

## MEMORANDO



DTGC

**202343500358903**

Información Pública  
Al responder cite este número

FECHA: Bogotá D.C., NOVIEMBRE 20 de 2023

PARA: **DENICE BIBIANA ACERO VARGAS**  
Subdirectora General de Infraestructura (e)

DE: Subdirector General Jurídico

REFERENCIA: Respuesta a su memorando 202334600322323 1647 2020

Cordial Saludo Ingeniera,

En atención a su comunicación 202334600322323 del 11 de octubre de la presente anualidad, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 27 del Acuerdo 006 del 28 de septiembre de 2021, por medio de la presente comunicación se emite opinión jurídica respecto de la procedencia incluir dentro del alcance EMPALME OBRAS ESPECIALES que se establece en los Estudios Previos del contrato IDU 1647 de 2020, el “Empalme Obras especiales con la Av. Bosa - Grupo 2” considerando los antecedentes y anotaciones técnicas que se encuentran estructuradas en la solicitud de concepto referida en renglones anteriores.

Para el efecto, es oportuno indicar que el presente concepto fue estructurado y analizado jurídicamente por la firma asesora externa SUÁREZ BELTRÁN S.A.S. Abogados Consultores, en conjunto con este Despacho y la Dirección Técnica de Gestión Contractual. Por ende, el presente documento recoge las consideraciones que sobre el particular se tienen.

### Antecedentes

Se explica en la solicitud que ésta se *“orienta únicamente a consultar sobre la viabilidad de ejecutar las obras de reconstrucción de pavimento para tráfico mixto, proceso constructivo posterior a la intervención de obras para redes en la glorieta de intersección vial de la Avenida Ciudad de Cali con Avenida Bosa que hace parte del contrato de obra IDU 1647 de 2020.”*

## MEMORANDO



DTGC

202343500358903

Información Pública

Al responder cite este número

Se indica además que el IDU en su comunicación STES del 16 de junio de 2023 precisó lo siguiente:

*“Dentro del valor global de construcción se tuvieron en cuenta las cantidades de pavimento necesarias para interconectar las calzadas proyectadas BRT con la glorieta existente; en el interior de la glorieta (corona) se contempló únicamente pavimento proyectado en las áreas que cruzan las calzadas BRT sobre la glorieta, lo cual se encuentra en concordancia con el alcance de las obras contenido en las especificaciones técnicas que hacen parte de los documentos del proceso de selección IDU-LP-SGI-031-2019 el cual da origen al contrato en referencia.*

[Ilustración No. 2]

*Por otra parte, en la ilustración 2 se indican redes de ESP que deben ser construidas, que hacen parte de los diseños a cargo del constructor y que cuentan con aprobación de la interventoría de construcción, las cuales requieren la intervención de la glorieta, (sic) en este sentido, **en concepto de esta Dirección Técnica, se podría evaluar la pertinencia respecto a que estas obras sean consideradas como parte de las obras de redes hidrosanitarias y en consecuencia su costo esté a cargo de este componente y puedan pagarse a precios unitarios de acuerdo con la forma de pago contemplada en la minuta del contrato para este concepto en particular.***

De la comunicación del contratista CSM004-OBRA-CL6462-2023 del 2 de junio se resalta:

*“Respecto del análisis que hace la entidad...a la solicitud de adición de cantidades para la intervención del anillo de la glorieta **que debe ser intervenido luego de que se instalen las redes hidráulicas y secas, además con el propósito de empalmar la rasante de la glorieta con las rasantes de las calzadas BRT que la atraviesan**, estamos de acuerdo con el análisis que realiza la entidad en donde indica que: Dentro del valor global de construcción se tuvieron en cuenta las cantidades de pavimento necesarias para interconectar las calzadas proyectadas BRT con la glorieta existente; en el interior de la glorieta (corona) se contempló únicamente pavimento proyectado en las áreas que cruzan las calzadas BRT sobre la glorieta.*

## MEMORANDO



DTGC

202343500358903

Información Pública

Al responder cite este número

(...)

***...la adición se refiere al anillo de la glorieta que debe ser intervenido luego de que se instalen las redes hidráulicas y secas. Pero también, garantizar el empalme adecuado entre la rasante de la glorieta con las rasantes de las calzadas BRT que la atraviesan, ...***

(...)

***...podemos observar que en la estructuración del proyecto no se incluyeron las cantidades de la estructura de pavimentos, ni las actividades complementarias para la intervención del anillo de la glorieta, es decir, estas actividades no se encuentran en las bolsas globales financieras para la ejecución del contrato de la referencia.”***

Según lo señalado en la consulta, las conclusiones y solicitudes del contratista fueron avaladas por la interventoría mediante comunicación SAL-23-012207 del 25 de julio de 2023 y aceptadas por el área técnica del IDU, quien en la solicitud concluyó:

*“De acuerdo al análisis del área técnica, con el desarrollo del contrato se presentan dos (2) factores que no permiten mantener la glorieta en las condiciones actuales y que hacen necesaria la intervención del anillo vial de la misma y su respectivo reconocimiento económico; dichos factores son:*

- *Construcción de redes de servicios públicos...*
- *Ajustes geometría y rasante anillo vial con el objeto de mejorar los empalmes con la infraestructura BRT*

### Opinión Jurídica

Con base en los antecedentes expuestos, a continuación se expone el análisis jurídico considerado para determinar que es jurídicamente viable la adición del contrato para la inclusión de las referidas obras que tendrían una relación de medio a fin con el objeto del contrato IDU 1647 de 2020, bajo el resaltado que la precitada adición deben cumplir los demás requisitos legales y

## MEMORANDO



DTGC

202343500358903

Información Pública

Al responder cite este número

jurisprudencialmente acotados para la procedencia de adiciones al objeto de los contratos estatales.

El artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece de la siguiente manera la posibilidad, en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, de pactar adiciones a los contratos estatales:

*“Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, **correspondan a su esencia y naturaleza.***

**Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.**

*En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, **las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley a los de la buena administración.***

(...)

Parágrafo. (...)

**Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales.”** (Resaltados fuera de texto)

Con base en la precitada disposición legal, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente, con base en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, ha explicado la figura de la adición contractual en los siguientes términos:

*“...la ejecución de los contratos estatales está sujeta a los cambios propios del paso del tiempo. Así, durante la etapa de planeación, las entidades públicas estiman y determinan las prestaciones que demanda la satisfacción de la necesidad de interés colectivo que pretende satisfacer. **No obstante, durante la ejecución del contrato, las partes identifican alguna de las siguientes situaciones:** i) la necesidad de mayores cantidades de bienes o actividades*

## MEMORANDO



DTGC

202343500358903

Información Pública

Al responder cite este número

*inicialmente previstos, a lo que se le conoce como «mayores cantidades de obra», «obras adicionales» o adición de «ítems contractuales»; y ii) la necesidad de ampliar las prestaciones contractuales, mediante la ejecución de nuevos ítems o actividades, no incluidos en el contrato inicial, para lo que en la práctica las entidades ejecutan «obras extra» o «amplían el alcance» del contrato mediante la celebración de un «contrato adicional».* (Resaltados fuera de texto)

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha definido la adición del contrato de la siguiente manera:

*“Por tanto, la adición del contrato debe entenderse como un agregado a las cláusulas del mismo. Es un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presentan **cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer.** En estos casos, puede acudir a una adición del contrato inicial con las limitaciones previstas en la ley.”* (Resaltados y subrayados fuera de texto).

Con base en lo anterior se tiene que la adición del contrato implica agregar elementos al contenido prestacional del contrato, bien sea ampliando algunos que ya estaban contenidos en el mismo o **incluyendo unos nuevos no previstos inicialmente pero que están ligados al objeto contractual y que resultan necesarios para satisfacer adecuadamente las necesidades que la entidad estatal requiere suplir.** A esto habría que agregar que, en uno y otro caso, ambas clases de adiciones pueden o no ir acompañadas de extensión en el plazo pero que en todo caso implican un aumento de los recursos del contrato, el cual, por disposición imperativa de la Ley, no puede exceder el 50% del valor inicialmente pactado del contrato.

Llegados a este punto, tal y como lo hicimos en nuestra opinión jurídica con radicado 20224050386333 del 11 de noviembre de 2022, es importante analizar la posibilidad de adicionar tales contratos a la luz de algunos pronunciamientos jurisprudenciales. Veamos:

## MEMORANDO



DTGC

202343500358903

Información Pública

Al responder cite este número

Al respecto, nos remitimos al análisis de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU -214 de 2022 hecho en el referido concepto en relación con la no obligatoriedad de aplicar el criterio restrictivo de la posibilidad de adicionar los contratos estatales esbozado por la Corte Constitucional en dicha sentencia, para concluir, al igual que lo hicimos en dicha oportunidad que, aquellos aspectos de la parte motiva de la misma que no constituyen su “*ratio decidendi*” y por lo tanto no son precedente judicial, no son de obligatorio cumplimiento por los operadores jurídicos de tal manera que siendo “*obiter dicta*”, simplemente constituyen un criterio auxiliar de interpretación, no obligatorio para los operadores jurídicos<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-621 del 30 de septiembre de 2015. “Al respecto, la citada Sentencia C-836 de 2001 estableció la diferencia de obligatoriedad entre la *ratione decidendi* de la decisión y el *obiter dicta*, señalando que “la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas” que hacen parte de la razón de la decisión, es decir aquellos que son “inescindibles de la decisión sobre un punto de derecho.” En cambio de ello, las *obiter dicta* constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2° del art. 230 superior, pues pueden servir para resolver aspectos tangenciales de la sentencia y en muchos casos permiten interpretar cuestiones relevantes desde el punto de vista jurídico, que si bien no deben ser seguidos en posteriores decisiones si pueden resultar útiles.

(...)

En síntesis, respecto de la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional, la Sentencia C-539 de 2011 reitera que esta se fundamenta en (i) el respeto al principio de la seguridad jurídica, el cual implica el respeto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas, **de manera que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, “sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta”;** (ii) **la diferencia entre *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*, ratificando la obligatoriedad no solo de la parte resolutive sino de los contenidos de la parte motiva de las sentencias, en el control abstracto de constitucionalidad como en el concreto, que son determinantes para la decisión o constituyen la *ratio decidendi* del fallo;** y (iii) las características de la *ratio decidendi* y, por tanto, de la jurisprudencia como fuente de derecho, por cuanto “la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional”.

(Resaltados y subrayados fuera de texto).

## MEMORANDO



DTGC

202343500358903

Información Pública

Al responder cite este número

Sin embargo, respecto del pronunciamiento jurisprudencial en cita, resulta muy ilustrativa la “Aclaración de Voto” a dicha sentencia suscrita por el Magistrado Alejandro Linares quien, pese a haber estado de acuerdo con el sentido de la decisión tomada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en relación con la materia objeto de tutela, no lo estuvo con parte de la argumentación contenida en la parte motiva de la sentencia. Para él, la razón de derecho, es decir la “*ratio decidendi*” en que se basó el sentido del fallo fue el análisis relativo a la imposibilidad de adicionar contratos cuyo plazo de ejecución ya se encuentra terminado, de tal suerte que solo esta parte de las consideraciones de la Corte constituyen la “*ratio decidendi*” de la sentencia. Aclaró además el Magistrado que, en su opinión, dicho fallo no debió tener alcance unificador por tratarse de una materia cuya unificación jurisprudencial correspondería al Consejo de Estado como máximo tribunal de la justicia contencioso administrativa.

**Basados entonces en el criterio expresado en la aclaración de voto, estimamos, tal y como lo hicimos en nuestro precitado concepto 20224050386333 del 11 de noviembre de 2022, que efectivamente, tal y como lo puntualizó la sentencia C-300 de 2012, el objeto de los contratos estatales puede ser complementado siempre que se trate de la adición de actividades necesarias para la adecuada realización de dicho objeto.**

Ahora bien, como criterios para dilucidar si en un determinado caso una determinada actividad que se quiere incluir a un objeto contractual se enmarcaría en el concepto jurídico de adición de actividades necesarias para la adecuada realización de dicho objeto, basados en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales y consultivos, concluimos que los requisitos que han de verificarse para la celebración válida de una adición contractual son<sup>2</sup>:

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 16 de marzo de 2015, Rad.: 050012331000200000176 01 (30.689), C.P.: Olga Mélida Valle de la Hoz. “De modo que, para verificar la legalidad de un acuerdo que contiene una modificación del contrato inicial es preciso, a la luz de las normas generales de contratación pública contenidas en la ley 80 de 1993, verificar los siguientes aspectos: i) que el contrato adicional o modificatorio conste por escrito, en la medida que si es requisito de existencia del contrato estatal que se eleve a escrito de conformidad con el artículo 40 ibídem, esa misma exigencia se hace extensible al acuerdo modificatorio, ii) se suscriba la convención dentro del plazo o vigencia del contrato, toda vez que un contrato cuyo plazo o condición ha operado, no es susceptible de ser adicionado, circunstancia en la que habría lugar a adelantar un nuevo proceso licitatorio o de selección de contratista, iii) que no se adicione –por regla general– en más allá del cincuenta (50)

## MEMORANDO



DTGC

202343500358903

Información Pública

Al responder cite este número

- o Que el acuerdo provenga del ejercicio de la autonomía de la voluntad reconocido a las entidades estatales y a los contratistas para regular las estipulaciones pertinentes y necesarias para alcanzar las finalidades a ellas encomendadas<sup>3</sup>. Lo anterior salvo que en un caso particular se den los supuestos para que la entidad estatal haga uso de su potestad excepcional de modificación unilateral, por supuesto.
- o Que la adición tenga una causa<sup>4</sup> “real y cierta”<sup>5</sup>, que justifique su perfeccionamiento, y que encuentre soporte, tanto desde el punto de vista normativo, como fáctico.
- o Como requisito *ad substantiam actus*, la adición debe constar por escrito.

por ciento de su valor inicial, expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes, iv) que el objeto del contrato principal no se haya agotado, es decir, que todavía exista y sea viable su ejecución, y v) **que no se altere el contenido del objeto inicial por uno nuevo**, so pena de que el contrato adicional quede afectado de nulidad”.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-341 de mayo 3 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería “Según la doctrina jurídica, la autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.”

<sup>4</sup> De conformidad con el inciso 2 del artículo 1524 del C.C, aplicable a la contratación estatal por virtud de lo normado en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, la causa de los “negocios jurídicos” es “el motivo que induce al acto o contrato”.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 13 de agosto de 2009, Rad.: 1952, C.P.: Enrique José Arboleda Perdomo). “De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiéndose, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes.”

## MEMORANDO



DTGC

**202343500358903**

Información Pública

Al responder cite este número

- o Que el modificadorio se perfeccione en vigencia del plazo de ejecución del contrato objeto de adición.
- o Que la adición no exceda el límite previsto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y que se cuente con las correspondientes disponibilidades presupuestales.
- o Que el objeto del contrato aún exista y sea viable su ejecución.
- o **Que no se cambie ni el objeto jurídico (objeto genérico)<sup>6</sup> ni el (objeto específico)<sup>7</sup> del contrato a modificar, de manera que se esté en frente de una ampliación del alcance contractual.** Sobre lo anterior, por ser el requisito más relevante para verificar en el caso objeto de estudio en el presente concepto, se destaca lo siguiente:
  - El tipo contractual regulador de la relación jurídica entre las partes ha de seguir siendo el de un contrato de obra.
  - El objeto material ha de seguir siendo el mismo, de manera que se verifique que **el contratista ha de ejecutar las mismas actividades señaladas en el contrato, las cuales en este caso serían la reconstrucción de pavimento y el ajuste de la rasante de la intersección mediante la realización de actividades de ajuste de diseños y constructivas que ya se encuentran actualmente incluidas en el objeto del contrato.**
  - Dicha adición, como se señaló, ha de tener como finalidad ampliar el alcance inicial del contrato, **mediante la incorporación de elementos ligados al contrato original y**

<sup>6</sup> Entendido como el negocio particular que las partes escogen como regulador de su relación jurídica. (Dávila Vinuesa, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Tercera Edición, Legis, Bogotá D.C., 2015, p. 590)

<sup>7</sup> Entendido como el bien o servicio específico sobre el cual recae la voluntad coincidente de las partes. Ibídem.

## MEMORANDO



DTGC

202343500358903

Información Pública

Al responder cite este número

**que resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer, o, en otras palabras, se trata de “hacer más de lo mismo”**<sup>8</sup>. Este elemento,

muy ligado al anterior se observa en el caso objeto de estudio puesto que la actividad contractual relativa a la intervención de redes, incluida desde el inicio del contrato, es la que genera la necesidad de ejecutar las actividades que serían objeto de adición al objeto del contrato. Se trataría de actividades necesarias para cumplir a cabalidad con las obligaciones relativas a la adecuación de redes y para garantizar el adecuado funcionamiento de las vías que, incluso más allá del límite material del área que conforma el Grupo 2, es necesario repavimentar y nivelar una vez realizadas las obras relativas a las redes.

- o Si la modificación implica un cambio sustancial en el objeto material del contrato esto es, mediante la inclusión de elementos sustancialmente distintos, ello comportaría la celebración de un “contrato adicional”, esto es, un nuevo contrato, el que, necesariamente, requeriría agotar un nuevo proceso de selección de contratista, según lo establecido por la ley<sup>9</sup>, situación que con base en la

<sup>8</sup> Suárez Beltrán, Gonzalo, *Estudios de Derecho Contractual Público*, Primera Edición, Legis, Bogotá D.C., 2014, p. 271. Tal y como lo expresamos en nuestra obra: “La “adición” implica la modificación del contrato, esto es, introducir variaciones en algunas de sus estipulaciones, pero sin desnaturalizarlo. En ese sentido, los elementos que se “adicionan” están ligados al contrato “original” y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer. **En otras palabras, se trata de “hacer más de lo mismo”**”.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-300 del 25 de abril de 2012. “Además, la modificación del contrato está limitada por la imposibilidad de transformar sus elementos esenciales –como el objeto– y desnaturalizarlo; en tal hipótesis, ante la existencia de un nuevo contrato, **se requiere un nuevo proceso de selección** y el cumplimiento de los demás procedimientos y formalidades que exige la

## MEMORANDO



DTGC

**202343500358903**

Información Pública

Al responder cite este número

información y análisis que se nos puso de presente, no vemos en este caso.

### Conclusiones

Con base en todo lo anterior, en punto de la incorporación al objeto contractual de las obras de intervención del anillo vial de la glorieta de la intersección de la Avenida Ciudad de Cali con la Avenida Bosa consistentes en la repavimentación de la misma una vez realizadas las obras de adecuación de redes ya previstas en el contrato y la alineación de las rasantes, constituiría, en nuestra opinión, la inclusión de “más de lo mismo”, es decir, de adicionar obligaciones constructivas (pavimentación y alineación de rasantes) que desde el principio han hecho parte del objeto contractual para realizar actividades de empalme con otra vía, en este caso la Avenida Bosa, las cuales, igualmente se concibieron dentro del objeto inicial del contrato, para ser ejecutadas incluso más allá de los límites físicos del área que delimita el Grupo 2 y que fueron denominadas desde los estudios previos del contrato como “Empalme Obras Especiales”.

La inclusión de estas obras especiales de empalme con la Avenida Bosa deberá justificarse en los correspondientes estudios previos en donde deberá evidenciarse que guardan una inescindible relación de “medio a fin” con el cumplimiento del objeto contractual, en particular con el cumplimiento de las obligaciones relativas a la adecuación de redes incluidas desde un inicio en el objeto del contrato. Lo anterior en línea con lo señalado en la Sentencia C-300 de 2012 arriba mencionada.

De acuerdo con lo anterior, verificado el cumplimiento de los demás requisitos arriba señalados para la procedencia de la adición a los contratos de obra en el caso planteado, consideramos que sería jurídicamente viable adicionar el contrato de obra del grupo 2, incluyendo dentro de las obligaciones especiales de empalme a cargo del contratista las relativas a la reconstrucción del pavimento para tráfico mixto de la glorieta de la intersección de las Avenidas

---

*normativa sobre contratos estatales, y cuya finalidad es la realización de los principios de la función administrativa”.*

## MEMORANDO



DTGC

**202343500358903**

Información Pública

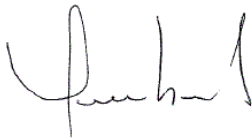
Al responder cite este número

Bosa y Ciudad de Cali y a la alineación de las rasantes derivadas de la ejecución de las obras de adecuación de redes que hacen parte del objeto contractual.

Es necesario poner de presente que la adición contractual planteada deberá estar precedida y soportada en el ejercicio técnico y financiero correspondiente, debiéndose, por supuesto, garantizar el mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

En los anteriores términos damos respuesta a la solicitud formulada. Cualquier aclaración o solicitud adicional, con gusto será atendida a la mayor brevedad posible.

Cordialmente,



**GIAN CARLO SUESCÚN SANABRIA**

**Subdirector General Jurídico**

Firma mecánica generada el 20-11-2023 11:38:26 AM autorizada mediante Resolución No. 400 de marzo 11 de 2021

Aprobó: CINDY MARIA DE LOS REMEDIOS ARREDONDO SANCHEZ-Dirección Técnica de Gestión Contractual  
Elaboró: OLGA LUCIA AVILA MARTINEZ-Dirección Técnica de Gestión Contractual