

**MEMORANDO**

Bogotá D.C., 16 de Julio de 2018

Para: **MAYCOL SUAREZ FRANCO**
Director Técnico de Infraestructura Social y Hábitat

ANYI CATALINA CARRERA JURADO
Subdirectora de Contratación.

De: **JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA**

Asunto: Concepto jurídico sobre reconocimiento de costos por actividades previas al acta de inicio y por cambio de vigencia- Memorando 20185020124151 - 2018-05-08

En atención a su solicitud, presentada mediante memorando M-20185020124151 de mayo 8 de 2018, en la que requiere emitir concepto respecto a los interrogantes planteados en el referido memorando, y dado que la Subdirección de Contratos solicita de manera respetuosa a esta Oficina Asesora Jurídica, en virtud del principio de coordinación y con el propósito de unificar criterios, un pronunciamiento de manera general respecto a los interrogantes contenidos en el memorando M 2018-2100-003211 del 14 de junio de 2018; es menester pronunciarnos en los siguientes términos:

I. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Qué validez tienen las reclamaciones de los contratistas, respecto de actividades previas a la suscripción del acta de inicio, por costos y gastos en los que hayan tenido que incurrir?

¿Existe desequilibrio económico por cambio de vigencia presupuestal en la ejecución de los contratos?

II. ANTECEDENTES.

La Subdirección de Contratación elevó la solicitud de consulta bajo el siguiente contexto:

*"El día 26 de agosto de 2016 se celebró el Contrato Interadministrativo No. 232 FIP de 2016, suscrito entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – Fondo de Inversión para la Paz – Prosperidad Social – FIP y el Fondo de Desarrollo de Proyectos de Cundinamarca – FONDECUN, cuyo objeto consiste en " **Prestar el servicio de Gerencia Integral para la ejecución de proyectos de intervención social y hábitat con el propósito de aportar a la inclusión socioeconómica, la generación de ingresos, la superación de la pobreza y la consolidación de territorios.**"*

***En el contrato se estableció el alcance del objeto así:** La Gerencia integral comprende ejecutar entre otros, los estudios necesarios para la ejecución de proyectos, estudios de diagnóstico, prefactibilidad, factibilidad para programas y proyectos específicos, así como las*



asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, realización de procesos que conlleven la celebración de contratos para la ejecución de interventorías, asesorías, ejecución de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos, entre otros.

El plazo inicial de ejecución del Contrato Interadministrativo No. 232 FIP de 2016 se pactó inicialmente hasta el 31 de diciembre de 2017, contado a partir del cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución, lo cual ocurrió el 4 de octubre de 2016.

El valor inicial del Contrato Interadministrativo No. 232 FIP de 2016 fue por la suma de **VEINTE MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$20.000.000.000)**, de los cuales **DIECIOCHO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS M/CTE. (\$18.281.535.649)** quedaron definidos para la asignación de interventorías de los proyectos y otras inversiones como consultorías u obras en atención a priorizaciones que efectúe el Gobierno Nacional y **MIL SETECIENTOS DIECIOCHO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL TRECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS M/CTE. (\$1.718.464.351)** corresponden a Cuota de Gerencia.

Mediante el Otrosí N°1 al Contrato interadministrativo No.232 FIP de 2016, fechado el 7 de noviembre de 2017, se adicionó el valor del contrato en **DIEZ MIL MILLONES DE PESOS M/C (\$10.000.000.000)**, quedando como nuevo valor del Contrato interadministrativo la suma de **TREINTA MIL MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$30.000.000.000)**.

Posteriormente, mediante el Otrosí No. 2 al Contrato interadministrativo No.232 FIP de 2016, fechado el 29 de diciembre de 2017, se prorrogó el plazo del contrato hasta el 31 de diciembre de 2018.

Para dar cumplimiento al objeto del contrato en mención, FONDECUN desarrolló el proceso para la contratación de la "INTERVENTORIA TECNICA, FINANCIERA, ADMINISTRATIVA Y DE CONTROL PRESUPUESTAL A PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA Y HABITAT EN EL TERRITORIO NACIONAL". El comité evaluador procedió a adjudicar los proyectos establecidos en cada grupo de acuerdo con las reglas de participación, en consecuencia y según lo escrito en M 2018-2100-003211 por la Subdirección de Contratos, entre el 23 y el 25 de noviembre 2016, se suscribieron los contratos derivados marco de interventoría con los siguientes consorcios, con un plazo de ejecución de doce (12) meses.

En ejercicio de su autonomía e independencia del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social - Fondo de Inversión para la Paz - Prosperidad Social - FIP, pactó unas cláusulas específicas frente a eventuales prórrogas de los contratos de interventora suscritos por dicho Fondo.

9. En el documento en virtud del cual se solicita el concepto se expone que respecto de los contratos derivados suscritos por FONDECUN "...se han presentado situaciones que no han permitido el inicio de los mismos en los términos programados. Sin embargo, las interventorías han realizado actividades, actuaciones y acompañamientos durante el lapso que transcurre desde la asignación y la firma del acta de inicio, que no están estimados en la ejecución normal prevista. Dada que no se ejecuta sin la suscripción del acta de inicio, generando mayores valores por concepto de costos fijos de la interventoría sustentada en las actividades previas para garantizar el inicio del contrato de obra..."

10. En el documento contentivo de la solicitud del concepto se manifiesta que fábricas solicitan se realicen ajustes al IPC correspondiente a la vigencia 2017 dado que los valores inicialmente



presentados corresponden a la vigencia 2016 y la asignación de los proyectos de interventoría se realizó en la vigencia 2017..."

11. El Director de Infraestructura Social y Hábitat en el Memorando del asunto, expone que las situaciones descritas "se configuran como posibles justificaciones de reclamaciones que pueden ser presentadas por las Fábricas de interventoría con tratadas a través de FONDECUN..."

De conformidad con lo anterior, plantea los siguientes interrogantes:

1. ¿Cuál es la posición de la Oficina Asesora Jurídica del DPS frente a las reclamaciones realizadas por contratistas respecto de actividades previas a la suscripción del acta de inicio, por costos y gastos en los que hayan tenido que incurrir dichos contratistas, en actividades, acompañamientos y otras labores?
2. ¿Qué concepto tiene la Oficina Asesora Jurídica del DPS respecto del presunto desequilibrio económico por cambio de vigencia presupuestal en la ejecución de contratos?

III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

Para dar respuesta a la consulta, el análisis se adelantará en los aspectos que se señalan a continuación, así:

1. De las competencias de la Oficina Asesora Jurídica.

Esta Oficina Asesora mediante Memorando No. 20171900208483 del 15 de septiembre de 2017, se pronunció sobre el ejercicio de la labor de asesoría jurídica, en materia de contratación, al interior de la Entidad.

En dicha oportunidad se señaló que, entre las funciones asignadas a la Subdirección de Contratación, en la Resolución 3901 de 2016 -hoy Resolución 401 de 2018-, el Grupo Interno de Trabajo de Gestión Contractual tiene a su cargo prestar asistencia jurídica a los supervisores de los contratos y convenios, en su periodo de ejecución. La anterior labor se materializa, en cada caso particular y concreto, al brindar asistencia técnica, soporte y asesoría a las áreas responsables de los contratos o convenios, sobre entre otras cosas, los procedimientos de contratación, el control y verificaron del cumplimiento de los procesos y procedimientos relacionados con la gestión contractual, y los originados en los incumplimientos contractuales.

Ahora bien, en atención a las funciones establecidas en el artículo 25 de Decreto 2094 de 2016, resulta claro que la labor de asesoría de la Subdirección de Contratación se desarrolla en todas las etapas de la contratación a cargo del Departamento. Es decir, el campo jurídico de acción en el que se desenvuelve la asesoría, tiene un carácter especializado y específico para cada caso concreto, vale decir, para cada contrato o proceso contractual.

Sin embargo, y en la medida que la Subdirección de Contratos solicita en virtud del principio de coordinación y con el propósito de unificar criterios, nuestro pronunciamiento frente a interrogantes de carácter general, esta Oficina se manifestará brindando criterios jurídicos orientadores generales.



2. Del principio de la buena fe.

Sobre este principio, aplicado en la contratación estatal, Colombia Compra Eficiente ha realizado la siguiente síntesis, que vale la pena traer a colación:

«Este principio tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. Por ello, tal como sucede con el principio de reciprocidad, el desconocimiento por parte de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista. Estos efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual son una clara consecuencia de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios. Así, por ejemplo, la negligencia, improvisación y falta de planeación de la Administración no es excusa para desconocer las obligaciones a su cargo, sobre todo cuando el contratista asume de buena fe el contrato para ejecutar»¹

La buena fe es, entonces, un principio general de derecho que se aplica y reconoce como fuente de derecho, incluso antes de la vigencia de la Constitución de 1991; esto en la medida que el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 establece: *«Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho»*.

Al respecto, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, establece en su artículo 3, sobre los principios, que *todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales*.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha indicado:

«El principio constitucional de la buena fe aparece como un límite a la actuación no solo estatal sino también de los particulares, estableciendo: La actuación de la autoridad pública en desarrollo de sus funciones de policía administrativa debe adecuarse a un margen objetivo de apreciación, evitando la desviación o abuso de las competencias estatales. Los parámetros utilizados para verificar el cumplimiento de los precisos requisitos que habilitan el ejercicio de una libertad individual son aquellos socialmente aceptados, predecibles y racionalmente justificables y, ante todo, proporcionales a la finalidad que se pretende alcanzar. La objetividad de los criterios de apreciación depende del contexto social y del momento histórico en que se encuentra el individuo y la autoridad [...]

La buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (C.P. art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta ("virbonus") [...]. La administración y el administrado deben adoptar un comportamiento leal en el perfeccionamiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas»²

¹ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 24 de junio de 2018, recuperado de <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/1-etapa-precontractual-principios-de-la-contrataci%C3%B3n-estatal>

² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-131 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.



En tal virtud, el principio de buena fe opera en doble vía, vale decir, tanto de la administración hacia los particulares, como de éstos hacia la primera.

Por su parte, la Ley 80 de 1993 en su artículo 23, dispone:

*"DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, **las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.**" (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Y el artículo 28 de la misma Ley, señala:

*"En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, **los mandatos de la buena fe** y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos." (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Luego en materia contractual, el principio de buena fe rige las actuaciones de las partes y se erige en criterio de interpretación de las estipulaciones contractuales.

3. Del principio de previsibilidad.

El principio de la previsibilidad o de contingencias plenas, tiene como postulado básico el de la estructuración previsiva del contrato estatal y la asunción planeada y proporcional de riesgos por las partes. Por ello resulta consecuente entender que todo el proceso de planeación del contrato se materializa y cumple en cuanto a la estructuración del negocio como conmutativo, en la medida en que se respete y de cumplimiento a los postulados del principio de la previsibilidad.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

*«El principio en cuestión implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervinientes, de los riesgos o contingencias del contrato, **de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la conmutatividad, en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato, puedan generar en situaciones causantes de desequilibrio económico»**³ (Negrita y Subrayado fuera de texto)*

Se trata, por lo tanto, de un principio que llama a la estructuración previsiva del contrato estatal como regla, determinando con su aplicación la asunción planeada, ponderada,

³CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C, Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C. febrero 8 de 2017 Radicación: 25000-23-36-000-2013-01717-01(54614)



proporcional de los riesgos en aras del mantenimiento del equilibrio económico, en consecuencia, la conmutatividad, reduciendo la imprevisibilidad a excepciones.

Por su parte, Colombia Compra Eficiente, ha manifestado:

«Todos los contratos del Estado llevan implícito el concepto de previsibilidad o de contingencias plenas. Lo anterior implica, para efectos de consolidar la previsibilidad y en consecuencia dar un tratamiento proporcional al riesgo o contingencia en los contratos estatales, que se efectúen las siguientes tareas administrativas: Identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto»⁴.

De lo anterior se puede colegir que la previsión se convierte en una norma vinculante para las entidades estatales responsables de la contratación, convirtiéndose en un nítido deber funcional encaminado a la protección de los intereses generales y públicos, obligando así a la Entidad y en especial a las personas que se encargan de estructurar los contratos para que incorporen dentro de los mismos, la totalidad de medidas administrativas y financieras necesarias para que los riesgos previsibles no se materialicen, o de ocurrir los mismos, se mitiguen debidamente. Se trata de un deber sustancial y no meramente formal.

4. Del equilibrio económico de los contratos.

El equilibrio económico del contrato corresponde a la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra. Así, el contratista cuya propuesta fue acogida por Prosperidad Social, considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretende recibir, toda vez que, al elaborar dicha oferta, ha efectuado un análisis de costo-beneficio, fundado en los estudios y proyecciones que realizó en relación con los factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones a su cargo y la utilidad que pretende obtener a partir de la misma.

Es de advertir que no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él.

Sobre el particular, la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente:

«ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

⁴ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 26 de junio de 2018, recuperado de <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/1-etapa-precontractual-principios-de-la-contrataci%C3%B3n-estatal>



10. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia, tendrán derecho, previa solicitud, **a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas.** Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato. (...)

ARTÍCULO 27o. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. **Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado,** las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate» (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Para mayor ilustración, el Consejo de Estado ha desarrollado el tema, destacando lo siguiente:

«Desde el punto de vista de la teoría general del contrato, éste es un acto jurídico generador de obligaciones que tiene su fundamento primario en el principio de la autonomía de la voluntad -aunque matizado por ciertos límites que, por diversas razones, son establecidos por el legislador -, en el sentido de que las partes concurren a su celebración y en consecuencia asumen las obligaciones correlativas, por una libre y autónoma decisión de acudir a este procedimiento de intercambio económico y por ello, en general, la ley debe operar sólo de manera supletiva, frente a los vacíos que las partes hayan podido dejar respecto de la regulación de su relación y sólo para llenar esas lagunas de la voluntad. Y precisamente de ese pilar en el que descansa la relación contractual, **es que se desprende el principio del pacta sunt servanda, es decir la fuerza obligatoria del contrato mediante el principio del respeto a la palabra empeñada, en la medida en que las cláusulas del negocio jurídico resultan vinculantes para las partes y deben ser respetadas y cumplidas a lo largo de toda la ejecución del contrato;** como desarrollo de tal principio, el Código Civil en su artículo 1602 establece que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", disposición que evidencia la importancia que reviste a la hora de ejecutar un contrato, la voluntad de las partes que se obligaron mediante su celebración. **En el momento de concreción de la relación negocial, se fijan unas prestaciones a cargo de las partes que obedecen a una causa, la cual en el caso de los contratos sinalagmáticos conmutativos está dada por las respectivas contraprestaciones, es decir que una parte asume el cumplimiento de ciertas obligaciones, con miras a obtener que la otra, a su vez, cumpla con las que correlativamente asumió y que se consideran como equivalentes de acuerdo con los propios intereses de cada parte. Y es en esto precisamente, que consiste el llamado equilibrio del contrato, que no es otra cosa que el mantenimiento durante la ejecución del mismo, de la equivalencia entre obligaciones y derechos que se estableció entre las partes al momento de su celebración. Sin embargo, el mantenimiento de esas condiciones de ejecución fijadas desde el perfeccionamiento del negocio jurídico, en un momento dado puede resultar especialmente lesivo para una de las partes por la**



ocurrencia de sucesos imprevistos, posteriores, ajenos a su voluntad y no imputables a incumplimiento del otro contratante, pero que le reportan una mayor onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, y en consecuencia, se pierde esa equivalencia que se había formado a partir de la celebración del contrato»⁵ (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En consecuencia, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, las condiciones que se deben presentar para analizar la reclamación son las siguientes:

- a. Circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles.
- b. Ocurrencia posterior a la celebración del contrato.
- c. Contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida.
- d. 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.

La teoría de la imprevisión ha sido desarrollada, desde hace ya un buen tiempo, por la Corte Suprema de Justicia, en donde 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 extraordinario 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, débase 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»⁶*** (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.

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Bogotá, D.C, dieciocho (18) de septiembre de dos mil tres (2003) Radicación número: 70001-23-31-000-1996-05631-01(15119)

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Mayo 23 de 1938. M.P. Arturo Tapias Tilonieta.



Sobre el tema, el Consejo de Estado⁷ ha expresado lo siguiente:

*(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, »***

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

- 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.⁸

- 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.⁹

- 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.¹⁰

- Contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida.

La Ley ha 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.

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 efecto, sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado que en los contratos aleatorios hay un elemento muy importante llamado alea, que determina las prestaciones a cargo de

⁷ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 18 de septiembre de 2003, actor: Sociedad Castro Tcherassi y Compañía Ltda.

⁸ De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano, Antonio Bohórquez Orduz. Volumen 2. Página 203.

⁹ Ídem.

¹⁰ Ibídem.



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.¹¹

- 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 compadece con el contrato.

Sobre el particular, ha expresado el Consejo de Estado¹² 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 [sic] sometida una relación negocial, 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 contratante 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 contratante, sino las que sea menester cubrir para que el álea [sic] del contrato pase de un limite [sic] extraordinario o anormal a un limite [sic] 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 doctrina¹³ ha indicado:

*"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 [sic] extraordinario; es siempre un álea normal que debe permanecer a cargo del contratante**" (Negrilla fuera de texto).*

¹¹ Ibidem

¹² CONSEJO DE ESTADO, Radicación: 15003 – 96 – 07740. Sección Tercera. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar

¹³ GASTÓN JEZE, Principios Generales del Derecho Administrativo. Buenos Aires Editorial de Palma, 1950; tomo V. pp. 51,53 Y 54.



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.**

Así lo ha señalado el Consejo de Estado¹⁴, a saber:

"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 contratante 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).

Ahora bien, el desequilibrio reclamado por el contratista debe cumplir con las condiciones antes señaladas y, además, ser probado en cada uno de sus aspectos, de manera idónea, clara y fehaciente.

Al respecto el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:¹⁵

"El equilibrio financiero del contrato o principio de la ecuación financiera del contrato, puede verse alterado, durante su ejecución por varias causas, como son actos o hechos de la Administración contratante; actos de la Administración como Estado, o factores exógenos a las partes. Por lo general el contratista propone precios y costos de acuerdo con el calendario previsto para la celebración y ejecución del contrato, así que, si se presentan retrasos injustificados, la ejecución del contrato puede verse afectada. Esta circunstancia debe ser probada, es decir, en cuanto a lo que tiene que ver con las variaciones reales en el mercado, por aumento, de los precios ofrecidos por el contratista y con los mayores costos en que éste incurrió." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Resulta necesario precisar que los contratos deben contar para su ejecución con un porcentaje destinado a cubrir los "imprevistos" que pudieran surgir, razón por la cual, para que se considere procedente una reclamación económica, se debe demostrar por parte del contratista cómo se vio afectado el rubro y su insuficiencia para cubrir esos costos adicionales, de forma que haya sido necesario empezar a gastar el rubro de la "utilidad". Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que:

"(...) la Sala considera que en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje para imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 18 de septiembre de 2003, actor: Sociedad Castro Tcherassi y Compañía Ltda

¹⁵ Fallo 12513 de 2000 Consejo de Estado



*esa partida, ésta resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato*¹⁶.

En conclusión, el contratista deberá cumplir con los siguientes requisitos para acceder favorablemente a una reclamación económica:

- La desigualdad se produce por causas no imputables al contratista
- Las razones del desequilibrio fueron extraordinarias, imprevistas o imprevisibles.
- Estas situaciones debieron ocurrir posteriormente a la celebración del contrato
- El contrato debe ser de ejecución sucesiva, periódica o diferida
- El desequilibrio generó una excesiva onerosidad para el contratista.
- Que el contrato se encuentre en ejecución.
- De cada uno de estos factores y los que se deriven de ellos, presentar las pruebas correspondientes

5. De los requisitos de ejecución del contrato estatal y, en especial, del acta de inicio.

La suscripción y el perfeccionamiento de un contrato estatal hacen referencia al acuerdo de voluntades al que llegan las partes, el cual se eleva por escrito y se firma. Por su parte, la legalización del contrato es un término que no contempla la normativa del contrato estatal, no obstante, en la práctica se utiliza para referirse a todos los requisitos que deben cumplir las partes del contrato antes de iniciar su ejecución, así:

- (i) La aprobación de la garantía cuando el contrato la requiera;
- (ii) La existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras,
- (iii) La acreditación de que el contratista se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, en los términos que establezca la normativa.

La posición que actualmente sostiene la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado es que los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal son: a) que exista acuerdo de voluntades en cuanto al objeto del contrato y a la contraprestación del mismo y b) que el acuerdo sea elevado a escrito.

Por otra parte, los requisitos de ejecución son: a) aprobación de las garantías, b) realización del registro presupuestal y c) hoy día, acreditación del pago de los aportes parafiscales, de conformidad con los artículos 41 de la Ley 80 de 1993, en armonía con lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007.

De otra parte, el acta de inicio es el documento formal y escrito, producto del encuentro entre un representante de la entidad llamado supervisor, o un interventor, y el contratista seleccionado, en un contrato de prestaciones periódicas o de fecha de inicio no determinada,

¹⁶CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA, consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE, 29 de mayo 2003 Radicación número: 73001-23-31-000-1996-4028-01(14577).



mediante el cual, las partes acuerdan dar inicio al contrato, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y/o legalización del contrato.

Es obligatoria cuando se ha pactado en el contrato que se requiere acta de inicio o cuando se ha estipulado que el término de duración del contrato cuenta a partir de la suscripción de esta.

El acta de inicio se constituye en una herramienta de ayuda para las partes al permitir establecer el punto de inicio para así ejercer control de la ejecución, toda vez que, dentro de esta, se deja constancia de la fecha de iniciación tanto de las actividades contractuales como de la vigilancia y control que se le realizará a las mismas.

Es recomendable su suscripción luego de que la Entidad estatal haya efectuado el proceso de selección y celebrado el contrato estatal, para así adelantar las labores que conlleven al cumplimiento del objeto contractual y se debe firmar según cronograma establecido.

Sobre el particular, la doctrina ha indicado:

*«El desarrollo de la diligencia y posterior elaboración de dicho documento se encuentra en **responsabilidad del supervisor o interventor del contrato**, a quien se le estipula un plazo para efectuar esta actividad dentro del contrato o en su defecto en el manual de supervisión e interventoría de cada entidad estatal. (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Este documento debe contener como mínimo el consecutivo del contrato celebrado, objeto contractual, la fecha de la diligencia, fecha de inicio, nombres de los intervinientes, entre otros aspectos.

Si el contratista seleccionado observa que dentro de este documento se presentan datos erróneos, incorrectos o faltantes, deberá informarlo por escrito a la entidad estatal, es decir al ordenador del gasto, ABSTENIÉNDOSE de firmar dicho documento o dejando constancia dentro del mismo de la observación específica, puesto que podría ser esencial para la ejecución del contrato o apropiación de responsabilidades.

El hecho de informar al ordenador del gasto sobre aspectos que podrían influir en la ejecución del contrato se encuentra soportado en el inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, donde se señala que:

"...Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones..." (...)

Es así como los supervisores o interventores están en la obligación de cumplir con los plazos establecidos en el contrato, en los manuales de funciones, de supervisión o en el acto de designación, puesto que podrían verse inmersos en investigaciones disciplinarias.

*Finalmente, se debe reiterar que **el acta de inicio de un contrato estatal se debe firmar según los tiempos establecidos en el contrato. Caso contrario, deberá comunicarse a la entidad estatal, la importancia de suscribir el acta de inicio para establecer un correcto cronograma para la ejecución del contrato**, acorde al plazo señalado en los documentos del proceso de selección. »¹⁷ (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

¹⁷MUÑOZ OSCAR OVIDIO, julio 10 de 2018, recuperado de <https://www.gerencie.com/el-acta-de-inicio-de-los-contratos-estatales-se-debe-firmar-segun-cronograma-establecido.html>



Luego el acta de inicio, si bien no se exige legalmente, constituye una buena práctica contractual que permite a las partes tener certeza sobre la fecha en la que empieza efectivamente la ejecución contractual.

6. Del reconocimiento de gastos al contratista en caso de inejecución contractual.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha estudiado diversos casos en los que al contratista se le priva del derecho a ejecutar el contrato adjudicado por diversas razones tales como la no entrega del anticipo, no realizar los trámites administrativos que le correspondan a la entidad contratante, o no realizar o ejecutar acciones que el contratista requería para la ejecución del objeto contratado, entre otras y que por tal razón, dan lugar al reconocimiento de ciertos gastos en los que haya incurrido el contratista.

En uno de estos pronunciamientos, el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló:

*"La Sala considera que **de dicha lesión se derivan perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, determinados por los costos razonables en que haya incurrido el contratista con miras a la realización del contrato y de lucro cesante, por la privación injusta de la obtención del porcentaje de utilidad proyectada.** En efecto, cuando un sujeto celebra un contrato, adquiere el derecho a ejecutarlo en las condiciones pactadas y a obtener la remuneración correspondiente. Y si la entidad incumple las prestaciones a su cargo, de las cuales además pende la ejecución del contrato, está privando al contratista - en forma injusta - del desarrollo de la prestación debida, lo que indiscutiblemente lesiona su derecho de crédito. La obligación que surge a cargo de la entidad incumplida no consiste en el pago del valor del contrato, pues ello comportaría un pago de lo no debido, toda vez que el contrato no se ha ejecutado y dicha suma está definida en función de unos elementos que no estarían configurados por la parálisis del contrato. Si el precio del contrato está integrado por los costos directos, por el A (porcentaje de administración), por el I (porcentaje de imprevistos) y por el U (porcentaje de utilidad proyectada), no resulta procedente cuantificar la indemnización sobre la existencia del valor total de los costos directos cuando el contratista no realizó las erogaciones totales que demandaba la ejecución de toda la obra contratada. Tampoco cabe reconocer costos de administración y de imprevistos, porque los eventos fácticos que cubren, no se han producido ante la inejecución del contrato. **La Sala encuentra procedente reconocer al contratista cumplido, los costos razonables en que incurrió para iniciar oportunamente la ejecución de las obras, toda vez que está legitimado jurídicamente para confiar en que la entidad está realizando los trámites a su cargo para que el contrato sea ejecutable y en que cumplirá con las obligaciones iniciales, máxime cuando la Constitución Política establece la presunción de buena fe en todas las gestiones adelantadas ante las autoridades públicas.** Dicho en otras palabras, un contratista que confía en la buena gestión de la entidad pública y a consecuencia de ello realiza erogaciones tendientes a iniciar oportunamente la ejecución de las prestaciones convenidas, está amparado por el derecho. En ese evento **los costos que han de reconocerse al contratista son los prudentes o necesarios para cumplir las obligaciones que habría de cumplir dentro de las fases iniciales del contrato, esto es, los razonables.** No resulta procedente reconocer las erogaciones imprudentes que hubiera realizado, puesto que él también estaba sometido a la orden de suspensión del contrato, impuesta en este caso no sólo por la ley - exigencia del registro presupuestal para la ejecución del contrato de que trata el inciso 2, artículo 41- sino también por el contrato que dispuso que su ejecución pendía de la entrega del anticipo. Como se indicó precedentemente el valor del contrato no se toma como base para definir el perjuicio indemnizable, porque el mismo no se ejecutó y por ende no surgió*



para la entidad la obligación correlativa de pagar todo su valor."¹⁸ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Luego resulta procedente reconocerle al contratista aquellos gastos probados en los que incurrió razonablemente con la expectativa legítima de la ejecución del contrato y que por causas no imputables a este no se dio.

7. Del reajuste y revisión de precios.

En ocasiones, las previsiones realizadas por los cocontratantes en cuanto a las condiciones en la cuales se desarrollará el contrato, especialmente en el plazo para la ejecución de la actividad y que se materializan con el acuerdo de voluntades, se ven afectadas por diversos factores que influyen en el valor del contrato.

En efecto, cuando las partes pactan un plazo de ejecución sobre el cual el contratista elabora su presupuesto, si el tiempo señalado excede lo previsto, puede ocurrir que los costos fijados se afecten. Para estos casos las partes suelen pactar cláusulas de revisión y ajuste de precios.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado:

*"El reajuste de precios, surgió como solución ante el hecho de que en aquellos contratos de tracto sucesivo o ejecución diferida, **el solo transcurso del tiempo puede dar ocasión a que se presente un alza en el valor de los diversos ítems o rubros que conforman los precios unitarios, afectándolos de tal manera que el contratista va a incurrir en realidad en mayores costos de los presupuestados inicialmente, porque a la hora de ejecutar las obras o servicios, los materiales, equipos y mano de obra ya no valdrán lo mismo que valían en la fecha en la que se proyectó el presupuesto de la obra y se calcularon los costos de la misma.** (...) Toda vez que se trata de una situación previsible para las partes, se ha considerado necesario que éstas incluyan en el contrato fórmulas, que pueden ser matemáticas, mediante las cuales puedan reajustarse periódicamente esos precios unitarios obedeciendo a las variaciones de sus componentes en el mercado, de tal manera que correspondan a la realidad de los costos en el momento de ejecución de las prestaciones a cargo del contratista. (...) **la figura del reajuste de precios es una medida preventiva frente a una situación previsible, que puede afectar el resultado económico final del contrato en contra de cualquiera de las partes, y que se soluciona mediante la inclusión en el mismo de la respectiva cláusula de reajuste, normalmente mediante una fórmula matemática.** (...) No obstante, **puede suceder que no se haya pactado una fórmula de reajuste de precios,** o que la incluida en el contrato resulte insuficiente para absorber las variaciones que se hayan presentado en algunos de los elementos componentes de los precios unitarios, de tal manera que al aplicarla realmente no se produzca la actualización de los mismos; en tales condiciones, **la parte afectada tendrá derecho a pedir la revisión del contrato, es decir, que se analicen los términos en que aparecen pactadas las prestaciones a cargo de los contratantes y más específicamente, la composición de los precios unitarios que se hubieren acordado, para determinar en esta forma si efectivamente obedecen a la realidad de las variaciones que se hubieren podido presentar en los mismos entre la fecha de presentación de la oferta o de celebración del contrato y la fecha de ejecución y pago de las prestaciones** o si, en efecto, la fórmula de reajuste acordada, si fuere el caso, resultó insuficiente, **para obtener por este medio el***

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA, Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil seis (2006). Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05001-01(15307).



reajuste de los precios y en consecuencia, el restablecimiento de la ecuación contractual inicialmente pactada.¹⁹ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En consecuencia, hay dos escenarios a saber:

- i) Si se pactó cláusula de revisión y reajuste de precios. En este caso la Administración debe estudiar si el paso del tiempo alteró los precios unitarios del contrato y si la aplicación de la fórmula pactada resulta ajustada a la realidad comercial en la que se desenvuelve el negocio jurídico y, si es del caso, restablecer la ecuación financiera del contrato.
- ii) Si no se pactó cláusula de revisión y reajuste de precios. En este caso la Administración debe revisar la alteración real de los precios unitarios y, si es del caso, restablecer el equilibrio económico del contrato.

En los dos casos se debe advertir que es necesario que la prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato **NO SEA IMPUTABLE AL CONTRATISTA** pues de ser así, no será procedente la reclamación.

8. Del caso concreto.

De conformidad con todo lo anterior, se dará respuesta a cada una de las preguntas formuladas, así:

1. *¿Cuál es la posición de la Oficina Asesora Jurídica del DPS frente a las reclamaciones realizadas por contratistas respecto de actividades previas a la suscripción del acta de inicio, por costos y gastos en los que hayan tenido que incurrir dichos contratistas, en actividades, acompañamientos y otras labores?*

Es de resaltar que para dar respuesta al interrogante planteado se hace necesario distinguir entre si las reclamaciones realizadas respecto de actividades previas a la suscripción del acta de inicio son hechas por contratistas directos de Prosperidad Social o por subcontratistas que no tienen relación contractual con Prosperidad Social, toda vez que de los antecedentes de la consulta se evidencian las dos situaciones.

- a. Respecto de quienes son contratistas de la Entidad.

Lo primero que se debe afirmar sobre el particular es que, si en el contrato no estaban reconocidos expresamente estos gastos o en la matriz de riesgos del mismo, eran eventos que debía asumir el contratista, no es posible despachar favorablemente la reclamación económica; lo anterior por varias razones a saber:

- i) El principio de la buena fe que debe gobernar las relaciones negociales y la equidad como regla general de derecho que gobierna todos los actos y negocios jurídicos, especialmente los estatales; así como también el principio de la previsión, conllevan a que previamente tanto el contratista como Prosperidad Social tuvieron la

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA, SUBSECCION B
Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014)
Radicación número: 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912).



oportunidad de determinar los posibles acontecimientos o contingencias que se pudieran presentar en la ejecución del contrato y que pudieran generar alguna alteración de la ecuación económica del mismo y sus consecuencias. De igual forma debieron establecer cuál de las partes debe asumirlos conforme a sus capacidades de gestión, administración y control, al igual que tuvieron la oportunidad de discutir de manera conjunta esa tipificación, estimación y asignación de riesgos.

- ii) Si bien es cierto que es a la Entidad a la que le corresponde realizar un ejercicio detallado de estimación, tipificación y estimación de los riesgos previsibles que se puedan presentar en la ejecución del contrato estatal, no es menos cierto, la afirmación referente a que el contratista con su experticia y sus conocimientos sobre el objeto a contratar es al que le corresponde complementar dicha información.
- iii) Teniendo en cuenta que la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles se realiza de manera conjunta entre la administración y el contratista, se entiende que previamente a celebrar el contrato las partes ya tuvieron claro cuáles eran los riesgos o contingencias que se podían presentar en la ejecución del objeto contratado, cuál su impacto, quien debía asumirlos y por qué, evitando así de esta manera que se presentaran reclamaciones posteriores a la ejecución del contrato sobre puntos sobre los cuales las partes ya habían llegado a un acuerdo previamente a su celebración.
- iv) La ejecución de los contratos y, por ende, el desarrollo de las actividades derivadas de las obligaciones contractuales, solo se da cuando se expide el registro presupuestal y se aprueba la garantía de cumplimiento. Si las partes pactaron la suscripción de acta de inicio, la ejecución podrá darse solo cuando esta situación también se haya dado, por lo cual no existe razón para que el contratista adelante actividades propias del desarrollo del contrato previas a la suscripción del acta de inicio y por tanto reclame costos y gastos por dicho concepto, por cuanto el contrato aún no está en ejecución.

Allende lo anterior, se advierte que la vigilancia y control de los contratos, está a cargo de los supervisores o interventores, según corresponda, quienes deben cumplir las funciones fijadas por las normas internas, esto es Manual de Contratación, Resolución que establece los lineamientos para la supervisión de los contratos y convenios celebrados por el Departamento para la Prosperidad Social, los respectivos contratos (incluyendo todo los documentos del proceso previo a la contratación que hacen parte integral del mismo), aunado a que dicho ejercicio debe desarrollarse de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993, la Ley 1474 de 2011 y las disposiciones que en el contenido del contrato se indiquen.

Es por ello que en el caso que presuntamente haya gastos o costos pre-operativos, derivados de presuntas actividades, actuaciones y acompañamientos previos a las suscripciones de las actas de inicio, en el entender que son gastos o costos que un contratista experto en este tipo de negocios, debería tener en cuenta al momento de realizar la contratación con el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social - Fondo de Inversión para la Paz - Prosperidad Social - FTP, éstos debieron ser previstos desde el inicio; no obstante, si surgen reclamaciones por parte del contratista por supuestamente romper el equilibrio contractual,



es el supervisor del contrato quien deberá establecer si la desigualdad obedeció a causas no imputables a este, para acceder favorablemente a una reclamación económica, como son:

- Las razones del desequilibrio fueron extraordinarias, imprevistas o imprevisibles.
- Estas situaciones debieron ocurrir posteriormente a la celebración del contrato.
- El contrato debe ser de ejecución sucesiva, periódica o diferida.
- El desequilibrio generó una excesiva onerosidad para el contratista.
- Que el contrato se encuentre en ejecución.
- De cada uno de estos factores y los que se deriven de ellos, presentar las pruebas correspondientes.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta si el contrato fue ejecutado o no, por cuanto si, pese a haberse suscrito el contrato, la ejecución del mismo nunca se dio por causas ajenas al contratista, la jurisprudencia ha permitido el reconocimiento de algunos gastos en los que haya incurrido. En efecto, como se señaló anteriormente, es procedente reconocerle al contratista aquellos gastos probados en los que incurrió razonablemente con la expectativa legítima de la ejecución del contrato y que por causas no imputables a este no se dio.

b. Respecto de quienes no son contratistas de la Entidad.

Es importante recalcar que en los contratos suscritos por Prosperidad Social se estableció como obligación que los contratistas deberán: **"Adelantar baja su exclusivo riesgo y responsabilidad, los trámites precontractuales, contractuales y Post contractuales a que haya lugar de los proyectos entregados por Prosperidad Social para ser ejecutados en el marco del contrato interadministrativo, tales como interventorías, obras, consultarlas, entre otros."** (Negrilla fuera del texto original)

Conforme lo expresado, no existe el soporte para el reconocimiento y pago de gastos en los que hayan tenido que incurrir los terceros contratados por un contratista directo de Prosperidad Social, esto es, en virtud de los contratos derivados que han pactado con contratistas directos de Prosperidad Social, precisamente porque los primeros NO tienen ningún tipo de relación con Prosperidad Social, y porque los segundos tienen una relación independiente y autónoma con estos, y como tal deben reclamar es a ellos; aunado a que en el contrato estudiado no se pactaron obligaciones en este sentido, sólo se establecieron respecto de contratar las interventorías y desarrollar las actividades inherentes a dicha labor y como tal la Entidad debe responder únicamente por las actividades propias de la función de interventoría, y cualquier otra obligación adicional que haya pactado o desee reconocer este último, fruto de los objetos contratados en los contratos derivados, será de su exclusiva competencia.

2. ¿Qué concepto tiene la Oficina Asesora Jurídica del DPS respecto del presunto desequilibrio económico por cambio de vigencia presupuestal en la ejecución de contratos?

El cambio de vigencia presupuestal, en comienzo, es un hecho previsible que se debe tener en cuenta desde el momento mismo de postularse a contratar; no obstante, si el contrato estaba previsto para ejecutarse en una determinada vigencia o varias vigencias, pero se extendió más allá de lo previsto por causas no imputables al contratista y este hecho habría alterado la ecuación financiera del mismo **EN FORMA ANORMAL Y GRAVE**, sin imposibilitar



su ejecución, este hecho se deberá probar e iniciar un proceso para equilibrar el contrato, teniendo en cuenta lo que ya se ha señalado a lo largo de este concepto.

Para tal fin, se debe revisar si el contrato contaba o no con cláusula de revisión y reajuste de precios.

IV. CONCLUSIONES

De conformidad con lo desarrollado a lo largo de este concepto, la respuesta a los problemas jurídicos planteados se resume así:

¿Qué validez tienen las reclamaciones de los contratistas, respecto de actividades previas a la suscripción del acta de inicio, por costos y gastos en los que hayan tenido que incurrir?

En comienzo, la ejecución de los contratos y, por ende, el desarrollo de las actividades derivadas de las obligaciones contractuales, solo se da cuando se expide el registro presupuestal y se aprueba la garantía de cumplimiento. Si las partes pactaron la suscripción de acta de inicio, la ejecución podrá darse solo cuando esta situación también se haya dado.

En este orden de ideas, no existe razón para que el contratista adelante actividades propias del desarrollo del contrato previas a la suscripción del acta de inicio y por tanto reclame costos y gastos por dicho concepto, por cuanto el contrato aún no está en ejecución y el actuar de las partes está determinado por el cumplimiento del principio de la buena fe contractual.

Sin embargo, si estas actividades se realizaron previamente a la ejecución del contrato y eran de carácter preparatorio para el desarrollo del mismo, pero este no se ejecutó por causas no imputables al contratista, la jurisprudencia ha permitido el reconocimiento al contratista de aquellos gastos probados en los que incurrió razonablemente con la expectativa legítima de la ejecución del contrato.

¿Existe desequilibrio económico por cambio de vigencia presupuestal en la ejecución de los contratos?

Si la ejecución del contrato se excede en el plazo previsto inicialmente por las partes, por razones no imputables al contratista, y esto genera una afectación a la ecuación financiera del contrato, se debe analizar si existe un desequilibrio económico del mismo revisando las condiciones del mercado y, si es del caso, restablecerlo, para lo cual se puede acudir a la cláusula de revisión y reajuste de precios en caso de haberse pactado.

De otra parte, si el cambio de vigencia estaba previsto desde el comienzo del contrato, no habrá lugar a restablecer el equilibrio económico del contrato, sin perjuicio que se haya pactado la cláusula de revisión y reajuste de precios y se de aplicación a la misma.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2018-1400-003962

Fecha: 16/07/2018

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Atentamente,

LUCY EDREY ACEVEDO MENÉSES

Jefe de Oficina

Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Martha Lucía Velásquez Prada
Revisó: Omar Alberto Baron Avendaño
Folios: 10
Anexo: 0