



SECRETARIA DE HACIENDA  
**ORIGEN:** Sd:292 - SUBDIRECCIÓN DE ASUNTOS CONTRACTUALES/PA  
**DESTINO:** CONTRALORIA DE BOGOTA/NELSON CASTAÑEDA MUÑOZ  
**ASUNTO:** CONCEPTO TRM EN CONTRATACION ESTATAL  
**OBS:** PROYECTO FANY FERNANDEZ

Bogotá D.C.,

Doctor  
**NELSON CASTAÑEDA MUÑOZ**  
 Director Sector Gobierno  
 Contraloría de Bogotá D.C.  
 NIT. 899.999.061  
 CR. 32A No. 26 A – 10 Piso 4  
 Bogotá. D.C.

**CONCEPTO**

Referencia	CORDIS No. SDH 2016ER38834 del 3 de mayo de 2016
Tema	Tasa Representativa del Mercado (TRM) en la Contratación Estatal.
Descriptor	Tasa Representativa del Mercado, contratación estatal, obligaciones en moneda extranjera, principio de conmutatividad, equilibrio económico del contrato, precio.
Problema jurídico	¿Cuál es el soporte legal que le permite a las entidades del Distrito pactar la forma de pago de los contratos en pesos y efectuar el pago en dólares tomando como base la Tasa Representativa del Mercado?
Fuentes formales	Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015, Decretos Distritales 517 de 2015 y 533 de 2015, Ley 9 de 1991, Decreto 1735 de 1993, Decreto 1082 de 2015, Resolución Externa del Banco de la República No. 8 del 5 de mayo de 2000.

**CONSULTA:**

Mediante Memorando SDH 2016ER38834 del 3 de mayo de 2016, el doctor Nelson Castañeda Muñoz, Director del Sector Gobierno de la Contraloría de Bogotá, solicita concepto sobre los temas que se relacionan a continuación y que tienen que ver con el manejo de la Tasa Representativa del Mercado (TRM) en la contratación estatal:





ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE HACIENDA

- 1- Cuál es el soporte legal para que las entidades del Distrito Capital pacten el valor de los contratos en pesos y la forma de pago en dólares.
- 2- Cuál es el soporte legal que le permite a las entidades del Distrito pactar en la forma de pago de los contratos suscritos en dólares la liquidación de la Tasa Representativa del Mercado (TRM) a la fecha de presentación de la factura tanto de importación como la de entrega final de los productos y si ellas llevan implícitas una modificación de adición al contrato.
- 3- Cuál es el soporte legal que le permite a las entidades del Distrito pactar en la forma de pago de los contratos suscritos en pesos tomando como base para su liquidación la Tasa Representativa del Mercado (TRM) a la fecha de presentación de las diferentes facturas, es decir que el valor lo toman en pesos y lo convierten en dólares.
- 4- Cuál es el soporte legal que le permite a las entidades del Distrito efectuar modificaciones al valor del contrato, justificadas en la forma de pago pactada en el contrato y que se relaciona con el reconocimiento de la TRM a la fecha de presentación de las diferentes facturas.
- 5- Existe una metodología o procedimiento para liquidar en el pago de los contratos pactados en pesos el reconocimiento de la TRM.
- 6- Es legal o no que el riesgo económico originado en la fluctuación de la TRM lo asuma en su totalidad la entidad contratante.
- 7- Es posible que como consecuencia de la liquidación TRM en los pagos efectuado en pesos, se genere un sobrecosto para la entidad contratante? más aun teniendo en cuenta que no se pactó una fecha límite para la presentación de las facturas.

### ANTECEDENTES:

La información es solicitada por la Contraloría de Bogotá, para que obre dentro la Auditoría de Regularidad Vigencia 2015, PAD 2016, Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, que adelanta en virtud de lo dispuesto en el literal a) del artículo 114 de la ley 1474 de 2011.



## FUNDAMENTO LEGAL:

### Ley 80 de 1993<sup>1</sup>

**“Artículo 4º.- De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales.** Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

3. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.”

**“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:

1o. 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. (Se subraya)

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 13º.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales.** Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.”

<sup>1</sup>Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública



ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE HACIENDA

**“Artículo 25 Del Principio de Economía.** En virtud de este principio:

6. Las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios. (Se subraya)

14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.”

**“Artículo 27.- 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. (...)”

**“Artículo 40º.- Del Contenido del Contrato Estatal.** Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.” (Se subraya)



ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE HACIENDA

## Ley 1150 de 2007<sup>2</sup>

**“Artículo 4o. De la distribución de riesgos en los contratos estatales.** Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

*En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.”*

A su turno, el artículo 1498 del Código Civil señala:

**“Artículo 1498. Contrato conmutativo y aleatorio.** El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.”

De igual manera, el artículo 2.2.1.1.6.1. del Decreto 1082 de 2015<sup>3</sup>, establece:

**“Artículo 2.2.1.1.6.1. Deber de análisis de las Entidades Estatales.** La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.”

Por su parte, los Decretos Distritales 517 de 2015<sup>4</sup> y 533 de 2015<sup>5</sup>, expedidos por el Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Capital, en el artículo 1º fijan el Presupuesto Anual de Rentas e Ingresos de Bogotá, Distrito Capital, para la vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de

<sup>2</sup> Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

<sup>3</sup> “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”

<sup>4</sup> “Por medio del cual se expide el Presupuesto Anual de Rentas e Ingresos y de Gastos e Inversiones de Bogotá, Distrito Capital, para la vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2016 y se dictan otras disposiciones”

<sup>5</sup> “Por medio del cual se liquida el Presupuesto Anual de Rentas e Ingresos y de Gastos e Inversiones de Bogotá, Distrito Capital, para la vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2016 y se dictan otras disposiciones”





ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE HACIENDA

2016, en pesos moneda corriente, lo anterior en razón a que la unidad monetaria de curso legal en Colombia es el peso colombiano.

**El artículo 4 de la Ley 9 de 1991<sup>6</sup>** consagra las categorías de las operaciones de cambio sujetas al régimen cambiario, dentro de las que incluye, entre otras, *"Los actos, contratos y operaciones en virtud de los cuales un residente resulte o pueda resultar acreedor o deudor de un no residente y los actos de disposición sobre los derechos u obligaciones derivados de aquellos (...)"*

Adicionalmente, **el artículo 10 del Decreto 1735 de 1993<sup>7</sup>** define como operaciones de cambio todas las comprendidas en las categorías establecidas en el artículo 4 de la Ley 9 de 1991, dentro de las que especifica, entre otras:

*"Todas las operaciones que impliquen o puedan implicar pagos o transferencias de moneda extranjera entre residentes y no residentes en el país".*

Sobre el tema, **la Resolución Externa No. 8 del 5 de mayo de 2000<sup>8</sup>** emitida por la Junta Directiva del Banco de la Republica consagra en el artículo 79 lo siguiente:

**"Artículo 79o. OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA.** *Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y no correspondan a operaciones de cambio serán pagadas en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta. Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y correspondan a operaciones de cambio, se pagarán en la divisa estipulada."*

## CONSIDERACIONES:

### Los contratos estatales y su régimen jurídico:

Los contratos Estatales son definidos como todo acto jurídico generador de obligaciones en el que una de las partes es una entidad pública, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa, o que estén sujetos a regímenes especiales, frente a los cuales se deberán aplicar en desarrollo de su actividad contractual, los principios de la función

<sup>6</sup> Estatuto Cambiario

<sup>7</sup> "Por el cual se dictan normas en materia de cambios internacionales.", compilado por el Decreto 1068 de 2015.

<sup>8</sup> "Por la cual se compendia el régimen de cambios internacionales".





ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE HACIENDA

administrativa de que tratan los artículos 209 y siguientes de la Constitución Política.

Debe mencionarse que en los procesos contractuales que adelantan las entidades que manejan y/o administran dineros públicos, se debe aplicar las normas de contratación administrativa que se encuentren vigentes al momento de la suscripción del contrato, hoy Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios.

El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 somete los contratos que celebren las entidades estatales a las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en dicha ley.

### **Establecimiento del precio en un contrato estatal:**

El Código Civil Colombiano<sup>9</sup> distingue en el contrato, materias de su esencia, de su naturaleza y accidentales, estableciendo que son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales no produce efecto alguno. Así, en el contrato estatal, el acuerdo entre las partes sobre el objeto y la contraprestación, son requisitos esenciales para su perfeccionamiento.

**Perfeccionar el contrato** es cumplir ciertos requisitos para que el acuerdo de voluntades tenga fuerza jurídica, por lo tanto, la omisión de alguno de los requisitos necesarios desemboca en la inexistencia del contrato y carece de efectos.

Así las cosas, dependiendo de las características propias del contrato a celebrar, **el precio es un elemento de la esencia del mismo** que se pacta por las partes que intervienen en la suscripción del contrato, siendo el valor estimado, el costo probable del contrato para fines presupuestarios y fiscales, es decir, todo contrato estatal se celebra para la realización cabal de un objeto contractual, sin que la obligación de las partes se limite a la “estimación” de la cláusula del precio.

El artículo 5 de la Ley 80 de 1993 señala que los contratistas tienen 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. (se resalta) Igualmente, el artículo 25 ibídem, alude al Principio de Economía que debe regir toda contratación estatal, y dentro de éste establece unas obligaciones presupuestales, tales como, la de constituir las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones

<sup>9</sup> Artículo 1501 del Código Civil





ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE HACIENDA

al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios. (se resalta)

Así mismo, las entidades deben incluir en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados. (se resalta)

Ante todo es preciso mencionar, que el contrato es un acuerdo entre las partes, por lo tanto, el pago del precio se realizará de acuerdo con lo consignado en el contrato respectivo.

Se resalta que el valor de los contratos se pacta en pesos, en razón a que la unidad monetaria de curso legal en Colombia es el peso colombiano. De igual manera, porque el Presupuesto Anual de Rentas e Ingresos y Gastos e Inversiones de Bogotá, Distrito Capital, está dado en pesos, tal como se establece en los Decretos 517 de 2015<sup>10</sup> y 533 de 2015<sup>11</sup>, expedidos por el Alcalde Mayor de Bogotá.

No obstante, se podrá pactar el valor del contrato en moneda extranjera, cuando se suscriba con una persona no residente en Colombia, evento en el cual, su precio se registrará presupuestalmente en moneda legal colombiana, pero se pagará en la divisa convenida a la tasa de cambio representativa del mercado de la fecha de pago, salvo que las partes en virtud del principio de conmutatividad de los contratos, convengan una fecha o tasa de referencia distinta. Lo anterior, de conformidad con las reglas jurídicas que ya se han mencionado.

Sobre el tema, se resalta que la Resolución Externa No. 8 del 5 de mayo de 2000<sup>12</sup> emitida por la Junta Directiva del Banco de la Republica consagra en el artículo 79 lo siguiente:

*“Artículo 79o. OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA. Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y no correspondan a operaciones de cambio serán pagadas en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas,*

<sup>10</sup> “Por medio del cual se expide el Presupuesto Anual de Rentas e Ingresos y de Gastos e Inversiones de Bogotá, Distrito Capital, para la vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2016 y se dictan otras disposiciones”

<sup>11</sup> “Por medio del cual se liquida el Presupuesto Anual de Rentas e Ingresos y de Gastos e Inversiones de Bogotá, Distrito Capital, para la vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2016 y se dictan otras disposiciones”

<sup>12</sup> “Por la cual se compendia el régimen de cambios internacionales”.







ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE HACIENDA

*salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta. Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y correspondan a operaciones de cambio, se pagarán en la divisa estipulada.”*

Es claro, que si al momento del cumplimiento de la obligación de pago se establece que hay variaciones significativas en el valor de la tasa cambiaria, y éstas son imprevistas, es preciso que opere la actualización monetaria, para que el valor efectivamente cancelado refleje la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, con la finalidad de no desequilibrar la ecuación financiera del contrato.

Sobre el tema, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*“(…) Deben diferenciarse “el reajuste y revisión de precios” por las partes de “la actualización o indexación monetaria”; mediante ésta se trata de preservar la equivalencia o representación monetaria del valor del contrato con el valor representativo real al momento del pago; recuérdese que en la mayoría de las veces por el transcurso del tiempo uno es el momento de ejecución y otro es el momento del pago. La actualización compensa, mediante la corrección, el efecto inflacionario de la moneda, generalmente, hasta el momento en el que se efectúe el pago (…).*

*Para la Sala la inflación en nuestro país, tal y como lo manifestó el actor en sus alegatos de segunda instancia, es un hecho o fenómeno real que se incrustó en nuestra economía hace varias décadas; es de notoriedad pública y de conocimiento, aún en los más neófitos en temas económicos. Por lo tanto puede afirmarse, que en si misma, la inflación no es un hecho imprevisible en Colombia, pero lo que si puede ser imprevisible en algunos casos es el aumento desorbitado del porcentaje de inflación, cuando en la fórmula pactada en el contrato por las partes para el reajuste de los precios, no se incluyen factores para la recuperación de la inflación; vgr. Índices de inflación proyectados en los índices de precios al consumidor y/o al productor o en los índices de ingresos bajos.”<sup>13</sup> (Se destaca).*

En esa perspectiva, la inflación al margen de ser un hecho que puede ser previsible, sí puede afectar la economía del contrato estatal y, por lo tanto, en estos supuestos habrá lugar a verificar si la fórmula de ajuste de precios reconoce o tiene en cuenta ese factor económico para la actualización de los valores. En caso contrario, si el sistema adoptado por las partes no tiene en cuenta los índices de precios al consumidor o al productor y se logra acreditar

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2001, exp. 12083, M.P. María Elena Giraldo Gómez.





ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE HACIENDA

que el proceso inflacionario afectó la ecuación financiera del negocio, será procedente decretar el restablecimiento de la misma.

*“De igual manera, resulta pertinente diferenciar el reajuste de precios con la indexación o actualización monetaria, puesto que lo que pretende ésta es traer a valor presente a la fecha de pago las sumas que fueron acordadas al momento de celebración del contrato, es decir, en este último escenario se procura que al instante del cumplimiento de la obligación de pago el valor efectivamente cancelado refleje la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Contrario sensu, la fórmula de reajuste de precios atiende a que se mantengan las condiciones de los componentes esenciales del precio del negocio jurídico, de tal suerte que las variaciones significativas que operen en los factores determinantes del mismo sean reconocidas a efectos de no desequilibrar la ecuación financiera del contrato.”*<sup>14</sup>

Es importante traer a colación el siguiente extracto de la Sentencia del Consejo de Estado, que resuelve en gran parte el interrogante planteado por la Contraloría Distrital.:

*“En caso de haberse pactado en los contratos estatales obligaciones en moneda extranjera, estas últimas sólo podrán pagarse en tales divisas cuando los contratos respectivos se celebren entre una entidad del Estado y una persona no residente, de acuerdo con las normas cambiarias. Teniendo en cuenta que las entidades públicas, en términos del artículo 2 del Decreto 1735 de 1993, tienen el carácter de residentes, los demás contratos que celebren tendrán el carácter de operaciones internas y por ello tales obligaciones deberán pagarse en moneda legal colombiana.”*

*“En relación con la tasa de cambio a tener en cuenta para liquidar las obligaciones pactadas en moneda extranjera, estableció el artículo 79 de la Resolución 008 emanada de la Junta Directiva del Banco de la República que éstas deberán pagarse en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado, en la fecha en la cual las operaciones fueron contraídas, salvo que las partes convengan una fecha o tasa de referencia distinta. La regla general entonces indica que esas obligaciones se han de liquidar con la tasa representativa del mercado vigente al momento en el cual surgió la obligación, salvo que las partes convencionalmente hayan establecido otra cosa, en cuyo caso primará esta convención”.*<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 7 de febrero de 2010

<sup>15</sup> Consejo de Estado, M.P. Hernán Andrade Rincón, Radicado No. 25000-23-26-000-1996-02446-01(22713).



## Principio conmutatividad y mantenimiento del equilibrio económico del Contrato.

En la teoría del negocio jurídico y, específicamente, en relación con los contratos de tracto sucesivo o ejecución periódica, siempre ha existido una controversia permanente entre la libertad de las partes quienes libremente se vinculan y se obligan a una serie de prestaciones que deben ser cumplidas en los términos estipulados en la convención, y la visión principalmente solidaria del contrato, en donde la ejecución de las obligaciones atiende a las diversas circunstancias que pueden llegar a modificar las condiciones iniciales del acuerdo de voluntades.

En nuestro ordenamiento positivo es importante tener en cuenta los artículos 4, 5 Num. 1, y 25 de la Ley 80 de 1993, los cuales coinciden en reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, como quiera que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado.

Así mismo, el artículo 27 del mismo ordenamiento, fija como cláusula general de los contratos estatales que *“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.”*

Se observa que esta norma fija una fórmula que permite aplicar el principio de la equivalencia económica a todas las situaciones en que se pueda alterar o modificar la relación jurídica contractual por causas ajenas al contratista.

Se advierte también que el artículo 1498 del Código Civil, norma a la que nos remitimos por disposición expresa del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, inserta la condición conmutativa del contrato estatal, según la cual, *“el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...”* En consecuencia, lo que delimita la citada naturaleza del negocio jurídico estatal está referido a la equivalencia de la prestación y contraprestación, sin llegar al extremo de pretender una exactitud matemática.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado en diversos pronunciamientos que uno de los principios que integran el régimen de los





ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE HACIENDA

contratos estatales, es el de reciprocidad o equivalencia de las prestaciones, como resultado del carácter sinalagmático y conmutativo del contrato, que permite detectar los desequilibrios surgidos en la ejecución contractual, los cuales deben ser corregidos para lograr los cometidos estatales ínsitos en la contratación pública.

Sobre el tema, dicha Corporación señaló:<sup>16</sup>

*“Por lo tanto, la conmutatividad supone simetría en las prestaciones que integran las obligaciones recíprocas que se desprenden para las partes, sin que esa circunstancia suponga en todos los casos asegurar la utilidad al contratista; en otros términos, es posible que en un contrato conmutativo al margen de la satisfacción de los intereses inherentes al acuerdo, se presenten pérdidas económicas para cualquiera de las partes puesto que esa es posibilidad es inherente a cualquier negocio jurídico.”*

Frente el asunto bajo examen, la Corte Constitucional puntualizó:

*“Bajo este supuesto, se radica en cabeza del contratista el derecho a que la administración respete el carácter sinalagmático del contrato, cuando la igualdad de las prestaciones -derechos y obligaciones contractuales- se vean afectadas si sobrevienen hechos imprevistos o de suficiente identidad durante la celebración, ejecución y liquidación del contrato -áreas anormales o extraordinarios-, ya sea que éstos procedan de fenómenos administrativos (poderes exorbitantes, hechos del príncipe y responsabilidad contractual), coyunturales (causas económicas, políticas o sociales) o naturales (fuerza mayor o factores exógenos imprevisibles). En este sentido, la relación sinalagmática del contrato se asume como un mero desarrollo del principio de justicia conmutativa que, con carácter de derecho imperativo, -se ha dicho ya- justifica la traslación de los riesgos extraordinarios que operan durante la vigencia del negocio jurídico a la Administración Pública, con independencia de que éstos se hubieren pactado o no en el texto formal del acuerdo de voluntades.*

(...)

*En efecto, si la situación económica del sujeto que colabora con el Estado en la consecución de sus fines, resulta ser modificada por el surgimiento de nuevas obligaciones o cargas, la Administración Pública tiene el deber jurídico de restablecer el sinalagma económico del contrato y entrar a satisfacer los*

<sup>16</sup> Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Enrique Gil Botero, 7 de febrero de 2010



ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE HACIENDA

*derechos del contratista afectado por los mayores costos, dando así aplicación a los principios constitucionales de justicia conmutativa (art. 2°), igualdad (art. 13) y garantía de los derechos adquiridos (art. 58) a los que ya se ha hecho referencia.”<sup>17</sup>*

Como se aprecia, al mediar el interés general en el contrato estatal, la administración pública no persigue un objetivo particular o individual sino el cumplimiento de los propósitos públicos; en esa medida, la finalidad consiste en la ejecución de la obra o la prestación del servicio en un escenario de eficiencia<sup>18</sup>.

A su turno, el Consejo de Estado advirtió:

*“El concepto del equilibrio económico o financiero del contrato nació de la jurisprudencia y de la doctrina como una necesidad de proteger el aspecto económico del contrato, frente a las distintas variables que podrían afectarlo y para garantizar al contratante y al contratista el recibo del beneficio pactado. Respecto del contratista dicho equilibrio implica que el valor económico convenido como retribución o remuneración a la ejecución perfecta de sus obligaciones (prestación del servicio o suministro de bienes etc) debe ser correspondiente, por equivalente, al que recibirá como contraprestación a su ejecución del objeto del contrato; si no es así surge, en principio, su derecho de solicitar la restitución de tal equilibrio, siempre y cuando tal ruptura no obedezca a situaciones que le sean imputables”<sup>19</sup>*

Así mismo, sobre de la **conmutabilidad** del contrato estatal, como elemento de la naturaleza del mismo, la doctrina ha precisado:

*“Pertenece hoy a la naturaleza de los contratos administrativos su carácter conmutativo. Y cuando aun así, la aparición de factores imposibles de prever en el momento de celebración del contrato, hacen excesivamente onerosa la obligación del último, la teoría de la imprevisión interviene para restablecer el equilibrio. (...)*

<sup>17</sup> 1 Corte Constitucional; Sentencia C-892 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>18</sup> “(...) la revisión de precios era el mecanismo idóneo para satisfacer la finalidad de interés público del contrato de obra pública, puesto que si la administración pública optaba por otra fórmula diferente, como la de obligar al contratista a ejecutar los trabajos al precio inicialmente pactado, necesariamente lo colocaría en una situación ruinoso que le impediría cumplir sus obligaciones, lo que entorpecería la prestación regular de los servicios públicos; o si optaba por la resolución del contrato, posteriormente tendría que contratar la ejecución de las mismas obras a los nuevos precios del mercado, lo que también sería contrario a la eficiencia administrativa.” ESCOBAR Gil, Rodrigo “Teoría General de los Contratos de la Administración Pública”, Ed. Legis, Bogotá, 2002, pág. 590.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2004, exp. 14578, M.P. María Elena Giraldo Gómez.



ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE HACIENDA

*“El Estado no persigue propósitos de lucro; su fin es otro: dar cumplida satisfacción a las necesidades públicas colectivas”<sup>20</sup>.*

De igual manera señaló:

*“La característica de conmutatividad es la que engendra la aplicación del principio de la ecuación contractual, aunque el ordenamiento jurídico no lo contemple. Bajo esa órbita también es que tiene plena operancia el derecho al reajuste de los precios, aún en casos de pactos de precios fijos, si las hipótesis de tiempo, modo y lugar que sirvieron de base para el cálculo de los mismos fracasa por hechos no atribuibles al contratista. Reajuste obligatorio sin necesidad siquiera de pacto, especialmente en economías inflacionarias como la nuestra.”<sup>21</sup>.*

Así las cosas, el citado principio medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento.

En el evento de presentarse un desequilibrio económico para el contratista, éste deberá presentar reclamación ante la entidad pública, durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación, y deberá demostrar las circunstancias económicas de pérdida.

Lo propio sucede para el caso en que la entidad estatal estime que la ecuación contractual se está rompiendo en su contra, oportunidad en la que deberá dar a conocer al contratista las razones de su pérdida para que en consenso sean restablecidas durante la ejecución y/o liquidación del contrato.

### **Distribución del riesgo en los contratos estatales:**

El artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 establece que la entidad estatal debe incluir en los pliegos de condiciones o su equivalente, la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación, que pueda alterar el equilibrio económico del contrato. Así mismo, deberá señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los

<sup>20</sup> BERCAITZ, Miguel Ángel “Teoría General de los Contratos Administrativos”, Ed. Depalma, 2ª ed., Buenos Aires, 1980, pág. 352 y 353.

<sup>21</sup> “DÁVILA Vinuesa, Luis Guillermo “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal”, Ed. Legis, 2ª ed., Bogotá D.C., 2003, pág. 355.





ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE HACIENDA

oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

Lo anterior significa, que el manejo del riesgo por parte de la administración comprende desde la planeación del contrato hasta la terminación del plazo acordado, la liquidación del contrato, el vencimiento de las garantías de calidad o la disposición final del bien.

A su turno, el Decreto 1510 de 2013<sup>22</sup> define el **Riesgo** como un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un contrato, además establece, que la entidad estatal debe evaluar el riesgo que el proceso de contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos.

#### **Modificación o adición en el valor del contrato:**

La adición es un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presentan cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer. En estos casos, puede acudir a una adición del contrato inicial con las limitaciones previstas en la ley.<sup>23</sup>

Se advierte que la revisión o actualización de precios no conlleva la modificación, ni adición del contrato, así lo advierte un concepto emitido por el Consejo de Estado, del cual se extractan los siguientes apartes:

*“Igualmente, la mencionada ley (Ley 80 de 1993) conservó el criterio de excluir de la adición del contrato los reajustes o revisión de precios. Así se desprende de lo dispuesto en los artículos 4º numeral 8º, 14 numeral 1º, 16, 25 numerales 13 y 14, y 27 que disponen la aplicación de mecanismos de ajustes de precios sin referirlos a la estipulación de una adición del contrato. Específicamente el **numeral 14 del artículo 25** ordena a las entidades estatales incluir en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos que se originen, entre otras causas, en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.*

(...)

<sup>22</sup> “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”

<sup>23</sup> Artículo 16 y 40 de la Ley 80 de 1993





ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE HACIENDA

En consecuencia, hay que distinguir la determinación del precio del contrato, que se logra mediante los instrumentos de reajuste o revisión de precios, de la necesidad de agregar elementos no previstos en el contrato inicial pero cuya ejecución es indispensable por su conexidad con aquél, que se logra mediante la adición del contrato, tanto al objeto para incluirlos, como al valor para cubrir su costo y, si fuere necesario, al plazo para lograr su oportuna ejecución. La determinación del monto del precio o remuneración, con base en la aplicación de un porcentaje decreciente sobre unos rangos de sumas crecientes, también constituye una modalidad semejante al reajuste o revisión de precios. En este último caso se aplicaría la adición del contrato en cuanto fuera necesario aumentar o disminuir los porcentajes o los parámetros de aplicación de los mismos.<sup>24</sup>

Adicional a lo anterior, se considera necesario transcribir algunos de los apartes de la "Guía para la Elaboración de Estudios de Sector", expedida por la Agencia Nacional De Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- y que se encuentra publicada en su página Web [www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co):

## **"II. Estructura del Análisis Económico de Sector (...)**

### **A. Aspectos generales**

#### **Económico:**

Análisis de datos de: (i) productos incluidos dentro del sector; (ii) agentes que componen el sector; (iii) gremios y asociaciones que participan en el sector; (iv) cifras totales de ventas; (v) perspectivas de crecimiento, inversión y ventas; (v) variables económicas que afectan el sector como inflación, variación del SMMLV y la tasa de cambio; (vi) cadena de producción y distribución; (vii) materias primas necesarias para la producción y la variación de sus precios; y (viii) dinámica de importaciones, exportaciones y contrabando, en caso de que aplique. (...)

### **2. ¿Cuál es la dinámica de producción, distribución y entrega de bienes, obras o servicios? (...)**

La Entidad Estatal debe conocer el proceso de producción, distribución y entrega de los bienes, obras o servicios, los costos asociados a tales procesos,

<sup>24</sup> Concepto Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 1.121, 26 de agosto de 1998





ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE HACIENDA

*cuáles son las formas de distribución y entrega de bienes o suministro del servicio. (...)*

*El análisis debe incluir los precios, su comportamiento histórico y las perspectivas de cambios sobre estos.*

*Algunas variables que pueden incidir en los precios son la variación del IPC, variación de la tasa de cambio y el cambio en los precios de materias primas.*  
(Subrayado fuera de texto)

### CONCEPTO:

De las consideraciones legales, jurisprudenciales y doctrinales precedentes, se puede concluir:

Los contratos suscritos por las entidades estatales, del orden nacional, departamental, municipal o distrital, deben ajustarse a la Constitución Política, a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y a sus decretos reglamentarios, también están determinados por los principios que rigen las relaciones contractuales privadas, como autonomía de la voluntad de las partes, mutuo consentimiento, buena fe, equilibrio económico o conmutatividad, entre otros. y para los casos excepcionales, esto es, para las entidades prestadoras de servicios públicos a la Ley 142 de 1994 y a sus manuales de contratación y en todos lo que no se encuentre allí previsto, al Código Civil y al Código de Comercio Colombiano.

Los contratos estatales obedecen a la necesidad de la entidad estatal para adquirir un bien, obra o servicio, para lo cual se requiere de un estudio de mercado, a través del cual se determine el precio razonado y justo que cancelará la entidad al contratista por la ejecución del objeto contractual, incluyendo los reajustes, la administración, imprevistos y utilidades – A.I.U., en los casos a que haya lugar, valor que debe constar en el contrato, como resultado del ofrecimiento que haga el oferente al momento de presentar la propuesta en pesos colombianos, por tratarse de un contrato suscrito en Colombia, suma que deberá estar soportada en un certificado de disponibilidad presupuestal.

El pago del precio se realizará de acuerdo con lo consignado en el contrato. La regla es que las entidades del estado pacten el valor de sus contratos en pesos colombianos, teniendo en cuenta que ésta es nuestra unidad monetaria y de cuenta y constituye el único medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado en el territorio nacional. (Arts. 6 y 8, Ley 31 de 1992)





Así mismo, las entidades sólo pueden abrir procesos de selección o suscribir contratos cuando cuenten con las respectivas disponibilidades presupuestales, las cuales únicamente pueden ser expedidas en pesos colombianos, en razón a que nuestro presupuesto está dado sólo en esta moneda.

De acuerdo con las normas cambiarias, solamente, se podrá pactar el valor del contrato en moneda extranjera, cuando se suscriba con una persona no residente en Colombia, evento en el cual, su precio se registrará presupuestalmente en moneda legal colombiana, pero se pagará en la divisa convenida a la tasa de cambio representativa del mercado de la fecha de pago, salvo que las partes en virtud del principio de conmutatividad de los contratos, convengan una fecha o tasa de referencia distinta.

Téngase en cuenta que las partes pueden pactar condiciones, cláusulas o estipulaciones que permitan garantizar el equilibrio económico del contrato y por ende, el pago del valor del mismo conforme con el justo precio del bien o servicio que se tenga en el mercado, con base en la incidencia del comportamiento del dólar, y el principio de la conmutatividad de los contratos.

Adviértase, que el equilibrio económico del contrato es un instrumento idóneo previsto en la ley y desarrollado por la jurisprudencia para garantizar en los contratos de tracto sucesivo o ejecución periódica, que el paso del tiempo y los fenómenos exógenos, como aquellas circunstancias ajenas, no imputables a las partes y que surgen de manera imprevista, mantengan la vigencia del precio pactado por el paso del tiempo y los factores económicos, como es el caso de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda o el cambio de la moneda que puede afectar la ecuación financiera del negocio.

Por tal razón, la estimación de los riesgos que puedan surgir durante la ejecución de un contrato, debe definirse desde el momento de la planeación e incluirla en los pliegos de condiciones o su equivalente, para que en caso de la ocurrencia de alguna situación relacionada y ajena a la ejecución normal del contrato, oriente quién debe asumir la ocurrencia del riesgo y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato que con el suceso pudo originar la pérdida contractual.

Es preciso anotar, que en el evento de presentarse un desequilibrio económico para el contratista, la administración debe restablecer 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, que afecten en forma extraordinaria, real, grave y significativa la equivalencia entre





derechos y obligaciones convenida y contemplada por las partes al momento de la celebración del contrato.

En este caso, el contratista deberá presentar reclamación ante la administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación, para lo cual deberá demostrar las circunstancias económicas de pérdida.

Lo propio sucede para el caso en que la entidad estatal estime que la ecuación contractual se está rompiendo en su contra, oportunidad en la que deberá dar a conocer al contratista las razones de su pérdida para que en consenso sean restablecidas durante la ejecución y/o liquidación del contrato.

Es claro, que la actualización monetaria refleja la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, así que pretender traer a valor presente a la fecha de pago, las sumas que fueron acordadas al momento de celebración del contrato, manteniendo las condiciones esenciales del precio del negocio jurídico, por lo cual allí no existe reajuste de precios, sino actualización del valor de la moneda.

Ahora bien, es fácil advertir, que la actualización del precio por efecto de la corrección monetaria, no modifica el contrato, téngase en cuenta, que la modificación y/o adición se utilizan para incluir allí, elementos no previstos en el contrato celebrado, y que resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer, lo cual no ocurre en el caso bajo examen.

Con fundamento en las normas jurídicas y pronunciamientos jurisprudenciales que se han citado, se resuelven en concreto los interrogantes formulados por la Contraloría Distrital, en los siguientes términos:

- 1- Cuál es el soporte legal para que las entidades del Distrito Capital pacten el valor de los contratos en pesos y la forma de pago en dólares.

El soporte legal para que las entidades del Distrito Capital pacten el valor de los contratos en pesos y la forma de pago en dólares son: el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, Ley 31 de 1992 y la Resolución Externa 08 de 2000, expedida por el Banco de la República.

- 2- Cuál es el soporte legal que le permite a las entidades del Distrito pactar en la forma de pago de los contratos suscritos en dólares la liquidación de la Tasa Representativa del Mercado (TRM) a la fecha de presentación de la factura tanto de importación como la de entrega final de los





productos y si ellas llevan implícitas una modificación de adición al contrato.

El soporte legal lo constituyen el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y la Resolución 08 de 2000, expedida por el Banco de la República. Tal como lo ha sostenido la jurisprudencia, no implican una adición o modificación del contrato.

- 3-Cuál es el soporte legal que le permite a las entidades del Distrito pactar en la forma de pago de los contratos suscritos en pesos tomando como base para su liquidación la Tasa Representativa del Mercado (TRM) a la fecha de presentación de las diferentes facturas, es decir que el valor lo toman en pesos y lo convierten en dólares.

El soporte legal lo constituyen los artículos 5, 25 y 40 de la Ley 80 de 1993 y la Resolución 08 de 2000, expedida por el Banco de la República.

- 4-Cuál es el soporte legal que le permite a las entidades del Distrito efectuar modificaciones al valor del contrato, justificadas en la forma de pago pactada en el contrato y que se relaciona con el reconocimiento de la TRM a la fecha de presentación de las diferentes facturas.

La actualización del precio por efecto de la corrección monetaria, trae a valor presente a la fecha de pago, las sumas que fueron acordadas al momento de celebración del contrato, por lo cual mantiene las condiciones esenciales del precio del negocio jurídico. Así las cosas, no existe reajuste, ni modificación en el valor del contrato.

- 5- Existe una metodología o procedimiento para liquidar en el pago de los contratos pactados en pesos el reconocimiento de la TRM.

Es un aspecto que puede estar contemplado en los documentos contractuales de las entidades estatales, teniendo en cuenta las normas de contratación estatal y sobre todo las resoluciones que ha expedido el Banco de la República.

- 6- Es legal o no que el riesgo económico originado en la fluctuación de la TRM lo asuma en su totalidad la entidad contratante.

De conformidad con lo establecido en la Ley 1150 de 2007, este es un aspecto que deberá expresarse en los documentos contractuales de las entidades estatales. La asunción del riesgo, por parte de las entidades





ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE HACIENDA

contratantes y de los contratistas, deberá tener en cuenta la especificidad de cada contrato, pudiendo ser ésta diferente en cada uno de éstos.

- 7- Es posible que como consecuencia de la liquidación TRM en los pagos efectuado en pesos, se genere un sobrecosto para la entidad contratante? más aun teniendo en cuenta que no se pactó una fecha límite para la presentación de las facturas.

Como se ha reconocido jurisprudencialmente, no se trata con la liquidación de la tasa representativa del mercado, de un costo para la entidad contratante, sino de un mecanismo para preservar el equilibrio financiero entre las partes.

Cordialmente,

**LEONARDO ARTURO PAZOS GALINDO**  
Director Jurídico

Revisado por:	Manuel Ávila Olarte	MAO
Proyectado por:	Fanny Fernández Mendoza	<i>fanny</i>



