

BOLETÍN JURÍDICO CCI

15 DE ABRIL DE 2024

UNA PUBLICACIÓN DE LA CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA



Contenido

(I) NOVEDADES JURISPRUDENCIALES.....	2
1. Régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios y nulidad de los actos precontractuales	2
(II) NOVEDADES REGLAMENTARIAS	4
1. Resolución 760 de 2024	4

(I) NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

1. Régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios y nulidad de los actos precontractuales

La subsección b, de la sección tercera del Consejo de Estado, en una ponencia del Dr. Fredy Ibarra, analizó las controversias suscitadas entre Ingeomega y Electrocivil y las Empresas Públicas de Medellín durante la ejecución de un contrato de obra. En criterio de la Unión Temporal, la regla del pliego de condiciones que establece una restricción para el pago de las visitas perdidas y la cláusula séptima del acta de modificación bilateral 2 que limita el derecho de acción del contratista al exigirle que no presentará ninguna reclamación con ocasión de lo pactado en dicho documento, adolecen de nulidad. A su

A su vez, adujó un incumplimiento de EPM porque no reconoció las cantidades de obra realmente ejecutadas por el contratista frente a las cantidades de obra estimadas por la primera.

Por último, cuestionó la legalidad del acta de liquidación, al solicitar su nulidad por considerar que se incurrió en los siguientes yerros (i) falsa motivación, (ii) desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, (iii) desviación de las atribuciones propias de quien la profirió y (iv) infracción de las normas en que debía fundarse.

Al resolver las súplicas planteadas en la apelación, el consejero ponente señaló:

- **El régimen jurídico aplicable al contrato celebrado es el régimen de derecho privado**

“En el presente asunto, el contrato no. 100001316825 de 2007 suscrito por Empresas Públicas de Medellín ESP y la unión temporal Ingeomega SA y Electrocivil SA es regido por el derecho privado de acuerdo con lo expresamente dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994² y en el artículo 3 del Acuerdo Municipal de Medellín no. 69 de 10 de diciembre de 19973(…)”

A partir de esta acotación, la subsección indicó que los actos precontractuales de la empresa no serán considerados actos administrativos porque su régimen de contratación es el derecho privado, por lo anterior el pliego de condiciones no puede ser tratado como un acto de la administración.

Paso seguido, el magistrado concluyó sobre cada pretensión, lo siguiente:

- **Mayor obra ejecutada no se acreditó mediante el procedimiento de verificación acordado por las partes**

“Los reconocimientos por mayor obra aparentemente ejecutada por la contratista se basan en los anexos documentales aportados por la parte actora, que corresponden a cuadros elaborados por ella misma que condensan los valores

definidos en el acápite correspondiente a la cuantía de la demanda y que en modo alguno cuentan con verificación de ejecución real, aceptación de tales cantidades y valores por parte de la interventoría y verificación de ausencia de pago, documentos estos que a pesar de no ser objetados o controvertidos por la entidad demandada, no proporcionan elementos de juicio para apreciar lo realmente ejecutado.

(...)

En este sentido, extraña la Sala en la verificación de tales items, cantidades y valores, el procedimiento de reconocimiento por parte de la entidad y su correspondiente pago o denegación de pago, aspectos que deberían estar constatados con las actas de corte de obra y pago suscritos por la interventoría del contrato y por la propia parte actora, esto con el fin de establecer con la certeza requerida el incumplimiento de la entidad contratante reclamado con la demanda.

(...) no existe fundamento que permita acreditar, idónea y válidamente, que las Empresas Públicas de Medellín ESP incumplieron las obligaciones que adquirieron con la suscripción del contrato no. 10000131682 de 2018”.

- **Ruptura del equilibrio económico del contrato se rige por el artículo 868 del Código de Comercio en el caso de un contrato celebrado entre una ESP y un contratista particular**

“(...) la norma aplicable para el caso de un eventual desequilibrio económico del contrato es la prevista en el Código de Comercio, como se trasccribe a continuación...

(...) para la Sala **es claro que no procede** el reconocimiento del desequilibrio económico solicitado por la parte actora, pues, según lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio antes citado, **los supuestos de hecho sobre los cuales se fundamenta la petición precisamente son la ejecución de actividades ya ocurridas, sin que en modo alguno estas se refieran a obligaciones de futuro cumplimiento**” (negrilla nuestra).

- **Nulidad parcial del pliego de condiciones se abordará desde la óptica del derecho privado**

“(...) el análisis de nulidad se abordará sobre la decisión emitida por las Empresas Públicas de Medellín ESP en condición de empresa industrial y comercial del Estado prestadora de servicios públicos domiciliarios, **más no como acto administrativo¹⁰**(...)

(...) la Sala que **el apartado del pliego de condiciones** objeto de petición de nulidad **constituye un aspecto concerniente a la regulación de las obligaciones que**, en el eventual caso de llegarse a suscribir un contrato, la entidad estatal, a

través de este, fijó las reglas mínimas y condiciones específicas con las que tendría por cumplido el futuro objeto del negocio jurídico.

(...)

*Para la Sala no existe contradicción normativa alguna en el hecho de señalar que la entidad no reconocería, durante la ejecución del contrato los viajes perdidos, **toda vez que resulta ser una carga de la contratista la verificación de la dirección exacta del usuario**, la inmediatez de la necesidad e incluso la pertinencia de movilizar un equipo completo de técnicos, al punto que un incumplimiento en tales órdenes de trabajo sería generador de la imposición de multas a la contratista.”¹*
(Negrilla fuera de texto).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección b, consejero ponente Fredy Ibarra Martínez, 19 de octubre de 2023, radicado 05001-23-33-000-2012-00589-01, expediente 55.698.

(II) NOVEDADES REGLAMENTARIAS

1. Resolución 760 de 2024

El pasado 3 de abril, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió la Resolución 760 de 2024 a través de la cual adoptó la metodología para la valoración de los pasivos contingentes por riesgos implícitos derivados de desastres. En esta regulación se acoge la metodología “Colombia Estimación del Pasivo Contingente por Desastres. Nota Técnica Metodológica” como un documento de política complementario de la “Estrategia Nacional de Protección Financiera de Riesgo de Desastres, Epidemias y Pandemias”, con el propósito de establecer la distribución de probabilidades de potenciales pasivos para el Gobierno de Colombia derivados por la ocurrencia de desastres, que sea de utilidad para la toma de decisiones.

A su vez, la resolución define que la “Estrategia Nacional de Protección Financiera de Riesgo de Desastres, Epidemias y Pandemias” es el marco orientador para la gestión del riesgo fiscal para reducir y financiar el pasivo contingente debido a la ocurrencia de desastres, para lo cual define objetivos de política pública que permitan avanzar en la implementación de estrategias.

¹ La subsección definió que este tipo de cláusula corresponde al ejercicio de la autonomía de la voluntad:

“(...) las partes se comprometieron a dar cabal cumplimiento a las obligaciones allí dispuestas y a las previstas en el pliego de condiciones como documento incorporado al negocio jurídico, por lo cual no es razonable que precisamente, luego de la terminación y liquidación del contrato, la actora pretenda fundamentar una solicitud de nulidad del acápite no. 4.5.6 del pliego de condiciones, pues, se trata de manifestaciones libres y espontáneas sobre derechos o intereses de libre disposición”.