



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

OJ- \_\_\_\_\_ - 09

Bogotá, D.C.,

Doctor  
**RAFAEL ENRIQUE ARANZÁLEZ GARCÍA**  
Jefe División de Recursos Físicos  
Universidad Distrital Francisco José de Caldas  
Ciudad

**REFERENCIA: Concepto Jurídico sobre desequilibrio económico CONSORCIO MERCADO.**

Respetado Doctor Aranzalez.

Teniendo en cuenta la reclamación económica realizada dentro del marco del contrato de obra civil N° UD SDDE IPES FDLCB IDU 001 08 suscrito con CONSORCIO MERCADO, me permito emitir el respectivo concepto, en los siguientes términos:

1. Del régimen contractual de la Universidad Distrital.

La Ley 30 de 1992 (Por medio de la cual se organiza el servicio público de educación superior) establece en su artículo 93 que **en los contratos que, para el cumplimiento de sus funciones, celebren las universidades estatales u oficiales, se aplicarán las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los mismos.** Además, el artículo 94 de la misma norma, dispone que para su validez, dichos contratos, además del cumplimiento de los requisitos propios de la contratación entre particulares, estarán sujetos a los requisitos de aprobación y registro presupuestal, a la sujeción de los pagos según la suficiencia de las respectivas apropiaciones, publicación en el Diario Oficial y pago del impuesto de timbre nacional cuando a éste haya lugar.

En este mismo sentido se expresa el artículo 10 del Acuerdo 08 de 2003 (Estatuto de Contratación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas). Por lo anterior, los contratos que se celebren para llevar a cabo la ejecución de los Contratos Interadministrativos suscritos por esta Universidad, se rigen por las normas del derecho privado y el Estatuto de Contratación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas.



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

2. De las condiciones exigidas legalmente para la revisión y reajustes de los contratos

Para determinar si es procedente o no la reclamación realizada por el contratista, es necesario determinar con claridad los presupuestos jurídicos que deben cumplirse para dar viabilidad a este tipo de requerimientos.

Teniendo en cuenta el régimen legal que inspira los contratos que celebra la Universidad, el primer referente que se encuentra es el dispuesto en el Acuerdo 08 de 2003 (Estatuto de Contratación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas), que en el numeral 2 del artículo 4, expresa:

*“Derecho Privado: Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones derivadas de los contratos que celebre la Universidad, **sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán los aplicados en las obligaciones y negocios jurídicos del derecho civil y mercantil.**” (Negrilla fuera de texto)*

En este sentido, el artículo 7 del Estatuto, dispone:

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

*La Universidad procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes a favor o en contra que la equidad indique; en caso contrario se acudirá a los mecanismos de solución directa a controversias.” (Negrilla fuera de texto).*

En consecuencia, las condiciones que se deben presentar para analizar la reclamación, son las siguientes:

- Circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles.
- Ocurrencia posterior a la celebración del contrato.
- Contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida.
- Consecuencias de excesiva onerosidad.

Estos aspectos hacen referencia a lo que el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia y la doctrina han denominado, la teoría de la imprevisión.

Los contratos de derecho privado se rigen por el axioma conocido como *el contrato es ley para las partes*, derivado del Código Civil, circunscribiendo de esta forma, sus efectos solamente a lo pactado en el acuerdo; sin embargo, una de las excepciones a esta regla es la Teoría de la Imprevisión, que aunque no está consagrada en el Código Civil Colombiano,



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

sí lo está en el de Comercio (artículo 868)<sup>1</sup>. Este instituto jurídico permite, en comienzo al juez, pero también a las partes, *modificar las condiciones inicialmente pactadas, ante la grave alteración de la relación jurídica debido a circunstancias extraordinarias surgidas luego de la celebración del contrato y que lo hacen excesivamente gravoso para la parte que reclama.*<sup>2</sup>

La teoría de la imprevisión ha sido desarrollada, desde hace ya un buen tiempo, por la Corte Suprema de Justicia, en donde se ha indicado lo siguiente:

*“Esta teoría radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir, que se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad.*

*No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc.*

*Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y exorbitante ante las nuevas circunstancias. Todo esto, como es obvio, requiere la concurrencia de un conjunto de hechos complejos y variados, que deben alegarse y probarse y es materia de decisiones especiales de los jueces de instancia”.*<sup>3</sup> (Negrilla fuera de texto).

Es así como en todos los contratos se entiende que, de manera tácita, las partes acuerdan que la voluntad de obligarse se encuentra sujeta a las condiciones y circunstancias existentes al momento de celebrar el contrato. No obstante, la misma ley en su espíritu consagra esta cláusula como propia de la naturaleza de los contratos dado que mantener el equilibrio económico en las relaciones de los particulares, hacen parte de la preservación del orden público económico y el mantenimiento de un orden justo.

Sobre el tema, el Consejo de Estado<sup>4</sup> ha expresado, lo siguiente:

<sup>1</sup> <REVISION DEL CONTRATO POR CIRCUNSTACIAS EXTRAORDINARIAS>. Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.

<sup>2</sup> De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano, Antonio Bohórquez Orduz. Volumen 2. Pagina 197.

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Mayo 23 de 1938. M.P. Arturo Tapias Tilonieta.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, sentencia de 18 de septiembre de 2003, actor: Sociedad Castro Tcherassi y Compañía Ltda



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

*(La teoría de la imprevisión consiste) "en las situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución": situaciones que básicamente consisten en eventos económicos tales como "... crisis económica grave; devaluación extraordinaria; aumento fundamental y sorpresivo de los costos de la materia prima esencial para la ejecución del contrato; conmoción social, etc", siendo entonces indispensable para que se configure, la concurrencia de tres elementos: 1) **que el hecho perturbatorio sea exógeno**; 2) **que no haya podido ser razonablemente previsto por las partes al momento de contratar** y 3) **que produzca una afectación de la ecuación económica del contrato extraordinaria y excepcional,**" (Negrilla fuera de texto).*

Ahora bien, teniendo en cuenta el estudio anterior, se desarrollará cada uno de los requisitos exigidos por la teoría de la imprevisión, así:

a. Circunstancias extraordinarias.

Consiste en que tales eventos hayan surgido por *razones fuera de lo común, de aquellas que no correspondían al ordinario acontecer para la época en la cual debería ocurrir la ejecución del contrato.*<sup>5</sup>

b. Circunstancias imprevistas o imprevisibles.

Hace referencia a aquellas circunstancias que *razonablemente las partes no pudieron prever que ocurrirían en el futuro, desde el momento de la celebración del contrato.*<sup>6</sup>

c. Ocurrencia posterior a la celebración del contrato.

*Los hechos, extraordinarios e imprevistos, deben ser además, posteriores a la celebración del contrato. Es claro que si tales circunstancias son anteriores o concomitantes con la celebración del contrato, y de fácil acceso al conocimiento de los contratantes, ya no puede hablarse de imprevisión sino, probablemente de descuido.*<sup>7</sup>

d. Contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida.

La Ley y el Estatuto de Contratación han estipulado que la imprevisión sólo es factible en contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida, dado que su prolongación en el tiempo es lo que permite que las circunstancias no previstas puedan ocurrir.

---

<sup>5</sup> De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano, Antonio Bohórquez Orduz. Volumen 2. Pagina 203.

<sup>6</sup> Ídem.

<sup>7</sup> Ibídem.



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

También se suma a lo anterior, que el contrato no puede ser aleatorio, pues en ellos va implícito un riesgo que parte del desconocimiento de los contratantes de los sucesos futuros que puedan afectar el contrato y generar ganancias o pérdidas.

*En los contratos aleatorios hay un elemento muy importante llamado alea, que determina las prestaciones a cargo de una de las partes y que permite, de acuerdo con este albur que se corre, que unas veces esa parte no tenga que cubrir prestación alguna y otras, que la prestación pueda ser exageradamente desproporcionada en relación con la que le correspondía a la parte contraria.<sup>8</sup>*

e. Consecuencias de excesiva onerosidad.

Consiste en que las circunstancias imprevistas generan tal magnitud que la parte obligada a cumplir, resulte afectada de forma grave, tanto como si lo coloca en ruina o como sin llegar a ello, la conmutatividad de las obligaciones no se compeadece con el contrato.

Sobre el particular, ha expresado el Consejo de Estado<sup>9</sup> lo siguiente:

*“Es fundamental e indispensable que la economía del contrato se altere en forma grave y directa, de tal modo que **represente una pérdida significativa o verdadera para el contratista, mas no cualquier sacrificio, pues en esta materia no se trata de asegurar a favor del contratista todo tipo de alea o contingencia a la que esta sometida una relación comercial, especialmente cuando su ejecución o cumplimiento deba satisfacerse en forma sucesiva o periódica, pues por principio las partes del negocio jurídico deben correr con la suerte de aquellos costos normales o inversiones adicionales a las previstas al momento de celebrar el contrato***

(...)

*Por lo demás, se tendrán en cuenta las pérdidas o perjuicios sufridos, y no las ganancias posibles que el cocontratante hubiera podido obtener de no ocurrir el trastorno del contrato. La imprevisión no cubre ni asegura ganancias; sólo es una ayuda en las pérdidas. Por ello, y ésta es otra condición importante, por vía de la teoría de la imprevisión no deben cubrirse todas las pérdidas sufridas por el cocontratante, sino las que sea menester cubrir para que el álea del contrato pase de un límite extraordinario o anormal a un límite normal o común.” (Negrilla fuera de texto).*

Esta excesiva onerosidad debe ser demostrada mediante la comprobación de los gastos mayores en que incurriría o incurrió una de las partes y que no guardan relación con las prestaciones económicas del contrato.

En concordancia con lo anterior, la doctrina<sup>10</sup> ha indicado:

<sup>8</sup> De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano, Antonio Bohórquez Orduz. Volumen 2. Pagina 206.

<sup>9</sup> Radicación: 15003 – 96 – 07740. Sección Tercera. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar

<sup>10</sup> GASTÓN JEZE, Principios Generales del Derecho Administrativo. Buenos Aires Editorial de Palma, 1950; tomo V. pp. 51,53 Y 54.



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

*“Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, **probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera.** Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. **Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un álea extraordinario; es siempre un álea normal que debe permanecer a cargo del contratante**” (Negrilla fuera de texto).*

Otro elemento que se debe tener en cuenta para la determinación de la teoría de la imprevisión, parte del reconocimiento de que su aplicación conlleva que el contratista pueda seguir cumpliendo con sus obligaciones una vez se restituye el equilibrio económico por parte del contratante, por lo que es necesario que el contrato se encuentre en ejecución, de lo contrario no tendría sentido la aplicación de esta figura.

En efecto, el Consejo de Estado<sup>11</sup> ha indicado:

*“El trastorno o perturbación del contrato no debe ser definitivo, sino, al contrario, temporal o transitorio, ya que si así no fuera no habría motivo para que el **cocontratante reclamara la ayuda de su contraparte, que es admisible sólo para continuar la ejecución del contrato.** Correlativamente, debe estarse en presencia de un contrato (...) ya en curso de ejecución, puesto que debe ser posterior a su celebración, y **cuyas prestaciones no estén enteramente concluidas, que en este último caso no habría interés en "ayudar" a la ejecución de un contrato ya cumplido.**” (Negrilla fuera de texto).*

Tan cierta es esta afirmación que el Código de Comercio contempla que cuando no es posible realizar el reajuste, el juez puede ordenar su **TERMINACIÓN**, pues el artículo 868 indica que *El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, **el juez decretará la terminación del contrato.***

### 3. De la reclamación del contratista

De acuerdo con la solicitud del contratista, se tiene que éste realiza su reclamación basándose en los siguientes argumentos:

- a. Solicita restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud del artículo 27 de la Ley 80 de 1993.
- b. Permanencia adicional en obra: Los trabajos se debían ejecutar en ocho meses, sin embargo, el contrato se suspendió por treinta y tres días para esperar el pronunciamiento de las entidades aportantes, luego se prorrogó por treinta días más para dar tiempo a los trámites administrativos de consignación de los recursos; nuevamente se suspende por doce días y que se prorrogó por cuarenta y cinco días

<sup>11</sup> Consejo de Estado, sentencia de 18 de septiembre de 2003, actor: Sociedad Castro Tcherassi y Compañía Ltda



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

más para la ejecución de la obra y esperar la consignación de los recursos en la caja de la Universidad Distrital.

- c. Actualización de los costos de materiales, mano de obra y equipos: Los costos de los materiales, mano de obra y equipos incrementaron de manera considerable teniendo en cuenta que los precios estaban previstos para la ejecución de la obra en los primeros meses del año 2008, sin embargo, el contrato sólo se firmó hasta el 11 de marzo de 2008 y el anticipo sólo se entregó hasta el 7 de julio de 2008, por lo que cerca del 70% del contrato se ejecutó en el 2009.
- d. Actualización de precios para las obras a ejecutar en la adición: Toda vez que la adición se va a ejecutar entre los meses de julio y Septiembre de 2009, se deben actualizar los precios para ejecutar tal labor.
- e. Actualización de precios a los ítems del presupuesto definido por un valor fijo: De la misma forma, los ítems de instalaciones provisiones de energía, teléfono, acueductos, aseo y materiales de aseo fueron definidos con un valor fijo para los ocho meses de ejecución de la obra y que se vieron afectados por la mayor permanencia en la misma.

El contratista soporta jurídicamente sus pretensiones, bajo los siguientes contextos:

- a. Aplicación del IUS VARIANDI como prerrogativa existente en los contratos estatales. La Universidad, en un claro ejercicio del IUS VARIANDI, ha omitido el reconocimiento de factores económicos que colocan al contratista frente a una situación de pérdidas al no compadecerse de las cargas que implica la permanencia adicional en obra, incrementos en los costos de materiales, mano de obra y equipos y el traumatismo generado por no ejecutarse el contrato en la vigencia del 2008.
- b. Aplicación de la Ley 80 de 1993 en sus artículos 3, 4, 5, 25 y 26.
- c. Soportes jurisprudenciales del Consejo de Estado

El anterior ejercicio arroja como conclusión, una pretensión económica de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato equivalente a SETECIENTOS VEINTIÚN MILLONES TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL SETECIENTOS DOS PESOS CON SESENTA Y DOS CENTAVOS (\$721.329.702,62), para lo cual anexa unas tablas que determinan los costos en los que incurrió el contratista.

4. De la procedencia de la revisión y reajuste del contrato para el caso concreto.

Sobre el particular se debe advertir que es competencia del respectivo supervisor del contrato, analizar si en el caso concreto procede o no la reclamación económica para lo cual se recomienda tener en cuenta los argumentos jurídicos esbozados en este concepto y solicitar la asesoría necesaria a esta Oficina para tomar la decisión que corresponda.

En consecuencia, lo primero que se debe analizar es si los supuestos de hecho presentados durante la ejecución del contrato se encuadran dentro de los requisitos exigidos para configurar la reclamación, vale decir, los esbozados en el numeral 2 de este concepto.



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

Si los supuestos jurídicos se cumplen, posteriormente se debe analizar el acervo probatorio aportado por el contratista en el que conste la materialización de cada uno de los requisitos exigidos para equilibrar el contrato.

Es importante resaltar que para proceder favorablemente con una reclamación económica, el rubro contractual denominado *imprevistos* debió haberse agotado en su totalidad de tal forma que se hizo necesario, por parte del contratista, acudir a su propio peculio para cumplir con las obligaciones contractuales; de la misma forma, los mayores costos no deben tener relación con las ganancias esperadas y las realmente obtenidas, pues eso es imputable directamente al contratista.

En otras palabras, el desequilibrio económico no puede versar sobre la reducción de las ganancias esperadas por cuanto eso es de la esfera y el álea propia del contratista y no del contratante.

En caso de reconocimiento, de cada argumento debe existir prueba suficiente para proceder con el mismo.

Ahora bien, se entrará a analizar punto por punto de la reclamación presentada:

- a. Solicita restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud del artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

Se debe aclarar al contratista que el presente contrato, como se dijo con anterioridad, no se rige por la Ley 80 de 1993 sino por las reglas del derecho privado, en especial el Código Civil, el Código de Comercio y el Estatuto de Contratación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, por lo que los fundamentos jurídicos empleados en la reclamación no son aplicables para el caso concreto.

Al respecto se recuerda lo esbozado en los numerales 1 y 2 de este concepto.

- b. Permanencia adicional en obra: Los trabajos se debían ejecutar en ocho meses, sin embargo, el contrato se suspendió por treinta y tres días para esperar el pronunciamiento de las entidades aportantes, luego se prorrogó por treinta días más para dar tiempo a los trámites administrativos de consignación de los recursos; nuevamente se suspende por doce días y que se prorrogó por cuarenta y cinco días más para la ejecución de la obra y esperar la consignación de los recursos en la caja de la Universidad Distrital.

Sobre el particular, es importante precisar los motivos que generaron la extensión del plazo contractual definido previamente por las partes.

El 31 de marzo de 2009 se suscribió el Acta de Suspensión N° 1 cuyo motivo consistió en *“En atención a que a la fecha aún no se tiene respuesta alguna por parte de las entidades que aportan los recursos financieros al contrato objeto de la presente acta respecto a la solicitud presentada por la interventoría y la supervisión, sobre la necesidad de adicionar*





**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

*recursos para la culminación de las actividades requeridas para la entrega funcional de la Plaza Logística y Comercial Los Luceros y teniendo en cuenta que el plazo de ejecución de obra culmina el próximo diez (10) se determina de común acuerdo suspender la ejecución de la obra, sin que esto afecte a ninguna de las partes y/o genere futuras reclamaciones. Lo anterior con el fin de dar un tiempo prudencial para obtener alguna respuesta por parte de las Entidades gestoras”*

El contrato se suspendió desde el 1 de abril hasta el 4 de mayo de 2009.

El 11 de junio de 2009, se suscribió el Acta de Suspensión N° 2 cuyo motivo consistió en *“En atención a que al próximo 14 de junio se vence el contrato de la referencia y que a la fecha la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, no cuenta en caja con los recursos de la adición respaldada por el CDP N° 456 del 28 de abril de 2009 y por el CRP N° 400 del 04 de mayo de 2009, se acuerda suspender la ejecución de la obra, de común acuerdo entre las partes, sin que esto afecte a ninguna de las partes y/o generen futuras reclamaciones. Lo anterior con el fin de dar un tiempo prudente a la recepción de dichos recursos”*

El contrato se suspendió desde el 11 de junio hasta el 23 de junio de 2009.

El 23 de junio de 2009, se suscribió el Acta de Suspensión N° 3 cuyo motivo consistió en que *“Las partes han determinado de común acuerdo y sin que esto afecte a ninguna de las mismas y/o generen futuras reclamaciones, prorrogar el plazo estipulado en el ACTA DE SUSPENSIÓN de fecha once (11) de junio del año en curso, en atención a lo tratado en el Acta de Comité de Obra No 042 y Acta de Reunión del 23 de junio de 2009, las cuales forman parte integral de la presente acta. De la misma manera, a la fecha la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, no cuenta en caja con los recursos de la adición respaldada por el CDP No. 456 del 28 de Abril de 2009 y por el CRP No. 400 del 04 de Mayo de 2009, lo cual permite a la Universidad Distrital llevar a la Secretaria de Desarrollo Económico la inquietud planteada por el Contratista, para de esta manera dar viabilidad o no y la obtención de los recursos si es el caso”*

El contrato se suspendió desde el 24 de junio hasta el 7 de agosto de 2009 y se prorrogó hasta el 9 de agosto del mismo año.

De otra parte, mediante otrosí N° 2 se pactó prorrogar el contrato en sesenta días más por cuanto *“se incrementaron las cantidades de obra iniciales a realizar, se adicionaron obras no previstas y aún se espera definición de especificaciones y planos de instalaciones eléctricas, hidráulicas, plaza de comidas y pisos. Se requiere incrementar en proporción el tiempo para realizar las obras y para recibir completa la información pendiente”*

Mediante otrosí N° 3 se pactó prorrogar el contrato en un mes más, debido a que *“al día de hoy no se cuenta con los recursos en la caja de la Universidad Distrital”*

A través del Otrosí N° 4 se adicionó y prorrogó el contrato en MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON VEINTITRÉS CENTAVOS M/L (\$1.968'608.244.23) y sesenta (60) días



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

calendario más por cuanto la Interventoría indicó que “*Revisados los planos y presupuesto del proyecto y hecho un levantamiento de las memorias de las cantidades de obra requeridas para construirlo de acuerdo con los diseños y normas vigentes la Interventoría encontró: a) hay mayores y menores cantidades en diversos ítems del contrato. b) hay ajustes a los diseños planteados desde la licitación del proyecto, que implican mayores cantidades de obra c) hay obras adicionales no previstas en el proyecto original, en los cuadros de presupuesto y cantidades de obra.*”

Teniendo claro el panorama sobre las razones que llevaron a que el contrato no se ejecutara dentro del plazo estipulado, se entrará a analizar cada uno de los supuestos jurídicos y probatorios para determinar si la reclamación, por mayor permanencia en obra está llamada a prosperar.

- Circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles.

De acuerdo con lo señalado en este escrito sobre la noción de este concepto, se tiene que los motivos de las suspensiones, obedecieron a situaciones no previsibles razonablemente por las partes, relacionadas principalmente con la tardanza en el giro de los recursos respectivos a la Universidad por parte de las entidades aportantes, por lo tanto, de manera preliminar, este requisito se cumpliría.

No obstante lo anterior, es importante señalar que para que este requisito se configure plenamente, se debe evidenciar que las circunstancias no sean imputables al contratista o fueran parte del riesgo que éste asumía contractualmente.

Al respecto, en la cláusula décima segunda del presente contrato, se estableció que, en materia de suspensiones, éstas no darían derecho al contratista a **exigir indemnización alguna ni a reclamar gastos diferentes a los causados a la fecha de suspensión;** de la misma forma, en cada una de las actas de suspensión se dejó expresa claridad que dichas suspensiones **no afectarían a ninguna de las partes y/o generarían futuras reclamaciones;** por lo que en virtud del principio de autonomía de la voluntad y del *pacta sunt servanda*, el contratista expresamente aceptó las condiciones de las suspensiones y sus efectos, por lo que no es procedente solicitar reclamación alguna por este concepto dado que expresamente renunció a ella.

De esta forma, **NO SE CONFIGURA PLENAMENTE EL PRIMER REQUISITO PARA LA RECLAMACIÓN, EN LO QUE ATAÑE A LAS SUSPENSIONES**, por lo que no se hace necesario estudiar los otros requisitos exigidos, **PUES BASTA CON LA AUSENCIA DE UNO DE ELLOS PARA NEGAR LA RECLAMACIÓN.**

Ahora bien, en lo que respecta a las prórrogas de los modificatorios 2 y 3 del contrato, se tiene que éstas obedecieron a circunstancias ajenas al contratista y cuyo riesgo no debía asumir contractualmente, por lo que se configura el primer requisito sobre circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles por este concepto, por lo que se dará paso al estudio de los demás requisitos.



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

- Ocurrencia posterior a la celebración del contrato.

En efecto, las circunstancias que llevaron a realizar las prórrogas al plazo del contrato, surgieron con posterioridad a su celebración, por lo que este requisito también se configura para el caso de las prórrogas de los modificatorios 2 y 3.

- Contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida.

El contrato de obra, es un acuerdo de ejecución sucesiva, por lo que dicho elemento se cumple en la presente reclamación.

- Consecuencias de excesiva onerosidad

Sobre el particular se debe señalar que es indispensable que el contratista demuestre la forma en la que, efectivamente, tuvo que incurrir en mayores gastos para solventar las situaciones imprevistas que afectaron el equilibrio contractual.

En el caso concreto, se evidencia que el contratista no probó la forma en la que incurrió en mayores gastos por la mayor permanencia generada por las prórrogas de los modificatorios 2 y 3 del contrato, por cuanto para el efecto, es necesario determinar lo siguiente:

- Personal que laboró durante los períodos de prórroga respectivos.
- Contratos laborales o de prestación de servicios de dicho personal.
- Certificados de aportes a seguridad social integral del personal referido durante el tiempo reclamado.
- Comprobantes de egreso o consignaciones de pago de la nómina o de los salarios u honorarios durante el período reclamado del personal referido.

De la misma forma, el contratista debe comprobar que para solventar esta contingencia, debió apelar al rubro de imprevistos y aún así, desbordó su capacidad y tuvo que acudir a recursos propios para cubrir los costos, o que dicho rubro fue gastado en otras necesidades.

Para demostrar lo anterior, el contratista debe aportar copia de las facturas debidamente suscritas que soportan los egresos de este rubro.

Es importante resaltar en este punto, que la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado considera que: ... *Cuando el contratista con el propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, debe demostrar con sus respectivos soportes (no basta simplemente afirmarlo) la incidencia de los nuevos factores que ocasionaron la ruptura del equilibrio del contrato...para el efecto, se hace necesario que el contratista sea muy celoso de la observancia de la carga y del acervo probatorio que implica el acreditamiento de la lesión.* (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 14577 del 29 de mayo de 2003, consejero ponente Ricardo Hoyos Duque).



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

Por lo anterior, dado que el contratista no probó en qué consistió la excesiva onerosidad, la reclamación por concepto de mayor permanencia en obra derivada de las prórrogas de los modificatorios 2 y 3, no está llamada a prosperar.

- c. Actualización de los costos de materiales, mano de obra y equipos: Los costos de los materiales, mano de obra y equipos incrementaron de manera considerable teniendo en cuenta que los precios estaban previstos para la ejecución de la obra en los primeros meses del año 2008, sin embargo, el contrato sólo se firmó hasta el 11 de marzo de 2008 y el anticipo sólo se entregó hasta el 7 de julio de 2008, por lo que cerca del 70% del contrato se ejecutó en el 2009.

Teniendo en cuenta que los motivos de las suspensiones, si bien es cierto, eran imprevisibles, contractualmente el contratista asumió el riesgo que generaban las consecuencias de las mismas, en donde se incluye el alza en los costos de los materiales, mano de obra y equipos, **POR LO QUE NO ES PROCEDENTE ACCEDER FAVORABLEMENTE A ESTA SOLICITUD.**

Aunado a lo anterior, se tiene que en el Parágrafo Primero de la cláusula primera del contrato, se expresó que *“El contratista declara expresamente que los precios unitarios incluyen todos los gastos directos e indirectos y todos los impuestos que ofrece en la propuesta antes mencionada y son fijos y no reajustables para la ejecución de la obra y por tanto será su única remuneración contratada”*

Sin embargo, en lo que atañe a las prórrogas de los modificatorios 2 y 3 del contrato se tiene que éstas obedecieron a circunstancias ajenas al contratista y cuyo riesgo no debía asumir contractualmente, por lo que se configura el primer requisito sobre circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles por este concepto por lo que se dará paso al análisis de los demás requisitos.

- Ocurrencia posterior a la celebración del contrato.

En efecto, las circunstancias que llevaron a realizar las prórrogas al plazo del contrato, surgieron con posterioridad a su celebración, por lo que este requisito también se configura para el caso de las prórrogas de los modificatorios 2 y 3.

- Contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida.

El contrato de obra, es un acuerdo de ejecución sucesiva, por lo que dicho elemento se cumple en la presente reclamación.

- Consecuencias de excesiva onerosidad

Se retoma lo expresado con anterioridad, en el sentido que el contratista debe probar en qué consistió la mayor onerosidad que le implicó acudir al rubro de imprevistos y agotarlo y, por lo tanto, generar el desequilibrio del contrato.



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

En consecuencia, es deber del contratista señalar con claridad, cuáles fueron los materiales empleados, la mano de obra y utilización de equipos y su costo diferencial frente al presentado en la propuesta, para poder determinar con claridad cuál es el valor a reconocer.

En este punto es importante recordar lo expresado por el Consejo de Estado<sup>12</sup> sobre este aspecto, a saber:

*“Por lo general el contratista propone precios y costos de acuerdo con el calendario previsto para la celebración y ejecución del contrato, de tal manera que si se presentan retrasos injustificados, como en este caso en el pago del anticipo, además de la situación analizada antes – en el capítulo de anticipo – la ejecución del contrato podría verse afectada. Esta nueva circunstancia debe ser comprobada, es decir en lo que tiene que ver: - Con las variaciones reales en el mercado, por aumento, de los precios ofrecidos por el contratista (hecho objetivo) y -Con los mayores costos en que incurrió el contratista – en la compra – (hecho subjetivo).*

(...)

*En lo que tiene que ver con las aseveradas variaciones de los precios, deben hacerse dos precisiones: -Primera: que la ausencia de pacto de revisión de precios en el contrato no impide que judicialmente se pueda hacer su estudio, a petición del afectado. Debe diferenciarse en uno y otro caso cual es la solución. -Cuando las partes pactan la revisión de precios, dentro de límites fijados por la ley, y acaece un hecho sobreviniente que en su criterio da lugar a la aplicación de la cláusula de revisión de precios, si hay lugar a ello, deben consignar el acuerdo en actas, que suscribirán las partes y se reconocerán con el índice a que refiere la norma transcrita. -Cuando las partes no pactaron la cláusula de revisión de precios, el afectado pueden asistir al juez del contrato para pedir la declaración del hecho de la variación (hecho objetivo) y su incidencia en el afectado (hecho subjetivo) y solicitar, en consecuencia su indemnización de los perjuicios padecidos. -Segunda: que para el reconocimiento de perjuicios, en vía judicial, no basta que el afectado solicite 1) la declaración del hecho del perjuicio en su contra y 2) la consecuente indemnización; es necesario, además, que demuestre en el proceso, ante el juez, la real variación negativa de los precios (hecho objetivo), la incidencia de esta variación en su contra (hecho subjetivo) y los demás perjuicios que la asunción de la misma variación le produjo”.*

En el caso sometido a consideración, el contratista se limita a presentar un cuadro comparativo de facturas, costos directos y costos actualizados, sin presentar copia de dichas facturas ni manifestar qué materiales fueron adquiridos para la ejecución de la obra y sobre cuáles materiales en particular se generó el incremento, por lo que no aclara ni prueba en qué consistieron los hechos objetivos y subjetivos que sustentan la variación de los precios.

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de julio de dos mil (2000).Radicación número: 12513



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

Por lo anterior, en cuanto a este aspecto, la reclamación no está llamada a prosperar, dado que, como se ha expresado anteriormente, no basta con la sola afirmación del desequilibrio sino que se requiere probarlo de forma idónea.

- d. Actualización de precios para las obras a ejecutar en la adición: Toda vez que la adición se va a ejecutar entre los meses de julio y Septiembre de 2009, se deben actualizar los precios para ejecutar tal labor.

Sobre este aspecto se debe indicar que el contratista ya suscribió el modificatorio 4 que adicionó y prorrogó el contrato en **MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON VEINTITRÉS CENTAVOS M/L (\$1.968'608.244.23) y sesenta (60) días calendario**, por lo que se entiende que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, aceptó las condiciones allí planteadas, entre otras, las económicas de la adición **POR LO QUE NO ES PROCEDENTE LA RECLAMACIÓN POR ESTE CONCEPTO.**

- e. Actualización de precios a los ítems del presupuesto definido por un valor fijo: De la misma forma, los ítems de instalaciones provisiones de energía, teléfono, acueductos, aseo y materiales de aseo fueron definidos con un valor fijo para los ocho meses de ejecución de la obra y que se vieron afectados por la mayor permanencia en la misma.

Para dar respuesta a este punto se reitera lo expresado en relación con la imputabilidad de la reclamación a los períodos derivados de las suspensiones, en el sentido que el contratista renunció expresamente a reclamar por dicho concepto y, por lo tanto, **EL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO, EN CUANTO A ACTUALIZACIÓN DE PRECIOS A LOS ÍTEMS DEL PRESUPUESTO DEFINIDO POR UN VALOR FIJO POR MAYOR PERMANENCIA EN OBRA DERIVADA DE LAS SUSPENSIONES NO ES PROCEDENTE.**

En lo que atañe a los períodos de prórrogas derivadas de los modificatorios 2 y 3 de los contratos, aunque se cumple con los primeros tres requisitos para el éxito de una reclamación, el contratista no probó la forma en la que estos costos afectaron el rubro de administración e imprevistos desequilibrando el contrato, ya que debía presentar las facturas y recibos de los períodos reclamados y la forma en la que los rubros ya mencionados de administración e imprevistos fueron agotados, así como el estudio comparativo, con referencia a fuentes fidedignas, en el que se evidencie el aumento en el valor de estos ítems de un período a otro.

En consecuencia, **LA RECLAMACIÓN ECONÓMICA NO ESTÁ LLAMADA A PROSPERAR POR ESTE CONCEPTO.**

Ahora se procede a analizar los argumentos jurídicos presentados por el contratista para sustentar su reclamación.

- Aplicación del IUS VARIANDI como prerrogativa existente en los contratos estatales. La Universidad, en un claro ejercicio del IUS VARIANDI, ha omitido



**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

el reconocimiento de factores económicos que colocan al contratista frente a una situación de pérdidas al no compadecerse de las cargas que implica la permanencia adicional en obra, incrementos en los costos de materiales, mano de obra y equipos y el traumatismo generado por no ejecutarse el contrato en la vigencia del 2008.

El IUS VARIANDI es la prerrogativa que tiene la administración de **variar las cosas inicialmente pactadas por la necesidad del servicio prevaleciendo el interés general sobre el particular**. Esta prerrogativa se aplica usualmente en el derecho administrativo laboral y excepcionalmente en la contratación pública cuando por necesidad del servicio la administración requiere variar las condiciones inicialmente pactadas en el *contratus lex* (ley del contrato) durante la vigencia de éste, en razón a la primacía del interés público frente a cualquier otra consideración, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias y se vería obligada a soportar una inadecuada prestación del servicio público debido a que se presentan nuevas situaciones no previstas al momento de contratar. Aunado a lo anterior, es importante destacar que es un deber de la Administración ordenar los ajustes, modificaciones, prórrogas, adiciones u ordenes necesarias para responder por la buena ejecución de los trabajos y **el logro del fin perseguido con la contratación pública como un imperativo de su gestión, al cual no puede sustraerse so pena de incurrir en responsabilidad por omisión, pues iría en contra de lo previsto en el artículo 3 de la ley 80 de 1993.**

De igual forma, el contratista no puede negarse a tal colaboración por cuanto incurriría en la violación de dicho artículo, en razón a que la contratación pública debe ser entendida como un instrumento para alcanzar los fines estatales y satisfacer el interés público y ello hace que la administración se encuentre facultada para variar las condiciones contractuales requeridas. (Consejo de Estado Sentencias: Sección tercera, expediente 7625, proferida el 6 de Septiembre de 1995, expediente 3886 del 6 de Agosto de 1987, Sala de Consulta y Servicio Civil Concepto: Contrato Estatal de Obra No.1439 del 18 de Julio de 2002 Concejera Ponente: Dra. Susana Montes de Echeverri )

Teniendo en cuenta lo anterior, no se comparten los argumentos sobre el particular esgrimidos por el contratista pues, como se ha indicado a lo largo de este concepto, el régimen de contratación pública no es la ley aplicable a este contrato y por lo tanto, el IUS VARIANDI que es la forma en la que la Administración aplica las cláusulas exorbitantes, es propia de los contratos estatales y no de los privados, por lo que la Universidad Distrital Francisco José de Caldas no tiene la potestad para modificar unilateralmente el contrato y no existe prueba alguna que indique que, en el presente contrato, lo haya hecho, pues todas las modificaciones se han realizado con el consentimiento expreso del contratista.

En consecuencia, es improcedente la argumentación del contratista en este sentido.

- Aplicación de la Ley 80 de 1993 en sus artículos 3, 4, 5, 25 y 26.

Sobre el particular se debe reiterar nuevamente que la ley que rige el contrato no es la Ley 80 de 1993.



UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

En efecto, en el numeral 1.4 de los Términos de Referencia que hacen parte del contrato, se expresó en cuanto al Régimen Aplicable:

“La presente CONVOCATORIA PUBLICA y el contrato que de ella se derive, se regirá por la **Constitución Política, Ley 30 de 1992, Acuerdo 008 de 2003, del Consejo Superior Universitario, Resolución 10 de 2006 del Consejo Superior Universitario, Resolución 014 de 2004, emanada de Rectoría, Resolución de Rectoría No. 482 de 2006, los presentes pliegos de condiciones y demás normas civiles y comerciales concordantes vigentes a la fecha de firma del contrato**.”

*En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios del Acuerdo 08 de 2003, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales y a falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa, pudiéndose impugnar mediante el ejercicio de las acciones establecidas en el Código Contencioso Administrativo.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Nótese que en ningún momento se hace referencia a la aplicación del Régimen de Contratación Pública, por lo que no se puede dar ejecución a sus disposiciones y por tanto, los argumentos del contratista no son jurídicamente procedentes.

- Soportes jurisprudenciales del Consejo de Estado

Al respecto se debe indicar que, dado que es el Consejo de Estado el organismo que más ha desarrollado jurisprudencialmente el tema del desequilibrio económico del contrato, sus disposiciones se erigen como criterio auxiliar aplicable, desde la parte conceptual, para estudiar cada caso concreto, así como los pronunciamientos que existen en la Corte Suprema de Justicia e incluso la Corte Constitucional.

5. Conclusiones y consideraciones finales.

De lo anterior se puede concluir, en criterio de esta Oficina, que la reclamación económica presentada por el representante legal del CONSORCIO MERCADO **NO ESTÁ LLAMADA A PROSPERAR** por cuanto, en lo que atañe a los **períodos de suspensión, JURÍDICAMENTE NO ES PROCEDENTE SU RECONOCIMIENTO** de acuerdo con las cláusulas contractuales y, en cuanto a los períodos de prórrogas, la solicitud no fue clara, precisa, probada y sustentada en debida forma de conformidad con lo expresado en este escrito.

Así mismo, en cuanto a la adición y prórroga, el contratista manifestó su acuerdo, al signar el documento, con las condiciones allí establecidas por lo que prima el principio de autonomía de la voluntad y el *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga) presentes en el Código Civil.

Para finalizar, se recomienda al supervisor del presente contrato, analizar el contenido de este escrito y armonizarlo con el pronunciamiento que desde la parte técnica, realice la





**UNIVERSIDAD DISTRITAL  
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

Interventoría al contrato de obra ejercida por la Universidad Nacional de Colombia y proceder a dar respuesta al contratista **hasta antes del 15 de octubre de 2009.**

Este concepto se expide en los términos del Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

**MANUEL ALEJANDRO MOLINA RUGE**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

C.C. José David Rivera Escobar – Asesor de Rectoría

Elaboró: Omar Barón. Abogado Oficina Asesora Jurídica

