



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
OFICINA ASESORA JURÍDICA

C

03-02028 - 17

18-27729

| | |
|---|----------------|
| UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS RECTORÍA | |
| 13 OCT 2017 | |
| Hora | 11:42 |
| No. Folios | Margarita |
| Firma | <i>[Firma]</i> |

Bogotá, D.C., 03 de octubre de 2017

Doctor
CARLOS JAVIER MOSQUERA SUÁREZ
Rector (E)
UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Ciudad.-

Referencia: Contrato de obra 1063 de 2013
Asunto: Concepto jurídico sobre viabilidad pago de fórmula de reajuste mediante acta

Respetado señor Rector.

De la manera más atenta, se atiende su solicitud de 27 de septiembre de 2017, a que hace referencia el oficio 3703, con cordis 2017IE26228 0 de la misma fecha, radicado el pasado 29 de septiembre, en el sentido de que se emita concepto "de viabilidad sobre el trámite a adelantar especificando claramente el sustento jurídico que evidencie que el pago a realizar no se constituye en un hecho cumplido", en relación con el pago de la fórmula de reajuste del Contrato de Obra 1063 de 2013.

Sobre el particular, esta Oficina Asesora Jurídica, con base en lo establecido en la normatividad legal colombiana y la jurisprudencia, realiza las siguientes precisiones de interpretación:

I. Principio de Legalidad y los denominados "hechos cumplidos":

El artículo 39 de la Ley 80 de 1993, aplicable a la Universidad por remisión, y porque de igual manera lo consagra el Acuerdo 03 de 2015, por el cual se adopta el Estatuto General de Contratación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas (En adelante la Universidad), establece que los contratos que celebren las entidades estatales **constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública.**



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
OFICINA ASESORA JURÍDICA**

El anterior mandato legal significa, desde el punto de vista del derecho de las obligaciones, que los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito. Cabe recordar que esta tipología contractual se define en el artículo 1443 del Código Civil colombiano, como aquellos que están sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto.

Para el caso de los contratos estatales, existen una serie de excepciones a la solemnidad, tres (3) para ser exactos, que han sido contempladas tanto por la Ley como por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹, así:

- a) Ciertos eventos de **urgencia manifiesta** en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º).
- b) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la **entidad pública**, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su **imperium construyó o impuso** al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.
- c) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal.

No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas, y por lo tanto, inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios.

Por lo anterior, los denominados "*hechos cumplidos*" se pueden definir como aquéllos hechos o vías de hecho que autorizan la realización de obras públicas ejecutadas, un servicio prestado o un suministro entregado, producto de la actuación administrativa (obviamente a través de sus funcionarios), que consolidan derechos en favor de terceros particulares, pero que NO contaron con el principio de legalidad, materializado en el respaldo de un contrato válidamente celebrado y elevado a un escrito.

¹ Sentencia de 19 de noviembre de 2012, exp. 24897, M.P. Jaime Orlando Santofimio.



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
OFICINA ASESORA JURÍDICA

Para ilustrar mejor este punto, es necesario hacer un recuento precisamente sobre el tratamiento jurisprudencial dado al denominado hecho cumplido por parte de la jurisprudencia contencioso-administrativa del Consejo de Estado, de cara a las solemnidades contractuales y al perfeccionamiento de los contratos estatales, identificándose en los últimos doce (12) años básicamente dos (2) posiciones jurídicas o etapas:

En una primera etapa, que parte desde la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, la jurisprudencia de esa alta Corporación judicial sostenía la unión e indivisibilidad entre el contrato y las disponibilidades presupuestales como requisito de solemnidad para la perfección de los contratos estatales, y por ende, un hecho cumplido se materializaba cuando faltaban estos dos requisitos (contrato y disponibilidad) o cualquiera de estos, de tal suerte que los hechos cumplidos también podía ser considerados como "hechos cumplidos presupuestales" cuando a pesar de existir contrato faltaban las disponibilidades o el registro presupuestal. Lo anterior, bien se pueden resumir con la sentencia de 5 de octubre de 2005 de la Sección Tercera, radicado No. AP- 01588, consejero ponente Ramiro Saavedra Becerra, en la cual se afirmó:

"(...) Con esta perspectiva, el artículo 39 de la ley 80, al ocuparse de la forma del contrato estatal, estableció que los contratos que celebren las entidades estatales "constarán por escrito" (contrato litteris: Ex nudo pacto actio non nascitur, nuda pactio obligationem non parit del derecho romano, regla diametralmente opuesta a la del derecho civil moderno). La forma como se materializa el vínculo jurídico es pues escrita, sólo que las formalidades plenas están determinadas en función de la cuantía (par. Art. 39 ley 80 y art. 25 decreto 679 de 1994). Coherente y armónico con este precepto, el artículo 41 de la ley 80 de 1993 revistió a la forma escrita de un valor ad solemnitatem o ad substantiam actus o ad esentiam (forma dat esse rei), al predicar que el acto o negocio jurídico sólo nace a la vida jurídica cuando adopta esa forma obligatoria, se trata de una solemnidad esencial para su existencia jurídica de rigurosa observancia, que constituye una restricción positiva a la expresión de la voluntad. Sin embargo, tal y como ya lo advirtió la Sala en oportunidad precedente, el artículo 41 de la ley 80 de 1993, fue modificado por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, que a su vez modificó el artículo 86 de la ley 38 de 1989, orgánica o normativa del presupuesto general de la Nación.

(...)

Es preciso subrayar que el artículo 41 de la ley 80 de 1993 distingue entre perfeccionamiento y ejecución, de modo que por virtud de este mandato legal si un contrato no está perfeccionado no es ejecutable. Por ministerio de la ley, entonces, en el derecho colombiano el contrato estatal es solemne o formal (art. 1500 del Código Civil) y no consensual. Su perfeccionamiento sólo tiene lugar mediante el lleno de la forma escrita prevista por la ley 80 y el registro presupuestal ordenado por las normas orgánicas de presupuesto; la manifestación de la voluntad se sujeta a un modelo preestablecido por el legislador, el cual constituye la fisonomía del negocio jurídico. O lo que es igual, sin el lleno de estos requisitos los contratos estatales no quedan perfeccionados y por tanto no pueden ser ejecutados. No basta, entonces, el simple acuerdo de voluntades sino que es preciso que la expresión del consentimiento se haga a través de ese canal previsto por la ley: debe constar por escrito y debe contar con el respectivo registro presupuestal y la inobservancia

Página 3 de 15



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
OFICINA ASESORA JURÍDICA

de esas solemnidades especiales "impide el nacimiento de cualquier efecto contractual", y por lo mismo carece de relevancia jurídica al quedar por fuera del derecho. La legislación es, pues, clara en impedir la consolidación de los efectos de un negocio jurídico que no se avenga a este cauce legal, al exigir que las partes han de elevarlo a escrito y contar con el registro presupuestal. En otras palabras, el contrato únicamente existe, una vez se satisface el requerimiento de la forma documental y su registro presupuestal, que de no cumplirse priva de efectos jurídicos al acuerdo de voluntades y, por lo mismo, no puede entrar a ejecutarse. En suma, la contratación estatal verbal está, pues, excluida, prohibida o proscrita en nuestro ordenamiento jurídico. (...)" (Subrayado fuera de texto)

En una segunda etapa, la jurisprudencia de la misma Corporación modificó su postura y corrigió la anterior posición en los siguientes términos:

"A diferencia de lo dispuesto en el Decreto Ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: "Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito." En tanto que en el inciso segundo reguló, en forma independiente, las condiciones para su ejecución, así: "Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto."

De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se producen cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: "acuerdo sobre el objeto y la contraprestación" (elementos sustanciales) y también que "éste se eleve a escrito" (elemento formal de la esencia del contrato). El Consejo de Estado en varias providencias al evaluar los cambios introducidos por la ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que este nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal. Sin embargo, la anterior posición fue modificada por la Sala en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000, en el que se afirmó que el registro presupuestal era un requisito de "perfeccionamiento" del contrato estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996. En reciente providencia, la Sala retomó la posición asumida antes del precitado auto de 2000 y advirtió que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su "perfeccionamiento", porque es un requisito necesario para su ejecución."² (Subrayado y negrilla fuera de texto)

² Sentencia CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 7 de junio de 2007 (Exp. 14669). Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
OFICINA ASESORA JURÍDICA

Como se desprende claramente de lo anterior, la posición del Consejo de Estado desde el año 2007 varió, en el sentido de señalar que la situación irregular generada por la adquisición de compromisos sin respaldo presupuestal pero amparada por un contrato perfeccionado (acuerdo de voluntades) **se le otorgó el privilegio de tener consecuencias jurídicas para las partes y la posibilidad de reclamar judicialmente con éxito por quién se vea afectado por el no pago derivado de un contrato en estado de inejecutabilidad.**

Los eventos advertidos como causas de "*hechos cumplidos*", han sido abordados por la jurisprudencia contenciosa administrativa de diversas formas que se pueden sintetizar así: **a.** En algunos casos ha reconocido indemnizaciones a favor de los contratistas mediante el ejercicio de la acción contractual contemplada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. Cabe señalar que en algunas ocasiones en ejercicio de la acción de controversias contractuales se reconocieron los valores solicitados en las pretensiones a título de incumplimiento contractual, con un alcance económico de compensación económica bajo la figura de enriquecimiento sin causa a favor de la administración (*Actio In Rem Verso*). **b.** Por otro lado, en otros casos el Consejo de Estado ha reconocido el pago de los valores solicitados por contratistas en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo con un alcance económico de compensación económica bajo la figura de enriquecimiento sin causa a favor de la administración (*actio in rem verso*); y en otros casos, con la variante de restablecimiento del derecho pero con alcance económico de enriquecimiento sin causa, por tratarse de valores originados en una relación de hecho más que de una relación contractual debidamente perfeccionada. **c.** En otras muestras jurisprudenciales, el Consejo de Estado ha desarrollado la teoría del enriquecimiento sin causa bajo dos modalidades denominadas "*Tesis Positiva*" y "*Tesis Negativa*" en el reconocimiento de compensaciones económicas no indemnizatorias.

Bajo la "*Tesis Positiva*" se ha condenado al Estado colombiano pagar al contratista en contratos no perfeccionados o inexistentes o en eventos que se ejecuten prestaciones no comprendidas en el mismo, bajo la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, teniendo en cuenta el principio de buena fe y el principio de confianza legítima³.

Por su parte, bajo la "*Tesis negativa*", el Consejo de Estado ha considerado improcedente la teoría de enriquecimiento sin causa para regular situaciones de ejecuciones de prestaciones por parte de contratistas en contratos no perfeccionados. Lo anterior lo ha justificado en que no se pueden poner

³ En esta línea el contratista que se ve afectado por el daño antijurídico o por la aminoración patrimonial injustificada, respectivamente, tendrá derecho a la indemnización o compensación correspondiente siempre que su comportamiento haya respetado los postulados de la buena fe objetiva y de la confianza legítima. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 18 de febrero de 2010 (Exp. 15596). Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
OFICINA ASESORA JURÍDICA

en marcha “*relaciones de hecho*” para eludir las normas de contratación administrativa, y en que los contratistas no pueden beneficiarse de su propia culpa al haber ejecutado obras sin que el contrato cumpla con el lleno de las formas legales.

Producto de las condenas plasmadas en los fallos del Consejo de Estado de los años noventas 90’s y 2000, y la falta de claridad conceptual en los títulos jurídicos de imputabilidad de responsabilidad frente a los hechos generadores del *hecho cumplido*, esa alta Corporación judicial resolvió en el año 2012 unificar su jurisprudencia y posiciones jurídicas de los últimos años, y expidió la **Sentencia de Unificación** de la sala plena de la sección tercera de 19 de noviembre de 2012, expediente No. 24897, magistrado ponente Jaime Orlando Santofimio, en la cual se dieron lineamientos y criterios para la interpretación judicial de la siguiente manera:

“La Sala empieza por precisar que, por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831 del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente. (...) de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta. No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas, y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios. En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia.

(...)

Si se invoca la buena fe para justificar la procedencia de la actio de in rem verso en los casos en que se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de una relación contractual, como lo hace la tesis intermedia, tal justificación se derrumba con sólo percatarse de que la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el iter contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva. Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de

Página 6 de 15



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
OFICINA ASESORA JURÍDICA**

tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados. (...) la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho "constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario." Pero por supuesto en manera alguna se está afirmando que el enriquecimiento sin causa no proceda en otros eventos diferentes al aquí contemplado, lo que ahora se está sosteniendo es que la actio de in rem verso no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador.

(...)

La Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó. Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes." (Subrayada y negrilla fuera de texto).

Con base en la anterior sentencia de unificación de jurisprudencia y otras previas, **quedó claramente diferenciado en el ordenamiento colombiano el tema jurídico del tema presupuestal**, pues para el perfeccionamiento del contrato y para que el mismo nazca a la vida con efectos jurídicos vinculantes, se requiere del acuerdo de voluntades elevado a un escrito (contrato); mientras que el tema presupuestal ya **NO es, conforme a la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia un requisito de validez** del contrato estatal, sino un requisito de **ejecución** del mismo, cuya obligación se encuentra a cargo de la Entidad contratante, y por ende, la falta de disponibilidades presupuestales no imposibilita o anula los efectos jurídicos del contrato como tal. En ese sentido, se da la posibilidad incluso de acudir a la vía judicial al contratista para reclamar la ejecución de dicha obligación *de hacer* y los perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual, pues como ya se acaba de señalar, la expedición de las disponibilidades es una obligación a cargo de la Entidad Estatal.

Así las cosas, al existir contrato válidamente celebrado pero sin disponibilidades presupuestales, será la Entidad la llamada a cumplir la obligación contractual de su expedición, so pena de responder civilmente por los perjuicios ocasionados al contratista por la inejecutabilidad del contrato, pero esa obligación no tiene la fuerza o virtud de castigar al contratista para acudir a la vía judicial, y por ello, mediante la denominada "Actio In Rem Verso" (Acción de enriquecimiento sin causa), la jurisdicción contencioso-administrativa ha reconocido a favor de los terceros y en contra de las



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
OFICINA ASESORA JURÍDICA

entidades estatales los pagos debidos más los perjuicios demostrados, por lo que en este caso no estaríamos propiamente hablando de hechos cumplidos como tal.

Otra cosa distinta es cuando efectivamente ya no se cuenta con un contrato válidamente perfeccionado, conforme al artículo 39 de la Ley 80 de 1993, y menos aún con las disponibilidades presupuestales, caso en el cual estaríamos frente a la violación directa del principio de legalidad y solemnidad, y nos encontramos claramente con la figura de los denominados hechos cumplidos, caso en el cual, para la procedencia de la *actio in rem verso* se requeriría obligatoriamente que la falta de solemnidad se encuentre amparada en una de las tres (3) excepciones ya mencionadas por la jurisprudencia líneas arriba.

En los términos de la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado comentada⁴, la Acción de Reparación Directa *actio de in rem verso* no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador. No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios.

En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia.

II. Formas de pago en los contratos estatales y mayores cantidades de obra:

Quando el Estatuto General de Contratación de la Universidad, en concordancia con la ley 80 de 1993 fija el concepto de "contratos", relaciona a título enunciativo algunos de ellos, entre los cuales incluye el de "obra", definido como el que se celebra "para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago."

⁴ Sentencia de 19 de noviembre de 2012, exp. 24897, M.P. Jaime Orlando Santofimio.



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
OFICINA ASESORA JURÍDICA**

En cuanto a su contenido, la ley 80 en comento solamente ordena que las estipulaciones contractuales se ajusten a las disposiciones legales que correspondan a la naturaleza y la esencia del respectivo contrato, autorizando la inclusión de las modalidades, condiciones, estipulaciones, que se consideren convenientes o necesarias y que no contraríen el ordenamiento que les es superior.

La normatividad precedente contenida en el Decreto Ley 222 de 1983, en cambio, establecía "*las formas de pago en los contratos de obra*", a saber, el precio global, los precios unitarios, los sistemas de administración delegada y de reembolso de gastos y pago de honorarios, y las concesiones; y definía el **contrato a precio unitario** como aquél en el cual "*se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije*", siendo el contratista el único responsable por la vinculación de personal, la subcontratación y la adquisición de materiales⁵.

Aunque el estatuto contractual vigente dejó a las partes de un contrato estatal la posibilidad de convenir la forma de pago, la jurisprudencia y la doctrina conservan los términos de la definición legal transcrita para caracterizar el contrato de obra pública en el que se conviene como forma de pago el precio unitario; por lo que se acepta entonces, sin necesidad de definición legal, que el contrato de obra a precio unitario es aquél en el que el precio del objeto contractual a cargo del contratista, se configura por tres elementos: (i) una unidad de medida, (ii) el estimativo de la cantidad de cada medida y (iii) un precio por cada unidad; **siendo claro que lo más probable es que el monto del precio del objeto contractual sea uno al momento de la celebración del contrato y otro cuando concluya la ejecución⁶.**

Es sabido y lo regula la ley contractual, que todo proceso de selección debe estar precedido de los estudios de necesidad y oportunidad, en los cuales la entidad contratante analiza y determina las condiciones de costos, calidad, plazo, etc., que incorporará a los pliegos de condiciones o sus

⁵ D. L. 222/83, Art. 89. "*De la definición del contrato a precio unitario. Los contratos a precios unitarios son aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije. / El contratista es el único responsable por la vinculación de personal, la celebración de subcontratos y la adquisición de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos.*"

⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Concepto de nueve (9) de septiembre de dos mil ocho (2008).



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
OFICINA ASESORA JURÍDICA

equivalentes una vez inicie el proceso en mención, en el que, al concluir con la adjudicación correspondiente, se precisará, entre todas las condiciones, el valor por el cual se celebrará el contrato.

Tratándose de contratos de obra, que en el proceso previo al de selección se determina adelantar bajo la modalidad de pago por precios unitarios, los pliegos o su equivalente, la adjudicación y el consiguiente contrato, recogerán una suma como precio, que corresponde a un "valor inicial" en la medida en que resulta de multiplicar las cantidades de obra contratadas por el precio unitario convenido. Pero a lo largo de la ejecución del contrato, ese precio inicial sufrirá variaciones, bien porque las partes hayan acordado reajustar periódicamente cada precio unitario, bien porque la cantidad de obra contratada aumente o disminuya, o bien por la concurrencia de ambas situaciones. Entonces, finalizado el contrato, porque se concluyó su objeto o por otra circunstancia, el resultado de multiplicar los precios unitarios reajustados por la cantidad de obra efectivamente ejecutada, determinará el "valor final"⁷.

Así lo ha establecido reiteradamente el Consejo de Estado, el cual entre otros, mediante concepto de julio 18 de 2002, radicación No. 1439⁸, señaló: "(...) para la Sala sigue siendo claro que el aumento o la disminución de las cantidades de obra contratadas, no comporta una modificación al objeto del contrato sino, una consecuencia de las estipulaciones del mismo, lo cual ha de determinarse en cada caso, con la medición periódica de los avances de la obra; éstos, recogidos en actas o como se haya estipulado en el contrato, van a reflejar, con la misma periodicidad, un valor del contrato proveniente de su ejecución real; requiriéndose, dado el caso, el trámite del recurso presupuestal en cuanto exceda la apropiación inicial, además de las formalidades establecidas por las partes." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Asunto diferente es aquél en el que por razón de la ejecución de la obra contratada, surge la necesidad de modificar el objeto contractual en el sentido de *añadir o agregar* una nueva obra; es decir, se requiere "adicionar" el contrato⁹. El estatuto contractual vigente contempla esa posibilidad,

⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Ibidem.

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 18 de julio de 2002, Rad. No. 1439, C. P. Susana Montes de Echeverri: "... en los contratos a precio indeterminado pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la cláusula del valor ... sólo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, esto es, ese estimativo necesario para elaborar presupuesto o para efectos fiscales; pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas sólo se determinará cuando se ejecute la obra y, aplicando el procedimiento establecido, se establezca el costo."

⁹ Consejo de Estado, ibidem. "Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera 'adición' a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo... el



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
OFICINA ASESORA JURÍDICA

pero expresamente la limita con referencia al valor; dice la ley 80 de 1993: "Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. /.../ Parágrafo. /.../ Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales."

Continúa dicha Corporación judicial:

"En la norma transcrita, las expresiones "adicionar" y "valor inicial", tienen un significado común: es el caso de un contrato que requiere de modificaciones que inciden en su valor original, no porque correspondan al simple resultado de multiplicar cantidades de obra y precios originalmente pactados, sino porque se trata de obras nuevas o distintas respecto de las contratadas, y que son indispensables para que el objeto contractual cumpla la finalidad buscada por la entidad estatal contratante.

Para la Sala no hay duda acerca de que el vocablo "adicionar" que emplea la norma supone que se trata de un contrato al que debe agregarse algo; y su límite está expresado en un porcentaje del "valor inicial", que corresponde a la suma convenida en el contrato como valor de éste, expresada en salarios mínimos mensuales legales, pues éstos permiten una actualización de ese valor, con lo cual es factible que la suma que se adicione al precio pactado en el contrato original exceda el monto de dicho "valor inicial" expresado en términos absolutos."¹⁰

En conclusión, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada supone que ésta fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una "prolongación de la prestación debida", sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual, lo cual es absolutamente natural y hace parte de la esencia y naturaleza de los contratos a precios unitarios.

Ahora bien, para el caso en concreto del Contrato de Obra 1063 de 2013 que nos ocupa, conforme a lo establecido en las cláusulas octava (valor del contrato) y novena (forma de pago) se pactó expresamente, de una parte que, *'[e]l valor final del contrato será la suma de los resultados que se obtengan al multiplicar las cantidades ejecutadas y/o entregadas a satisfacción de LA UNIVERSIDAD por los valores o precios unitarios pactados para el respectivo ítem. El presente contrato se pacta por el sistema de precios unitarios...más el valor resultante de aplicar la fórmula de reajuste...*, al tiempo que se previeron "[p]agos parciales contra actas bimestrales...de

concepto legal de 'contrato adicional' ... está reservado a aquellos eventos en que se introducen modificaciones o adiciones al contrato mismo, a su objeto, y de allí resulta un mayor valor de ejecución..."

¹⁰ Ibídem



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
OFICINA ASESORA JURÍDICA

entrega de obra, que iniciará el trámite de pago previa suscripción del acta de recibo respectiva a satisfacción de LA UNIVERSIDAD..." (La subraya no corresponde al texto original).

Asimismo, como se recoge en el proyecto de acta de autorización de fórmula de reajuste contractual, revisado por esta Oficina Asesora Jurídica, se sostiene que *"dentro del valor del contrato se encuentra comprendido el correspondiente a la 'fórmula de reajuste', que no ha sido cancelado en su totalidad, haciéndose necesaria la suscripción de la presente acta, como mecanismo para apropiar los recursos con que se cuenta a la fecha en el respectivo proyecto de inversión, con los cuales pagar el reajuste de los ítems pactados desde la fecha de celebración del Contrato de obra 1063 de 2013..."*.

Por lo expuesto, esta oficina claramente vislumbra conforme a la Ley y la jurisprudencia comentada que en el presente caso no puede hablarse de un *"hecho cumplido"*, toda vez que, contrariamente a lo que ocurre con éstos, el pago de la fórmula de reajuste estipulada en el contrato tiene un fundamento contractual, por un lado, y por otro, al ser pactada la forma de pago del mismo a precios unitarios, incluida la misma fórmula de reajuste¹¹, se entiende la misma como un precio del contrato, pues así fue pactado (*pacta sunt servanda*), y por ende, es claro que ésta fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una *"prolongación de la prestación debida"*, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual, y es necesario y obligatorio proceder a su pago, en condiciones de equidad y buena fe, tal como se haría normalmente con las mayores cantidades de obra de que se viene hablando.

Es de anotar finalmente, que el hecho es tan así y tan claro, que desde el punto de vista presupuestal, se cuenta con los recursos existentes en el correspondiente proyecto de inversión, según lo certifica la Oficina Asesora de Planeación y Control, mediante oficio fechado septiembre 14 de 2017, adjunto al expediente contractual.

III. Cumplimiento de las obligaciones contractuales por fuera del plazo de ejecución del contrato:

En el régimen general de las obligaciones el establecimiento del plazo del contrato señala la exigibilidad de las obligaciones que de él se derivan para cada una de las partes. De conformidad al artículo 1551 del Código Civil *"el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación"*, lo cual significa que en las obligaciones a plazo, aquellas en las que se ha fijado una fecha determinada para su cumplimiento, dicho cumplimiento está supeditado a la llegada de esa fecha,

¹¹ Contrato de Obra 1063 de 2013. Clausulas octava y novena.



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
OFICINA ASESORA JURÍDICA

momento en el cual son exigibles las obligaciones que se contrajeron, pero en estricto sentido, no se extinguen todos los derechos que surgieron del contrato¹².

En materia contractual pública, debe precisarse que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de Septiembre de Mil Novecientos Noventa y Nueve (1999). Radicación número: 10264, se ha manifestado respecto a los plazos del contrato en el siguiente sentido:

"La sala precisa que el contrato que se celebra con el Estado tiene dos plazos: uno para la ejecución y otro para la liquidación y que no tienen jurídicamente el mismo alcance las expresiones contrato vencido y contrato extinguido, toda vez que frente al primero la administración tiene la potestad para exigir las obligaciones a cargo del contratista y evaluar su cumplimiento. La extinción del contrato por el contrario, se configura cuando éste ha sido liquidado". (Negrita fuera de texto) En virtud de lo anterior, debe distinguirse el plazo de ejecución del contrato, que es el término de tiempo donde se debe ejecutar un contrato, es decir, el plazo que se encuentra pactado para cumplir con las obligaciones contraídas para la materialización del objeto contractual; y por otra parte se distingue de la vigencia del contrato que es el término que va más allá del plazo de ejecución del contrato, que corresponde a la vida jurídica del mismo el cual va hasta la liquidación. Ahora bien, la doctrina se ha manifestado con respecto a la exigibilidad de las obligaciones una vez vencido el plazo, indicando: "... aunque haya vencido el plazo del Contrato, las partes siguen cumpliendo obligaciones reciprocamente, se concluye el objeto del Contrato, la Administración ordena obras extras y adicionales (...) etc., y el Contrato sólo termina cuando ya se haya cumplido con el objeto, aún después de vencido el plazo..."¹³.

La anterior posición se ratifica jurisprudencialmente en la sentencia del Consejo de Estado¹⁴, la cual abarca la misma temática en los siguientes términos:

"Obsérvese que en el art. 1625 del Código Civil entre los diferentes modos que señala para extinguir las obligaciones, no relaciona la llegada del plazo; de lo cual se deduce que éste no extingue las obligaciones, porque ocurrida o llegada la fecha para su cumplimiento lo que deviene es la exigibilidad de las mismas, pero no la extinción ipso facto de todos los derechos y obligaciones, ya que si entre las partes existen obligaciones pendientes, ÉSTAS SÓLO SE EXTINGUIRÁN UNA VEZ SE HAYA CUMPLIDO CON LAS MISMAS. En otras palabras, con el cumplimiento de la obligación principal no se da por terminada la

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque. trece (13) de Septiembre de Mil Novecientos Noventa y Nueve (1999). Radicación número: 10264

¹³ Palacio H, Juan A., "La Contratación de las Entidades Estatales". Cuarta Edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Bogotá, 2003, p. 286.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque. trece (13) de Septiembre de Mil Novecientos Noventa y Nueve (1999). Radicación número: 10264



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
OFICINA ASESORA JURÍDICA

relación contractual, si del Contrato se derivan otras obligaciones para cualquiera de las partes, caso en el cual el vínculo que se ha creado con el Contrato todavía estará vigente y aún no se ha extinguido. (...) Pero si bien es cierto en la mayoría de los casos el plazo del contrato coincide con el de ejecución de la obra, con la entrega del suministro, con la prestación del servicio, también lo es, que éste plazo no constituye propiamente hablando el periodo de ejecución del contrato **porque al finalizar el plazo que se ha destinado para el cumplimiento de la obligación principal por parte del contratista las partes no quedan liberadas de pleno derecho mientras no se extingan todas las obligaciones adquiridas, lo cual se cumple necesariamente en la etapa de liquidación del contrato en la cual es donde la administración puede valorar el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista y es la que le pone término a la vinculación de las partes.**" (Negrita y subrayas fuera de texto original)

Bajo la anterior consideración jurisprudencial y atendiendo a que el Estado, como forma de organización política, se ha establecido como un medio a través del cual se aseguran diversas finalidades, situación que se constata en el artículo 2 de la Constitución de 1991, que consagra una pluralidad de fines de la organización estatal, pero que convergen en un común denominador: la consecución de los intereses generales, así como el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 que indica que los contratos estatales tienen por objetivo satisfacer el interés público¹⁵.

Es pues, en consideración al cumplimiento de estos propósitos, que el Estado desarrolla diversas actividades y utiliza diferentes mecanismos jurídicos, económicos, políticos y sociales de acción. Incluso, el contrato estatal se ha erigido -desde la práctica administrativa- en uno de los mecanismos más eficientes y necesarios para alcanzar los intereses de orden general¹⁶.

En efecto, los fines esenciales de la contratación pública, dispuestos en el artículo 3 de la ley 80 de 1993, han considerado que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Además de ello, que los particulares también deben tener en cuenta

15 Artículo 3º.- De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. El texto subrayado fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de Noviembre de 2010. M.P. Enrique Gil Botero. Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009)

Página 14 de 15

Oficina Asesora Jurídica – <http://www.udistrital.edu.co> - juridica@udistrital.edu.co
Cra. 7 No. 40B-53, Piso 9º, Telf: (57) 3239300, Ext. 1911 - 1912

Línea de atención gratuita

01 800 091 44 10



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
OFICINA ASESORA JURÍDICA**

al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales, que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Lo anterior permite entender que con sujeción al cumplimiento del interés general, es posible que aquellas obligaciones que se encuentren pendientes por cumplir por las partes en la relación contractual, se cumplan incluso después de terminado el plazo previsto para su cumplimiento, en razón a que precisamente lo que persigue es la observancia del objeto contractual y con éste la efectividad del interés general. **Así las cosas, en nuestro entender, a pesar de que se encuentre vencido el plazo de ejecución de un contrato, si existen obligaciones pendientes de cumplimiento, éstas deben cumplirse so pena de afectar el interés general, y por supuesto una de ellas, es la obligación de pago conforme a la forma pactada contractualmente.**

El presente concepto se expide en los términos del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015; así mismo, se aclara que, conforme a la Resolución 1101 de 2002 y a la Circular No. 2430 de 2015, esta dependencia no analiza asuntos particulares y concretos, sino que desarrolla los temas desde el punto de vista jurídico, de forma general, en asuntos que circunscriban el quehacer de la Universidad, de tal forma que el pronunciamiento se constituya en un criterio más para adoptar las decisiones que correspondan.

Atentamente,

CARLOS ARTURO QUINTANA ASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

| FUNCIONARIO O ASESOR | NOMBRE | FIRMA |
|----------------------|------------------------------|-------|
| Proyectó | Carlos Arturo Quintana Astro | C.A. |
| Proyectó | Diego Manosalva. Abogado CPS | |

1667

U: 2382

Carlos



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

Bogotá, D.C., 14 de Septiembre de 2017

UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS 15-09-2017 02:16:5
Al Contestar Cite este Nro.:2017IE24833 O 1 Fol:1 Anex:0
Origen: Sd:503 - OFICINA ASESORA DE PLANEACION Y CONTROL/GALLARDO ERASO LUIS
Destino: OFICINA ASESORA DE JURIDICA/QUINTANA ASTRO CARLOS
Asunto: CERTIFICACION DE RECURSOS PARA PAGO DE FORMULA DE REAJUSTE
Observ.:

Doctor
CARLOS ARTURO QUINTANA ASTRO
Jefe Oficina asesora Jurídica
Universidad Distrital Francisco José de Caldas
Ciudad

Asunto: Certificación de recursos para pago de fórmula de reajuste

Por medio de la presente, se certifica que en la vigencia 2017 el proyecto 379 "Construcción Nueva Sede Bosa Porvenir", contempla dentro del plan de adquisiciones y el Plan Operativo Anual de Inversión, la actividad "Formula de Reajuste" con una apropiación de TRES MIL DOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$3,0200.000.000).

Cordialmente,

LUIS ALVARO GALLARDO
Jefe Oficina Asesora de Planeación y Control

UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
OFICINA ASESORA JURIDICA
15 SEP 2017
308
Folios
Circos

Proyectó: Lina Isabel Villa Arenas

Profesional Oficina Asesora de Planeación y Control



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora de Planeación y Control

| | |
|---|---------|
| UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS RECTORÍA | |
| 03 OCT 2017 | |
| Hora | 4039 |
| No. Folios | 3 |
| Firma | [Firma] |

Bogotá D.C., Septiembre 29 de 2017.

Doctor
CARLOS JAVIER MOSQUERA SUAREZ
Rector (E)
Universidad Distrital Francisco José De Caldas
Ciudad

UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS 03-10-2017 03:44:1
Al Contestar Cite este Nro.:2017IE26584 O 1 Fol:1 Anex:10
Origen: Sd:541 - OFICINA ASESORA DE PLANEACION Y CONTROL/GALLARDO ERASO LUIS
Destino: RECTORIA/MOSQUERA SU, REZ CARLOS JAVIER
Asunto: RESPUESTA OFICIO IE26269 FORMULA DE REAJUSTE-
Observ.:

Referencia: RESPUESTA OFICIO IE 26269

Reciba un cordial saludo.

Atendiendo su solicitud de la referencia y teniendo en cuenta que aun cuando el contrato de obra No. 1063 de 2013, que tiene por objeto CONSTRUCCIÓN DE LA NUEVA SEDE UNIVERSITARIA CIUADELA EL PORVENIR – BOSA DE LA UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS ETAPA I”, se encuentra terminando y en etapa de liquidación, se hace necesario el pago de la fórmula de reajuste por parte de la Universidad, toda vez que este contrato de obra se encuentra sometido a fórmula de reajuste, así: “EL CONTRATISTA se obliga con LA UNIVERSIDAD a EJECUTAR, LA CONSTRUCCIÓN DE LA NUEVA SEDE UNIVERSITARIA CIUADELA EL PORVENIR – BOSA- DE LA UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS – ETAPA I – mediante el sistema de precios unitarios con fórmula de reajuste”.

Así mismo, La cláusula octava del contrato No. 1063 de 2013 establece que “El presente contrato se pacta por el sistema de precios unitarios (valor por unidad de recurso, obra, trabajo, servicio o bien, el cual remunera la totalidad de las actividades y/o suministros que sean necesarios para la ejecución de su objeto, de conformidad con lo pactado) más el valor resultante de aplicar la fórmula de ajuste”. En el párrafo de la misma cláusula se establece que “El valor de las actas de obra estará sujeto a reajuste por la inflación de acuerdo con la siguiente fórmula...”. Esta condición contractual del ajuste de los precios se confirma en el párrafo segundo de la cláusula novena que reza: “El sistema de pago del contrato es por pecios unitarios fijos con fórmula de ajuste”.

En el mismo contrato, la cláusula séptima establece como obligación de la Universidad en su numeral “1) Pagar el valor del contrato”.

En concepto de la interventoría, en su comunicación I-UNIDIS-929-2017 del 20 de septiembre de 2017 entre otros criterios, menciona que: “...Las anteriores estipulaciones contractuales son contundentes en definir que el pago de la Fórmula de reajuste es una obligación contractual a cargo de la Universidad que encuentra su correlatividad en el derecho del contratista de recibir el pago por las actividades ejecutadas, descartando de plano la necesidad de una modificación contractual para el pago de los valores que por reajuste debe pagar la Universidad, toda vez que desde la etapa precontractual se estableció el reajuste dentro del valor del contrato y así lo convinieron las partes...”



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora de Planeación y Control

Por lo anterior y existiendo la provisión presupuestal para tal efecto, esta Oficina Asesora encuentra viable adelantar el trámite de pago de la fórmula de reajuste soportado en el "Acta de acuerdo para pago de reajuste" propuesta por la Oficina Asesora Jurídica.

Cordialmente,

LUIS ALVARO GALLARDO ERASO
Jefe Oficina Asesora de Planeación
Supervisor Interventoría

| PROYECTO | NOMBRE | CARGO | FIRMA |
|----------|---------------------------|-----------------|-------|
| | Wilson Rodriguez OPS OAPC | Ing. Civil OAPC | |

CONTROL DE CALIDAD

CONSORCIO UNIDISTRITAL
Nit. 900686187-7



I-UNIDIS-929-2017

Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2017

Doctor:
RAFAEL ARANZALES
Jefe Oficina de Recursos Físicos
Universidad Distrital Francisco José de Caldas
Supervisor

Doctor:
LUIS ALVARO GALLARDO
Jefe Oficina de Planeación
Universidad Distrital Francisco José de Caldas
Supervisor

Referencia: Contrato de obra No 1063 de 2013 CONSTRUCCIÓN DE LA NUEVA SEDE UNIVERSITARIA CIUADDELA EL PORVENIR - BOSA DE LA UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS ETAPA I"

Asunto: *Concepto pago de reajuste – Respuesta oficio 2017EE2428 O 1*

En atención a su solicitud de indicar "...dado del momento y condición contractuales presentes, la herramienta o mecanismo jurídico pertinentes que aplicarían para posibilitar el cumplimiento de esa obligación", nos permitimos manifestar lo siguiente:

1. El objeto del contrato contempla que el contrato se encuentra sometido a fórmula de reajuste, así:
"EL CONTRATISTA se obliga con LA UNIVERSIDAD a EJECUTAR, LA CONSTRUCCIÓN DE LA NUEVA SEDE UNIVERSITARIA CIUADDELA EL PORVENIR - BOSA- DE LA UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS - ETAPA I - mediante el sistema de precios unitarios con fórmula de reajuste"
2. La cláusula octava del contrato No. 1063 de 2013 establece que *"El presente contrato se pacta por el sistema de precios unitarios (valor por unidad de recurso, obra, trabajo, servicio o bien, el cual remunera la totalidad de las actividades y/o suministros que sean necesarios para la ejecución de su objeto, de conformidad con lo pactado) más el valor resultante de aplicar la fórmula de ajuste".*
3. En el párrafo de la misma cláusula se establece que *"El valor de las actas de obra estará sujeto a reajuste por la inflación de acuerdo con la siguiente fórmula..."*
4. Esta condición contractual del ajuste de los precios se confirma en el párrafo segundo de la cláusula novena que reza: *"El sistema de pago del contrato es por precios unitarios fijos con fórmula de ajuste"*

CONTROL DE CALIDAD

CONSORCIO UNIDISTRITAL
Nit. 900686187-7



5. La cláusula séptima del mismo contrato establece como obligación de la Universidad en su numeral "1) *Pagar el valor del contrato*".

Las anteriores estipulaciones contractuales son contundentes en definir que el pago de la fórmula de reajuste es una obligación contractual a cargo de la Universidad que encuentra su correlatividad en el derecho del contratista de recibir el pago por las actividades ejecutadas, descartando de plano la necesidad de una modificación contractual para el pago de los valores que por reajuste debe pagar la Universidad, toda vez que desde la etapa precontractual se estableció el reajuste dentro del valor del contrato y así lo convinieron las partes.

Siendo que las partes dotadas de plena capacidad, consintieron en que el Contratista recibiría el pago por parte de la Universidad del reajuste a los precios de las actividades ejecutadas en cumplimiento del contrato de obra, actividad que en sí misma y en su motivación resulta lícita, dieron lugar al nacimiento de una obligación existente, válida y eficaz que vincula a las partes y como tal no puede ser desconocida so pena de verse expuestos a su ejecución forzada.

Ahora bien, el surgimiento de una obligación impone al deudor la ejecución de una serie de cargas para el cumplimiento de aquella una vez se haga exigible, como es en el presente caso la consecución de los recursos para el pago, carga que si bien se sirve al cumplimiento de la obligación su inejecución no desvirtúa la existencia de esta pero sí se convierte en la causa del incumplimiento.

De esta manera, a nuestro criterio y por lo expuesto en líneas precedentes, ante la falta de apropiación de recursos por parte de la Universidad para cumplir con su obligación de pagar al Contratista el reajuste de los precios del contrato, consideramos que ante la existencia de la obligación no se requiere adicionar el contrato, toda vez que tanto la obligación como los recursos para su pago hacen parte del valor del contrato.

Ahora, si bien es cierto que el plazo de ejecución del contrato se encuentra vencido, no quiere decir esto que esta circunstancia suponga una imposibilidad para que la Universidad apropie los recursos, debido a que al obligarse y encontrarse en mora del cumplimiento de su obligación, debe adecuar su conducta so pena de aumentar diariamente los perjuicios que con ella causa según lo establecido en el artículo 1615 del código civil al decir que "*Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora*", generando responsabilidad tanto contractual como disciplinaria de los funcionarios que dan lugar tanto al incumplimiento como al retardo en corregirlo.

Adicionalmente no puede perderse de vista que incluso hasta la liquidación del contrato las partes podrán honrar los compromisos económicos asumidos, toda vez que como lo ha manifestado el Consejo de Estado en sentencia de 18 de mayo de 2017 con ponencia de Jaime Orlando Santofimio, la liquidación bilateral de los contratos

"se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato, mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de ésta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación comercial,

CONTROL DE CALIDAD

CONSORCIO UNIDISTRITAL
Nit. 900686187-7



definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuanto, lo que puede hacerse por las partes de común acuerdo, por la administración unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para "dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial"

Eso sí, si se cumpliera en dicho momento no implica eximir de responsabilidad a la parte incumplida por los perjuicios que la mora hubiese causado.

En conclusión, a juicio de la Interventoría la apropiación de los recursos para el cumplimiento de una obligación contractual constituye una carga exigible al deudor de la misma por cuyo incumplimiento no puede verse afectado el acreedor, ni desnaturaliza la existencia de la obligación; razón por la cual y al estar pactada la obligación de pago del reajuste, para su satisfacción no se requiere modificar el contrato en el sentido de adicionar su valor, más cuando desde el comienzo se pactó el valor del contrato como un estimado, por haberse definido bajo el sistema de pago de precios unitarios, del cual el valor del contrato resultará de multiplicar las cantidades realmente ejecutadas por los precios del contrato más el reajuste correspondiente. Debe entonces proceder la Universidad, para el cumplimiento de su obligación, a efectuar los traslados presupuestales internos a que haya lugar para la satisfacción de su obligación en el marco del contrato de obra, evitando dilaciones adicionales que aumenten su responsabilidad.

Cordialmente,


CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO AYALA
R.L. CONSORCIO UNIDISTRITAL

1781

M: 2474

Carlos



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSE DE CALDAS
RECTORIA

300 - 3703

IE 26228.

Bogotá D.C., Septiembre 27 de 2017

Doctor
CARLOS ARTURO QUINTANA ASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Universidad Distrital Francisco José de Caldas
Ciudad -

**Referencia. Concepto sobre pago de fórmula de reajuste
Contrato 1063 de 2013**

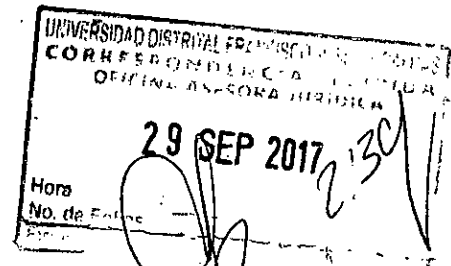
Respetado Doctor Quintana:

Reciba un cordial saludo. Con el ánimo de evaluar las condiciones para proseguir con el trámite para el pago de la fórmula de reajuste del Contrato de Obra N. 1063 de 2013 y teniendo en cuenta el "Acta de acuerdo para pago de reajuste" proyectada por su oficina, solicito a usted emitir concepto de viabilidad sobre el trámite a adelantar especificando claramente el sustento jurídico que evidencie que el pago a realizar no se constituye en un hecho cumplido. En igual sentido y teniendo en cuenta el Comité de Conciliación donde se trató el tema y se obtuvo tres votos favorables junto con el suyo, pido se acoja la sugerencia del Secretario General y se incorpore dentro del Acta propuesta el concepto de viabilidad que debe emitir la Oficina Asesora de Planeación y Control, la certificación de disponibilidad de recursos para el pago de la fórmula de reajuste remitido por esa misma oficina y el concepto jurídico solicitado mediante la presente.

Por favor allegar el concepto y al acta ajustada incorporando los aspectos señalados antes del 2 de octubre del presente año. Agradezco su colaboración en el tema

Cordialmente,

CARLOS JAVIER MOSQUERA SUÁREZ
Rector (E)



| | | | |
|-----------|-----------------------------|---------------------------|------------------------------|
| Proyectó: | Dra. Patricia Osorno Rojas | Asesora Jurídica Rectoría | <i>Patricia Osorno Rojas</i> |
| | Ing. María Teresa Molina C. | Asesora Técnica Rectoría | |

Vigilada MINEDUCACIÓN