

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: WILLIAM ALEJANDRO RIVERA CAMERO

Alcalde Local Rafael Uribe Uribe

DE: Director de Contratación**ASUNTO:** Respuesta a la consulta elevada a través de radicado No. 20216820005803 del 2 de marzo de 2021, acerca de la posibilidad de incluir unos perfiles y reajustar los precios de un contrato de obra

Respetado Dr. Rivera,

En respuesta a la solicitud del asunto, procede esta Dirección a pronunciarse en los siguientes términos:

1. MARCO JURÍDICO PREVIO

Conforme con lo dispuesto en los literal M del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, cuyo tenor indica:

*“Artículo 25 Dirección de Contratación. Corresponde Dirección de Contratación (sic) el ejercicio de las siguientes funciones:**m. Atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia”*

Revisado el contenido de la anterior disposición, es claro que, a partir de la vigencia del citado Decreto, surge la obligación de la Dirección de Contratación, como dependencia adscrita a la Subsecretaría de Gestión Institucional de la Secretaría Distrital de Gobierno, de emitir concepto sobre los diferentes asuntos contractuales no sólo de la Secretaría, sino también de la gestión contractual de Fondos de Desarrollo Local. Sin embargo, si bien, dicha competencia funcional posibilita el seguimiento y control de las actuaciones circunscritas a la gestión contractual de la Secretaría y los citados Fondos, la misma no debe sobrepasar los límites funcionales, las competencias y por ende las responsabilidades propias de los Alcaldes Locales como ordenadores de gasto de los recursos asignados a los Fondos de Desarrollo Local, a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 40 del Decreto 1421 de 1993, artículo 1 del Decreto 460 de 1993 y lo consagrado en el Decreto 768 de 2019.

En tal sentido, la Dirección de Contratación de la Secretaría Distrital de Gobierno no es competente para pronunciarse sobre la actividad contractual particular de los Fondos de Desarrollo Local, que a través de los

Alcaldes Locales como autoridades delegatarias ordenan el gasto y asumen las responsabilidades propias de las decisiones que toman para la correcta ejecución de su gestión contractual.

2. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS

Reviste especial relevancia, recalcar la disposición contenida en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establece: *“Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”*

En tal sentido, la doctrina administrativa en Colombia frente a los conceptos ha enseñado que estos *“no obligan a la administración (...) No son actos administrativos, en la medida que no adoptan decisiones, ni están llamados a producir efectos jurídicos”*¹. Por su parte, el profesor Gustavo Penagos, profundizó así *“los conceptos que emitan las autoridades (...) ni comprometen la responsabilidad de la entidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución, simplemente, por tratarse de meros conceptos, que no contienen decisiones, sino pareceres o criterios de la respectiva entidad”*². El mismo autor indica que en virtud del párrafo del artículo 57 del Decreto 2117 de 1992, solamente se pueden considerar obligatorios los conceptos emitidos por la DIAN, mediante su Subdirección Jurídica, y su desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria.

Por otro lado, existe importante jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, a saber *“De la formulación de consultas escritas o verbales las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y en relación con las respuestas, establecen que ellas no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. Mediante los conceptos se absuelven consultas tanto de funcionarios como de particulares formuladas en procura de conocer, desde el punto de vista jurídico, criterios y opiniones acerca del problema consultado...”* (Sección Primera, Auto mayo 6 de 1994, M.P. Yesid Rojas Serrano).

En igual sentido mediante sentencia de la Sección Segunda del 06 de febrero de 1997 radicado 7736, se sostuvo que los conceptos jurídicos *“no contienen una decisión capaz de crear, modificar, ni extinguir situación jurídica de ninguna índole, ya sea de carácter general o particular”*. Y otra jurisprudencia de la misma Alta Corporación fue enfática en señalar que *“Fácilmente se advierte que la simple opinión de un funcionario en un caso particular, no tiene virtualidad alguna de obligatoriedad”*³

En este orden de ideas, es preciso concluir que, aunque por expresa disposición normativa e imperativo jurisprudencial, a la Dirección de Contratación le ha sido asignada la función de atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia, los mismos no obligan tal como se ha argumentado con suficiencia.

¹ Jaime Orlando Santofimio, Tratado De Derecho Administrativo Tomo II pág. 196 y ss

² Gustavo Penagos, El Acto Administrativo, Tomo I pág. 228 y ss,

³ Consejo de Estado. Sección Cuarta, Auto Diciembre 13 de 1976.

3. CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

La consulta se presentó en los siguientes términos:

1. *“El CONSORCIO JH 233 mediante sendas comunicaciones dirigidas a esta Alcaldía Local, ha presentado varias solicitudes que responden de manera concreta a lo siguiente:*

- a. Que sean incorporados y pagados el Residente Ambiental, Residente Social, y Residente SST, necesarios para la ejecución de las obras contratadas.*
- b. Se reajusten los precios del contrato a precios de 2021, ya que las demoradas presentadas para el inicio de la ejecución del contrato y que han llevado a que el contrato así mismo se haya suspendido, son de resorte exclusivo del FDLRUU.*

En consideración al contexto expuesto, se solicita amablemente a su Despacho se sirva impartir los lineamientos jurídicos correspondientes que permitan reconducir la ejecución del contrato No. 334 de 2019, con el propósito de sanear la falla en el proceso de planeación”

Con base en la consulta elevada, procede esta Dirección a realizar el análisis jurídico de cada uno de los puntos planteados por la Alcaldía Local.

1. **Respecto a la incorporación y pago del residente ambiental, residente social y residente SST, necesarios para las obras contratadas:**

De acuerdo con la información suministrada en el documento a través del cual se elevó la consulta, el anexo técnico del contrato señaló la necesidad de contar con estos tres profesionales dentro del equipo de trabajo necesario para llevar a cabo las obras planeadas. No obstante, en el formato de AIU solamente se relacionó a uno de ellos, generando incongruencia en la información suministrada. Mediante respuesta a las observaciones allegadas, se aclaró que solo era necesario un (1) residente en obra, contestación que tuvo lugar sin tener en cuenta que la real necesidad era contar con tres (3). El FDL no aclara si se expidió alguna adenda para modificar este aspecto.

Frente a este punto, es necesario tener en cuenta que la jurisprudencia ha resaltado la fuerza vinculante que tienen las respuestas a las observaciones brindadas a los interesados en un proceso de selección.

El Consejo de Estado mediante radicado 30571 del 16 de septiembre de 2013, con ponencia del Dr. Mauricio fajardo Gómez, señaló que **la Administración está en la obligación de absolver las dudas con absoluta claridad.** «(...) Ahora bien, cuando la Administración no cumple a cabalidad las cargas de claridad y precisión que deben informar la elaboración de los pliegos de condiciones o los términos de referencia, al punto que una vez publicados susciten entre los respectivos interesados en participar en el procedimiento de selección, dudas o inquietudes fundadas y reiterativas respecto de determinados ítems o elementos integrantes del mismo, la Administración está en la obligación de absolverlas con absoluta nitidez, del tal modo que zanje cualquier dualidad interpretativa que frente al mismo hubiere lugar. En tal virtud ante cualquier respuesta a una inquietud surgida del pliego de condiciones o términos de referencia que le confiera un significado definitivo y trascendente que antes de resolver

el interrogante y de cara a su imprecisión no tenía, a juicio de la Sala, la Administración no puede quedar relevada de su estricta observancia pretextando que la susodicha aclaración no tiene fuerza vinculante por no estar contenida en un adendo.(...)»

(...) En criterio de la Sala, independientemente de que el contenido de la modificación se encuentre comprendido en un documento que no tenga el rótulo de “adendo”, la ausencia de tal formalismo en nada varía la intención que se pretendió depositar en el respectivo escrito y en tal virtud si lo que se persiguió a través de su suscripción por parte de la entidad pública era añadir, adicionar, reemplazar o cambiar una condición inicial que al mutarla derive en un supuesto distinto, así habrá de ser entendido por sus destinatarios y mucho más por la entidad de la que emana, de tal forma que lo allí se consigne será vinculante tanto para la Administración contratante como para los oferentes. En ese orden de ideas, sea que se llame adendo, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación, cuya solemnidad, como se anotó, no está definida por el ordenamiento, si de su contenido esencial se extrae con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones o de los términos de referencia y a ello se suma que se trata de un documento institucional que emana de la entidad pública directora del procedimiento precontractual y que es dado a conocer a todos los interesados, entonces no queda más que concluir que su fuerza obligatoria se irradia a todas las partes del proceso precontractual quienes deberán acatarlo con el mismo vigor que se observa respecto de las previsiones del pliego de condiciones

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible entonces afirmar que, a pesar de haber justificado la necesidad de contar con tres ingenieros residentes en el pliego de condiciones, la incongruencia entre los documentos, sumado a la respuesta brindada por la entidad, configuran una modificación de la exigencia del pliego, que creó en el posible oferente la confianza de no tener que necesitar ni costear estos perfiles para la ejecución del contrato. No obstante, si luego de iniciada la ejecución, efectivamente se evidencia que, resultan indispensables para el desarrollo del proyecto, es necesario que el FDL revise las posibilidades existentes para suplir esta necesidad. En todo caso, es necesario tener en cuenta que los costos de este personal no se encuentran contemplados dentro del componente de administración propuesto por el contratista, en atención a que, de acuerdo con lo señalado por la entidad, no eran necesarios, lo que permite concluir que, si se incorporan, deberán igualmente adicionarse los recursos necesarios para sufragar los gastos.

2. Respecto al reajuste del contrato a precios de 2021

Según la información contenida en el memorando de solicitud de concepto, el contrato se adjudicó el 30 de diciembre de 2019, con un plazo de ejecución de siete (7) meses, sin embargo, el acta de inicio no fue suscrita sino hasta el 21 de septiembre de 2020, por causa de varios defectos y errores en la planeación del proyecto, que fueron evidenciados cuando ya había sido adjudicado. Por otra parte, se menciona que el valor del contrato se pactó sin fórmula de reajuste, exceptuando el insumo asfáltico.

Frente a este particular, es necesario revisar la postura del Consejo de Estado, respecto a la cláusula de reajuste de precios.

En pronunciamiento del Consejo de Estado con radicación 16371 del 29 de febrero 2012, y ponencia del Dr. Danilo Rojas Betancourth, se señaló que *la figura del reajuste de precios en materia de contratación estatal, surgió como reacción ante el hecho de que en aquellos contratos de tracto sucesivo o ejecución diferida, principalmente de mediana o larga duración y en razón de fenómenos tales como la inflación o la devaluación, el solo transcurso del tiempo puede dar ocasión a que se presente*

un alza en el valor de los diversos ítems o rubros que conforman los precios unitarios, afectándolos de tal manera que el contratista va a incurrir en realidad en mayores costos de los presupuestados inicialmente, cuando presentó su oferta y/o celebró el respectivo contrato, porque a la hora de ejecutar las obras o servicios, los materiales, equipos y mano de obra ya no valdrán lo mismo que valían en la fecha en la que se proyectó el presupuesto de la obra y se calcularon los costos de la misma.

Toda vez que se trata de una situación previsible para las partes, se ha considerado necesario que éstas incluyan en el contrato fórmulas, que pueden ser matemáticas, mediante las cuales puedan reajustarse periódicamente esos precios unitarios obedeciendo a las variaciones de sus componentes en el mercado, de tal manera que correspondan a la realidad de los costos en el momento de ejecución de las prestaciones a cargo del contratista.

No obstante, puede suceder que no se haya pactado una fórmula de reajuste de precios, o bien que la incluida en el contrato resulte insuficiente para absorber las variaciones que se hayan presentado en algunos de los elementos componentes de los precios unitarios, de tal manera que al aplicarla realmente no se produzca la actualización de los mismos. En tales condiciones, la parte afectada tendrá derecho a pedir la revisión del contrato, es decir, que se analicen los términos en que aparecen pactadas las prestaciones a cargo de los contratantes y más específicamente, la composición de los precios unitarios que se hubieren acordado, para determinar en esta forma si efectivamente obedecen a la realidad de las variaciones que se hubieren podido presentar en los mismos entre la fecha de presentación de la oferta o de celebración del contrato y la fecha de ejecución y pago de las prestaciones o si, en efecto, la fórmula de reajuste acordada, si fuere el caso, resultó insuficiente, para obtener por este medio el reajuste de los precios y en consecuencia, el restablecimiento de la ecuación contractual inicialmente pactada.

La Ley 80 de 1993 estipula la figura de la revisión de precios de los contratos estatales en los artículos 4 y 5, al consagrar los derechos y deberes de la Administración y de los contratistas y en el numeral 14 del artículo 25, estableciendo en la primera de estas normas, que la entidad estatal deberá solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato y así mismo, que deberá adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer, si hubo licitación, o de celebrar el contrato, para lo cual, utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, y acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución. Por su parte, el artículo 5° de la mencionada ley, establece el derecho de los contratistas a obtener oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. A su vez, el numeral 14 del artículo 25, relativo al principio de economía, estipula que las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

Esta figura de la revisión del contrato, está consagrada también en el artículo 868 del Código de Comercio, que establece:

Art. 868.- Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.

“Los dos anteriores mecanismos, de reajuste de precios y revisión de precios, tienden a preservar la naturaleza conmutativa de los contratos y a garantizar que la equivalencia inicialmente acordada entre prestaciones y contraprestaciones, entre derechos y obligaciones a cargo de las partes, se mantenga a lo largo de la ejecución.

De acuerdo con lo anterior, es necesario indicar que, si bien un contrato administrativo es ley para las partes en virtud de que las mismas manifiestan autónomamente su voluntad de comprometerse, este debe corresponder al valor de la obra, de los servicios o del suministro, entonces, el precio no puede ser el que acuerden las partes conforme a apreciaciones subjetivas, sino que debe reflejar los costos reales de la prestación a cargo del contratista. El valor del contrato debe ser el justo precio de la obra, servicio, o del suministro. El ideal de justicia conmutativa es una regla básica para asegurar la selección objetiva de los contratistas, que se inspira en la necesidad de preservar la moralidad y transparencia del manejo de los recursos públicos, y los derechos e intereses de los particulares que colaboran en la realización de los fines del Estado. El artículo 28 de la Ley 80 de 1993 señala que el ofrecimiento más favorable lo realiza la entidad, atendiendo entre otros factores, la consulta de precios o condiciones del mercado. El precio del contrato es justo no porque haya sido convenido entre las partes, sino porque concuerda con unos parámetros objetivos de legitimidad.

De lo expresado puede concluirse que la cláusula de revisión y ajuste de precios hace parte de la ecuación contractual pactada y que, como cualquier otro elemento de dicha ecuación, es una ley del contrato que debe ser observada por las partes en virtud de que a ello autónomamente se comprometieron en el momento de proponer o contratar, según el caso. No obstante, cabe anotar que la propia Ley 80 de 1993 en su artículo 4, numeral 8, prevé que la cláusula de ajuste y revisión de precios es revisable “*si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución*”.

La noción de equilibrio financiero del contrato, sin embargo, no comporta para el contratista una garantía de la utilidad esperada. Hay que distinguir lo que corresponde al riesgo normal del contrato, que el contratista habría podido y debido normalmente prever al momento de contratar, y la pérdida que, en cambio, se produzca por circunstancias extraordinarias, no previsibles o imperiosas que hayan hecho más gravosa la prestación a su cargo.

La teoría del equilibrio económico no se aplica para suplir las deficiencias económicas en que haya incurrido el contratista al momento de contratar o convenir los precios en relación con los costos vigentes y los probables. Tampoco para corregir los errores de cálculo de la fórmula de ajuste de precios del contrato.

Lo que sustenta el principio del equilibrio financiero del contrato es que se preserve la equivalencia de las prestaciones en la forma pactada en el contrato, porque es esa correspondencia la que determinó a las partes a contratar y, en condiciones normales, no debe ser alterada.”

En consecuencia, se tiene que la planeación del contrato se efectuó en el año 2019, y se preveía que su terminación sería aproximadamente en el mes de julio de 2020, sin embargo, no se dio inicio sino hasta el mes

de septiembre, es decir, 9 meses después de la fecha esperada. Dado que la causa del retraso en el inicio no es atribuible al contratista, sino a las deficiencias en la planeación por parte de la Entidad, es necesario que el FDL pondere estas circunstancias y con base en los hechos, y en el fundamento normativo existente, tome una decisión que permita la finalización de las obras sin desmedro de los intereses públicos y particulares involucrados en la ejecución del contrato.

En este sentido, analizado cada caso en concreto, se tiene que, siempre que las situaciones presentadas causaren afectación a la ecuación económica del contrato y que no fueran imputables al contratista, deben ser contempladas por la entidad en el sentido de considerar la revisión o reajuste de precios, bajo los términos de una negociación equitativa y equilibrada. También se ha considerado que el contratista está obligado a ejecutar el contrato a pesar del hecho, ante lo cual, para obtener el derecho a que se restablezca la ecuación contractual, como requisito sine qua non para las pretensiones de restablecimiento, deviene que el cocontratante haya dado cumplimiento a sus obligaciones.

En los términos anteriores se emite el presente concepto, tomando como base la información que fue remitida electrónicamente a la Dirección de Contratación, y para la toma de decisiones exclusivamente de la órbita de las competencias de la Alcaldía Local, y es su responsabilidad acoger el contenido del presente concepto de forma total, parcial o negativamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esperamos de esta forma haber dado respuesta a la solicitud no sin antes señalarle que, cualquier otra inquietud sobre el particular con gusto estaremos dispuestos a atenderla.

Cordialmente,

**DANIEL RENÉ CAMACHO SÁNCHEZ**

Director de Contratación

Elaboró: Brenda Viviana Jiménez Díaz– Abogada Contratista Dirección de Contratación