

GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO: AMPARO DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. Brevemente, el texto expone el fundamento normativo del amparo de estabilidad y calidad de la obra que hace parte de la garantía única de cumplimiento. Para esto, reconstruye la génesis de la garantía en los precedentes normativos. Posteriormente, con apoyo en la jurisprudencia nacional, se proponen algunos criterios para identificar el objeto del amparo, es decir, los siniestros que lo integran. De paso, se analiza la obligación de garantizar la estabilidad de la obra y su cimiento en el artículo 2060 del Código Civil. Finalmente, se problematiza el régimen sobre la suficiencia de la cobertura desde la perspectiva de la discrecionalidad técnica y el control judicial pertinente.

Introducción

Los contratos estatales son una herramienta importante para el cumplimiento de los fines y las obligaciones del Estado. Históricamente, el legislador ha impuesto el deber de constituir garantías sobre su ejecución, no solo como una prevención respecto al logro de los objetivos estatales, sino también como una protección del patrimonio público. En particular, los contratos de obra son de especial relevancia pues, generalmente, su objeto incluye los grandes proyectos para el desarrollo social y económico de un Estado. De allí que, si se persigue el interés general, el estudio de las garantías en esta tipología contractual amerita juicio y profundidad.

Ramón Parada define el contrato de obra como aquel celebrado entre la Administración y un particular cuyo objeto sea la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, la realización de trabajos que modifican el suelo o el subsuelo, y la reforma, reparación o demolición de este tipo de objetos. A su vez, distingue entre los contratos de primer establecimiento, los de reforma y los de gran reparación. Los primeros crean el inmueble, los segundos implican una

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 28 de octubre de 2023, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio de Derecho Público adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Cristian Andrés Díaz Díez, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: Garantías, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Richard S. Ramírez Grisales, texto que pertenecerá a la Serie: Cláusulas del Contrato Estatal.

² Auxiliar de Investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel IV, adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–.

reparación simple y los terceros se orientan a su conservación³. En Colombia, la definición legal del numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —EGCAP—, concuerda con esta propuesta doctrinal⁴.

El Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA— continúa con el estudio de los amparos que componen la garantía única de cumplimiento prevista en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007. Específicamente, el texto se ocupa del amparo de estabilidad y calidad de la obra, por lo que desarrolla su fundamento normativo en perspectiva histórica, el objeto del amparo o los criterios para la identificación del siniestro y el problema sobre la discrecionalidad técnica en la determinación de la suficiencia de la garantía.

1. Fundamento normativo

La garantía de estabilidad y calidad de la obra no es una novedad legal y reglamentaria. El artículo 55 del Decreto Ley 150 de 1976 dispuso la obligación general de garantizar el cumplimiento de las obligaciones en los contratos estatales; además, especificó la obligación de otorgar garantía para «responder por la estabilidad de la obra o la calidad del servicio». Esta norma fue derogada por el Decreto Ley 222 de 1983, que en el artículo 48 previó el deber de garantizar la estabilidad de la obra a partir del recibo a satisfacción de la entidad contratante. Se hace énfasis sobre este punto, pues se definió con claridad el momento de exigibilidad del requisito. Igualmente, en el artículo 67 ejusdem, el legislador reiteró el deber de pactar en todos los contratos el deber de constituir garantía sobre la «estabilidad de la obra o la calidad del servicio». Nótese en la redacción que el atributo de estabilidad se presume de las obras y la calidad de los servicios, pese a que la construcción de una obra, en cualquier caso, implica la prestación de un servicio. Otra particularidad del Decreto Ley 222 fue que calificó como presunta la cláusula de garantías en el artículo 68.

Posteriormente, el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 modificó categóricamente el régimen, especialmente, con la inclusión del concepto de *garantía única*. El artículo 17 del Decreto 679 de 1994 precisó qué riesgos serían objeto del amparo. En términos generales, dispuso que se cubrirían los riesgos inherentes al tipo de obligaciones y prestaciones de cada contrato y, a modo de ejemplo, refirió la estabilidad de la obra y la calidad del bien o servicio. Luego, el

³ PARADA, Ramón. Derecho Administrativo: Parte General. 16° ed. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 300-301.

⁴ El numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone: «Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago».

EGCAP fue modificado por la Ley 1150 de 2007, que en el artículo 4 transformó el tratamiento del riesgo en la contratación estatal, a partir de su previsión y asignación en la etapa precontractual. En el artículo 7 *ibidem* conservó la noción de garantía única y el Decreto 4828 de 2008 detalló los riesgos amparados. En el artículo 4.2.5 dispuso que la garantía incluía un amparo de *estabilidad y calidad de la obra*, que comprendía los perjuicios que se ocasionen por cualquier tipo de daño o deterioro «independientemente de su causa» sufridos por la obra entregada e imputables al contratista. En cuanto a la suficiencia de la garantía, ordenó que esta se determinaría en cada caso concreto, según el objeto, valor y naturaleza de las obligaciones. En cualquier caso, la vigencia no sería inferior a 5 años, sal justificación técnica de la entidad.

Posteriormente, el Decreto 734 de 2012 conservó la redacción antecedente e hizo una mínima modificación, que tiene origen en los antecedentes ya expuestos, especialmente el Decreto 150 de 1976, pues especificó que la vigencia de la garantía se iniciaría a partir del recibo a satisfacción de la obra por parte de la entidad. Esta no es una observación baladí, toda vez que la inclusión del concepto de garantía *única* recogió en una sola a muchas, que anteriormente se iban otorgando a medida que eran exigibles. Este concepto obligó a que se constituya una sola garantía con múltiples amparos, y la anotación reglamentaria sobre la vigencia del amparo de estabilidad, clarificó que, aunque la póliza se otorgue previo al cumplimiento del objeto, la cobertura de estabilidad y calidad de la obra está vigente cuando esta es entregada a satisfacción a la entidad contratante.

Actualmente, el amparo está regulado en los artículos 2.2.1.2.3.1.7 y 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1082 de 2015, que disponen:

«Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

[...]

5. *Estabilidad y calidad de la obra*. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, *imputable al contratista*, sufrido por la obra entregada a satisfacción» (énfasis fuera de texto).

«Artículo 2.2.1.2.3.1.14. Suficiencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra. Esta garantía debe estar vigente por un *término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra*. La Entidad Estatal debe determinar el valor asegurado de esta garantía en los documentos del proceso, de acuerdo con el objeto, la cuantía, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato a celebrar.

»La Entidad Estatal *puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato, lo cual se debe reflejar en los documentos del proceso*. Como consecuencia del análisis anterior y según la complejidad técnica del contrato a celebrar, esta garantía podrá tener una vigencia inferior a cinco (5) años y en todo caso de mínimo un (1) año.

»Para establecer la complejidad técnica del proyecto, y por ende la vigencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra por un término inferior a los cinco (5) años, la justificación técnica del experto en la materia objeto del contrato tendrá en consideración variables como las siguientes: el tipo de actividades que serán realizadas, la experticia técnica requerida, el alcance físico de las obras, entre otros, pero sin limitarse únicamente a la cuantía del proceso» (énfasis fuera de texto).

Sobre el reglamento vigente se observa que: primero, hace referencia a la *estabilidad y calidad* de la obra, superando esa antigua distinción entre estabilidad de obras y calidad de servicios. Segundo, en su versión original, el artículo sobre la suficiencia de la garantía disponía que el término de vigencia mínimo sería de 5 años y que, previa justificación técnica de un experto, podría reducirse. No obstante, el Decreto 399 de 2021 modificó el reglamento y añadió los criterios que debía tener en cuenta el experto, asimismo, agregó que, en cualquier caso, el término no podría ser inferior a un año. En otras palabras, redujo considerablemente el margen de discrecionalidad, asunto que será objeto de análisis en acápite posterior.

2. Objeto del amparo

El numeral 5 del artículo 2.2.1.2.3.1.7 dispone que la garantía de estabilidad y calidad de la obra cubre a la entidad estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro sufrido por la obra entregada a satisfacción. No obstante, comprender el siniestro amparado requiere mayores consideraciones, de allí que sea de utilidad revisar algunos pronunciamientos jurisprudenciales. En primer lugar, se recuerda, este es un amparo integrado a la garantía única de *cumplimiento*, que tiene por teleología que se respalde la ejecución de las obligaciones contractuales, en este sentido ¿cuál es prestación objeto de garantía? Desde el siglo pasado, la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoce que la obligación de estabilidad de la obra tiene origen legal y, eventualmente, convencional. En Sentencia del 10 de noviembre de 1997, donde se discute la legalidad de los actos que declaran un siniestro por este tipo de riesgo en vigencia del Decreto 222 de 1983, la Corporación indica que se trata de una obligación típica en los contratos de obra, que tiene fundamento en los numerales 3 y 4 del artículo 2060 del Código Civil, que disponen:

«Artículo 2060. Construcción de edificios por precio único. Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

[...]

»3. *Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, (sic 2057) inciso final.*

»4. *El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone» (énfasis fuera de texto).*

La Sección destacó que esta regulación es propia de los particulares, pero, con mayor razón, es aplicable a la construcción de obras en el sector público⁵. En el mismo sentido, como el contratista alegó que no estaba sujeto a ningún tipo de responsabilidad luego de la liquidación y que la única competente para participar de la controversia era la aseguradora, fue enfática en desmentir esta postura y evidenciar que, pese a la ejecución completa del objeto del contrato y su posterior liquidación, existen obligaciones que persisten en el tiempo, como es el caso de la estabilidad, y que no desaparecen por la constitución de una garantía⁶.

Ahora bien, es pacífico que el amparo cubre los perjuicios por el incumplimiento de la obligación de estabilidad, pero ¿cómo se incumple esta obligación? ¿cuál es el estándar del daño? En otras palabras ¿cómo se configura el siniestro? Proporcionar una respuesta a estos interrogantes es determinante, pues un criterio claro para la identificación del siniestro pone una línea entre aquellas circunstancias de hecho que habilitan a la entidad estatal para declarar la

⁵ En palabras de la Corporación: «Las afirmaciones precedentes no tienen justificación alguna, por desconocer los efectos de los contratos y de las obligaciones emanados de los mismos. Los contratos se celebran para su recto y cabal cumplimiento; y en los contratos de obra pública ese cumplimiento es de interés general; y la aceptación inicial que se haga por el dueño de la misma durante la diligencia de entrega, no le impedirá a éste exigirle al constructor que le responda en el futuro por su estabilidad y buena calidad de los materiales utilizados. De allí que si nadie discute esa facultad en el campo del derecho privado, frente a las obras públicas es más evidente esa exigencia porque en éstas está involucrado, como se dijo, el interés general». (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 10 de noviembre de 1997. Exp. 9.286. C.P. Carlos Betancur Jaramillo).

⁶ Ibid.

efectividad la garantía en sede administrativa, y aquellas en las que el acto administrativo representaría un abuso del derecho. En este sentido, es preciso revisar la jurisprudencia de la Sección Tercera que, similar a los amparos de calidad de bienes y servicios, aplica la lógica de los vicios ocultos o redhibitorios del régimen de los particulares.

Verbigracia, en Sentencia del 2 de agosto de 2018, la Subsección A decidió sobre la legalidad de actos que declararon el siniestro de estabilidad y que fueron expedidos por la Beneficencia de Cundinamarca en vigencia del numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 y el Decreto 679 de 1994. En esta oportunidad, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo sugirió que, como el amparo de estabilidad tiene su origen en el antecitado artículo 2060 del Código Civil, es decir, la garantía decenal, la cobertura se relaciona con perjuicios derivados del deterioro por vicios ocultos. Estos últimos, comprendidos en los términos del artículo 1915 *ejusdem*, de modo que —valga la redundancia— deben ser *ocultos*, en la medida en que la entidad no tuvo oportunidad de detectarlos al momento de recibir a satisfacción y, además, *graves*, pues deben impedir el uso natural de la cosa vendida, en el caso de las obras, y en una interpretación armónica del 2060, la edificación debe «perecer» o «amenazar ruina»⁷. En pocas palabras, se aplica el siguiente razonamiento: *i)* el amparo por estabilidad de la obra cubre los riesgos descritos en el artículo 2060 del Código Civil; *ii)* esta norma es una regulación particular de los vicios *redhibitorios* en el contrato de obra; y *iii)* en conclusión, se trata de una garantía de vicios graves e imperceptibles para el contratante, quien no cuenta con las cualidades técnicas del constructor, que conoce la *lex artis* del método y uso de los materiales.

Este razonamiento no fue exclusivo de la Subsección A; por el contrario, se identifica jurisprudencia suficiente para afirmar que es pacífico en la Sección. A modo de ejemplo, el 30 de septiembre de 2019 la Subsección C resolvió sobre la legalidad de un acto donde el Municipio de Rionegro declaró el siniestro de estabilidad en un contrato para la ampliación y rehabilitación de vías. La

⁷ En palabras de la Corporación: «Específicamente, en relación con el amparo de estabilidad de la obra, tal y como su nombre lo indica, a través del mismo la entidad contratante se precave de los perjuicios que puede sufrir, en aquellos eventos en los que, con posterioridad a la terminación del contrato de obra y después de su inicial recibo a satisfacción, la construcción o edificación entregada presenta *graves deterioros* que, por causa de un *vicio oculto* -es decir aquel que no se podía razonablemente advertir al momento de la entrega de la obra-, impidan su normal utilización. Garantía que, en todo caso, como ya se vio, corresponde a la responsabilidad que está a cargo del constructor, en virtud de lo dispuesto por el numeral 3° del artículo 2060 del Código Civil, que la extiende por un lapso de 10 años a partir de su entrega, pero que para efectos de la garantía única de cumplimiento de los contratos estatales, fue reducida por la reglamentación especial a un término máximo de 5 años» (énfasis fuera de texto) (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 2 de agosto de 2018. Exp. 37.317. C.P. María Adriana Marín).

Corporación reiteró que el objeto del amparo se fundamenta en los riesgos que advierte el artículo 2060, nuevamente, graves deterioros por un vicio oculto que no permiten el disfrute del objeto contractual. En el caso concreto, concluyó la ilegalidad del acto en virtud de la escasa o nula motivación para la estimación juiciosa de los perjuicios, de allí que, si bien reconoce la competencia de la entidad para estimar su cuantía, reitera el deber general de motivar los actos administrativos, especialmente en ejercicio de una competencia de autotutela de la Administración⁸. Un año después, en la Subsección C reiteró este criterio en Sentencia del 28 de febrero de 2020⁹.

Finalmente, la Subsección B suscribe el razonamiento en pronunciamientos como el del 18 de noviembre de 2021, donde se hace énfasis en el carácter *oculto* de los vicios. En el caso *sub examine*, la entidad estatal declaró el siniestro de estabilidad por supuestos deterioros de una obra; no obstante, el Consejo de Estado sostuvo que se acreditó el conocimiento de los defectos desde la ejecución del contrato. En consecuencia, la Administración debió acudir a medios conminatorios, como la imposición de multas, la declaratoria de incumplimiento y efectividad de la cláusula penal o, de ser el caso, la caducidad; en su lugar, recibió a satisfacción y liquidó bilateralmente el contrato. En consecuencia, declaró la nulidad de los actos demandados. Entre sus consideraciones, se destaca:

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

»En el caso concreto, el IDU *conocía la existencia de los defectos en la obra, así como sus causas, por lo que debía advertir el incumplimiento de las obligaciones del Contratista al momento del recibo de la obra y en la liquidación del contrato, pues no se trata de un hecho que surja con posterioridad al recibo, sino a una situación conocida y por tanto que implicaba el reclamo de incumplimiento*» (énfasis fuera de texto)¹⁰.

⁸ Así lo expresa la Subsección C: «En este sentido, es clara la obligación que pesa sobre la administración, de indicar no solo los supuestos de hecho y derecho que soporten la ocurrencia del siniestro y su atribución al contratista, sino también la consistente en *demostrar el valor de las reparaciones* de las obras que permitan continuar con la prestación normal del servicio, obligación que tiene fundamento en el artículo 1077 del Código de Comercio, que estableció que “corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso”» (énfasis fuera de texto) (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 30 de septiembre de 2019. Exp. 46.239. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas). Sobre este asunto,

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Exp. 46.852. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 18 de noviembre de 2021. Exp. 56.085. C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

De los antecitados pronunciamientos, no queda duda de que el amparo de estabilidad de la obra cubre los vicios graves y que amenazan con la ruina de lo construido, pero ¿qué sucede con los defectos que, pese a no amenazar el disfrute del bien, implican una desmejora entre lo contratado y lo efectivamente ejecutado? Por ejemplo, es claro que el agrietamiento de un muro de contención que alerta con derrumbarse se encuentra cubierto; no obstante, nada se ha dicho sobre grietas menores, fisuras estéticas o filtraciones que no representen un alto riesgo.

Al respecto, se recuerda que el amparo no solo comprende la *estabilidad*, sino también la *calidad* de la obra. En este sentido, la Subsección A, en la antecitada providencia que da inicio al análisis, plantea que el amparo de estabilidad solo se refiere a los defectos *graves*, que impiden el uso deseado del bien; sin embargo, el amparo de *calidad* cubre aquellos imperfectos imputables al contratista que no comprometen la funcionalidad del objeto¹¹. Para comprender esa disociación de conceptos en la jurisprudencia, debe precisarse que la providencia resuelve un caso en vigencia del Decreto 679 de 1994, donde la redacción del artículo 17 no confunde la estabilidad y la calidad de la obra. Hoy, en virtud de lo reglamentado en el Decreto 1082 de 2015, es admisible concluir que el amparo es uno solo, y comprende ambos conceptos: calidad y estabilidad.

Finalmente, como último asunto objeto de estudio para determinar la cobertura del amparo, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que la estabilidad de la obra es una obligación de resultado. De este modo, en Sentencia del 20 de febrero, la Subsección A consideró:

«Se trata, por tanto, de una obligación de resultado, consistente en entregar una obra estable, capaz de brindar el servicio para el cual fue solicitada, de suerte que, evidenciada la ausencia de estabilidad, el deudor —contratista— está en el deber de subsanar las fallas que la obra presente después de su entrega y que afecten o impidan su uso, en respaldo de lo cual, debe prestar la garantía de reparación patrimonial del acreedor —contratante—. Tal obligación le resulta exigible al contratista, con prescindencia de cualquier consideración sobre su culpa o diligencia, ya que, habiéndose probado que el daño se originó por la existencia de vicios de la construcción, de los materiales o del suelo —

¹¹ En resumen, la Corporación indica: «Ahora bien, en este punto, la Sala considera necesario advertir que la obligación del constructor es la de entregar una obra en óptimas condiciones de calidad y estabilidad, por lo que su responsabilidad no surge únicamente en aquellos eventos en los que se ve amenazada esta última, sino también cuando se presentan deficiencias constructivas que le sean imputables, así las mismas no afecten la firmeza y la normal utilización del bien» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 2 de agosto de 2018. Exp. 37.317. C.P. María Adriana Marín).

que el contratista debió conocer—, las fallas de la obra le son imputables» (énfasis fuera de texto)¹².

La salvedad que respetuosamente se sostiene respecto de dicho criterio jurisprudencial es que, si bien se trata de una obligación de resultado, esto no implica una modalidad de responsabilidad objetiva; por el contrario, en cada caso concreto se estudia la imputabilidad *técnica* al contratista, quien no deberá responder por cualquier falla, sino por aquella que tenga origen en su conducta¹³. No sería admisible, por ejemplo, que se declare el siniestro en una obra donde la entidad estatal no cumplió con sus obligaciones de mantenimiento sobre el bien. Nótese que solo el conocimiento técnico en áreas como la ingeniería o la arquitectura permiten atribuir el vicio a una u otra parte del contrato. Esta circunstancia implica un estándar cualificado para motivar los actos administrativos que declaran el siniestro. De allí que jurisprudencia reciente de la Subsección A recalca el deber de motivar estas actuaciones con énfasis en la identificación y cuantificación de los perjuicios y, especialmente, la inclusión de razones que demuestren su imputabilidad al contratista¹⁴.

En síntesis, el amparo de calidad y estabilidad de la obra comprende cualquier perjuicio que se ocasione por desperfectos en el bien, que se evidencien luego del recibo a satisfacción y que no eran perceptibles para ese momento, siempre que sean técnicamente imputables al contratista.

3. Suficiencia de la garantía

Tomás Ramón Fernández y Eduardo García de Enterría reflexionan sobre las actividades técnicas de la Administración en su curso de derecho administrativo. Explican que esta no solo realiza actos jurídicos, sino también otros que bien podrían denominarse *materiales* o *técnicos* y que se rigen por las *regulae artis* de

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 20 de febrero de 2020. Exp. 43.766. M.P. María Adriana Marín. Sobre este asunto también es posible consultar la Sentencia: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Exp. 46.852. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

¹³ En este sentido, es preciso consultar el siguiente pronunciamiento de la Subsección B: «La jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que la obligación de estabilidad de la obra es de resultado y, por consiguiente, la garantía se hace exigible independientemente de la culpa que pueda ser atribuida al constructor, *siempre y cuando los daños le sean imputables*» (énfasis fuera de texto) (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de abril de 2021. Exp. 53.367. C.P. Ramiro Pazos Guerrero). Sin duda, el matiz responsable de la imputación fáctica representa una garantía del debido proceso que, en contratación estatal, se fundamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el 17 de la ley 1150 de 2007 y el 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contenciosos Administrativo —CPACA—.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 17 de febrero de 2023. Exp. 59.310. C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

cada materia, no por postulados estrictamente jurídicos. Incluso, sostienen que este tipo de tareas constituyen el mayor volumen de actuaciones y, quizá, implican superior relevancia o significación social, porque tienen efectos inmediatos sobre la realidad material de los ciudadanos. Finalmente, proponen tres características de la actividad técnica de la Administración: *i)* se cumple por organizaciones administrativas que bien pueden cumplir con el objetivo directamente o pueden contratar su realización por terceros; *ii)* se enmarca y se ordena por medio de la actividad jurídica, no obstante, son dos planos que no se confunden, pero que conversan y se relacionan constantemente; *iii)* pese a que la actividad técnica la ejercen los funcionarios de la Administración, la responsabilidad que de esta se deriva obliga directamente al Estado¹⁵.

El artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1082 de 2015 prevé que la vigencia y el valor asegurado —suficiencia— del amparo debe fijarse en los documentos del proceso, luego de un análisis sobre el objeto, la cuantía, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato. La decisión sobre el monto asegurado no encuentra ningún tipo de parámetro o restricción adicional; no obstante, la determinación de la vigencia se sujeta a un término mínimo de 5 años. Estas decisiones encajan de buena manera en el marco de las *actividades técnicas* de la Administración, en los términos de la doctrina referenciada. Ahora bien, el segundo y tercer inciso del artículo *ejusdem* habilita a la entidad estatal para disminuir el término de la vigencia por debajo de 5 años y hasta mínimo 1. Para esto la entidad requiere la justificación técnica de un experto en el objeto del contrato, quien debe presentar consideraciones que se consignent en los documentos del proceso. Además, la norma exige que el experto considere variables como: «[...] el tipo de actividades que serán realizadas, la experticia técnica requerida, el alcance físico de las obras, entre otros, pero sin limitarse únicamente a la cuantía del proceso».

De esta redacción, se destaca que el Gobierno Nacional no fue ampliamente descriptivo sobre los requisitos o parámetros atribuibles o exigibles respecto del «concepto técnico». Se sostiene entonces que esta es una entre muchas manifestaciones de *discrecionalidad técnica* en la contratación estatal. Eva Desdentado, que estudia juiciosamente esta noción y, especialmente, sus problemáticas para el control judicial, define la discrecionalidad como: «[...] la realización de elecciones entre diferentes alternativas con la finalidad de ejercer una potestad conferida por el ordenamiento jurídico y que éste, sin embargo, no ha regulado plenamente»¹⁶. No obstante, considera que no es pacífica la definición de la *discrecionalidad técnica*, incluso existe una corriente que sostiene que, donde

¹⁵ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón & GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. 10^o ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000. p. 804-808.

¹⁶ DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997. p. 22.

intervienen criterios técnicos no hay discrecionalidad, porque las decisiones están orientadas por sistemas que ofrecen una única respuesta a los cuestionamientos. De allí que plantean que se trata de un sintagma ilógico, compuesto por términos irreconciliables.

Al margen de una definición, Desdentado propone tres escenarios en la administración donde los criterios técnicos adquieren especial relevancia: *i)* aquellos en los que la norma atribuye a la Administración la potestad para escoger entre varias opciones con el ánimo de obtener el interés público, pero esas vías tienen carácter técnico y la ciencia no ofrece una única respuesta; *ii)* elecciones que lleva a cabo la Administración sobre hipótesis que no han sido objeto de corroboración científica y *iii)* conceptos jurídicos que remiten a criterios técnicos, como «edificio en ruina» o «justo precio». En cuanto a los dos primeros, la doctrinante afirma que el control judicial es *negativo*, pues se reduce a verificar el respeto del ordenamiento jurídico. En el tercer escenario encuentra mayor control judicial pues, pese a que el juez no es un técnico de la Administración, sí cuenta con herramientas o parámetros para definir qué es, verbigracia, un *justo precio* en una expropiación¹⁷.

La decisión sobre la reducción en la vigencia del amparo con fundamento en un concepto técnico, sin duda, se orienta por parámetros extrajurídicos, que encuentran límite en los criterios que el reglamento ejemplifica. Ahora bien, entre los escenarios de discrecionalidad que propone la doctrinante, esta decisión se orienta en el primero, es decir, la norma permite que la entidad decida con criterios técnicos donde no existe una única respuesta y, en consecuencia, el control judicial de la decisión sería limitado. No obstante, no es extraño que los jueces asuman el control de actos que, en principio, encierran alta discrecionalidad técnica, por ejemplo, a través del decreto de pruebas periciales¹⁸. De allí que el control judicial

¹⁷ Ibid., p. 62-64.

¹⁸ Nótese como, en la presente redacción, el juez manifiesta de forma explícita su ánimo de controlar la ocurrencia o no del siniestro de acuerdo a parámetros técnicos aportados como medios de prueba. En otras palabras, procede al estudio de la imputabilidad *técnica*: «De esta manera, las partes toman estos conceptos como referente de sus respectivas posiciones; por un lado, la entidad demandada se valió de las premisas y conclusiones del concepto que rindió el ingeniero de pavimentos Jaime Balaguera Melo para motivar los actos acusados; y por el otro, el consorcio demandante encuentra mérito en el peritaje del ingeniero civil Jairo Enrique Rubiano Rodero, para inferir que la falla se debió a la necesidad de fresar previamente toda el área de la pista, actividad que estaba no contemplada en el contrato.

»La Sala procede, entonces, a resolver esta cuestión, apelando para ello a la interpretación de las experticias aportadas a la que se remiten las dos partes para sustento de sus asertos, teniendo en consideración que no obran en el expediente, ni los pliegos de condiciones, ni documento alguno que dé cuenta de las observaciones o reparos que el Consorcio Construir hubiera presentado a la entidad contratante en relación con tales

sobre la determinación de la suficiencia de la garantía dependerá de cada caso en concreto, claro, en procesos judiciales donde se reproche la disminución injustificada de la vigencia de la garantía con efectos nocivos para la Administración.

Bibliografía

Doctrina

DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997. 160 p.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón & GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. 10º ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000. 808 p.

PARADA, Ramón. Derecho Administrativo: Parte General. 16º ed. Madrid: Marcial Pons, 2007. 685 p.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 10 de noviembre de 1997. Exp. 9.286. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 2 de agosto de 2018. Exp. 37.317. C.P. María Adriana Marín.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 30 de septiembre de 2019. Exp. 46.239. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 20 de febrero de 2020. Exp. 43.766. M.P. María Adriana Marín.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Exp. 46.852. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

circunstancias» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Exp. 46.852. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas).

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de abril de 2021. Exp. 53.367. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 18 de noviembre de 2021. Exp. 56.085. C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 17 de febrero de 2023. Exp. 59.310. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

