

Ana Milena Yela Escobar

CJ 110.043.2009.

De: Dayra Enna Concición Perico
Enviado: Viernes, 22 de Mayo de 2009 11:24 a.m.
Para: Ana Milena Yela Escobar
Asunto: RV:

De: Luz Estela Vargas Lopez
Enviado el: Jueves, 21 de Mayo de 2009 12:40 p.m.
Para: Dayra Enna Concición Perico
Asunto:

Doctora Dayra:

Como le comente por teléfono en la Dirección de Recursos Financieros ha sido radicado el contrato " PRORROGA Y ADICION NO. 001 AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO No. 062 de 2008 CELEBRADO ENTRE LA AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA Y DESARROLLOS MARVAL S.A. como quiera que el valor inicial del contrato fue de \$25.600.000, y la adición la están haciendo por \$18.375.680. Excediendo el 50% de lo mandado según el parágrafo del Art. 40 " Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales" .

Por lo anterior comedidamente le solicito me sea enviado el soporte jurídico mencionado por usted, para proceder ha expedir el registro presupuestal

Agradezco su colaboración

LUZ STELLA VARGAS LÓPEZ
Directora Recursos Financieros
AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Teléfono 318 68 00, Ext. 139 - 140

Este mensaje y sus anexos están dirigidos para ser usado por su(s) destinatario(s) exclusivamente y puede contener información confidencial y/o reservada protegida legalmente. Si usted no es el destinatario, se le notifica que cualquier distribución o reproducción del mismo, o de cualquiera de sus anexos, está estrictamente prohibida. Si usted ha recibido este mensaje por error, por favor notifiquenos inmediatamente y elimine su texto original, incluidos los anexos, o destruya cualquier reproducción del mismo. Las opiniones expresadas en este mensaje son responsabilidad exclusiva de quien las emite y no necesariamente reflejan la posición institucional de la Auditoría General de la República, ni comprometen la responsabilidad institucional por el uso que el destinatario haga de las mismas. Este mensaje ha sido verificado con software antivirus. En consecuencia, la Auditoría General de la República no se hace responsable por la presencia en él, o en sus anexos, de algún virus que pueda generar daños en equipos o programas del destinatario.

This e-mail and any attachments thereto, is intended for use by the addressee(s) named herein only and may contain legally privileged and/or confidential information. If you are not the recipient of this e-mail, you are hereby notified that any distribution or copying of this e-mail, and any attachments thereto, is strictly prohibited. If you have received this e-mail in error, please notify us immediately, permanently delete the original including attachments, and destroy any copy or printout thereof. The opinions contained in this message are the sole responsibility of the individual person who gives them and do not either necessarily reflect the institutional policy of Auditoría General de la República on the subject, or involve corporate responsibility for any use of them by the addressee(s). This message has been checked with antivirus software; therefore, Auditoría General de la República is not liable for the presence of any virus in the message or in its attachments that causes or may cause damage to the recipient's equipment or software.

17/06/2009

Devolver Copia Firmada



Radicado No: 20091100019593

Fecha: 21-05-2009

MEMORANDO INTERNO

110,043.2009

Bogotá D.C.

PARA: LUZ STELLA VARGAS LOPEZ
Dirección de Recursos Financieros

DE: Directora de la Oficina Jurídica

REFERENCIA: Solicitud de concepto.

Cordial saludo.

En atención a su comunicación enviada por correo electrónico de fecha 21 de mayo de 2009, en la que manifiesta que para proceder al registro presupuestal de la prórroga 001 al contrato de arrendamiento No. 062 de 2008, documento que fue entregado el 15 de mayo de esta misma anualidad, requiere un soporte jurídico previo, remito copia del concepto No.1439 de julio 18 de 2002 con ponencia de la Dra. Susana Montes de Echeverri.

Así mismo esta oficina se permite precisar lo siguiente:

1. El art. 13 de la Ley 80 de 1993 prevé: "... 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 particularmente reguladas en esta Ley..." (subrayado fuera de texto).
2. Así mismo el artículo 32 de la referida norma, prevé: "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: (obra, consultoría, prestación de servicios, fiducia, concesión). En cuanto al contrato de arrendamiento, se debe decir que, a pesar que no se encuentra definido en el artículo 32, este es considerado un contrato estatal cuando una de las partes es una entidad pública, pero este es regulado por las normas civiles y comerciales.

29 MAY 2009

[Handwritten signature]
29/5/09
303077

3. De acuerdo a estas normas y con el concepto anteriormente enunciado, es de precisar que está permitido 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.

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 la ley 80 de 1993 y sus normas reglamentarias y a los de la buena administración.

4. Precisamente en cumplimiento de tales normas y fines, la Auditoría en la cláusula séptima del contrato No 062 de 2008 pactó la posibilidad de las prórrogas del contrato de arrendamiento, siempre y cuando las normas de carácter presupuestal así lo permitieran.
5. De otra parte, se debe entender que con la prórroga No. 001 de 2009, no se trata de una adición en valor porque se haya cambiado el alcance del objeto o que se haya ajustando el valor de cada canon mensual de arrendamiento en más del 50%, sino que se trata de asegurar el cumplimiento de los fines del estado a través de la prórroga del contrato. En este sentido y **respecto del contrato de arrendamiento** se ha pronunciado el Consejo de Estado con ponencia del Doctor Rafael E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, mediante sentencia con radicación: 00622 de fecha: 06/03/24 de la siguiente manera:

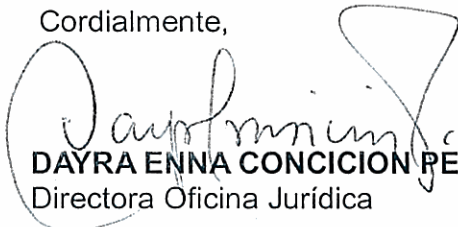
*“Por regla general, el vencimiento del plazo estipulado es una de las causas de terminación del contrato. Sin embargo, en cuanto no está prohibido, el plazo estipulado en el contrato se puede ampliar o prorrogar mediante acuerdo de las partes. **No existe prohibición legal para la prórroga del plazo de los contratos estatales;** por el contrario, con fundamento en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, se puede concluir que está permitida, pues esa norma establece la regla general de la libertad en las estipulaciones. De modo que de esa disposiciones se puede concluir que en los contratos estatales es posible la prórroga si la respectiva entidad considera que mediante esa figura se cumplen los fines estatales, conforme a lo indicado en los artículos 3 a 5 de la misma ley, y si las partes la consideran conveniente y necesaria y no resulta contraria a la Constitución, la ley, el orden público, los principios y finalidades de la misma ley y a los de la buena administración. La prórroga del plazo de los contratos tiene el sustento jurídico de que el plazo no constituye un elemento de la esencia de los contratos a que alude el artículo 1501 del Código Civil y, por tanto, se puede modificar por acuerdo de las partes. En relación con los contratos estatales la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en la posibilidad de su prórroga, aunque también en la exigencia de que se pacte antes del vencimiento del plazo inicialmente establecido en el contrato. Según*

el artículo 2008 del Código Civil, una de las formas de terminación del contrato de arrendamiento es el de la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo, esto es por vencimiento del plazo establecido y el artículo 2014 ibidem sienta la regla general de que no opera la renovación tácita del contrato de arrendamiento en el evento de la aparente aquiescencia del arrendador en la retención de la cosa por el arrendatario. La indicada renovación tácita del contrato de arrendamiento da lugar a la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento, aunque regulado por las cláusulas del contrato anterior, excepto en el plazo, el cual, se rige por lo señalado en la norma mencionada anteriormente. La renovación tácita no es una prórroga del contrato de arrendamiento, pues para que esta opere se requiere que el contrato anterior haya terminado por cualquiera de las causas establecidas en la ley. En los contratos estatales, no es aceptable la renovación tácita..."

De lo anterior se puede concluir que no se trata de una adición del contrato, sino de una prórroga del mismo, que por supuesto tiene que estar amparado presupuestalmente, y es por esta necesidad del amparo presupuestal y del acatamiento del principio de anualidad, consagrado en el artículo 14 del Decreto 111 de 1996, por la cual se debe suscribir el documento de prórroga de manera previa al vencimiento del plazo, sin que ello vulnere norma constitucional o legal alguna.

Esperamos con lo anterior haber resuelto su inquietud.

Cordialmente,



DAYRA ENNA CONCICION PERICO
Directora Oficina Jurídica

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL
CONTRATO ESTATAL DE OBRA
AUMENTO DEL VALOR FINAL QUE NO IMPLICA ADICIÓN

Concepto 1439 de julio 18 de 2002

Consejera Ponente:

Dra. Susana Montes de Echeverri

**Referencia: Contratos estatales de obra. Adición del contrato y contratos adicionales:
límites. Radicación 1439**

Bogotá, D.C., julio diez y ocho de dos mil dos

**Ver la ley 80 de 1993, art. 53 y 40, inciso 2 del párrafo , Ver el Concepto del Consejo de
Estado 925 de 1996 , Ver el Fallo del Consejo de Estado 14275 de 2006**

El señor Ministro del Interior, a solicitud del Alcalde del Municipio de Envigado (Antioquía), formuló consulta ante esta Sala, a fin de conocer la posibilidad legal de adicionar un contrato de obra en más del 50% de su valor inicial. A tal fin formuló las siguientes preguntas:

1. ¿Es viable jurídicamente adicionar un contrato en más de un cincuenta por ciento (50%) del valor inicial?
2. ¿En el evento de no ser posible la adición por encima del 50%, podría a la luz del artículo 42 de la Ley 80 ante la urgencia manifiesta de la continuidad del contrato y la prestación del servicio público que se presta con la ejecución de la obra, el cual se vería afectado al tener que acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos de las obras faltantes, se podría acudir para la contratación de dichas obras que exceden el 50% de adición a la figura de la contratación directa por urgencia manifiesta sin por ello incurrir en conductas al margen de la legalidad?

Fundamentó su solicitud así:

"Luego de contratada una obra y estando en ejecución la misma se detecta que los diseños del proyecto, los cuales a su vez fueron contratados por la administración previamente a la apertura de la licitación, presentan inconsistencias de carácter técnico respecto al diseño estructural y de algunos cálculos, lo que demanda la revisión de los mismos, dando como resultado que dichos diseños no garantizan la estabilidad y seguridad de la obra contratada. Por tal razón se procede a corregir las inconsistencias y rediseñar la obra lo que acarrea la necesidad de adicionar el contrato no solo en el plazo sino también en su valor en un porcentaje que supera el 50% establecido en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80.

Es importante aclarar que la obra contratada tiene el carácter de prioritario y representa para la comunidad un paso fundamental para su vida social y económica, por lo que su no continuidad de ejecución inmediata y completa ocasiona no sólo grandes riesgos de daño de las obras ya ejecutadas, sino que afecta en forma directa a la comunidad beneficiaria de la misma, a más de generarse mayores costos por paralización de obras mientras convoca para un nuevo contrato previo proceso licitatorio a fin de contratar las obras necesarias para su terminación y que no se podrían ejecutar por haberse copado el límite fijado en el artículo 40 de la Ley 80 para la adición del contrato actualmente en ejecución. Por tanto dicha situación no beneficiará ni a la entidad contratante, ni a la comunidad como tampoco a la misma obra.

Ahora bien de no adicionarse (sic) contrato en el valor que se requiere para la terminación de las obras, que como dijimos supera el porcentaje superior establecido en el artículo 40 de la Ley 80, este hecho conduciría necesariamente a la liquidación del contrato actualmente en ejecución, antes de su terminación, es decir, en el estado en que se encuentre cuando se cope el límite de adición establecido en dicha disposición dando pie a el (sic) contratista a efectuar reclamaciones pertinentes, a los que habría que sumar los costos de una nueva licitación, todo lo cual se podría contener con la continuidad del contrato por parte del contratista que viene ejecutando el contrato hasta su terminación.

Fuera de lo anterior y teniendo en cuenta las características de la obra dado su alta tecnología en materia de la responsabilidad por la estabilidad de la misma, se hace necesario unificar dicha responsabilidad, la que no se daría en el evento de tener que licitar y contratar parte de la misma con otro contratista, lo que daría lugar, en evento de un siniestro, a la gran dificultad de señalar una culpa compartida imputando responsabilidades y recurriendo a la reparación del daño en forma fraccionada".

Para dar respuesta a la consulta, la Sala hace las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. Adición de un contrato, celebración de contratos adicionales. Concepto. Utilización.

De conformidad con la Ley 80 de 1993, artículo 40, parágrafo, inciso 2º, es posible adicionar los contratos hasta en el 50% más del valor del contrato inicial. Dispone la norma:

"PAR.¿(...). Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales".

Es clara la norma al prohibir la "adición" de un contrato en más del 50% de su valor histórico actualizado.

Pero, ¿qué es adicionar un contrato estatal?

Para una adecuada interpretación de la citada norma de la ley, es preciso entender cuál fue el verdadero sentido atribuido por ella y, por consiguiente, cuándo ha de entenderse que existe una verdadera "adición" al contrato, pues la administración pública en general, ha hecho, sistemáticamente, una inadecuada aplicación de la norma, desatendiendo la jurisprudencia que sobre el particular ha sentado el Consejo de Estado, en especial la sección tercera.

De conformidad con la ley es posible celebrar contratos de obra con diferentes modalidades de pago, a saber: a precio global; por administración delegada; 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 estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

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

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la 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 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, entonces, se traslada para el contratante, al resultar el precio tan inflado que cubra suficientemente el riesgo asumido.

Por ello, lo normal, usual y casi indispensable es que ambas partes prefieren ponerse de acuerdo sobre:

- a) El objeto del contrato y su desagregación en capítulos o ítems de obra y en el precio unitario de cada ítem de obra (contrato a precios unitarios).
- b) Sobre el objeto del contrato y se convienen unos procedimientos para que se reembolsen los verdaderos costos de ejecución del objeto contratado y se pacta un porcentaje a título de honorarios a favor del contratista (administración delegada).
- c) Sobre el objeto del contrato y una metodología para que el contratista financie la obra con sus propios recursos, pero donde el contratante, periódicamente, le reembolsa los gastos efectuados y le reconoce unos honorarios, generalmente porcentaje sobre costos (reembolso de gastos y honorarios).

Las dos últimas modalidades de acuerdos se utilizan muy frecuentemente para ejecutar partes de un contrato donde las dificultades de ejecución lo hacen muy oneroso o donde se presentan contingencias especiales, donde se hace muy difícil predecir el valor real de su ejecución.

De esta manera, es fácil establecer, siguiendo las disposiciones del Código Civil(1), que es de la esencia del contrato de obra el acuerdo sobre el objeto del contrato y sobre el precio, sólo que sobre éste se puede utilizar el sistema de determinarlo totalmente desde el comienzo, caso del precio global, o de hacerlo determinable, en los demás eventos (precios unitarios, administración delegada y reembolso de gastos).

(1) ART. 1501. ¿"Se distinguen en cada contrato las cosas que son de la esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente: son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales".

En todas las modalidades de contratación de obra es muy importante la inclusión de la cláusula sobre el valor del contrato(2); sin embargo, según se trate de una u otra modalidad de contratación, esta cláusula tiene una función o importancia distinta. En efecto, en el contrato por precio global, el valor establecido en la cláusula de valor es vinculante y genera, por lo mismo, obligaciones mutuas pues señala la contraprestación a que tiene derecho el contratista por su trabajo pero, a su vez, señala para él la obligación de ejecutar la totalidad de la obra por ese precio. Es por lo mismo, una cláusula que señala el verdadero valor total del contrato, pues el contrato se celebró a precio determinado.

(2) Sobre este mismo tema y el papel que cumple la cláusula relacionada con el valor dentro de los contratos, ésta sala se pronunció en consulta de fecha 26 de agosto de 1998, radicación 1121.

Por el contrario, 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 en el mismo, apenas sirve como indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto. En estos eventos, tal cláusula 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 tal costo.

Entender que la obligación contractual sólo existe hasta concurrencia del valor indicado en la cláusula de valor (estimado) en contratos a precios unitarios o por administración delegada o de reembolso de gastos y pretender que la ejecución de obras por mayor valor requiera de la suscripción de contratos adicionales, implicaría, necesariamente, que habiéndose agotado el monto señalado como valor del contrato en ejecutar las cantidades de obra para las cuales alcanzaba, ambas partes habrían cumplido con el contrato y que no podría ser obligado el contratista a terminar la obra faltante, puesto que estaría sujeto a que se firmara un nuevo contrato adicional esto es, a que haya un acuerdo de voluntades para suscribirlo.

Esta situación colocaría al contratista frente al Estado en situación privilegiada, pues negociar la ejecución de la parte faltante del objeto del contrato sabiendo que de no haber la voluntad de la entidad de acordar un monto le tocaría abrir nuevo proceso licitatorio, es, en la práctica, tener un argumento de presión muy grande para obligar a la entidad a acceder a sus exigencias.

En estas condiciones es lógico concluir que las obligaciones nacidas del contrato son todas y que la obligación recíproca es hasta la conclusión del objeto contractual, sin que puedan entenderse limitadas o disminuidas esas obligaciones en razón de una cláusula de valor que no hace cosa distinta de señalar un "estimativo" del mismo, pero en la cual, por el mismo sistema de contratación, lo que se está advirtiendo es que puede cambiar.

Con base en lo expuesto brevemente, es fácil concluir que es un error celebrar contratos adicionales a los contratos principales celebrados por alguno de los sistemas de precios determinables, para poder ejecutar obras cuyo costo de ejecución sobrepase el estimado inicialmente. En efecto, el error consiste en pensar que ese precio estimado inicialmente es el verdadero valor del contrato, pues, como se explicó, sólo es un estimativo pero el verdadero valor se determinará una vez concluya la obra. Por lo mismo, no se trata de que se esté adicionando el contrato; no. Sólo se está procediendo conforme a lo previsto, esto es, aplicando el procedimiento de precios unitarios a las cantidades de obra ejecutadas y, por consiguiente, si son más cantidades de obra a las previstas, pues el valor del contrato es mayor, pero así fue como se convino.

Por lo mismo, no se trata de que exista un "cambio" o "adición" en el contrato, sino de la aplicación de las reglas contractuales previamente determinadas en el contrato original. Es una operación matemática y no más.

Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera "adición" a un contrato(3) cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada; en otros términos, los mayores valores en el contrato no se presentan debido a mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, sino que esas mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato.

(3) En igual sentido ésta Sala emitió su concepto en consulta 1121 de fecha 26 de agosto de 1998.

En casos como el que se analiza, como se ha manifestado, no resulta legalmente procedente la celebración de un "contrato adicional", pues en verdad no existe variación o modificación o "adición" al alcance físico de la obra contratada. En efecto, lo que ocurre en estos casos es que simplemente, por una deficiente estimación de las cantidades de obra requeridas para ejecutar el objeto contractual (alcance físico de la obra) descrito en el mismo contrato, el presupuesto calculado para su ejecución resulta insuficiente y, por lo mismo, se hace necesario disponer de un mayor presupuesto para pagar el valor total y real de su ejecución.

Así, como se ha expuesto, bien es sabido que en los contratos en donde se conviene la remuneración por el sistema de precios unitarios, lo que se acuerda por las partes es "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", de manera tal que el valor total del contrato no es determinado sino determinable tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, bajo el supuesto, igualmente, de que el contrato de obra pública es un contrato de resultados y no de medios. El valor del contrato que se señala en su texto, es apenas estimativo del costo total, pero deberá ser cambiado a medida que se establezcan las reales cantidades de obra ejecutadas en cumplimiento del objeto contractual.

Por lo mismo, en estos casos, el mayor costo de la ejecución del contrato no puede cobijarse con el concepto legal de "contrato adicional", pues éste 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. Por lo mismo, en estas hipótesis no es pertinente celebrar un "contrato adicional en valor", pues, en esencia, el contrato no ha cambiado su valor, solamente se comprueba que hubo una estimación inadecuada de las cantidades previstas para ejecutar ese contrato.

En estas circunstancias, lo procedente es, simplemente, efectuar por la administración misma, sin intervención del contratista, un movimiento presupuestal para cubrir ese mayor costo de ejecución del contrato.

Obsérvese, además, que tampoco se trata en el caso sometido a consideración de la Sala, de un cambio en el valor de un precio unitario, hipótesis que requiere la celebración de un contrato adicional para incluir ese nuevo ítem como parte de la obligación del contratista, sino de que, como ya se anotó, resultan mayores cantidades de obra para la ejecución del mismo objeto contratado.

No se puede establecer a ciencia cierta del relato hecho en la consulta, si para desarrollar el objeto del contrato es preciso cambiar ítems del contrato o si sólo se presenta una variación en las cantidades de obra; pero, como se expresa que "(...) presentan inconsistencias de carácter técnico respecto al diseño estructural y de algunos cálculos (...)" la Sala entiende que lo que se presentó en el contrato objeto de la consulta fue una deficiente valoración o cálculo de las cantidades de obra requeridas para construir la estructura del proyecto, con la solidez requerida para garantizar su "estabilidad y seguridad de la obra contratada".

Sobre este tema en particular se ha pronunciado en diferentes oportunidades el Consejo de Estado, Sección Tercera, entre las cuales se puede citar en la sentencia de 6 de agosto de 1987, Expediente 3886. Actor: CONIC S.A.:

"(...) Aunque en apariencia con los adicionales se modificó el objeto del contrato, en realidad no sucedió tal cosa. No se varió su objeto por cuanto éste siguió siendo el mismo ("las obras necesarias para el resellamiento de 20 kms. en la vía Bucaramanga-Banrancabermeja y la reconstrucción de otros 19") ya que sólo se aumentó la cantidad de obra a ejecutar fiscalmente en el contrato principal y se indicaron otras para su necesaria ejecución con sus precios unitarios correspondientes.

Tampoco se varió el valor del mismo, porque los precios de los distintos ítems se mantuvieron en su integridad. Formalmente, como se dijo, el valor fiscal del contrato 491 se elevó, pero solo porque se hizo un nuevo estimativo de una mayor cantidad de obra (...).

La mayor cantidad de obra que resulte por encima del estimativo inicial en los contratos de obras celebrados a precios unitarios, no implica, en principio, en forma alguna cambio de objeto ni cambio en su valor, porque en este tipo de contratos sólo podrá hablarse de este último cambio, cuando la modificación se hace en alguno u alguno de los precios unitarios convenidos. Sucede en esto algo diferente a lo que se observa en los contratos a precio alzado, en los que la variación en su valor se tiene en cuenta el valor global del mismo (...).

La norma merece una reflexión adicional. Existen eventos en los que puede determinarse con una gran precisión las unidades o cantidades de obra que se van a ejecutar; pero existen otros, como sucedió en el caso sub judice, en los que el estimativo hecho de los distintos ítems apenas es aproximado y para fines más que todo fiscales, y donde es fácil que se queden ítems sin indicar y obviamente sin valorar. No puede olvidarse que la obligación del contratista es de resultado, con una finalidad comprensiva: "Las obras necesarias para la construcción de la carretera X".

(...).

De esta salvedad se destacan los siguientes apartes que la Sala prohija:

En cambio si de lo que se trata es de la realización de "mayor cantidad de obra" de la presupuestada precisamente para no modificar el objeto del contrato no se requiere ni cabe el "contrato adicional" basta la autorización del respectivo interventor o del funcionario que el mismo contrato haya previsto.

Y es que así resulta lógica la interpretación armónica de los artículos 58 y 86 del estatuto contractual; el "valor convenido" que se modifica mediante el "contrato adicional" es o el global acordado o el precio básico unitario asignado a cada "ítem" no el que resulta de una mayor cantidad de obra comprendida dentro del objeto del contrato".

No está de más resaltar cómo la inveterada costumbre administrativa de celebrar "contratos adicionales en valor" para aumentar presupuesto de obra, está llevando a absurdos tales que enredan totalmente la ejecución de los contratos. En efecto, no son pocos los casos en donde la administración, después de obligar a los contratistas a celebrar contratos adicionales para aumentar simplemente la asignación presupuestal para cada contrato, ha llegado a declarar que es necesario terminar un contrato en el cual no se ha ejecutado aún la obra contratada porque ya se ha copado el límite legal establecido en el inciso 2º del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, a pesar de que, por supuesto, no se ha agregado nada al alcance de la obra original. En otros más, ocurre que no se puede ejecutar una obra complementaria, extra y/o adicional, porque también se copó con esos "contratos adicionales en valor" el límite legal.

Como lo señaló el Consejo de Estado en la providencia parcialmente transcrita, lo que ocurre generalmente es que la administración no efectúa una real estimación de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de cada obra, en unas ocasiones porque inicia los procesos sin contar con proyectos realmente ejecutables sino apenas en anteproyectos, en otras porque necesita reducir artificialmente el presupuesto de la misma (quitando o disminuyendo cantidades

de obra) para poder iniciar la obra con presupuesto bajo y así poder comprometer los exiguos recursos de que dispone en un momento dado sin violar el mandato de la ley (L. 80/93, art. 25, num. 12 y 13) y, en otros más, porque los diseños que sirven de base a la licitación adolecen de errores graves y, por ello no es posible realizar el cálculo más aproximado de las cantidades reales de obra requeridas para desarrollar el proyecto.

Para los efectos del análisis de la Sala con el fin de absolver la consulta propuesta, entiende que el caso consultado hace relación con un contrato de obra celebrado bajo la modalidad de precios unitarios.

2. Necesidad de adecuación de los diseños para satisfacer las necesidades del servicio público.

La contratación, entendida como un instrumento para alcanzar los fines estatales y satisfacer el interés público, hace que la administración se encuentre facultada para modificar los diseños y estudios previstos inicialmente para la ejecución de una obra pública, cuando éstos adolezcan de errores o sean insuficientes o inadecuados, independientemente de la responsabilidad que ello pueda generar(4).

(4) Roberto Dromi. Derecho Administrativo. Edición 5ª, pág. 348. "El principio de mutabilidad de los contratos administrativos es una consecuencia impuesta por finalidades del interés público, dado que con ellos se tiende a lograr una más eficiente realización de La "justicia distributiva (...) las modificaciones en el contrato pueden traducirse tanto en aumento (adicionales) como en una disminución (reducciones) de las prestaciones".

Por consiguiente, si para alcanzar el objeto contractual se hace necesario corregir errores de diseño o buscar soluciones técnicas alternativas frente a eventos no previstos, la administración está en la posibilidad, y en el deber jurídico, de adecuar los diseños y estudios, así ello implique la ejecución de una mayor cantidad de obra y el desarrollo de obras adicionales al objeto contractual, máxime si, como en el caso que nos ocupa, actuar de una manera distinta puede comprometer la estabilidad misma de los trabajos.

Al respecto esta corporación, en sentencia de la sección tercera, proferida el 6 de septiembre de 1995, Expediente 7625, dijo:

"(...) para el sentenciador resulta incuestionable que la mayor cantidad de obras y las obras adicionales a que se ha hecho referencia, indispensables en el desarrollo del contrato, fueron ordenadas por la administración en ejercicio del ius variandi que ella tiene como poder, y al cual no pudo el contratista, resistir. Si en el caso en comento y como lo dice el vicepresidente de telecomunicaciones rurales de la empresa, las obras adicionales fueron indispensables para la construcción de los edificios de esas localidades, ¿qué sentido tenía ordenar las cosas mal para que quedaran definitivamente mal? Estas situaciones son las que llevan al profesor Eduardo García de Enterría a señalar:

"Límites en este sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidos por el error inicial de la administración contratante o por un cambio en las circunstancias originariamente tenidas en cuenta en el momento de contratar. El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las

consecuencias. Obligar a la comunidad a soportar una carretera, un puerto o un embalse mal planteado ab initio, inútiles o ineficaces desde su misma concepción, por un simple respeto al *contratus lex* no tendría sentido al servicio del interés público y de sus concretas e insoslayables exigencias, el *ius variandi* de la administración contratante es ilimitado en extensión o intensidad ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración" (Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Cívitas, pág. 675)".

De lo anterior resulta claro que es un deber de la administración ordenar las modificaciones necesarias para responder por la buena ejecución de los trabajos y el logro del fin perseguido con la contratación; es 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 3º de la Ley 80 de 1993(5). Desde luego que si las modificaciones requeridas implican adiciones en el alcance del objeto contractual o exigen la creación de nuevos ítems de contrato o variación en los precios unitarios, tales modificaciones deberán recogerse en un contrato adicional; si ellas solo exigen modificaciones de diseño o de cantidades de obra simplemente, no será necesario suscribir un contrato adicional y bastará, entonces, el acuerdo entre las partes.

(5) "ART. 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 ella 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" (negrilla fuera de texto).

Como bien se dice en la sentencia citada, ¿qué objeto tiene ejecutar una obra mal planteada desde su inicio?, y agregaría, la Sala, ¿qué responsabilidad podría exigir la administración al contratista, que no obstante, evidenciar y reportar el error que advierte, es obligado a ejecutar los trabajos, tal y como fueron planteados en los estudios que hicieron parte de la licitación y que se estiman defectuosos?

Sobre este particular, el profesor Roberto Dromi manifiesta que si bien es cierto el contratista debe ejecutar la obra conforme al proyecto, pliegos y demás documentos que integren el contrato, también lo es, que "si durante la ejecución de los trabajos advierte un error técnico en el proyecto, el contratista debe informarlo para dejar a salvo su responsabilidad, si se ordena proseguirlos por la inspección de obra"(6).

(6) Derecho Administrativo. Roberto Dromi. Ediciones Ciudad Argentina. Edición 5ª, págs. 394-395.

Lo anterior significa que la administración no tiene otro camino distinto al de solucionar los problemas que se deriven de las deficiencias en el diseño de la obra, y permitir por esta vía, el desarrollo normal del contrato ajustando los diseños y las cantidades de obra a la realidad del proyecto, facultad, que como se ha expuesto, no está cobijada por el límite previsto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

No sobra advertir, en todo caso, que la administración tiene un deber de verificación de la calidad e idoneidad de los trabajos efectuados por los consultores y diseñadores, el cual debe realizarse a través de las interventorías efectuadas sobre los contratos respectivos y que, por lo mismo, no deberían presentarse este tipo de situaciones salvo que, por razones del servicio, se haga indispensable la introducción de modificaciones al diseño original.

Por ello, resulta necesario llamar la atención muy especialmente sobre la forma de elaboración y definición de los pliegos de condiciones o términos de referencia que dan lugar a la celebración de los contratos de consultoría, bien de estudios de factibilidad o bien de diseño de los proyectos respectivos, pues de ellos se deriva el alcance de las obligaciones de los contratistas consultores y, por ende, de su propia responsabilidad en el resultado y calidad de los estudios que, a su vez, son la base para la contratación de la ejecución o construcción de tales proyectos.

3. Contratos celebrados en virtud de la urgencia manifiesta.

En la consulta se plantea una pregunta respecto de la viabilidad de utilizar la figura de la urgencia manifiesta al caso en estudio vale la pena revisar los eventos en los cuales es viable su declaratoria, los cuales se encuentran definidos en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

"Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos (...)"

Esta corporación y, en particular la sala de consulta, se ha ocupado de estudiar en qué casos o situaciones procede la declaratoria de urgencia manifiesta de que trata el artículo citado. Es así como, en concepto proferido el 24 de marzo de 1995, expuso:

"El artículo 42 de la Ley 80 de 1993, se refiere a tres motivos para declarar la urgencia, a saber:

- a) Cuando se amenace la continuidad del servicio.
- b) Cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción (guerra exterior, conmoción interior, y emergencia económica, social y ecológica), y
- c) Cuando se presenten calamidades públicas, situaciones de fuerza mayor o desastre.

"El literal a, es amplio y genérico, lo que hace necesario precisar que esta situación debe ser invocada en casos de amenaza real de paralización de un servicio, no simplemente cuando la entidad pública pretenda adquirir bienes y servicios que, en estricto rigor, no son necesarios para la continuidad del mismo. En cuanto a los eventos descritos en los literales b y c, son claros y no existe motivo de duda".

En el mismo sentido, la Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, en Sentencia C-949 de 2001, señaló:

"No encuentra la Corte reparo alguno de constitucionalidad a la declaración administrativa de urgencia manifiesta regulada en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, puesto que constituye una justificada excepción a los procedimientos reglados de selección objetiva si se tiene en cuenta que su aplicación se encuentra sujeta a la existencia de situaciones evidentes de calamidad pública o desastre que afecten de manera inminente la prestación de un servicio, que son circunstancias que por su propia naturaleza hacen imposible acudir al trámite de escogencia reglada del contratista".

Del análisis de los hechos objeto de la consulta es dable deducir, que éstos no se tipifican dentro de las causales previstas en el Estatuto de Contratación Pública, para declarar la urgencia manifiesta y proceder a la contratación directa de la mayor cantidad de obra resultante de los problemas de diseño que surgieron durante la ejecución del contrato.

No existe realmente una situación que amenace la prestación del servicio o la ejecución de la obra, pues jurídicamente, no es viable proceder, so pretexto de la aplicación del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, a la terminación del contrato actualmente vigente, y generar artificialmente, una situación que amenace la estabilidad de la obra ejecutada a la fecha.

Por el contrario, como se explicó anteriormente, la administración municipal se encuentra frente a una situación derivada de la naturaleza misma de un contrato suscrito bajo el sistema de precios unitarios o valor determinable, cuya solución depende directamente de ésta. No se trata, entonces, de una situación excepcional que habilite la declaración de urgencia manifiesta(7).

(7) Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. 28/01/98. Expediente 1073.

El artículo 48, numeral 33, de la Ley 734 de 2002, sancionada en el mes de febrero, dispone al respecto:

"Son faltas gravísimas las siguientes: (...)

33. Aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley (...).

4. Responsabilidad de los consultores y/o asesores.

A partir de la afirmación realizada en la consulta, según la cual, "luego de contratada la obra y estando en ejecución la misma se detectó que los diseños del proyecto, los cuales a su vez fueron contratados por la administración previamente a la apertura de la licitación, presentan inconsistencias de carácter técnico respecto al diseño estructural y de algunos cálculos, lo que demanda la revisión de los mismos, dando como resultado que dichos diseños no garantizan la estabilidad y seguridad de la obra contratada (...)", la Sala considera necesario manifestar que no debe escapar al análisis de este caso, el tema de la responsabilidad que le podría caber a los consultores y/o asesores que participaron en el diseño de la obra pública.

El artículo 53 de la Ley 80 de 1993, sobre este punto, prevé:

"De la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores. Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones

derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan funciones de consultoría, interventoría o asesoría".

Por consiguiente, si técnicamente se determina que las fallas o errores en los diseños son imputables al consultor contratado para el efecto, y no a las deficiencias en los términos de referencia bajo los cuales se celebró el contrato de consultoría, la administración municipal deberá llamarlo a responder por los perjuicios que se deriven de sus actos, hechos u omisiones. Recuérdese que la responsabilidad del consultor se predica en razón a las obligaciones y a su rol dentro de la actividad contractual, ya que de la diligencia y cabal cumplimiento del contrato de consultoría depende la estructuración del pliego de condiciones que rige la contratación de la obra pública consiguiente.

Sobre el particular, en sentencia 10315 del 28 de agosto de 1997, de la sección tercera dijo esta corporación respecto de la responsabilidad de un asesor diseñador de proyectos:

"Establecido de esta forma que los daños que se han presentado en el club de empleados oficiales obedecieron a los grandes asentamientos que se produjeron por el inadecuado estudio de suelos a cuya realización se obligó la sociedad Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Ltda., debe concluirse que la responsabilidad cabe predicarse exclusivamente de esta codemandada y, por lo tanto, acertó el a quo al absolver a la empresa constructora Rubio Medina Herrera y Cía. Ltda.

Lo propio podría predicarse en el caso objeto de esta consulta. Por ello, le corresponde, en primer término, a la administración municipal analizar el alcance del contrato de consultoría y las pruebas en que sustentan las afirmaciones citadas, con el fin establecer la responsabilidad del consultor y hacer efectiva, mediante acto administrativo debidamente motivado, la garantía de calidad de los diseños y estudios constituida a favor de la entidad estatal, si ésta se encuentra vigente; o en su defecto, proceder a instaurar las acciones para que el consultor sea declarado responsable en los términos del artículo 53 de la Ley 80 de 1993.

Por su parte, la Ley 734 de febrero de 2002, artículo 48 numeral 34, consagró como una de las faltas gravísimas en materia disciplinaria, la derivada de la conducta del interventor al no exigir al contratista la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal o, en su defecto, las establecidas en las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción la obra que no ha sido ejecutada a cabalidad.

Con base en las consideraciones precedentes, la Sala responde:

1. No se requiere la celebración de contrato adicional en los contratos de obra por precios unitarios cuando lo que varía no es el objeto del contrato sino la estimación inicial de las cantidades de obra y, como consecuencia del aumento en las mismas, el valor final del contrato aumenta. Por ello, debe ejecutarse el contrato hasta su culminación y la administración debe realizar el manejo presupuestal requerido para atender sus propias obligaciones derivadas de la forma de contratación adoptada y pagar oportunamente al contratista la ejecución de la obra.

2. Solamente cuando se dan los supuestos de la ley es posible utilizar la figura de la contratación directa por urgencia manifiesta; no toda hipótesis en la cual la administración requiere satisfacer sus necesidades justifica la utilización de este procedimiento excepcional.

3. En los casos en que las deficiencias de los diseños de un proyecto provengan de culpa del consultor o asesor, debe darse aplicación a las disposiciones de los artículos 53 y siguientes de la Ley 80 de 1993.

Transcríbase al señor Ministro del Interior y envíese copia a la secretaria jurídica de la Presidencia de la República.

CÉSAR HOYOS SALAZAR, PRESIDENTE DE LA SALA

¿SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

¿FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

¿AUGUSTO TREJOS JARAMILLO.

ELIZABETH CASTRO REYES, SECRETARIA DE LA SALA.