

COMUNICACIÓN INTERNA

PARA: **MARIA CONSTANZA MEZA ELIZALDE**
Subdirectora para la reducción del riesgo

DE: **JORGE ALEJANDRO MALDONADO GUTIERREZ**
Jefe de la oficina asesora jurídica

ASUNTO: Respuesta a la comunicación interna con radicado 20241E06695 del 04 de octubre de 2024, mediante la cual se solicita a la OAJ concepto técnico respecto de la procedencia y mecanismo jurídico para efectuar modificaciones al alcance, plazo y valor del contrato de obra No. 9677-CV020-874-2023, suscrito entre el FNGRD y CONSORCIO RÍO SAN JUAN 2023 NIT.901.737.598-4.

TEMA: Procedencia y mecanismo jurídico para modificación bilateral de contrato de obra por solicitud del interventor e iniciativa del contratista

FECHA: 05/11/2024

Cordial saludo, Dra. Meza.

De manera atenta y de conformidad con la solicitud del asunto, la Oficina Asesora Jurídica - OAJ de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres - UNGRD se permite dar respuesta de la siguiente manera:

I. CONSULTA

Mediante la comunicación interna del asunto, se solicita conceptuar sobre la procedencia jurídica de modificar bilateralmente el alcance, plazo y duración del contrato de obra No. 9677-CV020-874-2023, por recomendación e iniciativa de los contratistas de obra e interventoría, así:

- a. ¿Es factible que se reduzca el alcance del contrato y proceder con la construcción de solo seis puentes peatonales de los doce descritos en el objeto y anexo técnico del contrato de obra No. 9677-CV020-874-2023?
- b. ¿Es factible adicionar más del 100% de los recursos establecidos contractualmente al contrato de obra e interventoría, de acuerdo a la alternativa 1 presentada por la interventoría y referenciada en el numeral 4, con el fin de ejecutar el total de los 12 puentes establecidos en el objeto contractual?
- c. ¿Es factible adicionar alrededor del 45% de los recursos establecidos al contrato de obra e interventoría, de acuerdo a la alternativa 2 presentada por la interventoría y referenciada en el numeral 4, con el fin de ejecutar 9 de los 12 puentes establecidos en el objeto contractual?
- d. ¿Es factible adicionar alrededor del 7% de los recursos establecidos al contrato de obra e interventoría, de acuerdo a la alternativa 3 presentada por la interventoría y referenciada en el numeral 4, con el fin de ejecutar 7 de los 12 puentes establecidos en el objeto contractual?

Para efectos de comprensión de la situación relacionada con esta consulta, el pasado 4 de septiembre de 2024 se desarrolló una mesa de trabajo con la doctora Mónica Safar, asesora jurídica de la OAJ para el FNGRD, y contratistas del área de la Subdirección para la Reducción del Riesgo, en donde se refirieron detalles del proyecto y se dio un concepto jurídico inicial al respecto.

II. ANTECEDENTES

1. El 23 de octubre de 2023, entre el FNGRD y JUAN CARLOS TRIANA CASTILLO se celebró el contrato de interventoría No. 9677-CV020-911-2023, cuyo objeto es la “REALIZACIÓN DE LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, AMBIENTAL Y JURÍDICA AL CONTRATO SUSCRITO PARA LA REALIZACIÓN DE LAS OBRAS DE INTERVENCIÓN CORRECTIVA PARA MITIGAR EL RIESGO POR EL FENÓMENO DE AVENIDA TORRENCIAL, MEDIANTE LA CONSTRUCCIÓN DE PUENTES SOBRE EL RÍO SAN JUAN (...)”.
2. El 6 de noviembre de 2023, entre el FNGRD y el CONSORCIO RÍO SAN JUAN 2023, se celebró el contrato de obra No. 9677-CV020-874-2023- en adelante el Contrato-, cuyo objeto es “REALIZAR LAS OBRAS DE INTERVENCIÓN CORRECTIVA PARA MITIGAR EL RIESGO POR EL FENÓMENO DE AVENIDA TORRENCIAL, MEDIANTE LA CONSTRUCCIÓN DE PUENTES SOBRE EL RÍO SAN JUAN (...)”.

De acuerdo con el numeral 1.3 del anexo técnico, que forma parte integral del contrato, el alcance corresponde a la construcción de DOCE (12) puentes peatonales, conforme a la estructuración técnica realizada por el departamento de Risaralda.

De conformidad con la cláusula quinta del Contrato, el plazo de ejecución es de 14 meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, dividido en 2 etapas, así:

- Etapa de pre-construcción: DOS (02) meses para revisión y/o ajustes de Estudios y Diseños, así como la aprobación de estos por parte de la interventoría.
- Etapa de construcción: DOCE (12) meses para la ejecución de las obras

Al tenor de la cláusula séptima del Contrato, aquel se pactó bajo la modalidad de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste, conforme el avance de actividades contractuales ejecutadas según actas parciales, de acuerdo con el cronograma de obra.

3. El 6 de diciembre de 2023 se suscribió acta de inicio del contrato de obra No. 9677-CV020-874-2023.
4. Mediante oficio Int-025 del 22 de julio del 2024, la interventoría integral del contrato informó que, de los resultados de la etapa de revisión y/o ajuste a estudios y diseños, se advierte que el presupuesto y el plazo contractual son insuficientes para cumplir con el alcance del

contrato. En consecuencia, a solicitud del contratista, el interventor presentó ante la Unidad cuatro alternativas de modificación contractual, en virtud de las cuales se proyecta la construcción de 6, 7, 9 o 12 puentes, con sus respectivas adiciones presupuestales, ampliaciones de plazo y/o disminuciones del alcance contractual.

III. COMPETENCIA

La OAJ de la UNGRD es competente para resolver la solicitud de consulta con fundamento en los numerales 1 y 5 del artículo 12 del Decreto Ley 4147 de 2011, al corresponderle a este despacho *“1. Asesorar al Director General, y a las Dependencias de la Unidad en los asuntos jurídicos relacionados con la entidad y emitir los conceptos legales que se le requieran.”* y *“5. Atender las peticiones y consultas relacionadas con asuntos de su competencia y de la Unidad.”*

IV. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

De una interpretación integral de la solicitud y sus documentos anexos, la OAJ identifica que el problema jurídico a resolver consiste principalmente en determinar lo siguiente:

- ¿Es jurídicamente procedente la modificación del alcance, plazo de ejecución y valor del contrato de obra 9677-CV020-874-2023, conforme a las cuatro propuestas de modificación elevadas por el interventor, mediante el oficio con radicado Int-025 del 22 de julio del 2024? Y, en caso afirmativo, ¿cuál es el mecanismo jurídico-contractual para efectuar las modificaciones en cuestión?

V. ANÁLISIS JURÍDICO

Con el propósito de resolver el problema jurídico identificado, se considerará acerca de (i) el régimen normativo que rige la modificación del Contrato; (ii) el procedimiento aplicable a la modificación bilateral del Contrato; y (iii) el sistema de precios unitarios.

1. Régimen normativo de la modificación del contrato de obra No. 9677-CV020-874-2023

Al tenor del artículo 66 de la ley 1523 de 2012, el contrato de obra No. 9677-CV020-874-2023 se encuentra sometido a un régimen legal especial que es mixto, como quiera que lo integran (i) los requisitos y las formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, esto es, las normas civiles y comerciales; (ii) los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, y la publicación el SECOP, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007, y; (iii) las cláusulas excepcionales, conforme a lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993.

En virtud de lo previsto en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos son ley para las partes, y en aplicación de la autonomía de la voluntad como fuente de las obligaciones

de que trata el artículo 1494 del mismo código, las partes pactaron en el clausulado del Contrato los términos y condiciones que regirían el proyecto, además de remitir expresamente a las normas de rango reglamentario que serían aplicables respecto de lo no previsto en el contrato.

En efecto, el párrafo primero de la cláusula primera del Contrato, en concordancia con la cláusula vigésimo séptima, las partes pactaron que el anexo técnico del proyecto hace parte integral del Contrato, por lo que el objeto contractual se debe desarrollar conforme a lo establecido en el Anexo Técnico, las Especificaciones Técnicas y los Diseños Técnicos; al tenor del párrafo segundo de la cláusula primera del Contrato, los documentos técnicos presentados por el Departamento de Risaralda también hacen parte integral del proyecto; y conforme a la cláusula octava del Contrato, se incorporan al contrato los aspectos contenidos en el Manual de Contratación de la Subcuenta Colombia Vital, adoptado mediante la Resolución No. 0206 del 28 de febrero de 2023, el cual consagra que, únicamente en lo no previsto en el Manual de Contratación de la Subcuenta Colombia Vital, se aplicará lo dispuesto en el Manual de Contratación del FNGRD, adoptado mediante Resolución No. 0683 de 2017, y las demás normas concordantes y complementarias.

Finalmente, con fundamento en el párrafo cuarto del artículo primero del contrato de interventoría No. 9677-CV020-911-2023, también resulta aplicable al caso la Guía de Supervisión e Interventoría de la UNGRD, contenida en el Oficio G-1604-GCON-01 de 2021, particularmente su artículo 4.4.3.1., que determina las exigencias que el interventor debe observar a efectos de adelantar la modificación, aclaración, adición o supresión de lo inicialmente establecido en el contrato.

2. Procedimiento aplicable a la modificación bilateral del Contrato

En el orden legal, de acuerdo con las leyes civil y comercial, aplicables por mandato expreso del artículo 66 de la ley 1523 de 2012, no se exigen requisitos y ni formalidades especiales para que las partes del Contrato lo modifiquen de común acuerdo. Sin embargo, de conformidad con los principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de que trata el artículo 13 de la ley 1150 de 2007, el FNGRD debe coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que le corresponden¹, razón por la cual toda modificación al Contrato, además de requerir una causa real y cierta contemplada en la ley², debe estar orientada a garantizar la prestación del servicio público de gestión del riesgo de desastres.

Ahora bien, dado que las partes del contrato de obra No. 9677-CV020-874-2023 guardaron silencio frente a las causas y el procedimiento para modificación bilateral o de mutuo acuerdo, al tenor de la cláusula octava del Contrato hay lugar a aplicar las consideraciones contenidas en el Manual de Contratación de la Subcuenta Colombia Vital, el cual consigna en el artículo 20 que las modificaciones contractuales se deben efectuar sólo excepcionalmente cuando en la

¹ Artículo 209 de la Constitución Política.

² Artículo 1524 del Código Civil.

ejecución del contrato se identifique la necesidad real de ajustar las condiciones inicialmente pactadas, con el fin de garantizar la adecuada ejecución y el logro de los objetivos propuestos, pero sin alterar el objeto del contrato, ni por un incumplimiento de lo pactado.

Frente al mecanismo aplicable, indica la norma que la actuación de modificación contractual de mutuo acuerdo comienza por iniciativa del supervisor o interventor y/o del contratista de obra- a través del supervisor o interventor-, la cual está sometida a la aprobación del ordenador del gasto de la Subcuenta Colombia Vital; y, concretamente, cuando la solicitud es presentada por el interventor a iniciativa del contratista de obra, se prevén los siguientes requisitos generales:

- Oportunidad de la solicitud: deberá presentarse con la debida antelación al vencimiento del plazo de ejecución del contrato.
- Contenido de la solicitud: además de identificar el contrato, deberá contar con la justificación técnica y la evaluación presupuestal respectivas.
- Anexos de la solicitud: el interventor deberá presentar el informe actualizado de interventoría, además de anexar por escrito la solicitud justificada del contratista y todos los documentos que soporten el otrosí.
- Prerrequisitos de la solicitud: la manifestación escrita del Interventor donde justifica su concepto sobre la procedencia de la modificación debe ser avalada por el supervisor del contrato de interventoría.

Finalmente, debe precisarse que, conforme al parágrafo 4° de la cláusula 1 del contrato de interventoría No. 9677-CV020-911-2023, el contratista interventor debe velar por el cumplimiento de la Guía de Supervisión e Interventoría de la UNGRD, la cual establece en el acápite 4.4.3.1 que el interventor debe satisfacer las siguientes exigencias adicionales a efectos de adelantar la modificación, aclaración, adición o supresión de lo inicialmente establecido en el contrato:

- Proponerle a la Unidad los términos modificatorios del contrato respecto de la adición en valor, prórroga en tiempo u otrosíes modificatorios;
- Emitir concepto técnico justificando su realización, cuyo contenido mínimo es: a) el tiempo y/o el valor a prorrogar y/o adicionar, utilizando la misma unidad de tiempo que se pactó en el contrato; ejemplo: meses, días calendario, etc.; b) la justificación técnica y económica; y c) la forma de pago de la adición, cuando sea en valor; d) cuando la adición sea sólo en tiempo, adicionalmente a lo anterior el supervisor deberá certificar que el contrato aún se encuentra soportado financieramente y que dicha adición no genera incremento en el valor total del contrato pactado hasta esa fecha;
- En caso de que se solicite prórroga, certificar que los recursos que tiene el contrato son suficientes para su ejecución;
- Si el contratista de obra es persona jurídica, allegar certificado de existencia y representación legal con una expedición no mayor a un mes a la fecha de la solicitud de adición, y paz y salvo parafiscales y seguridad social de sus trabajadores, y;

- Si el contratista de obra es persona natural, allegar certificación de antecedentes disciplinarios, penales y fiscales.

A su vez, indica la guía que el Supervisor del contrato de interventoría deberá (i) tramitar el certificado de disponibilidad presupuestal, para los casos adición, y en caso de que solicite prórroga, deberá certificar que los recursos que tiene el contrato son suficientes para su ejecución; (ii) allegar informe donde se detalle el balance de ejecución financiera del contrato para las adiciones en valor; y (iii) aportar certificado de existencia y representación legal con una expedición no mayor de un mes a la fecha de la solicitud de adición.

Por su parte, es de anotar que, tras recibir la minuta del otrosí modificatorio del contrato de adición, prórroga, aclaración o corrección, corresponde al contratista ampliar la garantía única constituida en el caso de que ello se requiera, o notificar al garante y entregarla en la Oficina de Contrato Fiduprevisora S.A.

Satisfecho el lleno de los requisitos precedentes, se deberá radicar la solicitud ante el Grupo de Gestión Contractual, el cual, tras verificar el lleno de requisitos, la remitirá al ordenador del gasto de la Subcuenta Colombia Vital; por su parte y en el marco de sus competencias, corresponde al ordenador del gasto la determinación de proceder a la modificación, previa aprobación del Comité de Contratación de la Entidad³.

Sistema de precios unitarios

5. A este respecto, primero debe recordarse que en todos los contratos las partes gozan de plena autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de determinación de este más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento. En ese orden de ideas, el sistema de *precios unitarios* es un mecanismo de determinación del precio o valor contractual tradicionalmente empleado para contratos de tracto sucesivo como el de obra, en el que se determina el valor final al “multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato”⁴, a diferencia del mecanismo del *precio global*- en el que se retribuyen todas las prestaciones contratadas con un valor único y genérico que cubre totalmente la ejecución del objeto contractual-.

Ahora bien, a pesar de que la definición de dicho sistema de precios unitarios no ha sido consagrada en la ley, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de desarrollarlo conceptualmente. Bajo este sistema, se ha comprendido que el valor acordado inicialmente en el contrato no es definitivo sino un mero estimado, como quiera que el verdadero valor total solamente puede determinarse una vez se haya ejecutado el proyecto, multiplicando la cantidad

³ Resolución 625 de 2017.

⁴ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, 31 ago. 2011, rad. 1997-04390-01, reiterada en Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, 29 nov. 2019, rad. 2013-01093-01.

de unidades de ejecución efectivamente empleadas por el valor pactado para cada una de ellas, así:

“[E]n 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.

[...]

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.”⁵

Entonces, aunque durante la etapa de planeación contractual tiene lugar la estimación y determinación de las prestaciones del contratista y del contratante conforme a la necesidad de interés colectivo que se pretende satisfacer, cuando se opta por el sistema de precios unitarios se prevé que, con alta probabilidad, durante la ejecución del contrato podrán presentarse las siguientes situaciones: i) la necesidad de mayores cantidades de bienes o actividades inicialmente previstos, a lo que se le conoce como «mayores cantidades de obra», «obras adicionales» o adición de «ítems contractuales», y; ii) la necesidad de ampliar las prestaciones contractuales mediante la ejecución de nuevos ítems o actividades no incluidos en el contrato inicial.

Como puede observarse, la naturaleza misma del sistema de precios unitarios supone la posibilidad de variación del precio inicial, al punto que dicha variación inherente a la metodología en comento no constituye en sí una modificación contractual por adición de valor; en efecto, son las mismas partes quienes determinan que, a fin de cumplir el objeto contractual, habrá lugar a ajustar el precio total conforme a la cantidad mayor o adicional de obra que, habiendo sido debidamente ordenada y autorizada por la entidad contratante, debe ser reconocida:

“[E]s 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.”⁶

6. Finalmente, conforme a la jurisprudencia del órgano de cierre de la Jurisdicción Civil, debe precisarse que, salvo estipulación contractual en contrario, cuando se pacta el sistema de precios unitarios “*el constructor o contratista se obliga a «sostener los precios unitarios originales*

⁵ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 18 de julio de 2002, Rad. 1439.

⁶ Ibidem.

estipulados para cada uno de los ítems de la obra realizada, aun cuando estos puedan sufrir alzas, riesgo que en la práctica puede recompensarse durante la ejecución o en la liquidación; o preverse, según las cláusulas de reajustes que, de común acuerdo, se pacten»: SC5568-2019⁷.

VI. RESPUESTA

Para resolver el problema jurídico formulado, la OAJ argumentará que, sin perjuicio de que el manual de contratación de la Subcuenta Colombia Vital consagre un procedimiento específico para resolver las solicitudes de modificación contractual por adición en valor y/o por disminución de cantidad de obra que provengan del contratista o del interventor, en este caso, siendo el propio FNGRD quien puede encontrarse en la necesidad presupuestal de ajustar el alcance del objeto contractual, no habrá lugar a aplicar los referidos procedimientos modificatorios contractuales sino a reconvenir el análisis de precios unitarios – APU conforme a los resultados de la revisión de los estudios y diseños, limitando y priorizando debidamente las cantidades de obra a ejecutar con base en el presupuesto contractual y la capacidad financiera del contratante. En todo caso, a efectos de dotar de las motivaciones jurídicas necesarias, esta oficina se ocupará de considerar lo correspondiente a los mencionados procedimientos modificatorios.

Así las cosas, inicialmente debe precisarse que la procedencia sustantiva de la modificación del alcance, plazo de ejecución y/o valor del Contrato, se encuentra sometida a la mutabilidad de las circunstancias fácticas advertidas durante la ejecución, lo cual condiciona la realización del objeto contractual como instrumento de satisfacción de las necesidades del servicio público y de cumplimiento de los fines estatales. Quiere ello decir que la causa de la modificación requiere un asidero fáctico, en tanto durante la ejecución contractual se adviertan circunstancias que impidan la realización material del objeto del Contrato o de su alcance en los términos inicialmente pactados.

Ahora, independientemente de las circunstancias fácticas sobrevinientes que motiven la modificación contractual, se enfatiza en que dicha modificación debe tener una causa contemplada en la ley, esto es, en el caso en concreto, en que la modificación propuesta al Contrato se enmarque en la necesidad de dar cumplimiento a las previsiones legales que regulan el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres – SNGRD, dado que ha sido esta circunstancia la que justificó la celebración del contrato en primer lugar.

Caso concreto

Descendiendo al caso concreto, primero se debe precisar que el Contrato se estructuró bajo la modalidad de precios unitarios, pues de acuerdo con el documento de especificaciones técnicas del proyecto, su introducción reza que "En el presupuesto se pactan los costos unitarios y el AIU pactados, y estos serán la única remuneración que obtendrá el Contratista por cada uno de los ítems descritos, y no habrá cabida a pagos adicionales, a razón de eventuales interferencias con las Estructuras o Redes de Servicios Públicos ni por el trabajo de la mano de obra en horas

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de febrero de 2022, rad. SC505-2022.

extras, nocturnas, o días festivos, excepto en los casos específicos y excepcionales, que hayan sido previamente definidos y autorizados por la Interventoría y/o supervisión"; así mismo, en el aparte MEDIDA Y PAGO se previó también que "(...) El valor será el precio unitario estipulado dentro del contrato y su costo incluye: Materiales, Equipos, Mano de Obra y Transporte"; lo que se complementa con el hecho de que el formato 8 de la propuesta de aspirante a contratista contiene lo ofrecido en términos de análisis de precios unitarios o APU; y, finalmente, con que, conforme a la cláusula séptima del Contrato, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, las partes estipularon que el valor del contrato se determinaría por el sistema de precios unitarios.

Luego, dado que el Contrato se sujeta al sistema de precios unitarios, pero, especialmente, en atención a que parte del alcance del proyecto consistió en la revisión y ajuste de los diseños iniciales, los cuales no estaban terminados a nivel de detalle, las «mayores cantidades de obra», las «obras adicionales» o la adición de «ítems contractuales» no implican en ninguna forma la modificación del alcance del objeto ni tampoco una modificación por adición en el valor del Contrato, por cuanto la delimitación precisa del alcance técnico del proyecto únicamente se dio con la revisión y ajuste de los diseños preliminares, siendo esta parte esencial de las actividades objeto del contrato.

En efecto, a partir de la interpretación sistemática de los documentos que integran el instrumento contractual⁸, las partes estipularon que podría haber lugar a la revisión del valor de los diferentes ítems que integran el Análisis de Precios Unitarios tras efectuar la etapa correspondiente a la revisión de estudios y diseños. Por lo cual, al amparo de la jurisprudencia citada en este documento, es dable afirmar que, en el caso de marras, existe estipulación contractual expresa que impide a la entidad contratante considerar que el constructor o contratista se obligó a «sostener los precios unitarios originales estipulados para cada uno de los ítems de la obra realizada», toda vez que, conforme a la obligación específica prevista en el numeral 33 del literal A de la cláusula segunda, corresponde al contratista «realizar la revisión y el ajuste a cantidades de materiales de acuerdo a la necesidad de la obra de emergencia», y conforme al numeral segundo del literal A de la cláusula segunda del contrato de interventoría No. 9677-CV020-911-2023, corresponde al interventor del Contrato «validar y aprobar la revisión y ajuste a los estudios y diseños realizados por el contratista previo al inicio de los trabajos, de manera oportuna y dentro del plazo pactado para tal fin de conformidad con lo establecido en la justificación invitación a contratar».

En este mismo sentido, debe también anotarse que, conforme a la matriz de riesgos del Contrato, los contratistas de obra e interventoría asumieron el riesgo casi cierto relativo a las “Modificaciones de algunas de las obras a ejecutar en el desarrollo del Contrato y/o modificaciones de algunas de las cantidades de obra del Contrato, autorizadas por la INTERVENTORIA y que contradicen los diseños inicialmente aprobados”, razón por la cual se previó que, ante dicho evento, corresponde la interventoría y la entidad Contratante aprobar las modificaciones a los diseños; y, como consecuencia de dicha revisión, se comprende que pueden llegar a acaecer, entre otras, las siguientes circunstancias sobrevinientes: (i) pueden requerirse mayores cantidades de ítems de obra, razón por la cual el valor previsto para el total de dichos ítems perfectamente puede variar con respecto a la estimación inicial, y; (ii) pueden requerirse

⁸ Matriz de riesgos y demás documentos técnicos que hacen parte del instrumento contractual; y cláusula quinta del Contrato «PLAZO DE EJECUCIÓN», en concordancia con el numeral 33 del literal A de la cláusula segunda «OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA»,

Ítems no previstos y adicionales a los inicialmente previstos, a fin de cumplir con el alcance del objeto contractual.

Advertida en debida forma la necesidad de mayores cantidades de ítems o de ítems no previstos como consecuencia de la revisión, procede el ajuste del análisis de precios unitarios mediante la suscripción de un acta modificatoria del APU inicial. En efecto, solo una vez ejecutada la etapa de revisión, las partes del Contrato se encuentran habilitadas para (i) convenir los precios unitarios de los ítems no previstos inicialmente y necesarios para cumplir el objeto del negocio jurídico; y (ii) reajustar el valor de aquellas mayores cantidades de obra u obras adicionales, pactando bilateralmente su inclusión de manera pormenorizada, lo cual deberá tener lugar con respaldo en los documentos técnicos que resulte necesario integrar al expediente contractual, de modo que se acredite que el valor por ítem en el presupuesto atienda a las condiciones del mercado y las variables de la economía.

Por lo tanto, las partes del contrato se encuentran habilitadas para ajustar bilateralmente la asignación de precios unitarios -APU con base en la necesidad de mayores cantidades de obra y adición de ítems no previstos denotada al cabo de la revisión de los estudios y diseños adelantada por el contratista de obra y avalada por el contratista de interventoría- aval que, a su vez, es objeto de control por parte del supervisor del contrato de interventoría-, sin que ello implique una modificación al alcance del contrato ni una adición a su valor. En todo caso, desde la óptica presupuestal, si los ajustes al APU implican nuevas apropiaciones, la entidad deberá adelantar las gestiones administrativas correspondientes para las provisiones presupuestales requeridas, lo cual, desde luego, está sujeto a la capacidad presupuestal efectiva de la contratante.

Al margen de lo anterior, en todo caso, procede la OAJ a resolver de manera concreta las cuestiones formuladas en la comunicación interna con radicado 20241E06695, de la forma en que sigue:

- Sí es factible adicionar en valor el 7%, el 45% o el 101% del Contrato, como quiera que en las normas que integran el régimen legal especial de que trata el artículo 66 de la ley 1523 de 2012, no se prevén limitaciones especiales para que las partes del Contrato lo modifiquen, de común acuerdo y por escrito.

A este respecto, se debe precisar que: (i) no es aplicable la limitación de adición superior al 50% del valor inicial del contrato prevista en el artículo 40 de la ley 80 de 1993, por estar excluida dicha norma del régimen legal especial que rige el Contrato; y (ii) tampoco es aplicable la limitación de adición superior al 50% del valor inicial del contrato prevista en el acápite 18.3 del Manual de Contratación del FNGRD, pues dicho reglamento solo es aplicable por el factor residual para los aspectos no regulados por el Manual de Contratación Colombia Vital, y justamente allí se reglamentó ya lo atinente a la procedencia sustantiva y al mecanismo procedimental aplicable a las modificaciones de los contratos de dicho fondo, sin que se estipulara en ese compendio una limitación porcentual ni ninguna otra restricción a las adiciones en valor. En todo caso, al tenor del principio de planeación extraído de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales, se advierte que la anterior habilitación de adición de valor sin límite aplicable tiene lugar sin perjuicio de las

responsabilidades individuales de índole disciplinaria, fiscal o penal que puedan determinarse por las autoridades competentes respecto de los servidores públicos que, en la fase de estructuración del proyecto, pudieron haber incurrido en negligencia calificada por falta al principio de planeación del contrato estatal.

- Sí es factible reducir el alcance del Contrato y proceder sólo con la construcción de 6, 7 o 9 puentes peatonales de los doce descritos en el objeto y anexo técnico del contrato de obra No. 9677-CV020-874-2023, siempre que se acrediten debidamente las limitaciones presupuestales que impiden materialmente el financiamiento de la construcción de la totalidad de puentes previstos inicialmente. Al efecto, es de precisar que ello solo podrá tener lugar si, una vez se agote en debida forma la etapa de revisión de estudios y diseños y conforme al acta modificatoria del APU, las partes acuerden mayores valores respecto de los ítems no previstos y necesarios a fin de concretar las obras previstas en el objeto contractual, resulte imposible contar con el recurso necesario para atender el valor final del proyecto, o siquiera el nuevo estimado con base en dicha precisión de los diseños del proyecto.

A este respecto, aunque, como se vio, en el régimen normativo que rige el Contrato no se prohíben expresamente las modificaciones consistentes en la disminución del alcance contractual, en todo caso la solicitud de modificación debe satisfacer la normativa sustantiva referida a la gestión del riesgo de desastres como fin estatal.

Así, es importante aclarar que la obra contratada, por corresponder a la gestión del riesgo de desastres, tiene el carácter de prioritario y representa para la comunidad afectada una necesidad que compromete el desarrollo de su vida social y económica, por lo que es dable considerar que la imposibilidad material de ampliar el presupuesto destinado al proyecto justificaría sustantivamente la construcción de una menor cantidad de puentes peatonales, bajo el principio general del derecho según el cual nadie se encuentra obligado a lo imposible. En ese sentido, la OAJ observa que la modificación por disminución al alcance del contrato se encuentra supeditada a que, una vez se agote en debida forma la revisión de los diseños y se determinen las mayores cantidades de obra necesarias, se tenga certeza técnica acerca de la limitación presupuestal que impide financiar la totalidad de puentes peatonales previstos en el alcance del objeto contractual, debiendo determinarse técnicamente los criterios empleados para establecer el orden de prelación en virtud del cual priorizará la construcción de la menor cantidad de puentes.

En todo caso, teniendo en cuenta que, en el sistema de precios unitarios, el verdadero valor total solamente puede determinarse multiplicando la cantidad de unidades de ejecución efectivamente empleadas por el valor pactado para cada una de ellas, es de resaltar que en el dicho caso de limitaciones presupuestales acreditadas y la consecuente necesidad de priorización de los menores puentes a construir, no se requerirá proceder a una modificación contractual disminuyendo el alcance del objeto del Contrato, sino únicamente se requerirá levantar un acta bilateral de ajuste a las cantidades de obra que serán efectivamente construidas hasta el límite del presupuesto contractual aprobado por la contratante, tras la revisión del valor que arrojen los estudios y diseños.

Por los anteriores razonamientos, la OAJ considera que es factible que se reduzca el alcance del Contrato a fin de proceder con la construcción de un número inferior de puentes peatonales a los 12 descritos en el alcance del objeto y el anexo técnico del contrato de obra No. 9677-CV020-874-2023, solo si, con posterioridad a la definición bilateral de los mayores valores del APU, se encuentra técnicamente demostrada la imposibilidad de ampliar la provisión presupuestal prevista para la atención de la emergencia en cuestión y se determina con criterios técnicos la priorización de los puentes a construir.

- Sí es factible modificar el Contrato por adición de plazo, siempre que se encuentre vigente el plazo de ejecución del contrato y se dé aplicación a las normas procedimentales aplicables. En efecto, como se vio, la procedencia de la ampliación o prórroga temporal no se encuentra supeditada a limitaciones especiales más allá de los requisitos procedimentales previstos en el artículo 20 del Manual de Contratación de la Subcuenta Colombia Vital y en el apartado 4.4.3.1. de la Guía de Supervisión e Interventoría de la UNGRD.

Recomendaciones adicionales sobre la oportunidad de los acuerdos modificatorios

Zanjado lo anterior, esta Oficina se permite reiterar que toda modificación contractual podrá celebrarse durante el tiempo en que se encuentre vigente el plazo de ejecución del Contrato, con la debida antelación para que puedan surtirse las diferentes etapas del procedimiento modificatorio y el otrosí se suscriba antes del vencimiento del plazo para la ejecución contractual.

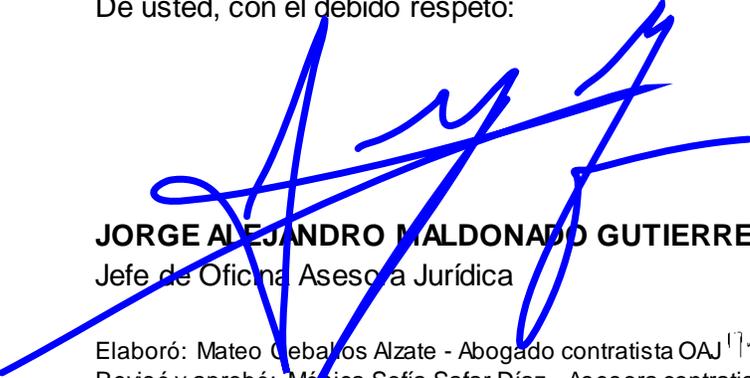
En ese sentido, conviene precisar que, incluso habiendo sido declarado el retorno a la normalidad de la situación de desastre o calamidad con base en la cual se habilitaron las normas especiales en materia de contratación, será dable para las partes proceder a celebrar los acuerdos modificatorios procedentes siempre que se encuentre vigente el plazo de ejecución del contrato y se dé aplicación a las normas procedimentales aplicables.

Nota aclaratoria

Finalmente, se recuerda a la solicitante que los conceptos jurídicos de la OAJ son una opinión o juicio o apreciación sobre un tema de carácter particular o general, a la que se llega después de un análisis de los hechos, de la normatividad, jurisprudencia y doctrina vigentes y aplicables al tema en estudio, que generalmente se expone en términos de conclusiones. Por lo cual, al ser instrumentos de información, no tienen la vocación de definir o modificar una situación jurídica concreta debido a que no son vinculantes, no definen algún derecho subjetivo particular (individual o colectivo), no asignan obligaciones, no generan, crean o extinguen responsabilidades, ni tampoco definen asuntos, actividades o funciones de trámite ordinario del desempeño de las labores de dependencias.

Así las cosas, este concepto jurídico se emite y suscribe en los términos del art. 28 de la ley 1437 de 2011, en virtud del cual, estos, son recomendaciones de carácter no vinculante, no serán de obligatorio cumplimiento, y constituyen simplemente un criterio orientador, por lo que, no pueden considerarse una justificación, ni una autorización para la toma de decisiones de las áreas competentes.

De usted, con el debido respeto:



JORGE ALEJANDRO MALDONADO GUTIERREZ
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Mateo Ceballos Alzate - Abogado contratista OAJ 
Revisó y aprobó: Mónica Sofía Safar Díaz - Asesora contratista OAJ 

Respuesta a la comunicación interna con radicado 2024IE06695 del 04 de octubre de 2024

1 mensaje

JORGE ALEJANDRO MALDONADO GUTIERREZ <jorge.maldonado@gestiondelriesgo.gov.co>

7 de noviembre de 2024, 8:44

Para: "MARIA CONSTANZA MEZA ELIZALDE," <maria.meza@gestiondelriesgo.gov.co>

Cc: Juridica Juridica <juridica@gestiondelriesgo.gov.co>, Paula Andrea Ramirez Brand <paula.ramirez@gestiondelriesgo.gov.co>, MATEO CEBALLOS ALZATE <mateo.cebillos@gestiondelriesgo.gov.co>, CAROLINA RODRIGUEZ RUIZ <carolina.rodriguez@gestiondelriesgo.gov.co>

PARA: **MARIA CONSTANZA MEZA ELIZALDE**
Subdirectora para la reducción del riesgo**DE:** **JORGE ALEJANDRO MALDONADO GUTIÉRREZ**
Jefe de la oficina asesora jurídica**ASUNTO:** Respuesta a la comunicación interna con radicado 2024IE06695 del 04 de octubre de 2024, mediante la cual se solicita a la OAJ concepto técnico respecto de la procedencia y mecanismo jurídico para efectuar modificaciones al alcance, plazo y valor del contrato de obra No. 9677-CV020-874-2023, suscrito entre el FNGRD y CONSORCIO RÍO SAN JUAN 2023 NIT.901.737.598-4.**TEMA:** Procedencia y mecanismo jurídico para modificación bilateral de contrato de obra por solicitud del interventor e iniciativa del contratista

RADICACIÓN 2024 IE 07552

Atentamente,



Jorge Maldonado
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica
Jorge.maldonado@gestiondelriesgo.gov.co
Teléfono: 6015529696 Ext:300
Av. Calle 26 No. 92 – 32, Ed. G4. Bogotá, Colombia
www.gestiondelriesgo.gov.co



El contenido del presente mensaje enviado por correo electrónico, incluyendo los archivos adjuntos, contiene información de carácter confidencial y de uso reservado para la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgos de Desastres – UNGRD, y se establece para uso privilegiado de sus destinatarios. Así mismo, la información de datos personales que se hayan recogido a través de este medio serán tratados de conformidad con lo establecido en la ley 1581 de 2012 y la ley 1266 del 2008 de Habeas Data. Si por error, usted ha recibido este mensaje y no es el destinatario, por favor, notifíquese al remitente y no use, informe, distribuya, imprima, copie o difunda este mensaje por ningún medio, en caso contrario podrá ser objeto de sanciones legales conforme a las Leyes o Normativas vigentes.



2024IE07552.pdf
603K