CONSORCIO DEVISAB

CONSORCIO CONCESIONARIA DEL DESARROLLO VIAL DE LA SABANA
CARRETERA CHIA, COTA FUNZA, MOSQUERA, LA MESA, ANAPOIMA, APULO, TOCAIMA, GIRARDOT, RAMAL A SOACHA Y VIAS REGIONALES.

NIT.830.026.741-3

Funza, Febrero de 2020

F 7 5 9

DEVISAB

Al contestar por favor cite el siguiente numero de radicado
13/02/2020 08:21:08 SAL-2020-0000000420
Asunto: CONTESTACION DEL ...
No. Folios: 12 No. Anexos:

Señores
JUZGADO SESENTA Y TRES (63) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., SECCIÓN TERCERA
Atn. Dra. Lucelly Rocio Munar Castellanos
Juez Administrativa de Bogotá D.C.
Carrera 57 No. 43 – 91, Complejo Judicial CAN
E. S. D.

CORRESPONDENCIA RECIBIDA
2020 FEB 13 AM 9 26
OFICINA DE APOYO JUZGADOS ADMINISTRATIVOS

015848

Ref.- Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA
Expediente: No.11001-33-43-063-**2018-00423**-00
Demandante: **JUAN MANUEL RICO AMAYA.**
Demandado: INSTITUTO DE INFRESTRUCTURA Y CONCESIONES DE CUNDINAMARCA – ICCU – Y OTROS.

Asunto: CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

HERNÁN ANDRÉS ROJAS LÓPEZ, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No.80.196.122, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional No. 167.583 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial (principal) del demandado de las sociedades **PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S., INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S., INDUGRAVAS INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S., CONCAY S.A., EDYCO S.A.S.** y la persona natural **MARIO ALBERTO HUERTAS COTES,** integrantes del **CONSORCIO CONCESIONARIA DEL DESARROLLO VIAL DE LA SABANA – DEVISAB,** conforme a los poderes otorgados para tal efecto y que reposan en el expediente del proceso; me remito a usted muy respetuosamente y dentro del término legal conferido, con el fin de presentar **CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** presentado por el **INSTITUTO DE INFRAESTRUTURA Y CONCESIONES DE CUNDINAMARCA - ICCU,** admitida por su despacho mediante Auto de fecha 18 de diciembre de 2018, de la siguiente manera:

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Aun cuando por medio del presente escrito, se está contestando el llamamiento efectuado, es importante hacerle notar al despacho que continuando con dicha decisión, se están vulnerando Derechos Fundamentales de mis prodigados, dado que al estar vinculando como garantes a mis poderdantes, aun cuando ellos mismos han sido vinculados al proceso inicialmente en calidad de demandados, se les está determinando como una clara condena dos veces por el mismo hecho, ya sea en calidad de garantes o en calidad de demandados. En ese orden resulta prioritario que el despacho dentro de su potestad, reorganice el expediente y determine que mis poderdantes están llamados a responder solamente en calidad de demandados y no en calidades adicionales tal y como es llamados en garantía.

VIGILADO Supertransporte

2. OPORTUNIDAD.

Teniendo en cuenta que nos encontramos dentro del término de traslado del llamamiento en Garantía de conformidad con el Artículo 225 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (En adelante "CPACA"), el cual se cuenta desde el día siguiente a la fecha en la cual el **INSTITUTO DE INFRAESTRUTURA Y CONCESIONES DE CUNDINAMARCA - ICCU** (o "ICCU"), radicó en el CONSORCIO DEVISAB el escrito de Llamamiento en garantía, es decir desde el día *24 de enero de 2020*; en ese sentido teniendo en cuenta el término de ejecutoria, el mismo fenece el día **13 de febrero de 2020**.

3. FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA SOLICITADO POR EL ICCU.

Nos oponemos al Llamamiento en Garantía solicitado por el **INSTITUTO DE INFRAESTRUTURA Y CONCESIONES DE CUNDINAMARCA – ICCU,** realizado al **CONSORCIO CONCESIONARIA DEL DESARROLLO VIAL DE LA SABANA – DEVISAB,** conforme a las razones de hecho y de derecho que se desarrollan y exponen en el presente escrito y por las que resulten de las pruebas que se decreten y practiquen en el proceso de la referencia.

4. PRONUNCIAMIENTO EN CUANTO A LOS HECHOS CONTENTIVOS EN EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS QUE SE EXPONEN EN EL TEXTO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Realizaremos el pronunciamiento sobre los aspectos facticos indicados en el escrito de la demanda de la manera siguiente:

3.1. En cuanto al hecho PRIMERO: Parcialmente cierto.

El ICCU alega que: *"PRIMERO: El día 21 de noviembre de 1996, la Gobernación de Cundinamarca suscribió contrato de concesión 01 de 1996, El CONSORCIO CONCESIONARIA DEL DESARROLLO VIAL DE LA SABANA – DEVISAB, mediante el cual se le transfirió la elaboración de los estudios, diseños definitivos, reconstrucción y rehabilitación vial, construcción de intersecciones y puentes peatonales en los pasos urbanos (...) mantenimiento y operación de la carretera "Chía – Mosquera – Girardot y Ramal a Soacha", "*

VIGILADO SuperTransporte

Para poner en conocimiento del Despacho, vale la pena indicar que el 21 de noviembre de 1996, el CONSORCIO DEVISAB celebró con la Gobernación de Cundinamarca el Contrato de Concesión No. 01 de 1996, Cuyo objeto es: *"EL CONCESIONARIO se obliga a ejecutar por el sistema de concesión, conforme a lo establecido por el artículo 32 numeral 4° de la Ley 80 de 1993 y la ley 105 de 1993, lo ofrecido en la propuesta objeto de adjudicación de Licitación Pública SOP-02-96 en concordancia con los respectivos pliegos de condiciones y con este contrato, los estudios, diseños definitivos, reconstrucción y rehabilitación vial, construcción de intersecciones y puentes peatonales en los pasos urbanos, mantenimiento y operación de la carretera "Chía – Mosquera – Girardot y Ramal al Municipio de Soacha".* (En adelante el "*Contrato de Concesión*").

Es menester indicar que la celebración de un contrato estatal no decanta en la perdida de titularidad del Estado sobre el bien en el cual recae el objeto que se administra, que es público, y en tal sentido el ICCU no transfirió a DEVISAB la operación y mantenimiento de una carretera, sino que la concesionó que es totalmente diferente, ya que la Entidad Pública sigue siendo la dueña del bien que administra su contratista, vemos que lo que se otorga es la operación del bien de uso público, que en el caso *Sub Examine* es de titularidad del Departamento de Cundinamarca - ICCU, situación que incluso es de pleno conocimiento del ICCU, puesto que la vía concesionada "*Chía – Mosquera – Girardot*" hace parte de la red vial de carreteras a cargo del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA - ICCU, de conformidad con lo establecido en Decreto No. 171 de 2013 emitido por el Gobernador del Departamento de Cundinamarca y *"Por el cual se fija y organiza la red vial de segundo orden a cargo del Departamento de Cundinamarca"* y en Resolución 0263 del 26 de Enero de 2018 emitida por el Ministerio de Transporte "*Por la cual se expide la categorización de las vías que conforman el Sistema Nacional de Carreteras o Red Vial Nacional correspondientes al Departamento de Cundinamarca.*"

3.2. En cuanto al hecho SEGUNDO: Parcialmente cierto.

El ICCU alega que: *"SEGUNDO: Que como alcance básico del proyecto se estableció, la revisión de los estudios y diseños existentes y la elaboración de los faltantes, la construcción, rehabilitación, mantenimiento y operación de las obras que se describen a continuación:*

A.- Realizar, los estudios, diseños definitivos, reconstrucción y rehabilitación vial, construcción de cuatro (4) puentes peatonales en los pasos urbanos, mantenimiento y operación de los siguientes sectores:

A.1.- Chía - Cota - Siberia - Funza - Mosquera, con punto de partida al iniciar la variante de Chía. Este sector incluye la variante de Chía en toda su longitud.

A.2.- Ramal al municipio de Soacha, terminando en el cruce con la carretera Mosquera - Girardot.

B.- Realizar, los estudios, diseños definitivos, rehabilitación, mantenimiento y operación de los siguientes sectores;

B.1. Mosquera - La Mesa.

B.2. - La Mesa - Tocaima.

VIGILADO SuperTransporte

C.- Realizar, los estudios, diseños definitivos, rehabilitación, mantenimiento y operación del siguiente sector:

Tocaima - Girardot, con punto final frente a las instalaciones del SENA en esta última ciudad.

D.- Construcción, mantenimiento y operación de la infraestructura para la operación, de acuerdo con lo indicado en el Reglamento anexo al presente contrato."

Frente a lo anterior, vale la pena precisar que esto no es un hecho, sino es una mera afirmación subjetiva del ICCU, pues lo manifestado no tiene injerencia alguna sobre el asunto que se debate en el proceso del asunto de la referencia, en el cual el accionante busca la reparación por la presunta afectación a una de las viviendas que se ubican en el TALUD INFERIOR del Km78+200, que por demás, es proveniente de un movimiento exclusivo de la naturaleza generado como consecuencia de las condiciones climáticas y del suelo presentes en ese TALUD INFERIOR, lo cual era materialmente imposible de ser evitado, constituyendo así un típico caso de fuerza mayor irresistible, imprevisible y externo a DEVISAB, y por lo tanto que lo exime de responsabilidad.

Así las cosas, resulta evidente determinar que la inestabilidad que se presentó en el TALUD INFERIOR del Km78+200 y afectó las viviendas, fue un hecho de la naturaleza, irresistible e imprevisible para DEVISAB, tal como se demuestra en el escrito de la contestación de la demanda y en las pruebas aportadas por mis representados.

Ahora, para poner en conocimiento del Despacho, en relación con el asunto de los fenómenos naturales, se debe indicar que estos constituyen una fuerza mayor cuando por ellos se originan riesgos imprevisibles e irresistibles, caso en el cual, el efecto debe ser asumido por la **entidad pública**.

Y como quiera que el ICCU trae a colación la existencia del Contrato de Concesión No. 01 de 1996, debe indicarse que la Concesión celebrada, es una concesión de infraestructura de primera generación, en la cual el Estado asumió con la suscripción del contrato, los riesgos inherentes a este, incluyendo el riesgo geológico como sustento de intervención y de ejecución de los proyectos concesionados. Como prueba de ello se tiene que el propio Contrato 01 de 1996 estableció en su Cláusula TRIGÉSIMA (30), el procedimiento que las partes deben observar y acatar, cuando acaece un hecho de caso fortuito o fuerza mayor (tal y como se denomina en el propio contrato).

Sobre el particular la Honorable Corte Constitucional a conceptuado, indicando que con el fin de que se respete el carácter sinalagmático del contrato, se justifica la traslación de los riesgos extraordinarios que operan durante la vigencia del negocio jurídico a la Administración Pública, con independencia de que éstos se hubieren pactado o no en el texto formal del acuerdo de voluntades[1], cuando estamos en presencia de fuerza mayor o factores exógenos imprevisibles.

A pesar de solemnizar la manifestación de voluntades en el contrato, que debe corresponder a la previsión de todo lo que tenga incidencia en el cumplimiento de la obligación a cargo de cada

[1] Revisar la Cláusula 30 del Contrato de Concesión No.01 de 1996 celebrado entre la Gobernación de Cundinamarca y el Consorcio Concesionaria del Desarrollo Vial de La Sabana – Devisab. El Contrato estableció en su 31, el procedimiento que las partes deben observar, cuando acontece un hecho de caso fortuito o fuerza mayor, tácitamente determinó que el riesgo geológico se encontraba a cargo del Estado

VIGILADO SuperTransporte

una de las partes, pueden presentarse riesgos o eventos impredecible e irresistible, que incluso las partes no previeron nunca o habiéndolo identificado, le asignaron una probabilidad de ocurrencia cercana a cero, situaciones que pueden perturbar de alguna manera la ejecución del contrato, ya sea impidiendo (fuerza mayor) o haciendo más difícil o encareciendo para una de las partes su ejecución (imprevisión), lo cual afecta la economía del contrato[2].

La doctrina en materia de contratación estatal, ha precisado que la distribución se haga sobre las situaciones normales de los riesgos financieros y comerciales o de mercado, porque si sobre estos riesgos se suceden situaciones anormales, no implica que quien los asuma deba cargar necesariamente con las responsabilidades y obligaciones que se derivan de su acaecimiento.

Por su parte, el doctor Luis Guillermo *Dávila* Vinueza en su libro "*Régimen jurídico de la contratación estatal*, Bogotá D.C., Legis. (2003)", realizó un análisis sobre qué riesgos está en condiciones de asumir un concesionario, concluyendo que éste debe asumir únicamente los riesgos o áleas normales.

Así mismo, parafraseando al doctor Jorge Eliécer Fandiño Gallo Verba, en su Artículo "*Regulación y distribución de riesgos en los contratos de concesión de obra e infraestructura de Transporte (Verba Iuris 26, Julio - Diciembre 2011, páginas 97 - 110)*" manifiesta que los riesgos extraordinarios que se presenten durante la ejecución del contrato se deben trasladar a la administración contratante.

En consecuencia, y en virtud de la asignación del riesgo de Fuerza Mayor, le corresponde a la Entidad asumir los efectos derivados de los eventos de FUERZA MAYOR.

En virtud de lo expuesto, el hecho SEGUNDO se contempla como una mera apreciación subjetiva del ICCU, pues no se demuestra la relación del Llamamiento con los fundamentos facticos de este hecho, y de estos frente a las pretensiones de la demanda del asunto de la referencia, por lo que el mismo debe desestimase dentro del trámite procesal.

3.3. En cuanto al hecho TERCERO: Parcialmente cierto.

El ICCU alega que: *"TERCERO: Que según la cláusula séptima del contrato adicional 15 al contrato de concesión 01 de 1996, son obligaciones del concesionario, entre otras las siguiente:*

2. ejecutar los estudios y diseños definitivos en los plazos y condiciones que se establecen en la presente adición y modificación, incluidos los inventarios viales que no cuenten con dicho inventario.

4. Adelantar todas las actividades inherentes al proceso de adquisición predial sobre los predios requeridos para la ejecución de las obras del presente adicional de conformidad con el cronograma planteado para cada una de las obras"

[2] Uribe, E. (2010). "La valoración del riesgo en la contratación administrativa: una visión desde la economía", en Viveros, F. (comp.), Reforma al régimen de contratación estatal, Bogotá: Universidad de los Andes.

VIGILADO SuperTransporte

(...)."

Frente a lo anterior, Frente a lo anterior, vale la pena precisar que esto no es un hecho, sino es una mera afirmación subjetiva del ICCU, pues lo manifestado no tiene injerencia alguna sobre el asunto que se debate en el proceso del asunto de la referencia, en el cual el accionante busca la reparación por la presunta afectación a una de las viviendas que se ubican en el TALUD INFERIOR del Km78+200, que por demás, es proviniente de un movimiento exclusivo de la naturaleza generado como consecuencia de las condiciones climáticas y del suelo presentes en ese TALUD INFERIOR, lo cual era materialmente imposible de ser evitado, constituyendo así un típico caso de FUERZA MAYOR.

Adicional a lo expuesto en el numeral 3.2. anterior, posteriormente en el año 2010 se celebró el contrato Adicional No. 15 (como lo indica el ICCU), el cual no sólo migraba esta tipología de contrato de primera a tercera generación, sino que además establecía nuevamente la regulación en los riesgos del contrato consagradas en una matriz, tal y como lo exigía la Ley 1150 de 2007. Y precisamente fue en esa matriz en donde se estableció que el riesgo geológico se encontraba en cabeza de la Entidad. Así mismo, en dicha matriz se contempló que cuando acaeciera un evento de fuerza mayor, se debería dar tratamiento a lo contemplado en el contrato de concesión, el cual ostenta un procedimiento reglado para tales efectos, tal y como lo consagra la cláusula 30 del documento contractual.

Para dar mayor claridad a lo anterior, debemos indicar que la matriz de riesgos es un documento adicional al contrato, en el que la Entidad debe hacer un estudio serio y juicioso a fin de identificar los riesgos que se pueden presentar durante la ejecución del contrato y asignarlos a la parte que pueda y deba asumirlos conforme las condiciones prestacionales, tal y como lo ha referido los documentos Conpes 3107 de 2001, 3133 de 2001, 3714 de 201, así como la jurisprudencia que sobre el particular se ha proferido.

Se debe decir que nos encontramos en el escenario, bajo el cual la matriz de riesgos determino que el riesgo geológico debe ser asumido por el público (Entidad) en la etapa de operación, pues en la etapa constructiva, la asunción de dicho riesgo, ya se encontraba en cabeza del público (Entidad), porque los documentos contractuales anteriormente relacionados, ya habían previsto la asignación y asunción de la responsabilidad en cabeza de la Entidad Pública, máxime cuando se trata de un caso fortuito y fuerza mayor, como lo hemos analizado en párrafos anteriores.

En virtud de lo expuesto, el hecho TERCERO se contempla como una mera apreciación subjetiva del ICCU, pues no se demuestra la relación del Llamamiento con los fundamentos facticos de este hecho, y de estos frente a las pretensiones de la demanda del asunto de la referencia, por lo que el mismo debe desestimase dentro del trámite procesal.

3.4. En cuanto al hecho CUARTO: Parcialmente cierto.

El ICCU alega que: *"CUARTA: Que según la cláusula sexta del adicional No. 15 al contrato de concesión 01 de 1996, el plazo del contrato se prorroga hasta el momento en que*

ocurra la primera de las siguientes circunstancias: i) La obtención del ingreso real o; ii) el mes de noviembre de 2035 (...)"

Frente a lo anterior, Frente a lo anterior, vale la pena precisar que esto no es un hecho, sino es una mera afirmación subjetiva del ICCU, pues lo manifestado no tiene injerencia alguna sobre el asunto que se debate en el proceso del asunto de la referencia, en el cual el accionante busca la reparación por la presunta afectación a una de las viviendas que se ubican en el TALUD INFERIOR del Km78+200, que por demás, es proviniente de un movimiento exclusivo de la naturaleza generado como consecuencia de las condiciones climáticas y del suelo presentes en ese TALUD INFERIOR, lo cual era materialmente imposible de ser evitado, constituyendo así un típico caso de FUERZA MAYOR.

En virtud de lo expuesto, el hecho CUARTO se contempla como una mera apreciación subjetiva del ICCU, pues no se demuestra la relación del Llamamiento con los fundamentos facticos de este hecho, y de estos frente a las pretensiones de la demanda del asunto de la referencia, por lo que el mismo debe desestimase dentro del trámite procesal.

3.5. En cuanto al hecho QUINTO: Parcialmente cierto.

El ICCU alega que: *"QUINTO: Que el **CONSORCIO CONCESIONARIA DEL DESARROLLO VIAL DE LA SABANA – DEVISAB,** se identifica con NIT 830-026-741-3, recibe notificaciones en la Km 9 Vía Mosquera – Chía (Oficina de Correspondencia y Centro del Control Operativo) PBX:5953535, y se encuentra representada legalmente por LUISA FERNANDA REYES CASTRO (...)"*

Frente a lo anterior, Frente a lo anterior, vale la pena precisar que esto no es un hecho, sino es una mera afirmación subjetiva del ICCU, pues lo manifestado no tiene injerencia alguna sobre el asunto que se debate en el proceso del asunto de la referencia, en el cual el accionante busca la reparación por la presunta afectación a una de las viviendas que se ubican en el TALUD INFERIOR del Km78+200, que por demás, es proviniente de un movimiento exclusivo de la naturaleza generado como consecuencia de las condiciones climáticas y del suelo presentes en ese TALUD INFERIOR, lo cual era materialmente imposible de ser evitado, constituyendo así un típico caso de FUERZA MAYOR.

En virtud de lo expuesto, el hecho CUARTO se contempla como una mera apreciación subjetiva del ICCU, pues no se demuestra la relación del Llamamiento con los fundamentos facticos de este hecho, y de estos frente a las pretensiones de la demanda del asunto de la referencia, por lo que el mismo debe desestimase dentro del trámite procesal.

3.6. En cuanto al hecho SEXTTO: No cierto.

El ICCU alega que: *"SEXTO: Que teniendo en cuenta que los hechos en los cuales soporta su pretensión el demandante, ocurrió encontrándose en vigencia el contrato en mención*

VIGILADO SuperTransporte

y su adicional 15, es decir mientras el corredor vial se encontraba a cargo del ***CONSORCIO CONCESIONARIA DEL DESARROLLO VIAL DE LA SABANA – DEVISAB,*** *lo cual seguirá así, hasta que se presente la reversión, lo cual se estima que ocurra en el mes de* ***NOVIEMBRE DE 2035****. Por lo que, será dicho consorcio, quien a cambio de una remuneración que viene entregando el ICCU desde 2010, fecha en la cual se suscribió el adicional No. 15, la que deberá verificar y pronunciarse sobre las pretensiones de los demandantes, y en el caso de condena, será dicha sociedad la que se deberá verse afectada con la sentencia proferida, toda vez que se insiste, es ella quien debe correr con los gastos requeridos por el demandante por los daños reclamados, en virtud de lo pactado en el contrato de concesión 01 de 1996."*

En primer lugar, y como se indicó insistentemente en el presente escrito, la celebración de un contrato estatal no decanta en la perdida de titularidad del Estado sobre el bien en el cual recae el objeto que se administra, que es público, y en tal sentido el ICCU no transfirió a DEVISAB la operación y mantenimiento de una carretera, sino que la concesionó que es totalmente diferente, ya que la Entidad Pública sigue siendo la dueña del bien que administra su contratista, tan es así, que el mismo ICCU es el supervisor del contrato de concesión y de su respectivo adicional No. 15 de 2010, por lo que ejerce el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre el cumplimiento del contrato, toda vez que no se puede entender la existencia de un contratista sin la existencia del Estado, en tanto que el primero no puede ni debe actuar sin la supervisión y autorización del segundo; es decir que el Estado y el contratista actúan mancomunadamente y no por separado, como así lo pretende plantear el ICCU en el presente hecho.

Por esto es que indicamos que la responsabilidad que pueda llegar a ser atribuible a un contratista de la Entidad Pública, ineludiblemente corresponde al actuar del Estado, máxime si se tiene en cuenta que conforme al Decreto No. 171 de 2013 y la Resolución No. 0263 de 2018, se confirma que la vía concesionada donde presuntamente ocurrió el accidente, se encuentra bajo la tutela del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.

Así lo ha entendido el Honorable Consejo de Estado:

*"**Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general**. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, las más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del contratante (sic) de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública, no en calidad de agente o funcionario, sino como un órgano más de la gestión estatal.*

VIGILADO SuperTransporte

> ***"En otros términos: el contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa.*** *Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que (sic) la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista.* ***No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta*** **(...)**.
>
> ***"Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños a terceros; pero esto no quiere decir que la administración no responda frente a éstos*** **(...)**[3]. (Negrilla y subrayado propio para resaltar su importancia).

Ahora bien, el caso bajo estudio en el proceso del asunto de la referencia, versa sobre la reparación por la presunta afectación a una de las viviendas que se ubican en el TALUD INFERIOR del Km78+200, y como se ha reiterado, dicha afectación proveniente de un movimiento exclusivo de la naturaleza generado como consecuencia de las condiciones climáticas y del suelo presentes en ese TALUD INFERIOR, lo cual era materialmente imposible de ser evitado, constituyendo así un típico caso de FUERZA MAYOR, agravado por las graves deficiencias constructivas y estructurales que tienen las viviendas que allí se ubican (cuyos soportes reposan junto con el escrito de contestación de la demanda de mis representados).

Corolario de ello, y en virtud de las pruebas aportadas por el Consorcio DEVISAB resulta evidente determinar que la inestabilidad que se presentó en el TALUD INFERIOR del Km78+200 y afectó las viviendas, fue un hecho de la naturaleza, irresistible e imprevisible para DEVISAB, constitutivo de un típico hecho de FUERZA MAYOR, como ya se mencionó.

Por su parte, en relación con los fenómenos naturales que puedan presentarse en la ejecución del Contrato de Concesión y su Adicional No. 15, se debe indicar que estos constituyen una fuerza mayor cuando por ellos se originan riesgos imprevisibles, irresistibles y externos, caso en el cual, el efecto debe ser asumido por la **entidad pública**.

Sobre el particular la Honorable Corte Constitucional a conceptuado, indicando que con el fin de que se respete el carácter sinalagmático del contrato, se justifica la traslación de los riesgos extraordinarios que operan durante la vigencia del negocio jurídico a la Administración Pública, con independencia de que éstos se hubieren pactado o no en el texto formal del acuerdo de voluntades[4], cuando estamos en presencia de fuerza mayor o factores exógenos imprevisibles.

---

[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, (2017), 73001-23-31-000-2008-00745-01(39750), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

[4] Revisar la Cláusula 31 del Contrato de Concesión No.01 de 1996 celebrado entre la Gobernación de Cundinamarca y el Consorcio Concesionaria del Desarrollo Vial de La Sabana – Devisab. El Contrato estableció en su 31, el procedimiento que las partes deben observar, cuando acontece un hecho de caso fortuito o fuerza mayor, tácitamente determinó que el riesgo geológico se encontraba a cargo del Estado

VIGILADO SuperTransporte

En Sentencia C-892 de 2001, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, la Corte Constitucional consideró lo siguiente:

(...)

"En nuestro derecho positivo, al margen de la previsiones específicas que sobre la materia regulan los artículos 4°, 5°-1, 14-1 y 25 de la Ley 80 de 1993, el artículo 27 de ese mismo ordenamiento, a la manera de cláusula general, fija una fórmula que permite aplicar el principio de la equivalencia económica a todas las situaciones en que se pueda alterar o modificar la relación jurídico contractual por causas ajenas al contratista, al disponer que: "en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento."

Bajo este supuesto, se radica en cabeza del contratista el derecho a que la administración respete el carácter sinalagmático del contrato, cuando la igualdad de las prestaciones -derechos y obligaciones contractuales- se vean afectadas si sobrevienen hechos ***imprevistos o de suficiente identidad*** *durante la celebración, ejecución y liquidación del contrato -****áleas anormales o extraordinarios****-, ya sea que éstos procedan de* ***fenómenos administrativos*** *(poderes exorbitantes, hechos del príncipe y responsabilidad contractual),* ***coyunturales*** *(causas económicas, políticas o sociales) o* ***naturales (fuerza mayor o factores exógenos imprevisibles***). *En este sentido, la relación sinalagmática del contrato se asume como un mero desarrollo del principio de justicia conmutativa que, con carácter de derecho imperativo, -se ha dicho ya-* ***justifica la traslación de los riesgos extraordinarios que operan durante la vigencia del negocio jurídico a la Administración Pública, con independencia de que éstos se hubieren pactado o no en el texto formal del acuerdo de voluntades."*** *(Negrilla y subrayado propia para resaltar su importancia)*

A pesar de solemnizar la manifestación de voluntades en el contrato, que debe corresponder a la previsión de todo lo que tenga incidencia en el cumplimiento de la obligación a cargo de cada una de las partes, pueden presentarse riesgos o eventos impredecible e irresistible, que incluso las partes no previeron nunca o habiéndolo identificado, le asignaron una probabilidad de ocurrencia cercana a cero, situaciones que pueden perturbar de alguna manera la ejecución del contrato, ya sea impidiendo (fuerza mayor) o haciendo más difícil o encareciendo para una de las partes su ejecución (imprevisión), lo cual afecta la economía del contrato[5].

Y como quiera que el mismo ICCU referencia la existencia del Contrato de Concesión No. 01 de 1996, mediante el cual se celebró una Concesión de Primera Generación, en la cual el Estado asumió con la suscripción del contrato, los riesgos inherentes a este, incluyendo el riesgo geológico como sustento de intervención y de ejecución de los proyectos concesionados, más

[5] Uribe, E. (2010). "La valoración del riesgo en la contratación administrativa: una visión desde la economía", en Viveros, F. (comp.), Reforma al régimen de contratación estatal, Bogotá: Universidad de los Andes.

VIGILADO SuperTransporte

aun hablando de hechos propios de eventos de FUERZA MAYOR. Como prueba de ello se tiene que el propio Contrato 01 de 1996 estableció en su Cláusula TRIGÉSIMA (30), el procedimiento que las partes deben observar y acatar, cuando acaece un hecho de caso fortuito o fuerza mayor (tal y como se denomina en el propio contrato).

La doctrina en materia de contratación estatal, ha precisado que la distribución se haga sobre las situaciones normales de los riesgos financieros y comerciales o de mercado, porque si sobre estos riesgos se suceden situaciones anormales, no implica que quien los asuma deba cargar necesariamente con las responsabilidades y obligaciones que se derivan de su acaecimiento.

Por su parte, el doctor Luis Guillermo *Dávila* Vinueza en su libro "*Régimen jurídico de la contratación estatal*, Bogotá D.C., Legis. (2003)", realizó un análisis sobre qué riesgos está en condiciones de asumir un concesionario, concluyendo que éste debe asumir únicamente los riesgos o áleas normales.

Así mismo, parafraseando al doctor Jorge Eliécer Fandiño Gallo Verba, en su Artículo "*Regulación y distribución de riesgos en los contratos de concesión de obra e infraestructura de Transporte (Verba Iuris 26, Julio - Diciembre 2011, páginas 97 - 110)*" manifiesta que los riesgos extraordinarios que se presenten durante la ejecución del contrato se deben trasladar a la administración contratante.

Aunado a lo anterior, mediante el contrato Adicional No. 15 de 2010, olvidó el ICCU que se estableció una regulación de los riesgos del contrato adicional consagradas en una matriz, tal y como lo exigía la Ley 1150 de 2007, en la cual se pactó que el riesgo geológico se encontraba en cabeza de la Entidad, y así mismo, se contempló que cuando acaeciera un evento de fuerza mayor, se debería dar tratamiento a lo contemplado en el contrato de concesión, el cual ostenta un procedimiento reglado para tales efectos, tal y como lo consagra la cláusula 30 del documento contractual.

Conforme a lo señalado en dicha matriz, se determinó que el riesgo geológico debe ser asumido por la Entidad en la etapa de operación, pues en la etapa constructiva, la asunción de dicho riesgo, ya se encontraba en cabeza del ICCU, ya que los documentos contractuales, ya habían previsto la asignación y asunción de la responsabilidad en cabeza de la Entidad Pública, máxime cuando se trata de un caso de fuerza mayor, como se ha analizado en este escrito, así como en la contestación de la demanda y pruebas aportadas por el Consorcio DEVISAB. En consecuencia, y en virtud de la asignación del riesgo de Fuerza Mayor, le corresponde a la Entidad asumir los efectos derivados de los eventos de FUERZA MAYOR.

En virtud de lo expuesto, el ICCU no puede pretender desligarse de su responsabilidad a costa de este Consorcio (en caso de llegarlo a ser), frente a los hechos y pretensiones que alega el accionante, no solo porque la celebración de un contrato estatal no decanta en la perdida de titularidad del Estado sobre el bien en el cual recae el objeto que se administra, que es público, sino porque la asunción del riego geológico está en cabeza de la entidad y que decir, cuando se configura un hecho de fuerza mayor.

4. EXCEPCIONES

VIGILADO Supertransporte

4.1. FUERZA MAYOR COMO CAUSA EXTRAÑA A LA RESPONSABILIDAD DE ESTE CONSORCIO.

4.1.1. LA FUERZA MAYOR PRODUCTO DEL EVENTO NATURAL DE LA INESTABILIDAD PRESENTE EN EL TALUD INFERIOR KM 78+200, ESTA EN CABEZA DEL ICCU Y NO DEL CONSORCIO DEVISAB.

4.1.1.1. <u>Fenómeno Natural de Inestabilidad del Talud Inferior Km78+200, como evento de fuerza mayor.</u>

Siguiendo la línea argumentativa de la contestación de la demanda del Consorcio DEVISAB, en primer lugar, vale la pena indicar que el CONSORCIO DEVISAB no se encontraba ejecutando obras del proyecto de Terceros Carrieles en Km 78+200, para el mes de septiembre de 2016, ya que entre los meses de julio a agosto de 2016 el **CONSORCIO DEVISAB** únicamente ejecutó en el Km 78+200 un corte en el Talud Superior (no en el inferior en el cual se ubican tres viviendas) para la ampliación de la calzada existente y la incorporación de su Tercer Carril, tal como se estaba realizado para los otros SEIS (6) tramos de los de 14.6 kilómetros que componen el alcance de la construcción del proyecto del Tercer Carril, sin ejecutar ninguna otra obra adicional en el Km78+200, ni que dicha intervención haya tenido problemas durante o después de su ejecución.

Que frente a ello, se concluyó que en días anteriores al movimiento del TALUD SUPERIOR, habían ocurrido dos intensos aguaceros que son el detonante del deslizamiento del TALUD SUPERIOR debido a la infiltración y saturación del talud. Que en las viviendas construidas en la parte alta del TALUD SUPERIOR existía un pozo séptico y las aguas domésticas eran vertidas directamente al talud superior afectado situación que se tenía desde hace varios años que de otra forma se convierte en un factor detonante de la inestabilidad ya que constantemente se estaba aportando agua al talud[6].

Ahora bien, en relación con el TALUD INFERIOR (en el cual se ubican tres viviendas), se debe destacar que la causa eficiente que originó el hecho que resulto imprevisible e irresitible y completamente externo al Consorcio Devisab, es la inestabilidad identificada en el **TALUD INFERIOR** del Km 78+200, en el cual se ubican tres viviendas, frente a la cual se pudo concluir de los análisis efectuados por el especialista INGENIERÍA Y GEOTECNIA S.A.S., que constan en su Informe Técnico – Geotécnico emitido.

De acuerdo al Informe Técnico emitido por la firma especialista INGENIERÍA Y GEOTECNIA S.A.S., el **TALUD INFERIOR** por el contrario está compuesto por un depósito de granulometría predominantemente fina, compuesto por fragmentos de lutitas dispersas y dispuestas en una matriz de tierras, limos y lodos, poco consolidado, susceptible a fenómenos de inestabilidad y a procesos de erosión como cárcavas, grietas y surcos, por lo que presenta movimientos lentos y continuos de estos materiales que caracterizan este talud, como se indica en el numeral 3.4.1.2. de la descripción de la "Geología Regional" del Informe Técnico emitido por la firma especialista INGENIERÍA Y GEOTECNIA S.A.S.

[6] GEOTECNÍA Y CIMENTACIONES COMPAÑÍA DE DISEÑOS Y CONSULTORÍA. Estudios de Estabilidad – Sitio Inestable KM 78+200. GYC 0916/2774. Versión 5, Bogotá D.C. Marzo 2017

VIGILADO SuperTransporte

Es decir, que el TALUD INFERIOR presenta movimientos lentos y continuos de materiales blandos como los **limos** (*sedimeno fino cuyas partículas tienen un tamaño medio comprendido entre 4 y 62 µm (micras)*) y **lodos** que caracterizan este talud, como se indica en el numeral 3.4.1.2. de la descripción de la "Geología Regional" del Informe Técnico emitido por la firma especialista INGENIERÍA Y GEOTECNIA S.A.S.

De acuerdo a ello, en el flujo de depósitos de **tierra**, **detritos** (*Residuos de roca degradada, producto sólido, resultante de la destrucción de una roca por agentes físicos el cual puede ser transportado*) y **lodos** del TALUD INFERIOR se ha desarrollado un deslizamiento de tipo ***TRASLACIONAL*** *(ocurre cuando la masa se desliza hacia afuera o hacia abajo, a lo largo de una superficie más o menos plana o ligeramente ondulada*), según fue identificado por la firma especialista INGENIERÍA Y GEOTECNIA S.A.S. y que consta en el numeral 7.1.4. – Modelo Geológico – Geotécnico de la Ladera Inestable del Informe Técnico por ellos emitido.

Deslizamiento de Tipo Traslacional

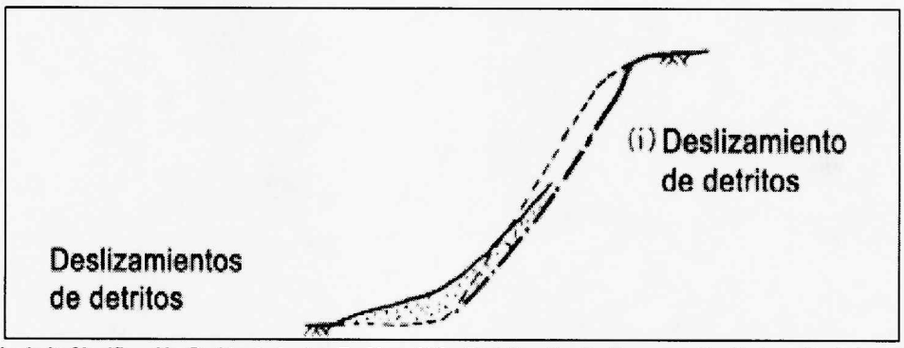


Imagen tomada de la Clasificación De Movimientos En Masa Y Su Distribución En Terrenos Geológicos De Colombia. Imagen 12.

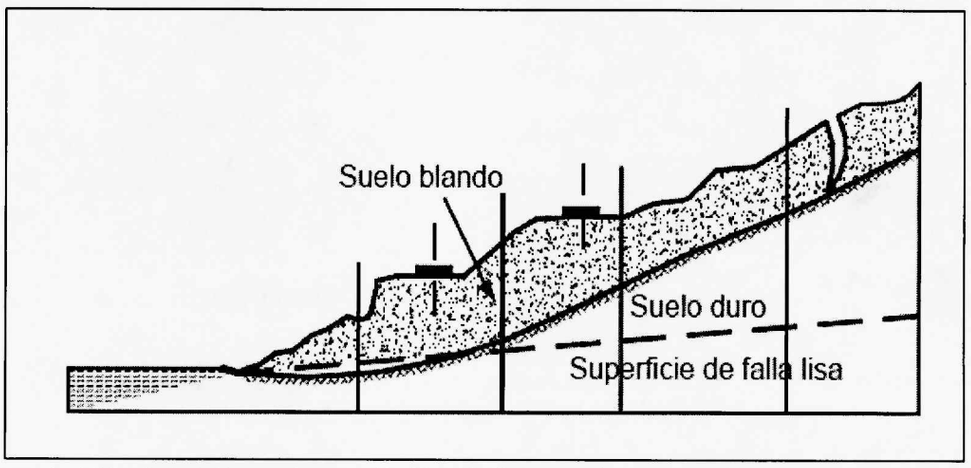


Imagen tomada del Capítulo 1, Nomenclatura y Clasificación de los Movimientos. Deslizamientos: Análisis Geotécnico – Jaime Suarez. www.erosion.com

A su vez, este movimiento es de tipo ***RETROGRESIVO*** *(La superficie de falla se extiende en dirección opuesta al movimiento)*, es decir, que va avanzando desde los puntos de menor

VIGILADO SuperTransporte

elevación hacia los de mayor altura, actualmente teniendo como límite superior las viviendas que se encuentran al margen derecho de la vía del TALUD INFERIOR.

Consecuentemente, el Informe Técnico emitido por la firma especialista INGENIERÍA Y GEOTECNIA S.A.S. indica que el flujo de tierras y detritos del TALUD INFERIOR "*tiene un espesor variable en la zona aledaña a la vía entre 6 m y 12 m, y está compuesto por fragmentos y bloques de lutitas dispersos en forma heterogénea dentro de una matriz de limos y lodos. Además, en las inspecciones de campo se observó que el* ***flujo tiene un carácter de inestabilidad activo***.

Existen agrietamientos superficiales persistentes en la superficie de la zona inestable, lo cual contribuye en gran medida a la susceptibilidad al movimiento del terreno*, dado que en eventos de lluvia el agua infiltrada en las grietas genere presiones de poros dentro de ellas, las cuales se disipan en forma lenta debido a la existencia del material de grano fino de la matriz del depósito. También se observaron en superficies del terreno lóbulos*[7] *o "lengüetas" características de movimientos de masas saturadas con velocidad baja*[8]". (Negrilla propia para resaltar su importancia), como se evidencia en la siguiente imagen:

Descripción: Depósito Flujo de Tierras y Detritos. Fragmentos Angulares de lutitas embedios caóticamente en matriz húmeda de limo y arcicha

Imagen tomada del Informe Técnico – Estudio Geotécnico de *Talud Inferior* en la Abscisa K78+200 de la Carretera Girardot – Mosquera", elaborado por la firma **INGENIERIA Y GEOTECNÍA S.A.S., INGENIEROS CONSULTORES. Figura 30**

[7] **Lobulos:** acumulación de materiales en forma de abanico o segmento de cono, depositada por una corriente fluvial o torrencial, en sectores donde hay un cambio brusco de pendiente, como lo es el límite entre una montaña y una llanura adyacente. Tomado del Glosario del Informe Ejecutivo.

[8] Informe Técnico – "**Estudio Geotécnico de *Talud Inferior* en la Abscisa K78+200 de la Carretera Girardot – Mosquera**", elaborado por la firma **INGENIERIA Y GEOTECNÍA S.A.S., INGENIEROS CONSULTORES,** Informe Técnico - Proyecto IGL No. 2621, de fecha 01 de octubre de 2019, página 95

VIGILADO SuperTransporte

La inestabilidad del TALUD INFERIOR a la vía tiene como límite superior, en las zonas de las tres (3) casas existentes, *la carretera*, en donde se localiza el contacto entre el depósito de flujo de tierras (talud inferior) y el talud rocoso de lutitas (Talud Superior).

Así mismo, de los análisis efectuados por el especialista INGENIERÍA Y GEOTECNIA S.A.S., que constan en su Informe Técnico – Geotécnico emitido, se pudo concluir frente a la inestabilidad del **TALUD INFERIOR**, lo siguiente:

> *(...)*
> *"a)* ***Las causas principales de la inestabilidad son:*** *la litología (****existencia de rocas blandas y flujos de tierras y detritos****), la meteorización (que causa* ***debilitamiento de las rocas blandas****), y la estructura (disposición desfavorable de la estratificación del macizo rocoso y suelo residual buzado en el sentido de la pendiente).*
>
> *b)* ***Las causas contribuyentes y detonante de la inestabilidad son:*** *el* ***agrietamiento extenso y profundo*** ***del flujo de tierras y detritos****, las* ***precipitaciones altas****, la* ***infiltración de las aguas*** ***de escorrentía en las grietas*** *(con la consiguiente* ***generación de empujes de agua*** ***dentro de la masa inestable****) y la* ***existencia de una capa débil*** *(de resistencia al corte baja)* ***entre los suelos superficiales y la roca sana subyacente****."*
>
> *c) Los valores de Factor de Reducción de Resistencia (SRF) obtenidos con los programas OptumG2 (elementos finitos) y Slide (equilibrio de tajadas) son similares, es decir, que las dos metodologías de análisis son equivalente.*
>
> *d) En condición estática y con el nivel de agua actual las tres secciones de análisis están en equilibrio (SRF-FS-1.0). Por lo tanto, cualquier pequeño cambio en la posición del nivel freático, la ocurrencia del sismo de diseño (condición seudo estática), o el incremento de las cargas externas puede causar la aceleración de los movimientos del terreno. Es importante notar que* ***los movimientos observados del terreno son lentos, pero se estima que la velocidad de desplazamiento del terreno incrementa durante temporadas de lluvias****.*
>
> *e) La falla ocurre a lo largo de la zona débil (de menor resistencia al corte) existente entre los suelos superficiales (flujo de tierras y suelo residual) y la sana subyacente, de acuerdo con lo indicado por los vectores de desplazamiento y el multiplicador plástico.*
>
> *f)* ***La inestabilidad de la ladera es de carácter retrogresivo****,* ***iniciando en la parte baja de la ladera y progresando hacia arriba de la misma. Actualmente las superficies de falla más altas están adyacentes o debajo de las viviendas.*** *De acuerdo con los análisis efectuados se estima que la inestabilidad puede progresar hasta la banca de la carretera en donde está el contacto de los suelos inestables con la roca inalterada estable, lo cual podría causar daños mayores a las casas o aún el colapso de las tres viviendas.*
>
> *g)* ***La inestabilidad del talud inferior*** *que corresponde a un flujo de tierras y detritos* ***es independiente de las condiciones de estabilidad del talud rocoso superior****,*

VIGILADO SuperTransporte

el cual de acuerdo con las observaciones de campo se ha estabilizado con las obras de contención existentes" *(...)* (Negrilla y subrayado propio para resaltar su importancia).

Adicional a lo anterior, de acuerdo al numeral 3° del Informe Ejecutivo del "**Estudio Geotécnico de *Talud Inferior* en la Abscisa K78+200 de la Carretera Girardot – Mosquera"**, elaborado por la firma **INGENIERIA Y GEOTECNÍA S.A.S., INGENIEROS CONSULTORES,** se encontró que la inestabilidad que se encuentra presente en el TALUD INFERIOR es anterior al año **1975**, y por ende el daño que presentan las viviendas por la inestabilidad de éste, data desde ese año, de acuerdo a la serie histórica de fotos aéreas del INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTÍN CODAZI – IGAC, para los años 1975, 1983 y 1988 fotointerpretadas en el estudio geotécnico referido.

Señalo el informe ejecutivo que:

(...)"El depósito de tierra y detritos es de granulometría predominantemente fina, y está compuesto por fragmentos de lutitas dispersas caóticamente en una matriz de limos y lodos, poco consolidado, susceptiblre a fenómenos de inestabilidad y a procesos de erosión como cárcavas y surcos. En la inspección de campo se observó qye es un flujo activo de movimiento lento, con un grado de saturación alto y cuyo espesor es del orden de unos 6 metros.

Es importante notar que el depósito inestable de flujo de tierras se puede observar en todas las serie histórica de fotos aéreas del IGAC fotointerpretadas. Es decir, que la inestabilidad que causó el daño de las casas del talud inferior es anterior al año 1975." (Negrilla y subrayado propio para resaltar su importancia).

Que teniendo en cuenta los antecedentes y situación del sitio, se puede concluir que los movimientos de ladera que se presentan en el sector no fueron provocados por la ejecución del proyecto de terceros carriles por parte de DEVISAB, sino por factores externos y ajenos al proyecto ejecutado por el Consorcio DEVISAB, tal como se ha demostrado en el presente escrito.

Lo anterior logicamente demuestra que el Consorcio DEVISAB no tenía control para evitar los moviminetos de la inestabilidad del TALDU INFERIOR, ni tampoco su contención. Siendo éste un hecho constitutivo tipico de **FUERZA MAYOR**.

En tratándose de la Fuerza Mayor, el Honorable Consejo de Estado ha manifestado que:

(...)
"*Históricamente se ha aceptado y comprendido la necesidad de eliminar la responsabilidad de quien se encuentra impedido para actuar bajo el imperio de la fuerza mayor, que tiene como característica esencial la de la irresistibilidad. Por ello ULPINIANO la definía diciendo: "Omnen vir cui resistit non potest" (toda fuerza que no puede resistirse). También en el derecho francés EMÉRIGON, en su tratado*

VIGILADO SuperTransporte

*de los seguros y del préstamo a la gruesa, enseñaba: "**se llama fuerza**, vis mayor, **aquella a la cual no se puede resistir**."*

*"En el caso sub examine el sentenciador encuentra debidamente demostrado que el perjuicio no se debe al hecho de la Administración, pues la causa de la tragedia, **aunque previsible, le fue irresistible**. Ya se destacó en antes que frente a la reactivación del volcán Nevado del Ruíz, a fines de noviembre de 1954, la Defensa Civil colombiana programó conferencias para ilustrar a las autoridades y a los integrantes de la comunidad sobre la manera como debían*

*actuar en caso de emergencia, se instalaron equipos de radio VHF en las localidades que podrían verse afectadas, se hicieron inspecciones aéreas al área comprometida, se trajeron al país científicos extranjeros para que estudiaran la situación e hicieran las recomendaciones de rigor, se elaboraron volantes con normas de prevención y protección, se enviaron a las delegaciones de la Defensa Civil del Tolima, Caldas, Quindío y Risaralda cobijas, manilas, botiquines, plantas eléctricas, bolsas plásticas, catres plegables y dinero en efectivo, **todo dentro del marco de las posibilidades de la institución**, entre otros. Así las cosas, no puede el sentenciador aceptar que la administración haya sido pasiva en el manejo de la situación. La mente humana no alcanza a imaginar que medidas habría podido tomar la Nación para impedir que los lahares viajaran por los flancos de 11 valles y para que el primer depósito de lodo, que alcanzó a Armero, que inicialmente fue frio, no se volviera cada vez más caliente, humeante o escaldante. Cómo haber evitado por ejemplo, el ruido espantoso y la ráfaga de viento que según el residente E. Nieto, golpeó a la población, y el fuego que caía del cielo. Cómo se habría podido evitar que los lahares avanzaran entre 30 y 35 km por hora. ¿Habría podido la administración evitar que una nube que contenía más de 0.5 x 10 toneladas métricas de SO^2, cubriese una zona de 650.000 km^2 que se extendió al NE y ligeramente al SW del volcán? (...)"* (negrilla propia para resaltar su importancia)

Continúa el Consejo de Estado manifestando que:

*"(...) la administración no es responsable del daño que se le imputa, pues el nexo causal quedó roto por una causa ajena al demandado, como lo es la fuerza mayor. Es bien sabido que cuando ésta lesiona directamente a una persona, ora porque un terremoto destruye su habitación, ora porque un huracán arranca los árboles y éstos dañan a las personas o a sus bienes, ora cuando una inundación, o la erupción de un volcán, como El Arenas, causan desastres colectivos, las víctimas se encuentran frente a hechos que no se le pueden atribuir a la Nación, ni a ninguno de los centros de imputación jurídica de la organización estatal, pues opera el principio general de derecho que enseña: '**Nadie está obligado a lo imposible**" (cursivas fuera del original).*

Como vemos, los riesgos por el acaecimiento de la fuerza mayor, pueden presentarse por fenómenos naturales en donde se encuentran los terremotos, avalanchas y aludes, inundaciones, sequías, tempestades y por la temporada invernal, como el caso del fenómeno geológico y geotécnico de inestabilidad que se presenta en el TALUD INFERIOR del Km78+200, y que generó

VIGILADO SuperTransporte

las afectaciones a las tres viviendas que se ubican en él, lo cual fue un hecho imprevisible, irresistible, externo e imposible de ser evitado por parte del Consorcio, pues por ser inopinado u ocasional, no se sabe o no puede preverse cuándo ni en qué circunstancias podrá acontecer, y una vez presentado, es absolutamente irresistible[9].

En consecuencia, no es posible evidenciar falla alguna del servicio o daño especial en cabeza de DEVISAB, pues las afectaciones a las tres viviendas que se ubican en el TALUD INFERIOR del Km78+200, provinieron de un movimiento exclusivo de la naturaleza generado como consecuencia de las condiciones climáticas y del suelo presentes en el TALUD INFERIOR, lo cual era materialmente imposible de ser evitado, constituyendo así un típico caso de fuerza mayor que exime de responsabilidad al Consorcio.

Así las cosas, resulta evidente determinar que la inestabilidad que se presentó en el TALUD INFERIOR del Km78+200 y afectó las viviendas, fue un hecho de la naturaleza, irresistible e imprevisible para DEVISAB. Por consiguiente, al no existir medio probatorio que indique lo contrario, no era posible exigirle a DEVISAB una acción eficaz y precisa tendiente a evitar la inestabilidad del talud mencionada y mucho menos es posible ahora pretender endilgarle algún tipo de responsabilidad que como se ha demostrado no les atribuible.

Que teniendo en cuenta los antecedentes y situación del sitio, se puede concluir que los movimientos de ladera que se presentan en el sector no fueron provocados por la ejecución del proyecto de terceros carriles por parte de DEVISAB, sino por factores externos y ajenos al proyecto ejecutado por el Consorcio DEVISAB, tal como se ha demostrado en el presente escrito.

4.1.1.2. <u>El Fenómeno Natural de Inestabilidad del Talud Inferior, como evento de fuerza mayor es asumido por el ICCU.</u>

Ahora, retomando el asunto de los fenómenos naturales, se debe indicar que estos constituyen fuerza mayor cuando por ellos se originan riesgos imprevisibles e irresistibles, caso en el cual, el efecto debe ser asumido por la **entidad pública**.

Sobre el particular la Honorable Corte Constitucional a conceptuado, indicando que con el fin de que se respete el carácter sinalagmático del contrato, se justifica la traslación de los riesgos extraordinarios que operan durante la vigencia del negocio jurídico a la Administración Pública, con independencia de que éstos se hubieren pactado o no en el texto formal del acuerdo de voluntades[10], cuando estamos en presencia de fuerza mayor o factores exógenos imprevisibles.

En Sentencia C-892 de 2001, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, la Corte Constitucional consideró lo siguiente:

---

[9] Ramiro Saavedra Becerra. La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Primera Edición. Sexta Impresión. Grupo Editorial Ibañez. 2011. Página 577. Colombia, Bogotá D.C.

[10] Revisar la Cláusula 31 del Contrato de Concesión No.01 de 1996 celebrado entre la Gobernación de Cundinamarca y el Consorcio Concesionaria del Desarrollo Vial de La Sabana – Devisab. El Contrato estableció en su 31, el procedimiento que las partes deben observar, cuando acontece un hecho de caso fortuito o fuerza mayor, tácitamente determinó que el riesgo geológico se encontraba a cargo del Estado

VIGILADO SuperTransporte

(...)

"En nuestro derecho positivo, al margen de la previsiones específicas que sobre la materia regulan los artículos 4°, 5°-1, 14-1 y 25 de la Ley 80 de 1993, el artículo 27 de ese mismo ordenamiento, a la manera de cláusula general, fija una fórmula que permite aplicar el principio de la equivalencia económica a todas las situaciones en que se pueda alterar o modificar la relación jurídico contractual por causas ajenas al contratista, al disponer que: "en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento."

Bajo este supuesto, se radica en cabeza del contratista el derecho a que la administración respete el carácter sinalagmático del contrato, cuando la igualdad de las prestaciones -derechos y obligaciones contractuales- se vean afectadas si sobrevienen hechos ***imprevistos o de suficiente identidad*** *durante la celebración, ejecución y liquidación del contrato -****áleas anormales o extraordinarios-****, ya sea que éstos procedan de* ***fenómenos administrativos*** *(poderes exorbitantes, hechos del príncipe y responsabilidad contractual),* ***coyunturales*** *(causas económicas, políticas o sociales) o* ***naturales (fuerza mayor o factores exógenos imprevisibles****). En este sentido, la relación sinalagmática del contrato se asume como un mero desarrollo del principio de justicia conmutativa que, con carácter de derecho imperativo, -se ha dicho ya-* ***justifica la traslación de los riesgos extraordinarios que operan durante la vigencia del negocio jurídico a la Administración Pública, con independencia de que éstos se hubieren pactado o no en el texto formal del acuerdo de voluntades."*** *(Negrilla y subrayado propia para resaltar su importancia)*

A pesar de solemnizar la manifestación de voluntades en el contrato, que debe corresponder a la previsión de todo lo que tenga incidencia en el cumplimiento de la obligación a cargo de cada una de las partes, pueden presentarse riesgos o eventos impredecible e irresistible, que incluso las partes no previeron nunca o habiéndolo identificado, le asignaron una probabilidad de ocurrencia cercana a cero, situaciones que pueden perturbar de alguna manera la ejecución del contrato, ya sea impidiendo (fuerza mayor) o haciendo más difícil o encareciendo para una de las partes su ejecución (imprevisión), lo cual afecta la economía del contrato[11].

La doctrina en materia de contratación estatal, ha precisado que la distribución se haga sobre las situaciones normales de los riesgos financieros y comerciales o de mercado, porque si sobre estos riesgos se suceden situaciones anormales, no implica que quien los asuma deba cargar necesariamente con las responsabilidades y obligaciones que se derivan de su acaecimiento.

Por su parte, el doctor Luis Guillermo *Dávila* Vinueza en su libro "*Régimen jurídico de la contratación estatal*, Bogotá D.C., Legis. (2003)", realizó un análisis sobre qué riesgos está en

[11] Uribe, E. (2010). "La valoración del riesgo en la contratación administrativa: una visión desde la economía", en Viveros, F. (comp.), Reforma al régimen de contratación estatal, Bogotá: Universidad de los Andes.

VIGILADO Supertransporte

condiciones de asumir un concesionario, concluyendo que éste debe asumir únicamente los riesgos o áleas normales.

Así mismo, parafraseando al doctor Jorge Eliécer Fandiño Gallo Verba, en su Artículo "*Regulación y distribución de riesgos en los contratos de concesión de obra e infraestructura de Transporte (Verba Iuris 26, Julio - Diciembre 2011, páginas 97 - 110)*" manifiesta que los riesgos extraordinarios que se presenten durante la ejecución del contrato se deben trasladar a la administración contratante.

Por su parte, las obligaciones tratándose de sitios inestables, asumidas por el Consorcio Devisab están plenamente establecidas tanto en el contrato de concesión, como en el Adicional No. 15., frente a lo cual vale la pena precisar lo referente de la siguiente manera:

Para iniciar debemos indicar que esta es una concesión de infraestructura de primera generación, en la cual el Estado asumió con la suscripción del contrato, los riesgos inherentes a este, incluyendo el riesgo geológico como sustento de intervención y de ejecución de los proyectos concesionados. Como prueba de ello se tiene que el propio Contrato estableció en su Cláusula Trigésima 31, el procedimiento que las partes deben observar y acatar, cuando acaece un hecho de caso fortuito o fuerza mayor (tal y como se denomina en el propio contrato) y que precisamente avoca la intervención inmediata sobre la vía a causa de un proceso de remoción en masa.

Con el hecho de plasmar esta cláusula así como redactarla de esta manera, el documento contractual decantó, la clara determinación contractual frente a la asunción y responsabilidad que se debe asumir en cuanto al riesgo geológico se trata, tanto que como ya lo mencionamos, de lo que se ocupó la mencionada clausula, fue de reglamentar el trámite que debía dársele a este tipo de hechos y la manera en que la Entidad **debía** (en atención al principio de que el contrato es para cumplirlo) reconocer tales actividades al Concesionario. (Negrilla y subrayado propio).

La referida redacción se reitera, advirtió que era la Entidad, la encargada de reconocer los costos asumidos por la atención del fenómeno respectivo (indistintamente si acaecida sobre un sitio inestable reportado), previo soporte elaborado y remitido dentro de los plazos allí establecidos por parte del Concesionario.

Lo explicado anteriormente determina claramente que la carga probatoria de la atención del evento y de los costos ocasionados con dicha atención se encuentra a la luz del contrato 01 de 1996 en cabeza del Concesionario. Las obligaciones asignadas al Contratista y dispuestas en esta cláusula, se resumen así: (i) en atender el evento, (ii) soportar los costos incurridos y (iii) Notificar a la entidad, dentro de los diez (10) días siguientes de la cesión de las causas del evento, de la ocurrencia y cuantía de este, reiteramos una vez más, a fin que la Entidad cancele dichos costos.

Es absolutamente relevante analizar el presente aspecto, toda vez que este Contrato fue suscrito en el año de 1996, en donde las consideraciones contractuales y jurídicas tienen plena injerencia para los efectos aquí analizados, ya que se erigen como el marco contractual matriz (Los contratos se rigen por las leyes vigentes al momento de su celebración), que como veremos más adelante resulta plenamente aplicable no sólo frente al tratamiento contractual que a este tipo de circunstancias se aplica, sino además para cuasi todos los efectos contractuales.

En ejecución del contrato de concesión y en atención a una demanda arbitral interpuesta por el propio Departamento, fue que se profirió el laudo arbitral del año 2009 en el cual se analizó precisamente el riesgo geológico, en atención a las pretensiones enervadas en aquel entonces por el Departamento de Cundinamarca.

Posteriormente y como bien se conoce, en el año 2010 se celebró el contrato Adicional No. 15, el cual no sólo migraba esta tipología de contrato de primera a tercera generación, sino que además establecía nuevamente la regulación en los riesgos del contrato consagradas en una matriz, tal y como lo exigía la Ley 1150 de 2007.

Y precisamente fue en esa matriz en donde se estableció que el riesgo geológico se encontraba en cabeza de la Entidad. Así mismo, en dicha matriz se contempló que cuando acaeciera un evento de fuerza mayor, se debería dar tratamiento a lo contemplado en el contrato de concesión, el cual como ya lo vimos ostenta un procedimiento reglado para tales efectos, tal y como lo consagra la cláusula 30 de este documento contractual.

Ahora, si bien es cierto el riesgo (en la matriz de riesgos), su estimación y asignación se encuentra descrito en la etapa de operación, no puede tampoco interpretarse que la existencia del descubrimiento de un sitio inestable y en consecuencia, la asunción del riesgo geológico, únicamente resulta predicable en la etapa de operación del contrato y que *ipso iure*, cuando se encuentra en la etapa de construcción deba ser asumido por el constructor ya que esto sería ir en contradicción de lo preceptuado en el clausulado anteriormente analizado y en contra de lo preceptuado por la ley 80 de 1993.

Para dar mayor claridad a lo anterior, debemos indicar que la matriz de riesgos es un documento adicional al contrato, en el que la Entidad debe hacer un estudio serio y juicioso a fin de identificar los riesgos que se pueden presentar durante la ejecución del contrato y asignarlos a la parte que pueda y deba asumirlos conforme las condiciones prestacionales, tal y como lo ha referido los documentos Conpes 3107 de 2001, 3133 de 2001, 3714 de 201, así como la jurisprudencia que sobre el particular se ha proferido.

Se debe decir que no nos encontramos en el escenario, bajo el cual la matriz de riesgos haya determinado únicamente que el riesgo geológico debe ser asumido por el público (Entidad) en la etapa de operación, ya que es un riesgo latente y predicable en cualquier etapa del contrato, sino porque además de ninguna manera las partes aceptaron la situación contraria, es decir que el riesgo geológico debiera ser asumido por el privado en la etapa de construcción; si hubiera sido así se hubiera consignado clara y expresamente en dicha matriz.

En ese orden de ideas, la matriz de riesgos del adicional 15 precavió la asignación y estimación del riesgo geológico en la etapa de operación por que en la etapa constructiva, la asunción de dicho riesgo, ya se encontraba en cabeza del público (Entidad).

En virtud de lo expuesto, el presente llamamiento en garantía no está llamado a prosperar, pues es la entidad quien debe asumir el riego geológico, y que decir, cuando se configura un hecho de fuerza mayor. En consecuencia, y en virtud de la asignación del riesgo de Fuerza Mayor, le corresponde a la Entidad asumir los efectos derivados de los eventos de FUERZA MAYOR.

VIGILADO SuperTransporte

5. CONCLUSIONES.

De todo lo anteriormente esbozado tenemos lo siguiente a manera de conclusión:

a. El Consorcio Devisab es un ente plural que se encuentra conformado, por las sociedades comerciales **PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S., INDUGRAVAS INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., CONCAY S.A., ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S., EDYCO S.A.S., INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S.** y la persona natural **MARIO ALBERTO HUERTAS COTES**; lo anterior, puede comprobarse con el Otrosí No. 1 al Acuerdo Consorcial, el cual reposa en el expediente.

b. El CONSORCIO DEVISAB no se encontraba ejecutando obras del proyecto de Terceros Carrieles en Km 78+200, para el mes de septiembre de 2016, ya que entre los meses de julio a agosto de 2016 el **CONSORCIO DEVISAB** únicamente ejecutó en el Km 78+200 un corte en el Talud Superior (no en el inferior) para la ampliación de la calzada existente y la incorporación de su Tercer Carril, tal como se estaba realizado para los otros SEIS (6) tramos de los de 14.6 kilómetros que componen el alcance de la construcción del proyecto del Tercer Carril, sin ejecutar ninguna otra obra adicional en el Km78+200, ni que dicha intervención haya tenido problemas durante o después de su ejecución.

c. Se concluyó que en días anteriores al movimiento del TALUD SUPERIOR, habían ocurrido dos intensos aguaceros que son el detonante del deslizamiento del TALUD SUPERIOR debido a la infiltración y saturación del talud. Que en las viviendas construidas en la parte alta del TALUD SUPERIOR existía un pozo séptico y las aguas domésticas eran vertidas directamente al talud superior afectado situación que se tenía desde hace varios años que de otra forma se convierte en un factor detonante de la inestabilidad ya que constantemente se estaba aportando agua al talud[12].

d. Las fallas estructurales de las vivienda están debidamente determinadas a la inestabilidad del terreno presente en el TALUD INFERIOR donde se encuentran ubicadas, no en el TALUD SUPERIOR.

e. El deslizamiento acaecido el 16 de septiembre de 2016, se generó en el TALUD SUPERIOR, no en el TALUD INFERIOR, cuyas fallas no se encuentran relacionadas.

f. los problemas de inestabilidad del TALUD SUPERIOR y del TALUD INFERIOR en la abscisa K78+200 corresponden a mecanismos de falla independientes, es decir, no están relacionados, y en consecuencia la una, no afecta a la otra.

g. La inestabilidad que se encuentra presente en el TALUD INFERIOR donde se encuentran ubicadas las tres viviendas es anterior al año **1975**, y por ende el daño que presentan las viviendas por la inestabilidad de este talud, data desde ese año.

---

[12] GEOTECNÍA Y CIMENTACIONES COMPAÑÍA DE DISEÑOS Y CONSULTORÍA. Estudios de Estabilidad – Sitio Inestable KM 78+200. GYC 0916/2774. Versión 5, Bogotá D.C. Marzo 2017

VIGILADO Supertransporte

h. Conforme los hallazgos técnicos las viviendas tienen graves deficiencias constructivas y estructurales, y que no cumplen con las normas de sismo resistencia NSR-10 con que sus propietarios debieron construirlas, aunado al hecho que el talud inferior presenta condiciones de inestabilidad, tal como se expuso en el numeral anterior, lo que agrava las condiciones estructurales de las viviendas.

i. Las afectaciones a las tres viviendas que se ubican en el TALUD INFERIOR del Km78+200, provinieron de un movimiento exclusivo de la naturaleza presentado desde hace varios años atrás, generado como consecuencia de las condiciones climáticas y del suelo presentes en el TALUD INFERIOR, lo cual era materialmente imposible de ser evitado, constituyendo así un típico caso de fuerza mayor que exime de responsabilidad al Consorcio.

j. El fenómeno natural de la inestabilidad presente en el TALUD INFERIOR, constituye fuerza mayor, caso en el cual, el efecto debe ser asumido por la **entidad pública**, es decir, por el ICCU.

6. PRUEBAS.

Ruego al señor juez, se sirva decretar y practicar las pruebas documentales, testimoniales y el Informe Pericial aportados en el escrito de contestación de la demanda del Consorcio DEVISAB.

7. ANEXOS.

Como anexo al presente documento, me permito adjuntar lo siguiente:

7.1. Escrito de Llamamiento en Garantía.

8. NOTIFICACIONES.

El suscrito recibirá notificaciones, en el Kilómetro 9 vía Mosquera - Chía, Teléfono 5953535, y en los correos electrónicos arojas@devisab.com; notificacionesjudiciales@devisab.com y jporras@devisab.com

Del señor Juez,

HERNAN ANDRÉS ROJAS LOPEZ
C.C. No. 80.196.122 de Bogotá D.C.
T.P. No. 167.583 C.S.J.

Elaboró: Johanna Porras Pereira – Abogada Dirección Jurídica.

VIGILADO SuperTransporte

SEÑORA JUEZ
SESENTA Y TRES (63) ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
DRA. LUCELLY ROCIO MUNAR CASTELLANOS
E. S. D.

CORRESPONDENCIA
2018 FEB 19 AM 7:29
OFICINA DE APOYO
JUZGADOS ADMINISTRATIVOS
115848

REF.: Expediente: No. 11001-33-43—063-2018-00423-00
Acción: CONTRACTUAL
Demandante: JUAN MANUEL RICO AMAYA
Demandada: INSTITUTO DE INFRAESTRUCTURA Y CONCESIONES DE CUNDINAMARCA – ICCU
Llamada en Garantía: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
Asunto: CONTESTACIÓN AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Respetuoso saludo Señora Juez:

RAMIRO MESA VÉLEZ, mayor de edad, domiciliado en Bogotá, identificado con la C. C. No.79.231.576 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 34.742 del C. S. de la Judicatura, obrando como apoderado de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, por el presente escrito procedo a CONTESTAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA propuesto por el Instituto De Infraestructura Y Concesiones De Cundinamarca – ICCU -, en la siguiente forma:

NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA: Es un ente universitario autónomo, de origen constitucional, regido actualmente por el Decreto 1210 de 1993, con domicilio en Bogotá D.C. representada legalmente por su Rectora, la Profesora DOLLY MONTOYA CASTAÑO, mayor de edad identificada con la cédula de ciudadanía número 41.437.894 de Bogotá D. C. domiciliada y residente en esta misma ciudad, quien a su vez fue nombrada mediante Resolución 019 del 22 de marzo de 2018 del Consejo Superior Universitario y posesionada mediante acta No. 001 del 2 de mayo de 2018.

I.- CONTESTACION DE LA DEMANDA:

1.-) A LAS PRETENSIONES: Me opongo a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante, toda vez que ellas carecen de fundamentación fáctica y jurídica y en especial porque la actuación de la parte Llamada en Garantía en relación con los actos contractuales, se realizó cumpliendo las obligaciones pactadas, la Constitución, las leyes y reglamentos y sin violación a los derechos fundamentales. No le asiste responsabilidad a la Universidad Nacional de Colombia respecto a la pretensión del demandante. Por lo que solicita a la señora Juez desvincular a esta institución educativa, en razón a que no fue contratada para ejecutar la obra.

2º.-) CONTESTACIÓN A LOS HECHOS DE LA DEMANDA:
NO me constan los hechos y no los acepto en la forma mencionada por el demandante. Por el contrario, presentamos la exposición de los hechos tal como sucedieron, teniendo en cuenta el informe presentado por la Facultad de Ingeniería de la Universidad, sobre el asunto objeto del presente proceso.

Es cierto que entre INSTITUTO DE INFRAESTRUCTURA Y CONCESIONES DE CUNDINAMARCA – ICCU y la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, se suscribió el contrato 203-2016 mediante el cual la universidad se obligaba a las actividades de interventoría: "El interventor se obliga a la interventoría técnica, socio-ambiental, predial, administrativa, jurídica y financiera al contrato de concesión No. 001 de 1006 en el corredor vial Chía – Mosquera – La Mesa- Girardot. Rama a Soacha y en los tramos de las vías regionales, alcances progresivos (Tercer carril de adelantamiento) contenidos en el adicional No. 15, demás adicionales del contrato de conexión y obras complementarias, para un período de la etapa pre operativa y operativa (...).

Debe tenerse en cuenta que dentro de las obligaciones asumidas por la Universidad en el mencionado contrato de interventoría técnica no se encuentran las de elaboración de diseños, estudios geológicos ni construcción de obra, por lo que su accionar resulta ajeno a los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda.

En razón a que la demanda menciona hechos concretos y específicos como fundamento de sus pretensiones y que los mismos no han sido constatados por la Universidad Nacional de Colombia, es menester que cada uno de ellos se pruebe.

Al Hecho 3.1.- No me consta. Que se pruebe. El INSTITUTO DE INFRAESTRUCTURA Y CONCESIONES DE CUNDINAMARCA – ICCU a través de su oficina jurídica, emitió concepto técnico que fue entregado ante el juzgado como parte probatoria del proceso, sin embargo dicho documento y su contenido es desconocido por la Universidad.

Al Hecho 3.2. No me consta. Que se pruebe.

Al Hecho 3.3. No me consta. Que se pruebe. La Universidad desconoce y no ha sido informada o notificada de la ocurrencia de los hechos mencionados por el actor, especialmente los del 17 de septiembre de 2016. Desconocemos igualmente cuando ocurrieron hechos que hubiesen afectado la construcción o propiedad del señor Juan Manuel Rico Amaya.

Para determinar la responsabilidad de la Universidad Nacional de Colombia, en el presente asunto, deberá demostrarse, además del hecho, el nexo causal. Esto último significaría que el hecho dañoso ocurrió como consecuencia de una falla en la Interventoría contratada con la mencionada universidad.

El demandante deberá demostrar la existencia del deslizamiento que afectó su patrimonio, que los daños fueron causados por el deslizamiento y que este ocurrió por los factores mencionados en su Demanda. Finalmente deberá demostrar, el accionante que ello ocurrió con ocasión de una acción u omisión en la interventoría a cargo de mi poderdante.

Al Hecho 3.4. La revisión a los predios se hace en la ejecución de los contratos. No existieron inconformidades o quejas de los vecinos con relación a la construcción de la obra.

Al Hecho 3.5. No le consta a la Universidad Nacional. Que se pruebe.

El demandante afirma en el hecho 3.5. "...Que conforme a lo anterior Es decir conforme con el hecho 3.4 en donde se afirma que DEVISAB realizó un proceso de Revisión Estructural a las viviendas; re3visión efectuada con posterioridad a la implantación de maquinaria pesada en los terrenos.

De lo manifestado en el punto 3.5 debe entenderse que el 16 de septiembre de 2016 se generaron y deformaciones en la vivienda y el inmueble.

Por lo anterior ratifico que estos hechos no nos constan y deben probarse.

Al Hecho 3.6. No le consta a la Universidad Nacional, por lo que el demandante deberá probarlo. En la demanda se realizan afirmaciones en forma genérica.

En este hecho se destaca la existencia de una relación contractual entre los señores FABIO ORLANDO RICO ALFONSO propietario del inmueble y el Señor demandante JUAN MANUEL RICO AMAYA en donde este último tiene algún derecho sobre el piso superior del predio. No se indica a qué título se disfruta del predio por parte del demandante. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que es el propietario quien está obligado a mantener el inmueble en forma adecuada para el desarrollo de las actividades comerciales realizadas por el aquí demandante. No puede asignársele

a la parte demandada y menos a la Universidad Nacional de Colombia, responsabilidades que corren a cargo del propietario del inmueble.

Al Hecho 3.7. No le consta a la Universidad Nacional, se atiene a lo que se pruebe. La afirmación presentada por la parte actora en la demanda carece de fundamento fáctico, probatorio y jurídico.

3°.-) DEFENSA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA Y EXCEPCIONES:

Se proponen las siguientes excepciones, con las cuales se desvirtúan las pretensiones del demandante y las relativas al llamamiento en garantía propuesto por la entidad contratante aquí demandada.

3.1- INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN CONTRACTUAL PARA LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA EN RELACIÓN CON LOS HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

La Universidad durante la construcción no advirtió del posible riesgo de desprendimiento. Sin embargo cabe aclarar que:

A. La Universidad no fue la encargada de la revisión y aprobación de los estudios y diseños definitivos para la construcción de los terceros carriles.

B. La Universidad no inició la supervisión de las obras al tiempo que iniciaron las obras, es decir que fungió como Interventoría casi un año después del inicio de las actividades.

C. La Universidad luego del evento puso a disposición todos los recursos y profesionales para realizar el seguimiento de las actividades.

D. La Universidad conceptuó sobre los hechos, definiendo que podría llegar a existir responsabilidad del concesionario (DEVISAB).

3.2.- EXCEPCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR PARTE DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA:

El contrato suscrito con el ICCU termino a entera satisfacción y fue liquidado:

a) Se adjunta copia del contrato 203 de 2016
b) Acta de liquidación del contrato
c) acta interna de liquidación del contrato.

3.3.- EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL entre el hecho, daños y responsabilidad atribuible a la demandada y LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA:

No existen comités de obra donde se haya mencionado el hecho antes del incidente. La responsabilidad ocasionada por los hechos invocados en la demanda no tiene origen en las actividades de obra.

Los presuntos daños tuvieron causas ajenas a la construcción de la obra. Deben tenerse en cuenta factores de la naturaleza, estado de los inmuebles, construcción de los predios dentro de los parámetros legales y con las especificaciones técnicas correspondientes, vetustez de la construcción.

3.4.- EXCEPCIÓN PREVIA DE FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA: La Universidad Nacional de Colombia carece de legitimidad en la causa, como quiera que la pretensión principal del demandante es la responsabilidad de los daños materiales y morales con motivo de los hechos ocurridos el 16 de septiembre de 2016, por la ejecución y adecuación del tercer carril de Mosquera – Anapoima.

Sobre el particular, ha sido aceptada por la Jurisprudencia constitucional, la que ha sostenido que no existe razón alguna para que no sean aplicadas figuras como la legitimación por pasiva. Ha establecido el precedente constitucional lo siguiente:

"2.1. La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. En resumen, la legitimación en la causa es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo..." "La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material. ". (Sentencia T-416/97, Legitimación en la causa, legitimación en la causa por pasiva; Expediente T-110228, Magistrado Ponente Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL de fecha agosto veintiocho (28) de mil novecientos noventa y siete (1997).

La necesidad de probar la legitimación en causa y sus requisitos, se ratifica en la Sentencia de Unificación SU173/15 expedida por la Corte Constitucional.

La LEGITIMACION EN LA CAUSA constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo. "En otros términos, la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio. (...) la legitimación en la causa corresponde a uno de los presupuestos necesarios para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por lo tanto, desde el extremo activo significa ser la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que, desde la perspectiva pasiva de la relación jurídico – procesal, supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial, por el derecho o interés que es objeto de controversia. (...) la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hayan sido demandadas (...) la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir la misma en el proceso".

Este precedente jurisprudencial ha sido ratificado por el Consejo de Estado desde la sentencia de fecha 23 de abril de 2008, exp.16271; sentencia de 31 de octubre de 2007, exp. 13503 y sentencia de 20 de septiembre de 2001, exp.10973.

3.5.-) Excepción de Inexistencia De Responsabilidad a cargo De La UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA: El llamante basa su petición en el artículo 64 del Código General del Proceso, sustentando *"(...) debe entenderse que el llamamiento en garantía está supeditado a la existencia de un derecho legal o contractual que ampara la persona frente al tercero a quien solicita sea vinculado al proceso, en orden a que en la misma Litis principal se defina la relación que tienen. (...)".* En otras palabras, lo que pretende el Instituto De Infraestructura Y Concesiones De Cundinamarca – ICCU, es que la Universidad Nacional De Colombia, como Interventora, responda por lo que se demanda, bajo el amparo del contrato de interventoría técnica No. 0203 -2016, suscrito con la Llamada en Garantía, razón por la cual nos oponemos frente al llamamiento en garantía.

Es menester en primera instancia aclarar que respecto al contrato de Interventoría el Consejo de Estado señala:

> *"El contrato de Interventoría como una modalidad del contrato de Consultoría. Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011.*
>
> *Al tenor del numeral 1o. del artículo 4o. de la ley 80 de 1993, dentro de los derechos y deberes con que cuentan las entidades estatales para el logro de los fines de la contratación estatal, se encuentra el de exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del respectivo contrato. Igualmente, en virtud del principio de responsabilidad consagrado en el numeral 1o. del artículo 26 ibídem, los servidores estatales están obligados a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan resultar afectados con la ejecución del contrato, para cuyo efecto, con base en el principio de autonomía de la voluntad consagrado en la legislación civil y comercial, en concordancia con el inciso segundo del artículo 40 de la ley 80 de 1993, "las entidades podrán celebrar contratos y acuerdos, entre ellos el*

de interventoría, que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales"

El contrato de interventoría no se encuentra circunscrito al control del contrato de obra. En efecto, los contratos de interventoría bien pueden suscribirse ***para vigilar supervisar y controlar contratos de diversas clases o tipologías.*** *(...) El contrato de interventoría es principal y autónomo. (...), pueden colegirse otras características del contrato de interventoría (...) concluye la Sala que el de interventoría corresponde a una especie del contrato de consultoría cuyo objeto concreto consiste en el control, vigilancia, inspección y verificación del cumplimiento de una, varias o todas las obligaciones derivadas de un contrato celebrado por una entidad estatal, en nombre y representación de ella. (...)"* Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo Sección Tercera Subsección A. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil trece (2013) Radicación número: 76001-23-31-000-1999-02622-01 (24996)

"(...) Con fundamento los artículos 28 y 29 del Código Civil, la Sala aprecia el criterio de interpretación gramatical, de conformidad con el cual se consulta el diccionario de la Real Academia de la Lengua, donde aparece como segunda acepción de ***"interventor", la de "persona que autoriza y fiscaliza ciertas operaciones para asegurar su corrección"****. Desde la perspectiva legal, a la cual también remiten los artículos referidos, se tiene que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en el numeral 1, al tratar el contrato de obra hace referencia a la interventoría pero no la define, como tampoco lo hace ese artículo en su numeral 2, incisos 2 y 3, cuando se refiere la interventoría como una modalidad de consultoría, ni el artículo 53 del mismo estatuto, en el cual se prescribe respecto de la responsabilidad de los interventores. No obstante, una norma jurídica, y a la vez técnica, de la mayor importancia para efectos del caso concreto, el Decreto 2090 de 1989 "por el cual se aprueba el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura", en el numeral 6 indica que "****se entiende por interventoría el servicio prestado por un profesional o persona jurídica especializada, para el control de la ejecución del proyecto arquitectónico o de la construcción****". Por último, la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado ha afirmado que el contrato de interventoría "tiene por objeto supervisar o vigilar que la obra se construya de conformidad con lo estipulado en el contrato.*

NATURALEZA DEL CONTRATO - Funciones y obligaciones del interventor En ese orden de ideas, ***hace parte de la naturaleza del contrato que el interventor controle, supervise, vigile, fiscalice las obras****, pero no que elabore presupuestos, cantidades y especificaciones técnicas, razón por la cual, desde una perspectiva de lo que es natural al contrato, un interventor no está obligado a cumplir con tales actividades, salvo que dentro del clausulado correspondiente, en el caso sometido al análisis de la Sala, hubiera asumido esa obligación de manera expresa, dado que la autonomía de las partes –como fundamento básico de la contratación de acuerdo con los artículos 1602 del Código Civil y 32 de la Ley 80 de 1993, entre otros– permite que los particulares y el Estado acuerden libremente sus obligaciones y derechos, en tanto que con ello no se afecte el orden público.* (...)" Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00732-01(24266).

Si bien existió una relación contractual entre Instituto De Infraestructura Y Concesiones De Cundinamarca – ICCU y la Universidad Nacional de Colombia, no por ello la Universidad debe resarcir el perjuicio, por lo siguiente:

El contrato de Interventoría contrato de interventoría No. ICCU-0203 de 2016, tiene actividades de carácter administrativo, técnico, financiero, legal y contable las cuales estuvieron encaminadas a verificar el cumplimiento de los compromisos contractuales y la satisfacción de los intereses estatales de conformidad a lo señalado en el artículo 4º de la Ley 80 de 1993. Las actuaciones dadas por la interventoría se enmarcaron dentro de las obligaciones del respectivo contrato (Inciso 3 Numeral 2 Articulo 32 de la Ley 80 de 1993). Por lo anterior, la interventoría ejerció y cumplió las

obligaciones, como las disposiciones contenidas en la Ley 1474 de 2011 Capitulo VII, Artículos de 82 al 85. Lo cual fue cumplido a cabalidad.

3.6.-) Excepción de Improcedencia del Llamamiento en Garantía: Es errónea la interpretación que da el llamante sobre garantizar el cumplimiento del contrato de obra No. 001 de 1996 al señalar en el llamamiento que según el alcance del contrato de interventoría número ICCU- 203 de 2016, correspondía a la Universidad Nacional , ejercer la supervisión al contrato de concesión ICCU-001 de 1996, en tal sentido era su obligación verificar el cumplimiento integral de las obligaciones derivadas del contrato de concesión , recibir o no las entidades de obra ejecutadas por la unión temporal demandante...".

Es clara la inexistencia de obligación por parte de la Llamada frente a las pretensiones del demandante, teniendo en cuenta que se trata de hechos por fuera del contrato, es decir sin sustento contractual por lo que escapan del control del interventor y así se le hizo saber a la entidad contratante. Circunstancia que ya se ha explicado en el capítulo de respuesta a los hechos.

3.7.-) Excepción De Contrato Liquidado Por Mutuo Acuerdo Y Sin Observaciones Ni Objeciones Por Las Partes Y Hechos Cumplidos: El contrato se liquidó una vez finalizada la ejecución de la totalidad de los frentes debidamente asignados, controlados y aprobados por la supervisión de la Universidad Nacional de Colombia. Como ya se indicó, al momento de ser liquidado el contrato, no existían frentes de obra activos, ni actividades pendientes por ejecución. Además, la interventora no autorizó la atención, planeación o ejecución de actividades posteriores o durante la liquidación del contrato.

En las actas de liquidación, se verifica el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la Universidad Nacional de Colombia.

Reiteramos que, en el acta de liquidación del contrato de obra, a la fecha de la elaboración y firma del acta de liquidación, el contratista no reportó salvedades ni objeciones, a pesar de que como se comentó anteriormente, la mayoría de frentes objeto de su demanda se presentaron durante la ejecución del contrato, y no posterior a la liquidación.

La liquidación del contrato y los términos de la misma, así como el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la interventoría se verifican en el acta de liquidación, que se ha aportado como prueba dentro de los precedentes contractuales.

Se anexan el acta de liquidación delos contrato. Dentro del acta de liquidación del contrato se describe la totalidad de los frentes de obra atendidos y su presupuesto ejecutado.

3.8.-) Excepción Genérica: Se propone con el fin de que se exonere de toda responsabilidad a mi poderdante, siempre que resulten demostrados hechos o circunstancias que en tal sentido la beneficien.

4°.-) PRUEBAS:

Con el fin de demostrar los hechos y excepciones manifestados en la presente contestación al llamamiento en garantía, la inexistencia del nexo causal y de responsabilidad atribuible a la Universidad Nacional de Colombia, el cumplimiento de todas sus obligaciones contractuales sin causar daño a las partes o terceros, solicito se decreten y practiquen como pruebas las siguientes:

4.1.-) Documentos que allego: Antecedentes Contractuales:

El contrato suscrito con el ICCU termino a entera satisfacción y fue liquidado:

Se adjunta copia del contrato 203 de 2016

Acta de liquidación del contrato

Y acta interna de liquidación del contrato.

4.2.-) TESTIMONIOS: Solicito se decrete y practique prueba testimonial de las siguientes personas quienes actuaron como agentes de la Universidad en el contrato de interventoría, personas mayores de edad y domiciliadas en esta ciudad, quienes pueden ser citadas en la Avenida Carrera 30 No. 45 – 03 Ciudad Universitaria, Edificio 401 Ingeniería de esta ciudad o a través de la oficina jurídica de la sede Bogotá de la Universidad Nacional de Colombia, ubicada en la carrera 45 No. 26 – 85 Edificio Uriel Gutiérrez oficina 314 de Bogotá D.C. Todos ellos profesores del mencionado centro educativo. Ellos son:

- Ingeniero Michell Yobany Moreno Beltrán quien se desempeñó como Coordinador General del contrato Inter administrativo 203 de 2016.

- Ingeniero Carlos Gómez Guacaneme quien se desempeñó como Director de la Interventoría del contrato Inter administrativo 203 de 2016.

- Ing. Wilson Díaz, quien se desempeñó como Ingeniero residente y a quien le constan los hechos acaecidos en el terreno.

- Ing. Carlos Sánchez, quien se desempeñó como especialista en en Geotecnia. Será un testimonio Técnico en cuanto a temas de Geotecnia y en relación con lo sucedido en el terreno objeto del presente proceso.

OBJETO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL: Teniendo en cuenta que estas personas se desempeñaron en la dirección y coordinación de la Interventoría en el presente asunto; ellos declararán sobre la forma como se ejecutaron los contratos de obra y de interventoría a que se refiere el presente asunto. Declararán si les consta o conocieron sobre daños ocasionados al inmueble donde se encontraba el demandante ejerciendo el comercio y si en el transcurso de la obra se presentaron daños a los particulares con motivo de las mismas.

Explicarán al Despacho las acciones realizadas por la Universidad en cumplimiento de la interventoría, lo relativo a los hechos en que funda sus pretensiones la parte demandante así como la veracidad de las afirmaciones realizadas en la demanda, la contestación de la demanda y la presente contestación al llamamiento en garantía y finalmente sobre la forma como se liquidó el contrato y si en ella se presentaron objeciones o inconformidades del demandante o de la demandada en contra del actuar de la universidad interventora.

4.3.-) INTERROGATORIO DE PARTE: Que deberá absolver el demandante a la luz del cuestionario que oral o por escrito presentaré dentro de la audiencia que para tal efecto se señale, con el fin de demostrar la respuesta a los hechos y excepciones propuestas en el presente escrito.

4.4.-) INFORME JURAMENTADO: Solicito se decrete y practique informe juramentado por aparte del representante legal de la entidad demandada INSTITUTO DE INFRAESTRUCTURA Y CONCESIONES DE CUNDINAMARCA – ICCU, aquí llamante en garantía, con el fin de demostrar la respuesta a los hechos y excepciones propuestas en el presente escrito.

5º.-) CONCLUSIÓN:

De lo expuesto anteriormente para el Señor Juez, la conclusión final, es que la Universidad Nacional de Colombia como Interventora en el contrato de concesión 01 de 1996 cumplió con todas y cada una de sus obligaciones y que los daños invocados por el demandante como fundamento de sus pretensiones carecen de sustento fáctico y jurídico, resaltando la inexistencia de un nexo causal entre el daño y una presunta responsabilidad atribuible a la UNIVERSIDAD llamada en garantía y que aquí represento.

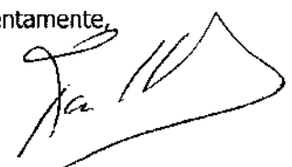
PETICIÓN: Con fundamento en los hechos y explicaciones relacionados en la presente contestación, de forma respetuosa nos permitimos solicitar que sean desestimadas todas las pretensiones del Demandante y del Llamante y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía exonerando de toda responsabilidad a la Universidad Nacional de Colombia, teniendo en cuenta que este ente Universitario cumplió con las labores de Interventoría de obra conforme al contrato ICCU 0203-1996 y ley 1474 de 2011.

6º.-) NOTIFICACIONES:
El suscrito y la Universidad Nacional de Colombia, recibiremos notificaciones en la carrera 45 No. 26 – 85, edificio Uriel Gutiérrez Oficina 314 Bogotá D.C. ramiromesavelez@yahoo.com; notificaciones_juridica_bog@unal.edu.co

7º.-) ANEXOS:

a) Poder conferido al suscrito, junto con los documentos relativos a la existencia y representación de la Universidad Nacional de Colombia.
b) Documentos anunciados como antecedentes contractuales.

Atentamente,



RAMIRO MESA VELEZ
C. C. No. 79.231.576 de Bogotá
T. P. No. 34.742 del C. S. de la Judicatura