

# LA “APROPIACIÓN” DE LOS DISEÑOS

Una obligación que determina un especial régimen de responsabilidad contractual

**LUIS FERNANDO OLIVEROS VILLARREAL**

ABOGADO EXPERTO EN OBRA PÚBLICA, CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA,  
SERVICIOS PÚBLICOS Y TRANSPORTE

Desde la llamada “FASE II DE TRANSMILENIO”, y a propósito de lo ocurrido con la FASE I, los estructuradores de la entidad contratante incorporaron, dentro del contenido obligacional, un particular deber, para entonces desconocido como connatural al tipo contractual de “obra pública”, el cual refería al que dieron en denominar “apropiación”<sup>1</sup> de los diseños, pretendiendo significar con ello que el contratista de obra debía hacer “propios” o “adueñarse” de la información técnica suministrada por la entidad, la cual había sido producida por un tercero consultor, contratado por la entidad estatal, dueña de la obra. Con ello, la entidad estatal contratante aspiraba a trasladar el “riesgo de error de diseño” al contratista de obra, con lo cual, a futuro se evitaba la eventual forzada suspensión o parálisis de las actividades de obra cuando, en medio del avance del proyecto se advertía el surgimiento de una situación que impedía proseguir, en tanto, la información técnica suministrada por la contratante, exponía fallas de

tal índole que se hacía imposible, técnica o jurídicamente, ejecutar la obra.

Así, la “apropiación”, en adelante, determinaría el deber, de cargo del artífice de la obra, de revisar, modificar y/o adecuar los diseños dentro una fase de “pre-construcción”, etapa previa al inicio de las actividades de obra dentro de la cual, el contratista debía verificar: si los diseños se encontraban debidamente confeccionados o si, por el contrario, se percataba de yerros que no los hacía construibles o que, a futuro generarían otro distinto riesgo, de mayor impacto, como lo sería el colapso temprano o la corta durabilidad de la obra.

En adelante, de tal mecanismo de control del riesgo resultó un nuevo régimen jurídico de responsabilidad, tanto para el contratista, como para

<sup>1</sup> RAE: “Acción y efecto de apropiar o apropiarse”. “Acción de adueñarse una persona de cierta cosa”. Apropiar: “Hacer algo propio de alguien”. “Dicho de una persona: tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueña de ella”.



el estado, el cual no ha sido correctamente entendido por las partes o, peor aún, se han implementado una serie de “esquemas” con apariencia y abuso de derecho, los cuales tienen por finalidad evadir o eludir las consecuencias que, principalmente para el estado se derivan de dicha obligación impuesta al contratista. Veamos:

(i) Lo primero que debe quedar claro es que, de cara al deber de apropiarse de los diseños, el contratista del estado tiene que entrar a verificar, en forma puntillosa su calidad, resultado de lo cual, deberá determinar si cumplen con la normativa técnica aplicable, si son construibles y si con la obra que se ejecute se dará cumplimiento al objeto contratado y a la finalidad perseguida por la entidad, dentro de lo cual está la durabilidad de la obra por el término en que así lo definieron los estudios previos, entre otras, porque, respecto de su estabilidad deberá responder el contratista en forma solidaria, junto con la compañía aseguradora, por el tiempo de la vigencia de la garantía otorgada y, en forma individual, de ahí en adelante hasta por el término que se haya previsto en las bases negociales, sobre el entendido de que la acción civil, para lo contratos estatales, prescribe al cabo de 20 años<sup>2</sup>. Se deriva de lo dicho que de expresar el contratista que acoge los diseños, tal cual como le fueron entregados, la responsabilidad que asume se extiende a la condición de consultor diseñador e, igualmente constructor, con lo cual, evidentemente se amplía su régimen de garantía, en forma correlativa a las prestaciones ejecutadas.

Puede ocurrir, igualmente que, luego de la revisión de la información técnica, el contratista termine objetando su calidad, caso en el cual deberá informarlo y sustentarlo a la entidad quien, en últimas, en su condición de dueña del proyecto, deberá definir si accede o no a las correcciones y modificaciones que recomienden los expertos del contratista o si, por el contrario, las rechaza. Así, dos posibles escenarios plantea la cuestión.

El primero: si el contratista advierte los errores y la entidad accede a su corrección, ciertamente se ampliará el espectro de responsabilidad para aquél, en tanto ya nos encontramos de cara al “hecho propio”, razón por la cual, deberá garantizar la calidad de los diseños y, por supuesto la de la obra que al efecto confeccione. Por el contrario, si la entidad niega la co-

<sup>2</sup> Artículo 55 de la Ley 80 de 1993.



rrección y/o modificación de los diseños, cesará para el contratista su responsabilidad, respecto de la estabilidad de aquella parte del objeto que se ejecutó, conforme a la información técnica suministrada por la entidad contratante, de suerte que sólo será responsable por la mala calidad de la obra que derive de lo que en forma directa a él, le sea imputable<sup>3</sup>, sin que con posterioridad, por lo restante pueda ser juzgado, pretendiendo invocar su “responsabilidad profesional”<sup>4</sup>, toda vez que, en su experticia y pericia hizo lo que le era exigible, esto es, prevenir en forma oportuna a su cocontratante que la información

<sup>3</sup> Expediente No. 25.742. Consejero Ponente: Dr. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá., D.C., .veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013): “Las garantías de estabilidad de la obra y de calidad de los bienes y/o servicios adquiridos por la entidad contratante amparan frente a la aparición de vicios redhibitorios, mala calidad, defectos, deficiencias técnicas o fallas que no pudieron ser percibidos o detectados al momento de recibir el bien y que se presentan o descubren con posterioridad a la terminación del contrato y afectan el cumplimiento de los fines que animaron la contratación; por ello la póliza respectiva debe tener una cobertura por un plazo determinado, contado a partir de la entrega efectiva de los bienes adquiridos, por manera que la entidad contratante beneficiaria quede cubierta respecto de los perjuicios que le pudieren ocasionar los vicios o deficiencias aludidos, en caso de que los mismos resulten imputables al contratista garantizado.” (Se destaca). En ese mismo sentido, el artículo 2.2.1.2.3.1.7., del Decreto 1082 de 2015, precisa: “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.”

<sup>4</sup> Sobre la “responsabilidad profesional”, ver: TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO, INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA INURBE contra FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA, ocho (8) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1.999).

suministrada adolece de errores que exponen la obra al riesgo de su temprano colapso o corta durabilidad.

(ii) Sobre la base de que el contrato estatal es conmutativo, las variaciones de las condiciones iniciales deben determinar la revisión de su contenido<sup>5</sup>, en particular, sus elementos esenciales. Así, una vez se determine la necesidad de modificar los diseños, es menester que las partes entren a valorar qué impacto causará la corrección de los diseños en el plazo y en el precio pactado, a fin de ajustar el negocio a las nuevas y sobrevinientes condiciones, las cuales se derivan, entre otras, de una causa imputable a la entidad, en tanto suministró unos diseños inadecuados, dado lo cual, las bases sobre las cuales, el otrora proponente formuló su oferta técnica, económica y jurídica son distintas a las que ahora habrá de afrontar.

De ese modo, nunca podrá pretender la contratante que permanezcan incólumes los términos iniciales del negocio, sobre la base de que el objeto, dependiendo del grado de su variación, necesariamente determinará un nivel más complejo de ejecución, lo que eventualmente implicará una mayor dificultad, por ende, un mayor plazo y/o unas muy distintas condiciones económicas, si es que se alteran los costos directos e indirectos, en particular, la A para el caso de éste último componente de la estructura del precio. Por todo ello deberá responder la contratante, dueña del proyecto.

(iii) Del mismo modo, imponiendo el deber de apropiación de los diseños, la contratante deberá prever, dentro de la estructura de costos del

<sup>5</sup> Numeral 8° y 9° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993.



valor del contrato, lo que implica que el contratista disponga en su organización, del personal asesor experto en diseños que (i) detecte el error, la deficiencia o insuficiencia de los diseños, de una parte y, por la otra, (ii) lo que comportará hacer su corrección o modificación, sobre el entendido de que bien posible será el de que sea necesario rediseñar, esto es, elaborar unos nuevos diseños, que es lo que realmente ocurre en las más de las veces. Naturalmente todo ello le debe ser compensado al contratista quien, en suma, irá a corregir el yerro de su cocontratante, razón por la cual, deriva para él, el derecho a cobrar el justo precio por la prestación adicional ejecutada y a que, en forma correlativa, la contratante responda por ello, a fin de no ejecutar el proyecto con lesión del patrimonio del particular, colaborador para el cumplimiento de las finalidades estatales.

(iv) En manera alguna, la entidad podrá incorporar dentro del pliego de condiciones formulas “lingüísticas”, “idiomáticas” o jurídicas que configuren renuncia anticipada al derecho del contratista de solicitar el reconocimiento, reclamar o cobrar los costos económicos que deriven de la: (a) obligación de verificar y revisar la calidad de la información técnica suministrada por la contratante, (b) los costos que implique confeccionar los nuevos diseños y (c) las eventuales variaciones que se causen en cuanto a “costos directos” e “indirectos”, también por el efecto que se produzca respecto del eventual mayor plazo que se requiera para ejecutar el objeto, conforme a su rediseño, debiendo entender que, de hacerlo, ello configurará una ilegal condición potestativa, ineficaz de pleno derecho, esto es, no se tendrá por escrita, sin que para ello se requiera declaración judicial, en los términos en que así lo sanciona la ley que regenta el contrato estatal<sup>6</sup>.

(v) Será deber de la entidad estatal definir un plazo “adecuado”, esto es, aquél necesario y suficiente para que el contratista (deudor) se pueda liberar de la obligación<sup>7</sup>, y no se incurra en la asunción de una obligación de imposible cumplimiento<sup>8</sup>, en lo que hace a la verificación y revisión de los diseños, a los efectos de que pueda rendir un certero diagnóstico respecto de su calidad. Sobre el evento en que se defina su necesaria corrección, modificación y/o rediseño, la determinación de un término, igualmente adecuado para poder confeccionar el nuevo diseño, periodo dentro del cual, como lo ha precisado la doctrina judicial, no podrán ejecutarse actividades de obra hasta tanto se obtenga la solución técnica final que permita iniciar los trabajos, sin que exis-


<sup>6</sup> Numeral 5º del artículo 24, ibidem.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta. Exp. 5931. Sentencia de fecha 16 de mayo de 1.991: “c) Fijación de un plazo inadecuado para cumplir la prestación. Por último, también puede jugar el tiempo para expresar la existencia de una conducta contraria a las exigencias de la buena fe, si el titular del derecho subjetivo o de la potestad fija un plazo al obligado desproporcionado. Aquí, como en otras ocasiones, se impone una delimitación entre lo que sería contrario a la norma jurídica positiva o al acto constituido y lo que sería contrario a las exigencias de la buena fe. Pues si el plazo concedido es de tal duración que resultaría imposible en absoluto la prestación, el acto en que así se acordara sería nulo de pleno derecho, sin tener que acudir al principio general de la buena fe. Este sólo operará cuando, siendo posible la prestación, tal posibilidad sería a costa de unos esfuerzos y sacrificios cuya imposición no cabe esperar de un comportamiento leal (...)”

<sup>8</sup> Literal d) e inciso final del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

***Una vez se determine la necesidad de modificar los diseños, es menester que las partes entren a valorar qué impacto causará la corrección de los diseños en el plazo y en el precio pactado***

ta una futura eventual exposición al riesgo de necesaria suspensión de los trabajos<sup>9</sup>.

Ese, es pues, el régimen de responsabilidad que se deriva para las partes, cuando, como obligación, el estado le imponga al contratista el deber de “apropiación” de los diseños, mismo modo que, como mecanismo de control del riesgo de “error de diseño” mantendrá equilibrada la relación contractual, cuando así, ello le sea trasladado al contratista. 

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera - Subsección B, Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) Proceso número: 25000232600020010214401 (37.478)