MEMORANDO

SGJ
20234050194573
Informacion Publica
Al responder cite este número

FECHA: Bogotá D.C., junio 14 de 2023

PARA: **Claudia Tatiana Ramos Bermudez**
Subdirectora General de Infraestructura

DE: Subdirector General Jurídico

REFERENCIA: Repuesta solicitud de concepto jurídico Radicación No. Memorando No. 20233360176983 del 29 de mayo de 2023 de la Subdirección General de Infraestructura del IDU

En mi condición de Subdirector General Jurídico del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, y en ejercicio de las facultades conferidas por el Acuerdo 006 de 2021 del Consejo Directivo, y en virtud de la consulta planteada mediante el radicado del asunto, se da respuesta al mismo de conformidad con las siguientes premisas:

1. CONTEXTO, CONSIDERACIONES Y OBJETO DE LA CONSULTA

En el Memorando No. 20233360176983 del 29 de mayo de 2023 la Subdirección General de Infraestructura, luego de una introducción de las materias que son objeto de la solicitud de consulta, en su numeral I "Antecedentes del Contrato IDU-1839-2021" se refiere a las características de este contrato de obra, que guardan similitud con los Contratos de obra IDU-1760-2021, IDU-1752-2021 e IDU-1847-2021.

En el numeral II "Hechos de la Consulta", se presentan las fórmulas de ajustes de los precios del Contrato IDU-1839-2021, cuando su ejecución se desplaza en el tiempo por causas no imputables al contratista; también se refiere la regulación de algunos de los riesgos de dicho contrato, y la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato presentada por el contratista.

En el numeral III "Consideraciones de la Supervisión – Dirección Técnica de Construcciones", se expone la propuesta presentada por el IDU al contratista del

Este documento está suscrito con firma mecánica autorizada mediante Resolución No. 55548 de julio 29 de 2015

Calle 22 No. 6 - 27
Código Postal 110311
Tel: 3386660
www.idu.gov.co
Info: Línea: 195

ISO 9001:2015 ISO 14001:2015 ISO 45001:2018 BUREAU VERITAS Certification CO18.03578 - CO 1800598 IND.19.7720/HS
ISO 27001:2013 BUREAU VERITAS Certification CO19.03106
efr certificado en conciliación 1000-1 CO - 47 / 2019 / ICONTEC
ISO 22301 LL-C (Certification) 571147
ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.

Contrato IDU-1839-2021, consistente en una fórmula de ajuste adicional a las pactadas contractualmente, que prevé un cambio del punto de referencia con respecto a la amortización del anticipo de obra y la particularización de ciertos insumos del mercado de la construcción cuya fluctuación ha resultado considerable en los últimos meses y que resultan representativos dentro de las actividades previstas para dichos proyectos.

En el numeral IV "Solicitud del Contratista", se exponen las siguientes solicitudes del contratista del Contrato IDU-1839-2021: pactar nuevos precios unitarios que correspondan a la realidad del mercado en Colombia, teniendo en cuenta el porcentaje de inflación actual del país, y ajustar los recursos destinados como anticipo para el momento en que realmente sea posible dar inicio a la Fase de Ejecución de contrato, considerando adicionalmente el impacto que asume el contratista derivado del pago de la administración fiduciaria. Así mismo, se exponen las consideraciones del contratista con relación a la propuesta de la fórmula de ajuste presentada por el IDU, la metodología de inclusión de precios unitarios no previstos, y el ajuste de los componentes social, ambiental, tráfico y laboratorio.

Finalmente, en el numeral V "Consulta" del Memorando No. 20233360176983 del 29 de mayo de 2023 se señala el objeto de la consulta, conforme al cual la Subdirección General de Infraestructura: *"(…) solicita a la Subdirección General Jurídica, se sirva revisar, evaluar y definir en el marco de la solicitud del contratista de obra antes indicada, y dados los antecedentes y la situación actual de los proyectos en comento, la viabilidad o no de llevar a cabo la actualización de precios de la propuesta económica de tales contratos de obra en su totalidad (…)"*.

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Los Contratos de obra IDU-1760-2021, IDU-1752-2021, IDU-1839-2021 e IDU-1847-2021, se encuentran regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y leyes modificatorias y complementarias) y por su reglamentación (Decreto 1082 de 2015 y sus modificaciones), por tanto, se trata de contratos estatales sometidos a los mandatos

Este documento está suscrito con firma mecánica autorizada mediante Resolución No. 55548 de julio 29 de 2015

legales que ordenan mantener su equilibrio económico y la conmutatividad de las prestaciones y derechos entre las partes de dichas relaciones jurídico negociales.

El artículo 27 de la Ley 80 de 1993 consagró el equilibrio económico de los contratos estatales, al establecer que en ellos *"(…) se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento"*.

La conmutatividad económica de los contratos estatales se desarrolla en los artículos 4 y 5 de la Ley 80 de 1993, relativas a los derechos y deberes de las entidades estatales y de los contratistas. El numeral 3 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 establece que las entidades estatales solicitarán las actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato. Así mismo, por disposición del numeral 8 del citado artículo 4, las entidades estatales adoptarán las medidas necesarias para mantener, durante el desarrollo y ejecución del contrato, las condiciones económicas y financieras existentes al momento de presentar la propuesta en el proceso de selección o al momento de la contratación directa, según el caso; para tal fin, utilizarán mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos, si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución, y pactarán intereses moratorios.

El numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, por su parte, consagra que los contratistas tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

De igual manera, el numeral 14 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 ordena a las entidades estatales incluir en sus presupuestos 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 estatales.

Este documento está suscrito con firma mecánica autorizada mediante Resolución No. 55548 de julio 29 de 2015

Las normas expuestas habilitan la posibilidad de pactar estipulaciones que contengan mecanismos y fórmulas de reajuste de precios en el contrato estatal, con el objetivo de mantener la ecuación económica y la conmutatividad de las prestaciones y derechos entre las partes en los eventos en los cuales, por razones ajenas al contratista o a ambas partes, sea necesario el restablecimiento del equilibrio contractual. La relevancia y finalidades del pacto contractual del reajuste de precios en los casos en que se ha presentado la alteración del equilibrio económico del contrato estatal, han sido expuestas por el Consejo de Estado de manera reiterada, como se observa en el siguiente extracto jurisprudencial[1]:

> *"Se observa entonces, que la figura del reajuste de precios es una medida preventiva, frente a una situación previsible que puede afectar el resultado económico final del contrato en contra de cualquiera de las partes, y que se soluciona mediante la inclusión, en el mismo, de la respectiva cláusula de reajuste, normalmente mediante una fórmula matemática. Y, por lo tanto, es un mecanismo que tiende 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, en tal forma que la remuneración recibida finalmente por el contratista corresponda a la que él previó obtener cuando propuso y cuando contrató con la Administración.*
>
> *Se advierte, en consecuencia, que si bien los contratos son obligatorios para las partes en los términos en que libremente ellas decidieron comprometerse, esto no significa que, en todos los casos, a pesar de las vicisitudes que se puedan presentar ajenas a su voluntad, deban ejecutarse las prestaciones aún en condiciones que impliquen un alto grado de desventaja para una de ellas, pues bien puede, si así lo considera pertinente, pedir la revisión del contrato en los términos que le permite la ley".*
> (Subrayas fuera del texto original).

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de septiembre de 2021, expediente 44977, Consejera Ponente Dra. María Adriana Marín.

Este documento está suscrito con firma mecánica autorizada mediante Resolución No. 55548 de julio 29 de 2015

En cuanto a las razones que fundamentan el pacto del reajuste de precios en los contratos estatales, destacó el Consejo de Estado las siguientes[2]:

> *"(…) el aumento de los precios por el solo transcurso del tiempo, respecto de los materiales e insumos que se requieren para la ejecución de un contrato, es un evento previsible en una economía inflacionaria como la nuestra. Así, el reajuste de precios, surgió como reacción ante el hecho de que en aquellos contratos de tracto sucesivo o ejecución diferida, más bien de 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, 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".*
> (Subrayas fuera del texto original).

Por otra parte, el Consejo de Estado también ha señalado que las fórmulas de reajuste pactadas en el contrato estatal son obligatorias para las partes siempre que sean adecuadas y suficientes para cumplir con su finalidad, esto es, mantener el valor intrínseco de la remuneración del contratista, quien tiene derecho a que la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. Por lo tanto, si las fórmulas pactadas no funcionan o presentan falencias que las hacen insuficientes o inaplicables para dichos fines, resulta posible su revisión y modificación, como lo ha reconocido la jurisprudencia[3]:

> *"(…) 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*

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de julio de 2022, expediente 54319, Consejera Ponente Dra. María Adriana Marín.
[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de septiembre de 2021, expediente 44977, Consejera Ponente Dra. María Adriana Marín.

Este documento está suscrito con firma mecánica autorizada mediante Resolución No. 55548 de julio 29 de 2015

Calle 22 No. 6 - 27
Código Postal 110311
Tel: 3386660
www.idu.gov.co
Info: Línea: 195

ISO 9001:2015 ISO 14001:2015 ISO 45001:2018 BUREAU VERITAS Certification CO18.03578 - CO 1800598 IND.19.7720/HS
ISO 27001:2013 BUREAU VERITAS Certification CO19.03106
efr certificado en conciliación 1000-1 CO - 47 / 2019 / ICONTEC
ISO 22301 LL-C (Certification) 571147
ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.

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".

"Es claro entonces, que el hecho de que la fórmula de reajuste sea anunciada en el pliego de condiciones y pactada en el contrato, no se traduce en su inamovilidad, si se llega a comprobar la insuficiencia de la misma para cumplir con la finalidad para la cual ella ha sido concebida, que no es otra que la de mantener en el tiempo el valor real de los precios acordados por las partes".
(Subrayas fuera del texto original).

Por las anteriores razones, tanto el evento de la ausencia del pacto de una fórmula de reajuste de precios en el contrato estatal, como el caso de la insuficiencia o inaplicabilidad comprobada de la fórmula de reajuste de precios que sí se hubiere pactado, habilitará la posibilidad para la parte afectada de solicitar la revisión del contrato, solicitud a la que tiene derecho en el marco de los preceptos legales relacionados con el restablecimiento del equilibrio contractual, la conmutatividad de las prestaciones y derechos entre las partes y, en el caso específico del contratista, el mantenimiento del valor intrínseco de la remuneración.

3. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Este documento está suscrito con firma mecánica autorizada mediante Resolución No. 55548 de julio 29 de 2015

Con fundamento en el contenido del Memorando No. 20233360176983 del 29 de mayo de 2023 por la Subdirección General de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y las consideraciones jurídicas precedentes, se presentan a continuación los elementos relevantes del análisis del caso concreto:

(i) El Memorando No. 20233360176983 del 29 de mayo de 2023 no señala de manera inequívoca que las causas que no han permitido el inicio de la Fase de Ejecución de los Contratos de obra IDU-1760-2021, IDU-1752-2021, IDU-1839-2021 e IDU-1847-2021 no son imputables a los contratistas de obra. Por tanto, el análisis jurídico tiene como punto de partida la hipótesis según la cual el retraso en el inicio de la Fase de Ejecución de cada uno de tales Contratos de obra, no tiene origen en causas imputables a cada contratista. Esta consideración es relevante, en la medida que la eventual imputabilidad al contratista de alguna de las causas que hayan impedido el inicio de la Fase de Ejecución, debería analizarse a la luz de las disposiciones legales y contractuales aplicables al incumplimiento del contratista, lo que descartaría la posibilidad de aplicar las estipulaciones de reajuste de precios -como lo confirma el texto de la Cláusula de Ajustes de los Contratos de obra- y, eventualmente, de efectuar la revisión contractual.

(ii) Con base en los antecedentes referidos en el Memorando No. 20233360176983 del 29 de mayo de 2023 y en la hipótesis según la cual no es imputable a los contratistas de obra el desplazamiento en la fecha de inicio de la Fase de Ejecución de cada uno de los Contratos de obra y el consiguiente cambio de vigencia en la ejecución de las obligaciones de dicha Fase de Ejecución, resultan aplicables en primer lugar las fórmulas pactadas en la Cláusula de Ajustes de los Contratos de obra.

(iii) La propuesta presentada por el IDU consistente en una fórmula de ajuste adicional a las pactadas en cada uno de los Contratos de obra y las discusiones suscitadas con los contratistas de obra con respecto a su contenido y alcance, a través de comunicaciones escritas y mesas de trabajo, como se ejemplifica para un caso concreto en el Memorando No.

Este documento está suscrito con firma mecánica autorizada mediante Resolución No. 55548 de julio 29 de 2015

Calle 22 No. 6 - 27
Código Postal 110311
Tel: 3386660
www.idu.gov.co
Info: Línea: 195

ISO 9001:2015 ISO 14001:2015 ISO 45001:2018 BUREAU VERITAS Certification CO18.03578 - CO 1800598 IND.19.7720/HS
ISO 27001:2013 BUREAU VERITAS Certification CO19.03106
efr certificado en conciliación 1000-1 CO - 47 / 2019 / ICONTEC
ISO 22301 LL-C (Certification) 571147
ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.

20233360176983 del 29 de mayo de 2023, permiten concluir el reconocimiento de las Partes de la insuficiencia o inaplicabilidad de las fórmulas pactadas en la Cláusula de Ajustes de los Contratos de obra para restablecer el equilibrio contractual.

(iv) Solamente la insuficiencia o inaplicabilidad comprobada de las fórmulas pactadas en la Cláusula de Ajustes de los Contratos de obra para restablecer el equilibrio contractual, habilitará la posibilidad de la revisión contractual respectiva, incluida la revisión de cada uno de los precios pactados o de algunos de los elementos que integran cada precio. Dicha posibilidad de revisión procederá a efectos de que el nuevo pacto de los precios o de los componentes de los precios que se deriva de dicha revisión garantice la conmutatividad de las prestaciones y derechos entre las partes.

4. RESPUESTA A LA CONSULTA

A la consulta formulada en el numeral V del Memorando No. 20233360176983 del 29 de mayo de 2023 por la Subdirección General de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU a la Subdirección General Jurídica, se responde lo siguiente:

Es jurídicamente viable la revisión de cada uno de los precios pactados o de algunos de los elementos que integran cada precio, en cada uno de los Contratos de obra IDU-1760-2021, IDU-1752-2021, IDU-1839-2021 e IDU-1847-2021, siempre y cuando se verifiquen las siguientes condiciones: (i) que el retraso en el inicio de la Fase de Ejecución de cada uno de tales Contratos de obra no tenga origen en causas imputables al contratista de obra respectivo; (ii) que, a consecuencia de lo anterior, resulte aplicable la revisión de los precios o de los elementos que conforman dichos precios de acuerdo con las fórmulas pactadas en la Cláusula de Ajustes de los Contratos de obra, y se compruebe la insuficiencia o inaplicabilidad de las fórmulas respectivas para restablecer el equilibrio contractual; y (iii) que el nuevo pacto de los precios o de los componentes de los precios que se deriva de la

Este documento está suscrito con firma mecánica autorizada mediante Resolución No. 55548 de julio 29 de 2015

Calle 22 No. 6 - 27
Código Postal 110311
Tel: 3386660
www.idu.gov.co
Info: Línea: 195

ISO 9001:2015 ISO 14001:2015 ISO 45001:2018 BUREAU VERITAS Certification CO18.03578 - CO 1800598 IND.19.7720/HS
ISO 27001:2013 BUREAU VERITAS Certification CO19.03106
efr certificado en conciliación 1000-1 CO - 47 / 2019 / ICONTEC
ISO 22301 LL-C (Certification) 571147
ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.

revisión contractual, garantice la conmutatividad de las prestaciones y derechos entre las partes.

Con fundamento en lo anterior, deberá el área técnica efectuar el análisis de los insumos inicialmente previstos en el contrato y su valor Vs los mismos a la hora de iniciar la ejecución de las obras y determinar si la fórmula de ajusta resulta insuficiente, y si ello es así, efectuar una labor rigurosa sobre el valor de los insumos a actualizar de manera que estos reflejen la realidad de mercado.

En estos términos esta Subdirección da respuesta a las inquietudes planteadas en el memorando de la referencia.

Cordialmente,

Gian Carlo Suescún Sanabria
Subdirector General Jurídico
Firma mecánica generada en 14-06-2023 07:19 AM

Elaboró: Infraestructura Legal S.A.S.-Asesores Jurídicos Externos

Este documento está suscrito con firma mecánica autorizada mediante Resolución No. 55548 de julio 29 de 2015

Calle 22 No. 6 - 27
Código Postal 110311
Tel: 3386660
www.idu.gov.co
Info: Línea: 195

ISO 9001:2015 ISO 14001:2015 ISO 45001:2018 BUREAU VERITAS Certification CO18.03578 - CO 1800598 IND.19.7720/HS
ISO 27001:2013 BUREAU VERITAS Certification CO19.03106
efr certificado en conciliación 1000-1 CO - 47 / 2019 / ICONTEC
ISO 22301 LL-C (Certification) 571147
ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.