagar al contratista el 20% del saldo del contrato, junto con la indemnización de perjuicios.

2.4. HECHOS PROBADOS

De conformidad con los elementos válidamente allegadas al proceso, se tienen probados los siguientes hechos particularmente relevantes:

Valor probatorio de los documentos

Los documentos aportados por las partes se valorarán de conformidad con lo establecido en el artículo 246 del Código General del Proceso y, de acuerdo con lo decidido por la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno en su sesión del 28 de agosto de 2013, se le otorgará valor probatorio a todos los documentos traídos al proceso

en copia simple, siempre que su aporte se haya producido durante las oportunidades previstas por las normas procesales aplicables a los juicios de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no hayan sido tachados como falsos en los términos de los artículos 289 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, por la parte contra la cual se pretenden hacer valer¹².

De este tipo de pruebas, se encuentra demostrado lo siguiente:

-. Entre el municipio de Gutiérrez y la unión temporal Concepción Vía a Gutiérrez¹³ fue suscrito el contrato de obra No. 129 de fecha 15 de noviembre de 2013¹⁴.

El objeto del contrato fue: *"Rehabilitación, mantenimiento y repavimentación del sitio La Concepción – vía Gutiérrez Cundinamarca, de acuerdo a las especificaciones y valores descritas en el anexo 001."*

El plazo del contrato fue pactado en dos meses desde la suscripción del acta de inicio, la cual fue suscrita el día 2 de diciembre de 2013¹⁵, de lo cual se puede establecer que el plazo inicial transcurrió inicialmente entre el 2 de diciembre de 2013 y el 1 de febrero de 2014.

Entre las prórrogas (2) al plazo y las suspensiones (2) al mismo, la fecha de terminación del contrato fue establecida para el 19 de abril de 2014, tal como se observa en el acta de terminación suscrita por las partes el día 19 de abril de 2014¹⁶.

El **valor fue de \$225.130.964,24** y la **forma de pago** fue establecida por las partes así: cuarenta por ciento (40%) cuando se ejecute igual porcentaje de obra; cuarenta por ciento (40%) por medio de actas parciales previo visto bueno del interventor del contrato y el veinte por ciento (20%) restante a la finalización del objeto contractual previo el cumplimiento de los requisitos establecidos por el contratante.

-. En cuanto a la **liquidación del contrato**, las partes acordaron en la cláusula décima primera: *"El presente contrato de liquidará de común acuerdo entre las partes al cumplimiento de su objeto o a más tardar dentro de los cuatro (4) meses siguientes, contados a partir de la expiración del*

12 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

13 Conformada por Néstor William Bravo Bermúdez (51%) y Juan Carlos Sánchez Muñoz (49%) como se observa a folios 28-29 c.1.

14 Fls.19-23 c. pruebas.

15 Fls.12-13 c. pruebas.

16 Fls.17-18 c. pruebas.

término del contrato o de la expedición del acto administrativo que declare su terminación. En esta etapa las partes acordarán los ajustes a que haya lugar. En el acta de liquidación existirán los acuerdos, conciliación y/o transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las controversias presentadas y poder declararse a paz y salvo por todo concepto. En el evento en que la partes no llegaren a un acuerdo, o el contratista no se hiciere presente para realizar la liquidación del contrato se procederá de acuerdo a lo normado en el decreto 734 de 2008 y 1150 de 2007."

- En el contrato se previó la constitución de los siguientes amparos: i) de cumplimiento; ii) de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales; iii) de estabilidad y calidad de la obra; y iv) de responsabilidad civil extracontractual. Debido a lo anterior, se expidieron las pólizas No. 0969070-5 en el caso de los tres primeros amparos mencionados y la No. 0271987-6 en relación con la responsabilidad civil extracontractual.¹⁷

- El **acta de terminación del contrato** fue suscrita por las partes el 19 de abril de 2014¹⁸ y en la misma se estableció: "*que el contratista requiere ajustar algunos pendientes encontrados en la obra ejecutada: 1) El contratista debe reinstalar adecuadamente los estoperoles reductores de velocidad teniendo en cuenta que algunos se han desprendido por falta de pegamento; adicional a esto es necesario reubicar algunos teniendo en cuenta que la superficie no es la adecuada para garantizar la estabilidad del elemento. 2) Se requiere revisar si la reparación de los filtros realizada en la abscisa K0+450, está funcionando correctamente, de lo contrario no se dará recibo a la actividad. 3) Se establece un plazo de treinta (30) días para terminar dichas actividades, quedando como fecha de recibo final el 18 de Mayo de 2014.*"

- El acta de recibo final fue suscrita entre las partes el día 18 de mayo de 2014¹⁹, documento en el cual se consignó que "*El contratista cumplió con el objeto pactado en el contrato y hace entrega de la obra.*"

- El Alcalde Municipal y el Secretario de Planeación y Obras Públicas informaron de la situación acaecida en la obra luego de recibida a Seguros Generales Suramericana, mediante comunicaciones SP2014-MG-173 de fecha 24 de septiembre de 2014²⁰ y 24 de marzo de 2015 SP2015-MG-043²¹.

17 Fls.227-244 c.1.

18 Fls.17-18 c. pruebas.

19 Fls.14-16 c. pruebas.

20 Fls.212-216 c. pruebas.

21 Fls.105-108 c. pruebas.

A su vez el contratista, mediante comunicación de fecha 6 de octubre de 2014²² hizo lo propio.

-. En comunicación fechada el 26 de junio de 2014 el contratista le manifestó a la interventora su versión de los hechos²³.

-. En cuanto al pago del saldo del contrato equivalente al 20% de acuerdo a la forma de pago, las partes cruzaron varias comunicaciones, entre las cuales se encuentra una del municipio de fecha 10 de septiembre de 2014²⁴ en la cual el Alcalde Municipal manifiesta: *"Respecto de las comunicaciones del asunto, la administración municipal informa, que al momento de efectuar el pago final correspondiente, la Supervisión del contrato observa que se han generado daños en la parte final de la obra por serias inconsistencias técnicas, que merecen la reevaluación del criterio de recepción de la Interventoría sobre la obra contratada que repercute negativamente la viabilidad del pago del saldo final del contrato. Una vez se efectúen las actividades de verificación, la Interventoría comunicará por los canales de ley, la decisión final sobre el particular y objeto de su petición."*²⁵

Dicha posición fue ratificada en comunicación de fecha 18 de noviembre de 2014²⁶ en donde la supervisión ratificó que el pago se había suspendido hasta tanto no se realizaran las reparaciones respectivas.

El contratista, mediante comunicación de fecha 29 de diciembre de 2014²⁷ manifestó su posición respecto a la decisión del municipio de no pagarle el restante 20%.

-. El contratista, hoy demandante, aportó un documento denominado "Análisis de Estudio de Suelos" para la verificación de falla sobre la vía Gutiérrez – Une en el K2+050²⁸.

-. El asunto fue sometido al trámite de conciliación extrajudicial a instancias de la Procuraduría Cuarta Judicial II para Asuntos

22 Fls.116-123 c.1.

23 Fls.96-100 c.1.

24 Referencia: Respuesta a sus peticiones elevadas ante el Municipio a través de correos electrónicos dirigidos al Secretario de Hacienda (tesorería), Secretaría de Planeación y Despacho del Alcalde Municipal, con fechas agosto 25 y septiembre 2 de 2014.

25 Fl.206 c. pruebas.

26 Fls.103-107 c.1.

27 Fls.108-111 c.1.

28 Fls. 26-104 c. pruebas.

Administrativo, ámbito en el cual las partes llegaron a acuerdo en audiencia desarrollada el día 31 de agosto de 2016²⁹.

El precitado acuerdo fue sometido a control ante el Juzgado 63 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá el cual, mediante providencia de fecha 23 de noviembre de 2016, lo improbió³⁰.

III. CONSIDERACIONES

3.1. El incumplimiento contractual – carga de la prueba

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho considera pertinente revisar en primer lugar cuál es el marco legal y el alcance jurisprudencial que se le ha dado al incumplimiento contractual y la carga de la prueba que se le exige a la parte que pretende indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento.

Adicional a la regla contenida en el artículo 90 superior, es decir, la cláusula general de responsabilidad del Estado, en la cual se encuentran incluidos los presupuestos de la responsabilidad contractual de las entidades públicas; este asunto se encuentra normado en la Ley 80 de 1993 en sus artículos 50 y 52:

"ARTÍCULO 50. DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES ESTATALES. *Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.*

(...)

ARTÍCULO 52. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONTRATISTAS. *Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley.*

Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta ley." (Se resalta)

De otro lado, jurisprudencialmente el tema del incumplimiento contractual, sus implicaciones y la carga de la prueba, ha sido abordado de la siguiente manera:

*"El contrato, como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "**lex contractus, pacta sunt servanda**", consagrado*

²⁹ Fls. 143-137 c.1.

³⁰ Fls. 138-144 c.1.

positivamente en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. **En perfecta consonancia, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial.** La inobservancia o violación de estos principios, que suponen el carácter y la fuerza vinculante para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato existente y válido, como fuente de obligaciones que es (art. 1494 C.C.), con el consiguiente deber de tener en cuenta en su ejecución las exigencias éticas y de mutua confianza, hace caer en responsabilidad a la parte que comete la infracción al contenido del título obligacional.

Este marco jurídico, en el ámbito de la responsabilidad de la Administración Pública, regido desde la altura del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política, es en buena medida aplicable a la contratación pública (Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993), porque la responsabilidad contractual de una entidad pública contratante puede comprometerse con fundamento en la culpa (art. 50 ejusdem), es decir, una responsabilidad con falta, derivada de una conducta de incumplimiento de las obligaciones contractuales, la cual debe ser analizada, entre otras, de acuerdo con las reglas explicadas en precedencia del régimen del derecho común, pero sujetas o armonizadas con las reglas del derecho administrativo en caso de que exista norma expresa en éste y, por supuesto, con prevalencia del interés público.

A guisa de ejemplo la jurisprudencia de la Sala ha precisado lo siguiente: (i) La aplicación restringida del artículo 1546 del Código Civil que establece la condición resolutoria tácita en relación con los contratos estatales presenta algunas modificaciones, dado que según se desprende del artículo 87 del C.C.A. una de las pretensiones del contencioso contractual es que se declare el incumplimiento del contrato y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, lo que significa -se dice- que no está prevista la acción de cumplimiento, esto es, orientada a que ante el incumplimiento de la entidad pública o del contratista de las obligaciones contractuales a su cargo, pueda exigírseles que las cumpla o que el juez ordene la ejecución del contrato, pues en el primero de los casos se está frente a una responsabilidad contractual y cabe que se ordene a la administración reconocer y pagar los perjuicios y en el segundo, existen las medidas coercitivas y las potestades sancionatorias atribuidas a la administración para asegurar la ejecución del contrato. (ii) **Se permite con un tratamiento restringido la exceptio non adimpleti contractus (art. 1609 del C.C.), como regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes y que resulta aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993**, pero que, en aras de armonizar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, no tiene el alcance amplio de que goza en la contratación entre particulares, sino que **en el contencioso administrativo contractual está limitada únicamente a aquellos eventos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública**

sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones. Por eso, del artículo 1609 del C.C. antes mencionado se extrae la regla en virtud de la cual no es permitido ni admisible que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma no lo haya hecho, en tanto que sería injusto permitir o patrocinar que quien no ha cumplido las obligaciones que correlativamente asumió, pudiera reclamar del otro que tampoco ha cumplido lo acordado. En conclusión, en los contratos bilaterales o conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la Administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse, la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas."³¹ (Se resalta)

Carga procesal que se complementa con lo preceptuado en su momento en el artículo 177 del CPC (hoy artículo 167 del CGP) y que siguiendo la misma jurisprudencia citada se desarrolla así:

*"En este orden de ideas, es importante reiterar que, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, **la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se persigue la responsabilidad contractual incumbe, por regla general, a quien lo alega, que en este caso corresponde al actor.** Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sala, en el principio de autoresponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable."* (Se resalta)

A este respecto cobra importancia entonces la exceptio non adimpleti contractus, que, a juicio del Despacho, constituye el eje transversal de toda la carga probatoria en lo que respecta a la responsabilidad contractual de la administración.

Veamos la jurisprudencia:

"Quien pretenda el cumplimiento o la resolución sin haber cumplido previa o simultáneamente las obligaciones que le corresponden, puede ver frustrada su pretensión por la excepción de contrato no cumplido (non adimpleti contractus), que el otro contratante oponga y que se ha fundado, según la doctrina y la jurisprudencia, en lo dispuesto en el art 1609 Código Civil, según el cual "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 22 de julio de 2009. Radicación: 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

está en mora dejando cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y en el tiempo debidos." Por el contrario, quien ha cumplido el contrato, pero ha sido víctima del incumplimiento de la otra parte, se libera de la ley contractual, porque puede pedir que el contrato se resuelva, aunque también, según le convenga, puede pedir que el otro contratante sea condenado a cumplir.

*Las reglas explicadas en precedencia, propias del régimen del derecho común, son aplicables en relación con la responsabilidad contractual del estado ya que la misma puede comprometerse con fundamento en la culpa (art. 50 de la Ley 80 de 1993), es decir, una responsabilidad con falta, derivada de una conducta de incumplimiento de las obligaciones contractuales pero sujetas o armonizadas con las reglas del derecho administrativo en caso de que exista norma expresa en éste y, por supuesto, con prevalencia del interés público. **En definitiva, esta Corporación determinó entonces su aplicación condicionada principalmente al cumplimiento de estos requisitos: a) existencia de un contrato sinalagmático, fuente de obligaciones recíprocas o correlativas; b) no cumplimiento actual, cierto y real de obligaciones a cargo cada una de las partes contratantes; c) un incumplimiento serio, grave, determinante, y si se trata de la Administración tiene que poner al contratista en razonable imposibilidad de cumplir, y d) que el que la invoca no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo.**"³² (Se resalta)*

3.2. La naturaleza del riesgo de estabilidad de la obra

Es preciso revisar a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo referente a la estabilidad y calidad de la obra, como una de las obligaciones propias del contratista de obra.

*"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[xxxv] -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.***

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Radicación: 25000-23-26-000-2002-01920-02(32666). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

(...)

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"[xxxvi]33.

*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."*³⁴ (Se resalta)

Alrededor de lo anterior, es pertinente resaltar que para el momento en que fue suscrito el contrato de obra No. 129, el 15 de noviembre de 2013, la reglamentación que estaba vigente era la contenida en el Decreto 734 de 2012³⁵, el cual, dispuso lo pertinente en sus artículos 5.1.4.2.5 y 5.1.7.6.

3.3. Caso concreto

En el caso bajo estudio la parte actora pretende que se declare la responsabilidad del Municipio de Gutiérrez por el no pago de la factura No. 03 de 3 de abril de 2014 correspondiente al 20% final del contrato de obra No. CO-129 de 2013, que asciende a la suma de \$45.026.143. Además, que dicha entidad territorial sea condenada a pagar los perjuicios materiales y morales que dicho impago le ha acarreado.

33 La cita corresponde a: Escobar Gil, Rodrigo, "Teoría General de los Contratos de la Administración Pública", Legis Editores S.A., 1ª ed., 1999, p. 252 y 253.

34 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 2 de agosto de 2018. Radicación: 250002326000200202056 02 (37317). C.P.: María Adriana Marín.

35 "Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones."

De esta manera, el problema jurídico a resolver tiene que ver con determinar si la unión temporal Concepción Vía a Gutiérrez cumplió con todas las obligaciones contractuales establecidas en el contrato de obra No. CO-129 de 2013, y con las condiciones establecidas por el Municipio de Gutiérrez, que la habiliten para deprecar el incumplimiento y la indemnización de perjuicios por cuenta de su cocontratante. En caso positivo, si el Municipio de Gutiérrez incumplió el citado contrato y, por tanto, si está en la obligación de pagar al contratista el 20% del saldo del contrato, junto con la indemnización de perjuicios.

Tal como se ha definido el problema jurídico para el caso particular de este litigio, y vistos los argumentos de la parte demandante, la pretensión tiene que ver con el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Municipio de Gutiérrez como entidad contratante³⁶ y para poder declarar su responsabilidad, es preciso revisar si el contratista, Unión Temporal Concepción Vía a Gutiérrez a su vez, cumplió con todas las obligaciones y condiciones previstas en el contrato y por la parte cocontratante para poder hacer exigible el pago del valor equivalente al 20% restante. De lo contrario, sus pretensiones no podrían prosperar.

En el acta de terminación del contrato suscrita el día 19 de abril de 2014³⁷ se establecieron tres puntos pendientes a cargo del contratista: "...**1)** El contratista debe reinstalar adecuadamente los estoperoles reductores de velocidad teniendo en cuenta que algunos se han desprendido por falta de pegamento; adicional a esto es necesario reubicar algunos teniendo en cuenta que la superficie no es la adecuada para garantizar la estabilidad del elemento. **2)** Se requiere revisar si la reparación de los filtros realizada en la abscisa K0+450, está funcionando correctamente, de lo contrario no se dará recibo a la actividad. **3)** Se establece un plazo de treinta (30) días para terminar dichas actividades, quedando como fecha de recibo final el 18 de Mayo de 2014."

El 18 de mayo de 2014³⁸ se suscribió el acta de recibo final de la obra en la cual se hizo constar que "El contratista cumplió con el objeto pactado en el contrato y hace entrega de la obra".

No obstante, el Municipio de Gutiérrez se abstuvo de cancelar al contratista el valor restante de la ejecución dado que poco más de un mes después de recibida la obra, presentó deterioro, lo cual

³⁶ Puntualmente la referida a la forma de pago contenida en la cláusula tercera del contrato.

³⁷ Fls.17-18 c. pruebas.

³⁸ Fls.14-16 c. pruebas

expresó en los siguientes términos: *"El fin de semana comprendido entre el día 20 y 22 de junio, el tramo de obra en donde se efectuaron trabajos de construcción de estructura de protección en gaviones, ampliación de tubería de alcantarilla de 36"', relleno, conformación de estructura de vía y repavimentación, sufrió movimiento de forma vertical de las estructuras antes mencionadas...Es importante subrayar que según la experiencia de los profesionales de la Secretaría de Planeación del Municipio, el fallo de la vía presentado³⁹ y que sucedió a los pocos días de haber entregado la obra, sucedió debido a los malos procedimientos realizados por parte del contratista en la ejecución de las actividades sobre todo de rellenos efectuados en el sitio específico donde se presentó el fallo..."⁴⁰*

Y así lo ratificó en respuesta dada a la interventoría mediante oficio SP2014-MG-176⁴¹, cuando expresó: *"Uno de los principales puntos a tener en cuenta en el fallo de las obras ejecutadas en el contrato de obra 129 2013, es que se realizaron obras de arte como lo son las cunetas de recolección de agua, con el fin de evitar que se presentara filtración de agua a la estructura de pavimentos realizada para el mejoramiento de la vía, y que esta fuera transportada por las cunetas hasta la alcantarilla existente y ampliada con las actividades del contratista. Por ello si la obra se hubiese ejecutado a cabalidad técnica no debería existir una filtración excesiva de agua que aumenta la presión de poros, aún más sabiendo que el terreno no es plano, que la vía tiene una pendiente considerable y que no hay acumulación de agua en el sitio, todo ello de público conocimiento.*

Es importante dejar claro que ninguna otra parte de la vía, ni alrededor de las obras o en algún punto específico se presentó la misma situación, que si se habla de un aumento de filtración por la fuerte lluvia presentada en la zona, en más de un punto de la vía se hubieran presentado deslizamientos, cortes, fallas longitudinales, verticales y horizontales, claro ejemplo es el otro sector donde se encuentra construida una estructura de gaviones que lleva instalada más de 12 años y que se encuentra construida en una zona con las mismas características geológicas y geotécnicas a la zona intervenida por las actividades del contrato de obra 129 – 2013."

En la cláusula tercera, referida a la forma de pago, las partes establecieron que el 20% se pagaría a la finalización del objeto contractual, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos por el contratante⁴². El municipio de Gutiérrez, ante la situación descrita y amparado en dicha condición de la forma de pago para el último 20%, como ya se indicó, se abstuvo de aprobar dicho pago.

³⁹ Véanse fotografías del folio 213 c. pruebas.

⁴⁰ Comunicación enviada a Suramericana SP2014-MG-173 de fecha 24 de septiembre de 2014.

⁴¹ Fls.217-219 c. pruebas.

⁴² Fl.21 c. pruebas.

El 27 de junio de 2014 en un Comité de Obra las partes acordaron que con el fin de revisar y contemplar las posibles causas de ocurrencia del fallo en el sector donde sucedieron los hechos, se consultaría a un especialista, así mismo para que formulara las observaciones y recomendaciones para que entre las partes involucradas se realizaran las actividades necesarias para entregar y recibir la obra a entera satisfacción.

Indica el demandante en el libelo que de sus propios recursos contrató los servicios profesionales del Laboratorio de Suelos, Concretos y Pavimentos -Ingecar Ingeniería S.A.S., quienes presentaron el documento denominado Informe Final Estudio de Suelos para la Verificación de Falla sobre la vía Gutiérrez – Une en el K2+050, indicando que fue puesto en conocimiento del municipio de Gutiérrez, pero no fue tenido en cuenta.

No obstante, en el plenario no obra dicho informe, por lo cual, esa prueba no puede ser tenida en cuenta o valorada. Tampoco se estableció por los extremos como punto pendiente por cuenta del contratista, en el acta de terminación del contrato suscrita el día 19 de abril de 2014⁴³.

De igual forma, aportó el demandante mediante memorial de 21 de agosto de 2018 un informe de las visitas realizadas por la Defensa Civil a parte del territorio del municipio de Gutiérrez, afectado por fenómenos asociados a remoción de terreno, daño de vías y potenciales amenazas asociadas a la ola invernal.

Revisado este informe, encuentra el Despacho que no es concluyente respecto de lo acaecido en el tramo vial intervenido mediante el contrato, porque si bien indica que se evidenciaron movimientos en masa desde la laguna la Gatera de la vereda La Concepción y hasta el casco urbano del municipio⁴⁴, es un informe eminentemente descriptivo, que no aclara nada, se reitera, respecto del tramo vial intervenido en el marco del contrato 129 de 2013, el origen del movimiento de remoción del terreno y cómo la ejecución del proceso constructivo no tuvo injerencia en el resultado ya mencionado en la vía intervenida, como para tener el efecto liberador en cuanto a las obligaciones del contratista, por motivos de fuerza mayor o caso fortuito por ejemplo.

⁴³ Fls.17-18 c. pruebas.

⁴⁴ Fl.289 c.1.

Tampoco obra prueba de que el contratista hubiese informado a la entidad contratante durante la ejecución del contrato, el acaecimiento de alguna circunstancia imprevista, imprevisible o constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito.

Con base en el hecho de la firma por parte de los cocontratantes de las actas de terminación y entrega final de la obra, los días 19 de abril y 18 de mayo de 2014, argumentó el demandante que el objeto del contrato fue cumplido por su parte, por lo cual, no le asistía razón a la entidad contratante de no autorizar el pago del saldo a su favor, correspondiente al 20% del valor del contrato.

Igualmente adujo que se había garantizado mediante póliza la estabilidad y calidad de la obra pero que la autorización del pago exigido era un tema independiente, puesto que había cumplido a cabalidad con sus obligaciones.

Frente a lo anterior, considera el Despacho que no le asiste razón al demandante, porque el hecho de que el riesgo esté amparado mediante una póliza de seguro, no lo releva como contratista constructor de la obligación de sanear los vicios ocultos, por lo que, se recuerda a partir de la jurisprudencia citada en líneas anteriores, debe *"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..."*⁴⁵.

Dicha obligación, si bien no se encuentra expresamente en el contrato 129 de 2013, para el Despacho es claro que se deriva de la naturaleza del contrato de obra pública, esto por cuanto, considerando el artículo 1603 del Código Civil, *"los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial."*⁴⁶.

Además de lo anterior, de la controversia suscitada entre las partes a raíz del deterioro presentado en la obra un mes después de

45 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 2 de agosto de 2018. Radicación: 250002326000200202056 02 (37317). C.P.: María Adriana Marín.

46 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 22 de julio de 2009. Radicación: 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

entregada a la entidad contratante, fue exigido por ésta para poder autorizar el pago, que el contratista, hoy demandante, concurriera a subsanar los defectos en la obra; dicha exigencia fue esgrimida incluso en el escenario de la conciliación extrajudicial adelantada por las parte hoy en contienda, no obstante, en ninguno de los dos escenarios se observa ni la voluntad, ni tampoco evidencia alguna de que el contratista haya desplegado su actividad en aras de resolver los problemas de la vía intervenida.

El resultado fue que en sede administrativa las partes no llegaron a ningún acuerdo; ante el Ministerio Público, se llegó a un acuerdo conciliatorio, pero este fue improbadado por la jurisdicción al no evidenciar el cumplimiento, entre otras cosas, de la precitada condición a cargo del contratista, es decir, la de corregir los defectos de la obra. Y, en este escenario, se puede concluir que las pretensiones del demandante no están llamadas a prosperar.

En virtud de la *exceptio non adimpleti contractus* encuentra el Despacho que la carga que debe cumplir el demandante a la hora de pretender que se declare la responsabilidad de la entidad contratante por el no pago del 20% del valor final del contrato de obra 129 de 2013, es decir, por el incumplimiento de la cláusula tercera que señala la forma de pago; es la relativa a demostrar que había honrado sus propias obligaciones contractuales. Y encuentra el Despacho, a partir del material probatorio recaudado en el proceso, que dicha condición no está demostrada.

Como ya se indicó, no es de recibo el argumento a partir del cual, con la sola suscripción de las actas de terminación y entrega final de la obra, puede entenderse que el contratista haya cumplido a cabalidad sus obligaciones contractuales. Una de ellas, derivada de la naturaleza del contrato de obra, es la referente a la subsanación de los vicios ocultos, lo que no acreditó el contratista.

De otro lado, no existe en el plenario ninguna prueba o experticia técnica que indique que el deterioro de la vía intervenida presentado los días 20 a 22 de junio de 2014, obedeció a causas de fuerza mayor, caso fortuito o alguna causa extraña imprevista o imprevisible, que permitiera liberar al contratista de su obligación de acudir al saneamiento y corrección de la construcción vial que se le adjudicó.

En el escrito de fecha 6 de octubre de 2014⁴⁷, el contratista manifestó a la aseguradora Suramericana, garante de la estabilidad de la obra, una serie de factores que a su juicio constituían defectos del proyecto ejecutado a través del contrato de obra 129 de 2013. Adujo que el proyecto adoleció de una planeación integral; que la vía intervenida era de orden y competencia departamental y que para su adecuación previamente se ha debido suscribir un convenio interadministrativo entre la administración seccional y municipal; criticó la naturaleza del proyecto desde su inclusión en el banco de proyectos; arguyó igualmente que la aprobación del proyecto en el OCAD⁴⁸ transcurrió sin el cumplimiento de los requisitos generales; que entre los vacíos encontrados se hallan: falta de estudios hidrológicos, geológicos, de suelos, falta de planos técnicos y especificaciones necesarias.

Frente a estos argumentos, vale la pena traer a colación la doctrina de los actos propios o *"venire contra factum proprium non valet"* en cuya virtud se afirma que *"la conducta anterior de una parte – y la objetiva confianza que tal obrar inspiró en la contraparte- le vincula para sus actos posteriores, de modo tal que le está proscrito violar la legítima expectativa generada..."*⁴⁹

Lo cual, dicho de otra forma, implica indefectiblemente que no pueden ser de recibo este tipo de argumentos por parte de un contratista que participó en un proceso de selección⁵⁰, resultó adjudicatario del mismo, a raíz de ello suscribió y ejecutó un contrato de obra; con los cuales ahora, pretende hacer valer esos supuestos defectos a su favor, para liberarse del cumplimiento de sus obligaciones.

Tampoco existe prueba de que el contratista hubiese puesto en conocimiento formalmente de la entidad contratante, la cantidad de inconvenientes y defectos señalados en el escrito de fecha 6 de octubre de 2014 que presentó a la aseguradora.

Por las anteriores razones, las pretensiones del demandante no están llamadas a prosperar.

⁴⁷ Fls. 116-123 d. 1.

⁴⁸ Órgano Colegiado de Administración y Decisión.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 10 de diciembre de 2015. Radicación: 11001-03-26-000-2015-00031-00 (53165). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁰ Licitación pública MG-LP-2013-002.

Entonces, el problema jurídico debe ser resuelto en el sentido de establecer que la Unión Temporal Concepción Vía a Gutiérrez no cumplió con todas las obligaciones contractuales establecidas en el contrato de obra No. CO-129 de 2013, incluidas las condiciones establecidas por el Municipio de Gutiérrez, para poder exigir el pago del 20% del saldo del contrato a su favor por valor de \$45.026.143. De este modo, no hay lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales que el impago alegado supuestamente le acarreó.

IV. CONCLUSIÓN

Visto y analizado todo lo anterior se concluye que la pretensión de declaratoria de responsabilidad contractual en contra del municipio de Gutiérrez y su consecuente condena al pago de los perjuicios, no es próspera.

El demandante no probó que había cumplido con sus obligaciones contractuales de manera tal que quedara habilitado para exigir de la cocontratante, ante esta instancia judicial, el cumplimiento de su obligación de pago del 20% restante del valor del contrato.

V. COSTAS

Se proferirá sentencia de condena en costas. Respecto de las denominadas agencias en derecho, su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura. Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 1 ordinal i fijándose para los procesos declarativos en general en primera instancia **con cuantía**, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

Ahora bien, en concordancia con el artículo 2º del Acuerdo en mención, la determinación de las agencias *“tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites.”*

Es por lo anterior, que el Despacho fija como agencias en derecho el cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

En consecuencia, **el Juzgado Sesenta y Cuatro Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. FALLA:

PRIMERO: NEGAR la totalidad de pretensiones de la demanda, por las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, y fijar como agencias en derecho a favor del Municipio de Gutiérrez, el cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda negadas en el presente fallo.

TERCERO: La presente sentencia se notificará de conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley 1437.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora, en caso de que existan.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÁLVARO CARREÑO VELANDIA
Juez