



OFICINA JURÍDICA

Bogotá D.C., 26 de febrero del 2016

CONCEPTO: 005-OJ-2016

PARA: CLAUDIA ISABEL NIÑO IZQUIERDO
Secretaria General INML y CF

DE: LIFE ARMANDO DELGADO MENDOZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

REFERENCIA: Oficio del 22 de enero de 2016, recibido con Guía 937303634 Servientrega (8 folios) el 25 de enero de 2015.

ASUNTO: SOLICITUD DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO N° 143-SG-2015 DEL PROCESO LICITACION PUBLICA 01-SG-2015.

Mediante oficio del 22 de enero de 2016, la señora Claudia Silvina Villamizar Mujica, Gerente de la Firma VM Ingenieros LTDA., presenta sustento de desequilibrio económico del Contrato No. 143-SG-2015, basados en la Teoría de la Imprevisión.

En consecuencia, se procede a dar respuesta en los términos del artículo 28 de la ley 1755 de 2011:

I. PROBLEMA JURÍDICO

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

¿Es viable autorizar el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato N°143-SG-2015 por la actual fluctuación del dólar, basados en la teoría de la imprevisión o del hecho del príncipe?

II. ANTECEDENTES.

El 21 de mayo de 2015, el Instituto adjudicó la Licitación Pública 01-SG-2015, a VM Ingenieros LTDA., cuyo objeto consistió en la "CONSTRUCCIÓN Y DOTACIÓN SEDE MEDICINA LEGAL SECCIONAL CALDAS - MANIZALES, SEGUNDA ETAPA."; cuyo

18 Congreso Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses
"Las Ciencias Forenses hacia una Colombia diversa y en paz"
Del 9 al 12 de agosto de 2016 Santiago de Cali – Colombia
congreso@medicinalegal.gov.co
"Servicio Forense para una Colombia diversa y en paz"
Calle 7A N° 12 A -51 @medicinalegal.gov.co
conmutadores 4069977/44 Ext _____
www.medicinalegal.gov.co

plazo de ejecución se estableció en 5 meses, previo perfeccionamiento, legalización y cumplimiento de los requisitos de ejecución y acta de inicio.

El 27 de noviembre de 2015, la entidad suscribió Otrosí Modificatorio N°1 a petición del contratista, para prorrogar el plazo de ejecución hasta el 28 de diciembre de 2015 y adicionar el valor del contrato en la suma de treinta millones ochocientos sesenta y cinco mil pesos moneda corriente (\$30.865.000) incluido AIU e IVA.

El 28 de diciembre de 2015, el contratista mediante Oficio N°143-163-2015 del 17 de diciembre de 2015 presenta al Interventor del contrato, solicitud para ampliar el plazo de ejecución hasta el 23 de enero de 2016, con el fin de terminar los trabajos contratados.

Con oficio del 22 de enero de 2016, la señora Claudia Silvina Villamizar Mujica, Gerente de la Firma VM Ingenieros LTDA, solicita el restablecimiento del desequilibrio económico del contrato No. 143-SG-2015, basado en la Teoría de la Imprevisión y del Hecho del Príncipe.

Se toma en cuenta para este análisis como hecho notorio, ampliamente conocido y divulgado la circunstancia de la fluctuación del dólar desde el año inmediatamente anterior a la fecha.

La parte técnica con oficio No.154-GNAC-SAF-2016 del 1 de marzo de 2016, solicita al contratista para la revisión del equilibrio económico del contrato, presentar, entre otros, los siguientes documentos:

- *Plan de compras en donde se muestra claramente las fechas en las que se debieron adquirir los elementos objeto de reclamación.*
- *Análisis de precios unitarios aprobados por la interventoría al inicio de las obras donde se establezca el valor de los elementos en estudio.*
- *Cotizaciones de los elementos adquiridos y factura de los mismos para poder establecer que en el mercado no existía un valor inferior para ser adquirido.*
- *Cálculo de las diferencias encontradas por unidad y por cantidad total contratada.*

Por lo anteriormente expuesto encontramos que el documento presentado por el contratista es meramente informativo pero carece de información con la cual pueda efectuarse un análisis detallado y pormenorizado que pueda conllevar a definir un



INSTITUTO DE MEDICINA
LEGAL Y
CIENCIAS
FORENSES

OFICINA JURIDICA

desequilibrio económico del contrato. Así las cosas consideramos que la reclamación carece de todo fundamento y no posee los elementos y herramientas requeridas para llegar a la conclusión presentada por el contratista”.

III. CONSIDERACIONES

Es pertinente acudir al presupuesto legal explicado por la Jurisprudencia y necesario para dar aplicación a la Teoría del Hecho del Príncipe o de la Imprevisión en los Contratos Estatales, respecto a la contratación estatal y en lo referente a las circunstancias que podrían conllevar al presunto desequilibrio económico, así:

a) Fundamentos legales

El artículo 27 de la Ley 80 de 1993, determina:

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.

b) Fundamentos jurisprudenciales.

En relación con los supuestos en los cuales se puede presentar el desequilibrio económico en materia contractual, la Sala Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia radicada bajo el No. 4028 (14577) del 29/05/2003, presenta tres teorías, a saber:

1. **“LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN**, se presenta cuando 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. Resulta, entonces, procedente su aplicación cuando se cumplen las siguientes condiciones: -La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato. -Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato. -Que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato. Respecto del primer



f



INSTITUTO DE
MEDICINA
LEGAL Y
CIENCIAS
FORENSES

OFICINA JURIDICA

requisito, cabe precisar que no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el hecho proviene de la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que permiten diferenciar esta figura del hecho del príncipe, el cual, como se indicó, es imputable a la entidad. En cuanto a la alteración de la economía del contrato, es de la esencia de la imprevisión que la misma sea extraordinaria y anormal; "supone que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever". Es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever (...). **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 extraordinario; es siempre un álea normal que debe permanecer a cargo del contratante". En relación con la imprevisibilidad del hecho, cabe precisar que si éste era razonablemente previsible, no procede la aplicación de la teoría toda vez que se estaría en presencia de un hecho imputable a la negligencia o falta de diligencia de una de las partes contratantes, que, por lo mismo, hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna.

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN
TERCERA – SUBSECCIÓN A Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ Bogotá
D.C., veintinueve (29) de enero dos mil catorce (2014) RADICACIÓN:
25000232600020021616 01 EXPEDIENTE: 28402 ACTOR: OROMAX LTDA.
DEMANDADO: NACION - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA REFERENCIA:
CONTRACTUAL –

“En ese sentido, la Sala considera que el hecho de que el contratista pretendiera estructurar su propuesta en una suma fija ligada a una tasa representativa del mercado estática, sin ninguna fórmula que permitiera dinamizarla para afrontar las previsibles e inminentes fluctuaciones que sufriría el valor del peso colombiano con respecto al dólar norteamericano a lo largo del contrato, máxime a sabiendas de que el mismo no se celebraría inmediatamente al cierre de la licitación y que además su objeto se ejecutaría en un lapso de tres meses posteriores a su suscripción, revela una actitud poco precavida del colaborador de la Administración.



INSTITUTO DE
MEDICINA
LEGAL Y
CIENCIAS
FORENSES

OFICINA JURÍDICA

“(…) de tal suerte que resultaba perfectamente previsible el proceso de constante incremento de la respectiva tasa de cambio y un comerciante profesional que sabía a la perfección que los bienes por él ofertados en suministro debía adquirirlos a importadores que le facturaban en pesos colombianos pero teniendo en cuenta el monto de dichos bienes en dólares norteamericanos, naturalmente no podía pretextar su desconocimiento acerca de la constante y ascendente variación del tipo de cambio del dólar de los Estados Unidos de Norteamérica en relación con la moneda nacional, fenómeno reiterado y suficientemente notorio para el momento histórico en que se presentó la oferta, se celebró el contrato y se ejecutaron sus diversas prestaciones”.

Esta teoría regula tres situaciones que se pueden presentar durante la ejecución del contrato, así:

- *un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo,*
- *una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas,*
- *un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible”.*

Para dar aplicación a esta teoría, el contratista debe probar que se halla en déficit, es decir, que ha sufrido una pérdida de utilidad, la cual no debe confundirse con lo que se deja de ganar o con la totalidad de lo que se pretendía ganar, porque de ser así, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida de este asunto.

Por lo anterior, resulta indispensable esperar la conclusión técnica de los análisis de precios unitarios y el balance general del contrato para determinar si realmente el contratista ha sufrido pérdida de utilidad.

2. TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE

Esta teoría trata de hechos o actos del Estado que deben provenir de la autoridad pública que celebró el contrato y que afecten el desarrollo normal del mismo.

R



INSTITUTO DE
MEDICINA
LEGAL Y
CIENCIAS
FORENSES

OFICINA JURIDICA

El hecho o acto del Estado se manifiesta a través de decisiones jurídicas o acciones materiales que pueden modificar las cláusulas contractuales o las condiciones objetivas o externas del contrato, el acto debe ser de poder anormal o extraordinario y que lesione los derechos del contratista, caso en el cual procede la indemnización siempre y cuando afecte la ecuación financiera del contrato. Pero si se profieren disposiciones generales, que sólo tornen un poco más gravoso el contrato, éste queda a cargo del contratista.

Al respecto, la SECCION TERCERA SUBSECCION C DEL CONSEJO DE ESTADO, MP ENRIQUE GIL BOTERO el 30 de enero de 2013, Radicación número: 08001-23-31-000-1998-00748-01(24020) expresó:

En relación con la condición de la autoridad que profiere la norma general, para la doctrina y la jurisprudencia francesa el hecho del príncipe (le fait du prince) se configura cuando la resolución o disposición lesiva del derecho del cocontratante emana de la misma autoridad pública que celebró el contrato, lo cual permite afirmar que constituye un caso de responsabilidad contractual de la administración sin culpa. La justificación de esta posición radica en la ausencia de imputación del hecho generador del perjuicio cuando éste proviene de la ley, por cuanto el autor del acto -Nación, Congreso de la República- puede ser distinto de la administración contratante. No obstante no se priva al contratista de la indemnización, ya que podrá obtenerla a través de la aplicación de la teoría de la imprevisión”.

... En este sentido, y compartiendo la opinión sostenida por una parte importante de la doctrina, entendemos que el hecho del príncipe debe ser siempre una decisión o una conducta que pueda imputarse a la misma autoridad pública que celebró el contrato”.

... De tal modo, no quedan comprendidas dentro del concepto de hecho del príncipe aquellas decisiones y conductas que correspondan a autoridades públicas distintas de aquella que es parte en el contrato de que se trate ya sea que pertenezcan al mismo orden jurídico o a otro distinto... (Subrayados y resaltados fuera del texto).

- Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que en este caso, el verdadero hecho constitutivo de esta solicitud obedece al alza del dólar, situación que no corresponde a una medida estatal y menos del contratante, por lo tanto, no es una



INSTITUTO
COLOMBIANO DE
MEDICINA
LEGAL Y
CIENCIAS
FORENSES

OFICINA JURÍDICA

conducta que se le pueda imputar al Instituto, siendo éste un elemento esencial para la aplicación de la teoría del hecho del príncipe.

En caso de demostrarse la pérdida de la utilidad podría evaluarse la situación a la luz de la teoría de la imprevisión.

IV. CONCLUSION

En cuanto al oficio del 22 de enero de 2016 y recibido el 25 de enero del mismo año, presentado por la Firma VM Ingenieros LTDA., la Entidad manifiesta que no se tiene certeza si se presentaron o no pérdidas económicas para el contratista que nos permitan determinar el desequilibrio económico del contrato, resulta indispensable esperar las conclusiones del Grupo Nacional de Arquitectura y Construcciones del Instituto, una vez el contratista aporte la documentación requerida para que pueda realizar un análisis de precios unitarios detallado frente a aquellos ítems que pudieron verse afectados por el alza desmedido del dólar, toda vez que por la naturaleza del contrato de obra a precios unitarios no puede globalizarse o circunscribirse este análisis a la totalidad del mismo, es decir, a la totalidad de los ítems, por lo tanto, es necesario determinar si tal situación afectó el contrato al punto de generar la pérdida de la utilidad del mencionado contrato; reiterando que no debe confundirse con lo que se deja de ganar o con la totalidad de lo que se pretendía ganar, pues el cien por ciento de la utilidad esperada de un contrato estatal no es una obligación para las entidades públicas.

Por último, es preciso aclarar que la presente respuesta únicamente constituye un criterio de interpretación, por tanto, no es obligatorio su cumplimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.

Atentamente,

Life Armando Delgado Mendoza

Jefe de la Oficina Jurídica

PROYECTÓ: ANA MARIA PEÑARANDA CHAVEZ / PROFESIONAL UNIVERSITARIO

REVISÓ: MARIYENIS REGALADO BADILLO / JEFE OFICINA JURÍDICA

APROBO: LIFE ARMANDO DELGADO MENDOZA

18 Congreso Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses
"Las Ciencias Forenses hacia una Colombia diversa y en paz"
Del 9 al 12 de agosto de 2016 Santiago de Cali – Colombia
congreso@medicinalegal.gov.co
"Servicio Forense para una Colombia diversa y en paz"
Calle 7A N° 12 A -51 @medicinalegal.gov.co
conmutadores 4069977/44 Ext _____
www.medicinalegal.gov.co