

BOLETÍN JURÍDICO CCI

6 DE JUNIO DE 2024

UNA PUBLICACIÓN DE LA CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA



Contenido

(i) Novedades jurisprudenciales.....	2
1. Mayores cantidades de obra y ejecución de obras no pactadas requieren de prueba ...	2
2. Consejo de Estado suspende provisionalmente el decreto reglamentario que autorizaba la celebración de convenios solidarios por organismos comunitarios	4

(i) Novedades jurisprudenciales

1. Mayores cantidades de obra y ejecución de obras no pactadas requieren de prueba

El pasado 12 de abril de 2024, la subsección b, de la sección tercera, del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Martín Bermúdez Muñoz, se pronunció sobre la controversia suscitada entre Vías y Construcción S.A. contra IDU por el incumplimiento del contrato de obra por parte de la contratante. El origen de las controversias fueron las deficiencias en los estudios y diseños entregados por la entidad y las mayores cantidades que se debieron efectuar a partir de la complementación y ajuste de los diseños.

En este pronunciamiento, el máximo tribunal contencioso precisó nuevamente el alcance de la regla sobre las salvedades y glosas en los documentos contractuales y reiteró la posición de la sección tercera sobre el deber de probar los mayores costos derivados de la mayor permanencia en obra.

En su análisis la sección evidenció el incumplimiento de la entidad en la entrega de unos diseños idóneo y en la entrega de los predios para la construcción de la obra:

“7.- La Sala declarará el incumplimiento del Contrato por parte del IDU, porque está demostrado que entregó estudios y diseños deficientes y que demoró la entrega de los predios necesarios para la realización de los trabajos de ampliación y rehabilitación de la Autopista al Llano. No obstante lo anterior, se confirmará la negativa de las pretensiones de reconocimiento de perjuicios económicos porque, pese a que está acreditado que los incumplimientos del IDU generaron la necesidad de ejecutar obras que no estaban previstas en el proyecto inicial y, además, una mayor permanencia en la obra, no se demostró que al contratista se le hubiesen dejado de pagar las mayores cantidades de obra ejecutadas, ni que hubiera asumido sobrecostos por concepto de la mayor permanencia en la obra.

(...)

12.- En este punto resulta necesario precisar que, aun cuando el Contrato fue pactado a precio global con ajustes, dicha circunstancia en nada impide el análisis del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante y las consecuencias que el eventual incumplimiento produzca respecto del contratista. Al margen de la modalidad de pago que hubieren pactado las partes del Contrato, se debe determinar si en este caso el IDU incumplió las obligaciones a su cargo, así como si están demostrados los perjuicios sufridos por cuenta del mismo, los cuales no podrían ser desconocidos u omitidos por el simple hecho de que el Contrato hubiere sido pactado a precio global con ajustes.

(...)

13.- En el proceso está probado que el IDU incumplió el Contrato porque entregó estudios y diseños incompletos y deficientes y porque demoró la entrega de

predios al punto de afectar el normal desarrollo de la obra. En efecto, en el expediente obra el oficio No. IDU-018971 del 13 de marzo de 200910 por medio del cual el IDU, al resolver unas inquietudes formuladas por la Contraloría de Bogotá sobre la ejecución del Contrato, reconoció que lo incumplió, así”:

En relación con el deber de probar los mayores costos por aumento en la permanencia en obra y la ejecución de obras adicionales:

12.1.- Para reconocer una mayor permanencia en la obra es indiferente si el precio pactado era global o por valores unitarios. El ajuste que la jurisprudencia hizo sobre este punto consistió en considerar que, para acreditar la mayor permanencia en la obra, no podía simplemente determinarse que había requerido de un plazo adicional y calcular el perjuicio teniendo en cuenta el valor de la “A” (administración) establecido como parte del precio junto con el “I” (imprevistos) y la “U”(utilidad). La jurisprudencia determinó que no es posible fundar la misma en una <<regla de tres>>, de la que se concluya <<mayor tiempo - mayor valor>>, sino que es necesario demostrar el costo que asumió el contratista durante la mayor duración del contrato.

12.2.- Igual sucede en el caso de las obras adicionales o no previstas, respecto de las cuales tanto en el precio global como en el precio unitario debe demostrarse su realización y costo. No se trata en el caso de este tipo de obras de una mayor cantidad de ítems que pueda ser cobrada distinto en una y otra forma de pago; justamente de lo que se trata es de obras no contempladas en el contrato, que por lo tanto, no fueron tenidas en cuenta en el precio pactado, ni podían ser pagadas como mayores cantidades.

(...)

21.- Los dictámenes periciales no estuvieron dirigidos a demostrar los perjuicios reclamados. En efecto, el primer dictamen no acredita que la demandante hubiera ejecutado obras no reconocidas y no pagadas por el IDU, por lo que no brinda sustento a los hechos expuestos en la demanda. El segundo dictamen no demuestra que Vicon hubiera asumido mayores costos durante la ejecución del Contrato. Las pruebas periciales allegadas al proceso por la demandante estuvieron dirigidas a probar, de manera general, que la ejecución de la obra le costó más del valor que recibió como remuneración o que el cálculo de su valor global no fue suficiente para cubrir las labores realizadas, por lo que no permite dar por acreditadas las reclamaciones de la demanda.

(...)

23.- Como se observa, el procedimiento realizado por el perito no muestra que la demandante hubiera ejecutado obras no reconocidas y no pagadas por el IDU. En efecto, el perito no efectuó análisis alguno dirigido a determinar que Vicon hubiere ejecutado mayores cantidades de obra que hubieren resultado insatisfechas; el perito simplemente advierte que las obras comprendidas en el valor global del Contrato no fueron pagadas de conformidad con los precios unitarios que sirvieron de base para realizar el presupuesto oficial de la licitación

pública; sin embargo, ello no fue reclamado en el acta del liquidación bilateral del Contrato. De esta forma, la prueba pericial está dirigida a probar, de manera general, que la ejecución de la obra le costó más del valor que recibió como remuneración, lo que no demuestra los presupuestos fácticos en los que Vicon estructuró su demanda.

El dictamen pericial económico y financiero elaborado por Desarrollo Empresarial Ltda.

(...)

25.- Este dictamen pericial trata de demostrar de manera general que lo gastado por Vicon durante la ejecución del Contrato fue superior al precio pactado en el mismo y esa no fue la reclamación formulada en la demanda. El contrato se pactó a precio global, la demandante tuvo que realizar obras no contempladas en el proyecto inicial y es evidente que la obra tuvo una duración mayor a la prevista. Si la demandante pretendía reclamar perjuicios por trabajos no pagados y por la mayor permanencia en la obra, tenía que demostrar –se itera– que ejecutó obras distintas de las pagadas por el IDU y que asumió sobrecostos durante el mayor tiempo de ejecución del contrato. Sin embargo, no cumplió su carga probatoria, por lo que se impone negar las pretensiones económicas imputadas en la demanda.

En relación con las salvedades que deben ser incorporadas en los documentos contractuales para que puedan ser objeto de reclamación judicial posterior, el magistrado definió:

“(...) Esta decisión no se compadece con la postura unificada de esta Sección⁽¹³⁾¹, que establece que la sola ausencia de salvedades no es suficiente para entender la existencia de una renuncia, sino que se requiere determinar <<(...)si las partes pretendieron o no, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se formula y los términos de ese pacto>>”.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección b, consejero ponente Martín Bermúdez, 12 de abril de 2024, radicado 25000-23-36-000-2016-01908-02, expediente 68440.

2. Consejo de Estado suspende provisionalmente el decreto reglamentario que autorizaba la celebración de convenios solidarios con organismos comunitarios

En reciente decisión, el consejero ponente Alberto Montaña Plata suspendió provisionalmente los efectos del artículo 2.2.15.1.2 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 15 del Decreto Reglamentario 142 de 2023.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de julio de 2023. C.P. Guillermo Sánchez Luque. Radicación número: 05001-23-31-000-1999-02151-01 (39121).

De acuerdo con el alcance de la norma suspendida, algunas entidades podían celebrar convenios solidarios con organismos de acción comunal:

“Artículo 2.2.15.1.2. Convenios solidarios para la ejecución de obras. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, solo podrán celebrar de manera directa convenios solidarios para la ejecución de obras los entes territoriales del orden nacional, departamental, distrital y municipal con los organismos de acción comunal. El valor de tales convenios no podrá exceder la menor cuantía de la entidad estatal involucrada.

Estos convenios solidarios solo podrán tener por objeto la ejecución de obras. Para la ejecución de estas obras los Organismos de Acción Comunal deberán procurar vincular a los habitantes de la comunidad.”

A continuación, los reparos a dicha norma que incidieron en la decisión adoptada por la subsección b:

- Violación de la reserva de ley de la materia

“19. Al ejercer de esta manera el poder reglamentario, el Presidente de la República se extralimitó en sus funciones porque convirtió en una restricción para contratar lo que se había previsto por la ley como una facultad otorgada a los entes del orden nacional, departamental, distrital y municipal 11. Contrario al objeto del artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, la disposición acusada obliga a tales entes a celebrar directamente convenios solidarios, únicamente con los Organismos de Acción Comunal, lo que, de paso, vulnera la igualdad y la selección objetiva como principios de la contratación estatal¹².

20. También se violó la reserva constitucional de ley porque, el reglamento modificó el mecanismo de selección de contratista, bajo la forma de la contratación directa de menor cuantía, materia que está reservada al legislador. Igualmente, al disponer que dichos contratos únicamente se podrían celebrar con los Organismos de Acción Comunal, reguló la capacidad contractual y, de manera indirecta, excluyó a otro tipo de contratistas de ese tipo de contratos, sin tener en cuenta que la previsión de inhabilidades para contratar es un asunto con reserva de ley, al tratarse de restricciones a la capacidad de las personas. De esta manera, el reglamento contrarió los artículos 150 y 189 de la Constitución Política”.

- Se desconoció la libre competencia

“21. También, se desconocieron los derechos a la libre competencia y la libre empresa¹³, invocados por la parte demandante pues, se impide que personas diferentes a los organismos de acción comunal puedan participar en los mecanismos de selección para celebrar de manera directa convenios solidarios para la ejecución de obras de los entes del orden nacional, departamental, distrital y municipal”.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección b, consejero ponente Alberto Montaña, 28 de mayo de 2024, radicado 11001-03-26-000-2023-00071-00, expediente 69.860.