



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

CONCEPTO No. 04

Bogotá D.C., 29 de enero de 2014.

PARA: DRA. CLAUDIA ISABEL VICTORIA NIÑO IZQUIERDO.
Secretaria General.
Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

DE: LUIS GONZALO COMBA TORRES.
Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

ASUNTO: Concepto jurídico reclamación contrato SG 250 - 2012.

En atención a la comunicación a través de la cual solicita concepto, respecto a la solicitud recibida por la firma ACUATECNICA frente al reconocimiento y pago de mayores, menores y cantidades adicionales de obra en el contrato del asunto, me permito informarle lo que sigue:

1. PROBLEMA JURÍDICO:

En el presente caso, se suscita el siguiente problema jurídico a resolver, así:

- 1.- ¿Es viable reconocer y ordenar el pago de las mayores, menores y cantidades adicionales de obra que se generaron dentro del contrato SG 250 - 2012?
- 2.- ¿Cuál es el trámite para reconocer las mayores, menores y adicionales cantidades de obra?

2. SITUACIÓN FACTICA:

Revisado el tema se pudo constatar lo que sigue:

- El Contrato fue suscrito el 24 de octubre de 2012 y tenía por objeto el DISEÑO, MONTAJE, PUSTA EN MARCHA Y MANTENIMIENTO DE 2 SISTEMAS SEMIAUTOMATICOS DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES Y OBRAS COMPLEMENTARIOS EN LA DIRECCIÓN REGIONAL NORORIENTE, BUCARAMANGA Y DIRECCION SECCIONAL NORTE DE SANTANDER DEL INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES.
- El acta de inicio se suscribió el 30 de noviembre de 2012
- El termino de ejecución era hasta el 21 de diciembre de 2012
- Mediante modificación del 21 de diciembre de 2012 se amplió el plazo de ejecución hasta el 20 de febrero de 2013.
- Con otro sí modificatorio No. 3, se prorroga el contrato hasta el 10 de marzo de 2013.



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

- Con modificación No. 4 se prorroga el contrato hasta el 30 de abril de 2013.
- El valor del contrato es de (\$463.050.623.22) incluido AIU e IVA, **calculado sobre precios unitarios**.

Liquidación:

Se observa que dentro del acta recibida con la solicitud, se agregaron ítems no contemplados, al igual que mayores y menores cantidades de obra.

3. CONSIDERACIONES JURIDICAS.

De conformidad con la ley es posible celebrar contratos de obra con diferentes modalidades de pago, a saber: a precio global; por reembolso de gastos más honorarios; por concesión y aún, es posible crear otras modalidades de pago, según el contrato que se quiera celebrar.

En efecto, los artículos 13 y 40 de la Ley 80, permiten utilizar todas las modalidades de contrato que requiera la administración y la inclusión de las cláusulas que se estimen necesarias para conseguir la satisfacción de los fines o cometidos estatales. Disponen las normas citadas:

"ART. 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias de particularmente reguladas en esta ley (...)".

"ART. 40. Del contenido del contrato estatal¹. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

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

Tratándose de contratos de obra pública, de manera general puede decirse que es muy frecuente que las partes no conozcan a priori o desde el comienzo, las reales cantidades de obra que deben ser ejecutadas para completar el objeto contractual deseado, por lo cual no están dispuestas (en especial

¹ Ley 80 de 1993 (Octubre 28) "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública". D. O. No. 41.094, octubre 28/93. Art. 32. "De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: / Lo. Contrato de Obra. / Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales 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...".



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

el contratista) a celebrar contratos a precio global o precio alzado, dado que existe un gran riesgo para la parte contratista o ésta querrá cubrirse tan bien que el riesgo termina asumiéndolo la administración.

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.

Por las razones antes expuestas, y a fin de responder los problemas jurídicos que se plantean respecto al reconocimiento y pago de los mayores valores causados por la cantidad de obra no prevista en la ejecución del contrato 030 DSRO 2011, se empieza por revisar si la adjudicación del mismo se hizo a precio global o por el contrario a precio unitario.

Se encuentra que en la cláusula TERCERA del mencionado contrato se dispuso: "*VALOR: CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS VEINTITRÉS PESOS CON VEINTIDÓS CENTAVOS M/CTE (\$463.051.623.22) este valor incluye AIU e IVA, y todos los costos directos e indirectos que generen la celebración, ejecución y liquidación del contrato*".

Así mismo, el pliego de condiciones del proceso de Licitación Pública No. 011 SG – 2012, la cual dio origen al contrato 250 SG 2012 en el numeral 3.4.1 establecía: "La oferta deberá presentarse por el **sistema de precios unitarios**, OMITIENDO CENTAVOS en el valor unitario de cada uno de los ítems.". Subraya fuera de texto.

De lo anterior encontramos que la adjudicación se realizó a precios unitarios y desde el momento mismo de la convocatoria se tenían contempladas cantidades de obra adicional, no por falta de eficacia de los estudios previos, sino por la naturaleza propia de los contratos de obra, que como ya se dijo, resulta difícil hacer cálculos perfectos que no den lugar a que durante la ejecución se presenten mayores y/o menores cantidades de obra.

Visto lo anterior, se remite a los pliegos de condiciones que originaron el contrato y se encuentra que la cotización presentada por la Administración y la presentada por el contratista favorecido, cumple con los tres elementos antes señalados, consecuencia de ello se le tendrá como adjudicado a precios unitarios.

Así las cosas en los contratos de obra, 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.

gcbf



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

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**".

Reafirmando el criterio expresado en el concepto de julio 18 de 2002, radicación No. 14394, para la Sala de Consulta del H. Consejo de Estado 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.

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 contrato². El estatuto contractual vigente contempla esa posibilidad, 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."

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. 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".

Ahora bien, frente a los deberes del Interventor el H. Consejo de Estado ha definido que este no puede ser representante entre las partes, al respecto en un caso similar señaló:

"La ley de contratación estatal preceptúa que, en los contratos de obra celebrados como resultado de un proceso de licitación, la interventoría debe ser contratada "con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables" –se destaca–, en materia civil, fiscal, penal

² 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. "Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera "adición" a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo... el 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...".



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

*y disciplinaria, por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría y por los hechos u omisiones que causen perjuicios –arts. 32 y 53– . Exigencia legal de independencia que, en los contratos estatales de obra, **de suyo excluye la figura de la representación de cualquiera de las partes, al igual que la delegación para modificar el contrato, pues contraría el artículo 53 de la Ley 80 de 1993 que la persona del interventor actúe en un contrato estatal además como parte con facultades para modificar la relación contractual. (...) El actor adujo que conforme a la cláusula decimoprimer del contrato, el interventor estaba válidamente facultado para modificar el contrato, en tanto allí se pactó que la interventoría podía ser ejercida directamente por el alcalde o la persona que éste designara, debiendo encargarse este último de que las normas y especificaciones se cumplan a cabalidad en las construcciones de las obras y de que a través suyo se tramiten todos los asuntos relacionados con el contrato. (...) esta cláusula no contiene un acto de delegación de las facultades del alcalde al interventor para modificar el contrato, pues dicha estipulación contractual solamente está llamada a producir efectos entre el municipio contratante y el contratista, en tanto que la delegación debe hacerse de manera expresa mediante acto administrativo que faculte al delegado para ejercer la facultad del delegante. No obra en el expediente prueba alguna que demuestre la existencia de acto administrativo proferido por el alcalde de Tota para delegar en el interventor la facultad de celebrar o modificar el contrato; delegación que además, no podría darse al tenor del artículo 53 de la Ley 80 de 1993. Así las cosas, huelga concluir que, en tanto el alcalde municipal de Tota no participó en la suscripción de las actas convenidas entre el interventor y el contratista, no puede concluirse que el contrato n.º 010 de 1994 haya sido modificado válidamente. Por tanto, i) el contratista debía ejecutar el objeto en la forma pactada en el contrato suscrito con el alcalde y ii) la entidad contratante si bien está obligada a recibir las obras y pagar al contratista por su ejecución, éstas tenían que adecuarse a las especificaciones técnicas acordadas. (...) no obra prueba en el expediente que demuestre que además de la calidad de interventor, el señor Leonel Ballesteros haya actuado como funcionario de la administración municipal y que nada puede decirse sobre la validez de las mencionadas actas, pues el interventor de quien se dice que las suscribió no fue vinculado al proceso***³.

En virtud de lo anterior, no es posible concluir que por el hecho de que existan modificaciones aceptadas por un Interventor en un acta de trabajo, pueda válidamente modificarse el contrato e incluirse ítems u obras no pactadas por las partes.

CONCLUSION

Como consecuencia de lo anterior, se concluye que las estipulaciones parcialmente transcritas contienen los elementos de la definición legal del contrato de obra con pago pactado a precios unitarios, que como se dijo hoy, no está recogida en el estatuto contractual vigente pero que se asume en iguales términos por la jurisprudencia y la doctrina; así mismo, las estipulaciones contractuales en comento, incorporan expresamente la diferencia propia de la forma de pago acordada, en el sentido de que uno es el valor por el que se firma el contrato, es decir su "valor inicial", y otro es el valor del contrato una vez ejecutado.

En los contratos de obra pública con pago pactado a precios unitarios, el valor del contrato es el que resulta de multiplicar las cantidades de obra efectivamente ejecutadas por sus precios unitarios; pero, para su celebración, el precio se expresa en un valor estimado, que corresponde a un valor inicial, y que está dado por las cantidades de obra y los precios unitarios por los cuales se hizo la respectiva adjudicación.

³ COLOMBIA, Consejo de Estado, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO, 14 de octubre de 2011 Radicación número: 15001-23-31-000-1997-06791-01(21491)

fdl



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Así las cosas, resulta procedente reconocer y ordenar el pago de las mayores y menores cantidades de obra, siempre y cuando no impliquen modificaciones al contrato, sino que se trate de una **mera operación matemática** donde se aumentan o disminuyen las cantidades inicialmente pactadas y que se encuentren aprobadas por el supervisor o interventor, según corresponda.

Ahora bien, frente a las obras no contempladas en el contrato, y que no fueron adicionadas en oportunidad **no es posible hacer pago alguno**, por las consideraciones antes expuestas.

Absueltos los interrogantes objeto de su consulta, es importante manifestarle que esta Oficina queda atenta a suministrar información adicional, de ser requerida, relacionada con el tema. El presente concepto se rinde conforme lo establece el artículo 28 de la Ley 1437 de 2012 (Código Contencioso Administrativo vigente).

Atentamente,


LUIS GONZALO COMBA TORRES.
Jefe Oficina Jurídica (E).

Proyecto: Andrea Patiño Pinilla – Profesional Universitario.