



Contratos adicionales para ejecución de mayores cantidades de obra.

En Sentencia del 10 de octubre de 2024, con Expediente No. 67.508, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se apartó de las definiciones dadas por la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-214 de 2022, en relación con los conceptos de adición contractual, mayor cantidad de obra y contrato adicional. Además, desestimó la afirmación hecha en la sentencia SU-214 de 2022 sobre la necesidad de suscribir contratos adicionales para la ejecución de mayores cantidades de obra y sobre la definición realizada acerca de que las mayores cantidades de obra están sujetas en todos los casos al límite previsto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 para la adición de contratos.

En esta edición:

Contratos adicionales para ejecución de mayores cantidades de obra.

Autonomía de entidades de servicios públicos domiciliarios para establecer requisitos específicos en procesos de selección.

El pago de lo no debido y su relación con el enriquecimiento sin causa.

El pronunciamiento del Consejo de Estado precisa que, en los contratos pactados a precios unitarios, las partes acuerdan que el valor total del contrato es determinable mediante la multiplicación de las cantidades de obra ejecutadas por el valor contractualmente establecido. Por consiguiente, el precio final de la obra puede ser superior al inicialmente estimado, con ocasión a la diferencia entre las cantidades de obra previstas al momento de la celebración del negocio jurídico y las realmente ejecutadas, por lo cual, las mayores cantidades de obra no implican modificación alguna del contrato ni variación del valor acordado, debido a que corresponden a obras o actividades inicialmente pactadas dentro del alcance del contrato.

Por el contrario, las obras adicionales corresponden a trabajos que no fueron acordados inicialmente en el contrato, debido a que no se pactó acuerdo alguno sobre su ejecución, alcance y remuneración. Por lo tanto, las obras adicionales sí requieren de la suscripción previa de un acuerdo entre las partes, mediante el cual pacten modificar el alcance del contrato.

De acuerdo con esta diferencia, y teniendo en cuenta que la figura de mayores cantidades de obra no

obedece a una modificación o adición del contrato, sino que corresponde a un ejercicio aritmético para determinar el valor final de la remuneración del contratista, no le resulta aplicable el límite previsto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual sí es aplicable para el caso de las adiciones.



Por último, la decisión del Consejo de Estado define que el problema jurídico resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-214 de 2022 correspondía a un acuerdo suscrito con posterioridad a la finalización del plazo del contrato inicial, por lo que lo afirmado en la sentencia de unificación en relación con los conceptos jurídicos de mayor cantidad de obra y adición de contrato, no constituye la razón de la decisión y, por consiguiente, tampoco es precedente obligatorio sobre el asunto.



Autonomía de entidades de servicios públicos domiciliarios para establecer requisitos específicos en procesos de selección.

Las sociedades constitutivas del Consorcio SISIPRO-LINCI presentaron una demanda, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. E.S.P. La controversia surgió en el marco de la Solicitud Pública de Oferta No. 500-GE-SPOS-0045-2014, cuyo objeto era seleccionar al contratista encargado de construir y/o adecuar las redes de energía de media y baja tensión en Cali.

El comité evaluador consideró que la propuesta del Consorcio SISIPRO-LINCI cumplía los requisitos establecidos en los Términos de Referencia. Sin embargo, tras la etapa de observaciones, EMCALI habilitó otra propuesta presentada por una UT, rechazando la del Consorcio, argumentando que no había presentado en formato impreso los análisis de precios unitarios. Aunque dicha omisión no afectó la evaluación inicial, EMCALI adjudicó el contrato a la UT el 4 de agosto de 2015 y formalizó el contrato el 26 del mismo mes.

En sede de apelación, el Consejo de Estado entró a evaluar si EMCALI había infringido la buena fe precontractual y el principio de transparencia al rechazar la oferta del Consorcio durante el proceso de selección.

En primer lugar, el Consejo de Estado estableció que, si bien la controversia corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa, los actos precontractuales de EMCALI, al ser una empresa de servicios públicos domiciliarios, se rigen por el derecho privado y no constituyen actos administrativos cuya nulidad se pueda demandar. Por tanto, el trámite procesal debía ser debatido a través de la acción de reparación directa y no sobre el medio de control invocado por los demandantes.

Así las cosas, el análisis de responsabilidad patrimonial precontractual se enmarca en lo dispuesto en el artículo 863 del Código de Comercio, el artículo 90 de la Constitución, y los principios de función administrativa y gestión fiscal. Bajo estos supuestos, se verificó que la exigencia de presentar los análisis de precios unitarios en formato impreso estaba claramente establecida en los Términos de Referencia, de tal modo que no fue impugnada por las demandantes durante el proceso.

El Consejo de Estado concluyó que el rechazo de la oferta del Consorcio no constituyó una actuación arbitraria ni vulneró los principios de transparencia y buena fe. EMCALI actuó conforme a las reglas preestablecidas y no impuso requisitos excesivos o inesperados.

El pago de lo no debido y su relación con el enriquecimiento sin causa.

El Consejo de Estado, en decisión de segunda instancia emitida el 23 de septiembre de 2024 (Radicado 25000-23-36-000-2015-01127-02), abordó un caso clave para entender la aplicación del pago de lo no debido y el



enriquecimiento sin causa en el ámbito contencioso administrativo.

El Ministerio de Minas y Energía (en adelante "MME") interpuso una acción de reparación directa contra Gases de Occidente S.A. E.S.P. (en adelante "GdO"), argumentando que, debido a un error administrativo, se pagaron intereses moratorios en exceso como consecuencia de una condena arbitral. Según el MME, los intereses debieron suspenderse conforme al artículo 177 del pasado Código Contencioso Administrativo, ya que GdO presentó la documentación requerida fuera del plazo de seis meses.

Aunque el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió las pretensiones del MME en primera instancia, el Consejo de Estado revocó esta decisión, argumentando que la acción de reparación directa no era el mecanismo procedente.



El Consejo de Estado reiteró que el pago de lo no debido es una especie de enriquecimiento sin causa, que requiere acreditar un enriquecimiento y un empobrecimiento correlativo, la ausencia de causa jurídica que justifique el desplazamiento patrimonial y la carencia de un medio de control alternativo idóneo para restablecer el equilibrio patrimonial.

En el caso bajo examen, el Consejo de Estado determinó que la acción basada en el enriquecimiento sin causa solo resulta procedente cuando no existen otras acciones disponibles para resolver la controversia. Por ende, el MME debió utilizar la acción de lesividad para cuestionar la resolución administrativa que autorizó el pago excesivo, en lugar de alegar el enriquecimiento sin causa.

El fallo buscó destacar que los medios de control deben utilizarse de manera adecuada para evitar la improcedencia de las reclamaciones. Además, delimitó el uso de figuras como el pago de lo no debido y el enriquecimiento sin causa, subrayando su carácter subsidiario y su vinculación a la existencia de errores administrativos que no hayan sido corregidos oportunamente por los mecanismos legales pertinentes.

Si tiene alguna duda o consulta en particular sobre los asuntos mencionados en este Boletín, los invitamos a ponerse en contacto con nosotros a los correos delapava@fdplegal.com o cfreire@fdplegal.com.

