

# BOLETÍN JURÍDICO CCI

15 DE OCTUBRE DE 2024

UNA PUBLICACIÓN DE LA CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA



[Esta foto](#) de Autor desconocido está bajo licencia [CC BY-SA](#)

## Contenido

(i) Novedades jurisprudenciales.....	2
1. Las reglas de interpretación del contrato.....	2
(ii) Novedades en materia reglamentaria.....	8
2. Decreto 1275 de 2024, "Por el cual se establecen las normas requeridas para el funcionamiento de los territorios indígenas en materia ambiental y el desarrollo de las competencias ambientales de las autoridades indígenas y su coordinación efectiva con las demás autoridades y/o entidades" .....	8

## (i) **Novedades jurisprudenciales**

### **1. Las reglas de interpretación del contrato**

La subsección c de la sección tercera del Consejo de Estado se pronunció en una controversia suscitada entre la Unión Temporal Cesva y el departamento del Tolima durante la ejecución de un contrato de obra pública. En consideración del contratista, se presentaron hechos que pueden calificarse como incumplimiento y otros como imprevisibles, los cuales afectaron los derechos del contratista.

Entre los hechos catalogados como incumplimiento del contrato, la unión temporal manifestó:

1. La omisión de ajustar los precios al pagar las obras ejecutadas.
2. El reconocimiento y pago de menores cantidades de obra a las realmente ejecutadas por inconsistencias en las unidades de medida aplicables a algunos ítems.

Entre los supuestos fácticos aducidos como generadores del desequilibrio económico, argumentó:

1. La ocurrencia de lluvias torrenciales que ocasionaron el desplome de un muro y el stand by de maquinaria y personal.
2. Indebida planeación en la determinación de ítems asociados al mantenimiento preventivo de una vía de acceso.

En su defensa, el departamento del Tolima señaló:

1. Que, de conformidad con lo pactado, el contrato no sería sujeto de ajustes en el precio al pagar las obras ejecutadas.
2. El contratista no expresó inquietudes durante la fase precontractual sobre las cantidades y las unidades de medida definidas para el reconocimiento y pago de ciertos ítems.
3. La caída del muro es una falla técnica imputable al contratista, razón por la cual el riesgo y sus consecuencias debe ser asumido por el contratista.
4. El contrato fue suspendido por las partes, por lo que únicamente permaneció el personal mínimo. En cualquier caso, debió el imprevisto debió considerarse en los costos indirectos.
5. Entre otros.

El consejero ponente resolvió la controversia en los siguientes términos:

- **Consideraciones previas sobre las reclamaciones relacionadas con el incumplimiento y el desequilibrio económico del contrato**

*“Esta Subsección, sin embargo, ha venido observando un criterio que la lleva a diferenciar entre el juicio de responsabilidad contractual por incumplimiento, y el que antecede a la condena por restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica, en el entendido que el primero corresponde a la inobservancia de las obligaciones contraídas en virtud de la celebración del negocio jurídico, mientras que el segundo obedece a factores externos de las partes (teoría de la imprevisión), actos de la entidad contratante que modifiquen las condiciones (ius variandi) o decisiones de la administración (hecho del príncipe)<sup>31</sup>. Esta línea de entendimiento que diferencia ambos institutos se ha seguido por cuanto, pese a que el artículo 5.1, de la Ley 80 de 1993 establece una regla en la que plantea la disyuntiva hipotética de quiebra del equilibrio económico por uno u otro motivo, dicho planteamiento lo ha hecho el legislador para definir, con fundamento en esas dos suposiciones, respuestas diferentes.*

*En esta ocasión, en línea con el criterio observado por la Subsección en una oportunidad anterior<sup>32</sup>, se mantendrá ese criterio, adicionando, a la consideración ya expuesta, la conveniencia que encuentra en denotar la ratio que subyace en ese trato diferenciado, en cuanto la responsabilidad contractual por causa de incumplimiento abre el escenario de la reparación hasta los confines de la integralidad, y supone, no sólo la verificación de la acreditación del daño antijurídico, sino la subsiguiente imputación jurídica de ese daño a la demandada bajo título de incumplimiento; mientras que el restablecimiento del equilibrio económico ha sido limitado por el legislador a un punto de no pérdida, y para prosperidad de tal pretensión basta con demostrar la quiebra de ese equilibrio, sin juicio de imputación jurídica a la demandada, pues para ello señala como suficiente el juicio de causalidad.*

***3.3. Esclarecido lo anterior, la Sala disiente de lo afirmado por el Tribunal en la sentencia de primera instancia sobre la improcedencia de la formulación de reclamaciones simultáneas de incumplimiento contractual y desequilibrio económico, pues si bien ambos institutos son completamente diferenciables, tanto en sus supuestos estructurantes como en sus efectos jurídicos, lo cierto es que en una relación contractual pueden presentarse ambos supuestos y, en caso de que estos sean reclamados en un escenario judicial, al fallador le corresponde determinar bajo qué óptica debe emprender el respectivo análisis”.***

#### **- Pautas de interpretación ante cláusulas ambiguas del contrato**

*“3.7. De acuerdo con las pruebas exhibidas en precedencia, la Sala concluye que, en efecto, en la relación contractual bajo análisis existieron cláusulas ambiguas en lo concerniente a la aplicación de ajustes de precios, mecanismo que, como lo ha precisado la Sección<sup>53</sup>, es comúnmente utilizado para restablecer automáticamente la equivalencia económica pactada en el contrato y proteger al acreedor contra los perjuicios que pudiera ocasionar la pérdida del poder adquisitivo. Es esta una ambigüedad que debe ser resuelta con aplicación de una hermenéutica determinada en función de las pautas legales de interpretación contractual<sup>54</sup>, las cuales deben ser utilizadas cuando se*

*requiere esclarecer el sentido de una cláusula que genere incertidumbre, duda o discrepancia<sup>55</sup>.*

*3.7.1. En este sentido, las pautas de interpretación de los contratos, que son aplicables a los contratos estatales<sup>56</sup>, están contenidas entre los artículos 1618 a 1624 del CC y consagran, según la doctrina<sup>57</sup> y la jurisprudencia<sup>58</sup>, dos (2) principios rectores y seis (6) reglas<sup>59</sup>. Los principios rectores de interpretación se traducen en:*

*(i) la búsqueda de la común intención de las partes —communis intentio o voluntas spectanda— y (ii) la buena fe negocial o contractual. Las reglas de interpretación, por su parte, son: (i) la especificidad o especialidad; (ii) la interpretación efectiva, útil o conservatoria; (iii) la interpretación naturalista o fundada en la naturaleza del contrato, y de la interpretación usual; (iv) la interpretación contextual, extensiva y auténtica; (v) la interpretación incluyente o explicativa; y (vi) la interpretación de cláusulas ambiguas en favor del deudor, y en contra del estipulante o predisponente. A las primeras se le conoce como criterios subjetivos de interpretación y a las segundas como criterios objetivos.*

*No debe pasarse por alto que en el derecho colombiano se ha reconocido que existe jerarquía entre los criterios de interpretación del contrato y, en esa medida, se ha precisado que el subjetivo prevalece sobre el objetivo<sup>60-61</sup>. De ahí que un adecuado ejercicio hermenéutico empieza siempre por determinar cuál fue la verdadera voluntad regulatoria de los extremos de una relación contractual y si estas obraron con buena fe negocial...”*

Realizada la anterior precisión, la subsección consideró que la intención de las partes fue ajustar los precios de los ítems a pagar a pesar de la ambigüedad de la cláusula séptima, y condenó, mediante cálculo efectuado en la parte considerativa de la sentencia, al ajuste de los precios:

*3.7.4. Pues bien, en función de los criterios de interpretación subjetivos, la Subsección toma en consideración la intención de la administración que revela el pliego de condiciones, bajo cuyos lineamientos fueron preparadas las ofertas, y fueron redactadas la casi totalidad de las cláusulas del contrato excepto, una -obrante en un parágrafo-, como factor indicativo de la voluntad común de las partes en acordar que cada acta de obra radicada fuera pagada en función de la suma que resultara de multiplicar las cantidades de obra ordinarias y adicionales ejecutadas —diferenciándose este tipo de obras solo en que las adicionales excedían las cantidades inicialmente estimadas— por los precios unitarios incluidos en la propuesta (cláusulas segunda, séptima y décima del negocio jurídico<sup>69</sup>) y, de ajustar el resultado de esta operación, según el ICCP del DANE de acuerdo con la fecha del pago efectivo (cláusula primera del contrato<sup>70</sup>, anexo técnico y matriz de riesgos introducidas en el pliego<sup>71</sup>).*

*Este proceder se acompasa, en primer término, con la naturaleza del negocio jurídico celebrado<sup>72</sup>, dado que se trataba de un contrato de tracto sucesivo en el que, a pesar de que las obras se entregarían periódicamente, y podían*

*aumentar o disminuir, el precio de cada ítem debía ser determinado desde el momento de presentación de la oferta tomando en consideración los valores del mercado para esa fecha y; en segundo término, con la naturaleza y la función económica de la cláusula de ajuste de precios, instrumento que, como lo ha precisado esta Subsección<sup>73</sup>, “corresponde a la solución que se implementa por las partes frente a un riesgo previsible, como lo es la alteración del valor de los componentes de los precios unitarios acordados, que se puede producir por el transcurso del tiempo”, entre la fecha de presentación de la propuesta y el momento de la efectiva ejecución de las obras.*

*3.7.5. Vista así la intención común de las partes, la conducta desplegada por el ente contratante, al modificar en un párrafo lo que ciertamente estaba claro desde la fase precontractual, constituye una vulneración flagrante al deber que tienen las partes de cumplir las convenciones en los términos y condiciones que hubieran pactado y en lo que emana precisamente de la naturaleza de la obligación, de conformidad con los principios de normatividad<sup>74</sup> y de buena fe<sup>75</sup>; asimismo, una infracción al deber de adelantar todas las actuaciones que ellas demanden bajo parámetros de lealtad, honradez y compromiso<sup>76</sup>.*

*(...)*

*3.7.6. En definitiva, fuerza concluir que la prescripción convencional de una fórmula de ajuste de precios tuvo como propósito garantizar la actualización de estos, con los que habrían de ser pagadas, tanto las obras ordinarias como las adicionales, y que la definición de la forma como había de ser aplicada esa fórmula tuvo por fuente a una regulación clara y específica. En consecuencia, no comparte este juzgador los argumentos utilizados por el a quo para despachar desfavorablemente este cargo concerniente a que el contratista debía precisar cuales habrían sido los ítems que sufrieron alteración real en su costo durante el periodo correspondiente a cada acta suscrita, pues esto va en contravía de la naturaleza de la figura de ajustes de precios convenida, como se explicó ampliamente en los párrafos precedentes”.*

#### **- Inconsistencias en las unidades de medida de algunos ítems**

La sala consideró que no era procedente esta reclamación porque el contratista no se pronunció en la fase precontractual al momento de publicar el pliego:

*“3.9.4. De acuerdo con lo plasmado en precedencia, ninguna duda suscita que si bien existieron contradicciones respecto de la unidad de medida aplicable a los ítems “6. conformación de calzada existente” y “10. imprimación con asfalto líquido”, la conducta desplegada por la otrora contratista al diligenciar el “Anexo 1. Presupuesto oficial” y calcular los precios unitarios —riesgo asignado al contratista— de estas actividades con base en metros cúbicos (m<sup>3</sup>) se constituye como una refrendación a que el pago correspondiente se produjera bajo esos criterios, pues como lo ha establecido esta Subsección<sup>94</sup>, «las condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar la oferta y de celebrar el contrato, deben mantenerse durante el cumplimiento y ejecución del mismo, de acuerdo con las*

*prescripciones del principio "pacta sunt servanda", que como es sabido hace referencia a la firmeza y solidez del vínculo contractual<sup>95</sup>».*

*Así las cosas, a juicio de esta Sala la conducta desplegada por la U.T. contratista al pretender, durante la ejecución del contrato de obra, que se modifiquen las unidades de medida aplicables a los ítems "conformación de calzada existente" e "imprimación con asfalto líquido" **arguyendo una contradicción que se encontraba patente desde la fase precontractual<sup>96-97-98</sup>, contraviene el principio de la buena fe comercial que no solo impone el respeto por los actos propios<sup>99</sup>, sino que, además, impone a los extremos de una relación contractual emplear una conducta caracterizada, entre otras, por la confianza mutua, diligencia y colaboración<sup>100</sup>.***

#### - **Deslizamiento de tierra y caída del muro**

Sobre este asunto concreto, el consejero consideró que no hubo prueba en el plenario que acreditara el monto y los costos de la reconstrucción del muro y demás actividades:

*"No obstante, la Sala denota que aun cuando se tiene por demostrado que el ente contratante asumió los costos de reconstrucción del muro no se encuentra en el plenario medio de prueba que permita verificar con certeza a cuanto ascendió este desembolso, ni tampoco qué cantidades de obra o trabajos incluía, con lo cual resulta imposible establecer con certeza si las actividades que la parte accionante afirma haber ejecutado de manera previa e indispensable para poder adelantar la reconstrucción del muro<sup>110</sup> venían, o no incluidas en este rubro.*

*3.10.3. Tampoco se tiene prueba de la ejecución efectiva de las obras mencionadas ni mucho menos el costo de estas, por cuanto el perito Julio Cesar Arguelles Ochoa, quien era el encargado de emitir concepto sobre el "método de construcción de las obras ejecutadas" y en consecuencia, de identificar las obras que se adelantaron por el colapso del muro, afirmó durante la audiencia de pruebas celebrada en este proceso que en desarrollo de la visita vio un muro pero que no lo incluyó en el informe pericial porque "la abscisa no coincid[ía]"<sup>111</sup>.*

#### - **Stand by maquinaria**

El contratista no probó el mayor costo de los meses que no fueron objeto de la adición contractual:

*"3.11.3. Al margen de la prueba analizada en precedencia, los únicos periodos que podrían constituirse como fuente de ruptura de ecuación económica del contrato por la ocurrencia de la fuerte ola invernal serían los meses de junio, julio y noviembre de 2010 y noviembre de 2011.*

*3.11.3.1. Ahora bien, esta Subsección encuentra acreditado que el contrato adicional 01 suscrito el dos (2) de diciembre de dos mil diez (2010)<sup>126</sup>, a través del cual se adicionó el precio del contrato por mil quinientos millones de pesos (\$1.500.000.000) y se prorrogó el plazo en ciento ochenta (180) días*

*calendario, entre otras razones, por la fuerte temporada invernal que se presentó en las diferentes zonas intervenidas, surgió inmediatamente después de varios de los meses en los que las lluvias superaron de manera extraordinaria los índices históricos—junio, julio y noviembre de 2010—, por lo que infiere que, parte del precio adicionado en esa ocasión, tuvo causa en los mayores costos que se generaron como consecuencia de las inclemencias climáticas. Situación que a juicio de la Sala impide admitir que, para esos periodos, se desequilibró la ecuación económica del contrato por causa de un hecho imprevisible.*

*3.11.3.2. Con respecto al mes de noviembre de 2011, el otro periodo en el que las lluvias superaron de manera extraordinaria las esperadas según el índice histórico, debe decirse que esto ocurrió únicamente en el municipio de Líbano, y que la parte actora, aparte de un listado de costos de personal y maquirar que trae con la demanda sin ningún soporte documental, no demostró que trabajos se estaban adelantando en el curso de ese mes, cuánto personal y maquinaria tenía a pie de obra para adelantar esas actividades, ni cuánto tiempo estuvieron paralizadas las obras como consecuencia de las lluvias. De esta forma, huelga concluir que la parte actora, quien tenía la carga de la prueba<sup>127</sup>, no demostró los sobrecostos que afirmó haber incurrido durante noviembre de 2011 como consecuencia de la ola invernal que afectó esa área”.*

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección c, consejero ponente Jaime Rodríguez, 23 de agosto de 2024, radicado 73001-23-33-000-2014-00623-01, expediente 58.106.

**(ii) Novedades en materia reglamentaria**

**2. Decreto 1275 de 2024, "Por el cual se establecen las normas requeridas para el funcionamiento de los territorios indígenas en materia ambiental y el desarrollo de las competencias ambientales de las autoridades indígenas y su coordinación efectiva con las demás autoridades y/o entidades"**

Recientemente, el Gobierno nacional publicó el Decreto 1275 de 2024 mediante el cual estableció el marco normativo para el funcionamiento de los territorios indígenas en relación con la gestión ambiental. Dentro del objeto de la reglamentación, el Gobierno enfatizó en la importancia de las competencias de las autoridades indígenas y su coordinación con otras entidades gubernamentales.

A su vez, pretende reconocer la autonomía de los pueblos indígenas, su derecho a gestionar sus recursos naturales y la necesidad de implementar medidas culturalmente adecuadas para proteger su integridad territorial y ecosistémica.

Además, el decreto busca promover, entre otros, lo siguiente:

- (I) La responsabilidad ambiental intergeneracional, asegurando que tanto individuos como comunidades indígenas sean responsables de la protección del medio ambiente para las generaciones futuras.
- (II) Establecer mecanismos de coordinación entre las autoridades ambientales y las comunidades indígenas, garantizando que sus conocimientos y prácticas sean integrados en la planificación y ejecución de proyectos ambientales, así como en la toma de decisiones que afecten sus territorios.
- (III) Establece normas para el funcionamiento de territorios indígenas en materia ambiental.