

Conceptos
SG.



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Asesora Jurídica

Oficio Nro. 0170-OJ-2015

Bogotá, abril 29 de 2015.

Doctora
CLAUDIA ISABEL NIÑO IZQUIERDO
Secretaria General
Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses
Ciudad.-

30 ABR 2015
Dimit
18 pbs
2°.12

Ref. Concepto Jurídico Nro. 008-2015-OJ.

Cordial saludo doctora Claudia Isabel,

Dando alcance al Concepto Jurídico Nro. 008-2015-OJ, y en atención a las observaciones al mismo, comedidamente me permito señalar que los artículos 13 al 33 de la Ley 1437 de 2011, fueron declarados inexequibles por la Honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia C-818 de 2011.

Frente al vacío jurídico que se generaría mientras se expedía la nueva ley, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, mediante Concepto 2243 de 2015, frente a requerimientos del mismo tenor al que nos ocupa, nos remite al Decreto 01 de 1984; circunstancia por la cual se hace alusión al mencionado estatuto en el documento citado en la referencia.

Respecto al Decreto 019 de 2012, artículo 24, doy alcance señalando que normativamente corresponde al artículo 224 ejusdem; error que se configuró al momento de la digitación.

Seguro de contar con su comprensión,

Atentamente,

LIFE ARMANDO DELGADO MENDOZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó - Elaboró: Edgar Ramos Saldaña - Profesional Especializado OAJ.

Revisó - Aprobó: Life Armando Delgado Mendoza - Jefe Oficina Asesora Jurídica

"Servicio Forense para una Colombia Diversa y en Paz"
CALLE 7 A N° 12A-51, Piso 5, Juridica@medicinalegal.gov.co,
Conmutador: 4069944 - 4069977- Ext: 1618
Bogotá Colombia, www.medicinalegal.gov.co

30 ABR 2015

574

Bogotá D.C., 27 de marzo del 2015.

CONCEPTO: 008-2015-OJ.

PARA: **CLAUDIA ISABEL NIÑO IZQUIERDO**
Secretaria General INML y CF

DE: **LIFE ARMANDO DELGADO MENDOZA**
Jefe Oficina Asesora Jurídica

REFERENCIA: Oficio Nro. DC-CER-M.G.C.0065-2015, de marzo 19 del 2015. Contrato Nro.SG-337-2014.

ASUNTO: SOLICITUD DE COMPENSACIÓN POR COMPORTAMIENTO DEL DOLLAR.

Con fecha marzo 20 de 2015, la Secretaría General del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, solicita concepto jurídico frente al requerimiento elevado por el señor José Joaquín González, Representante Legal de la Empresa "Manufacturera de Grandes Cocinas MGC & CIA SAS", consistente en compensación por comportamiento del dólar; circunstancia frente a la cual, en los términos del Decreto 01 de 1984, esta Oficina Jurídica procede a pronunciarse:

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

Mediante el oficio Nro. DC-CER-M.G.C.0065-2015, de marzo 19 del 2015, el señor José Joaquín González, representante legal de la empresa "Manufacturera de Grandes Cocinas MGC & CIA SAS", solicita a la Entidad estudiar la posibilidad de incrementar, en por lo menos un 25%, el valor del contrato 337-SG-2014, bajo los siguientes argumentos:

"(...)

1. Nuestra compañía participó en el estudio de mercado para el proceso de contratación Licitación Pública No. 15-SG-2014, que dio origen al contrato en referencia, a través de la cotización enviada el 20 de agosto de 2014.
2. El estudio de mercado para la licitación lo publicaron el 15 de octubre de 2014. (Línea fuera de texto).
3. El proceso de licitación fue adjudicado el 18 de Noviembre de 2014. (Línea fuera de texto).
4. Los equipos que nos atañe son Importados desde Italia, Alemania y Estados Unidos. "Lo anterior en razón a que la institución reciba unos equipos confiables que nos permita una garantía seria y de largo alcance.
5. El comportamiento que a (sic) tenido el dólar desde el día de la cotización a la fecha a (sic) sido el siguiente:

FECHA	VALOR DÓLAR	% INCREMENTO
08/20/2014	1.917,25	
09/19/2014	1.971,15	2,81
10/15/2014	2.068,35	7,88
11/14/2014	2.159,00	12,61
11/19/2014	2.159,20	12,62
12/18/2014	2.315,00	20,75
01/20/2015	2.376,30	23,94
02/23/2015	2.500,00	30,40
03/18/2015	2.652,00	38,32

6. La subida del dólar de manera (imprevisible), afectó directamente los precios de los equipos, nacionalización entre otros.

En este orden de ideas y ante tales situaciones, sostener los precios negociados al inicio de todo el proceso, llevaría a un detrimento del patrimonio de nuestra compañía. Al respecto, la ley 80 de 1993 en su artículo 5, declara:

"Artículo 5°.- 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.

Ver el Artículo 19, Decreto Nacional 2150 de 1995.

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.

Para nuestro caso, la "ecuación económica del contrato" se restablecería con el aumento en el porcentaje solicitado, sin poder prever la fluctuación del dólar hasta la completa ejecución del objeto del contrato. (...)"

II. ANTECEDENTES

Acorde a lo establecido en el Decreto 0019 de 2012, artículo 24, el 3 de octubre de 2014, se publicó aviso de la licitación pública Nro.15-SG-2014, en la página web de la Entidad: www.medicinalegal.gov.co y en el Sistema Electrónico de Contratación Pública - SECOP -, www.contratos.gov.co.

En curso del término establecido para la publicación del proyecto de pliego, se recibieron las observaciones de la firma "MANUFACTURERA DE GRANDES COCINAS M.G.C. & CIA. S.A.S.", a las cuales se dio respuesta formal mediante el oficio Nro.830-GNGSTE-SAF-2014, fechado octubre 14 de 2014; documento que fue publicado en el Portal Único de Contratación Pública - SECOP - www.contratos.gov.co

Con la Resolución Nro. 01643 del 15 de octubre de 2014, la Secretaría General ordena la apertura de la licitación pública Nro. 15-SG-2014, para contratar la **"RENOVACION, INSTALACION Y PUESTA EN SERVICIO DE UN SISTEMA TIPO CASCADA DE APLICACIÓN SUBCRITICA DE CO2 - R134A, CON DESTINO A LOS CUARTOS MORTUORIOS Y DE EVIDENCIA DE LA DIRECCION REGIONAL BOGOTA"**.

Con base en lo establecido en el numeral 2.7 del Pliego de Condiciones y la Resolución de Apertura Nro. 01643 del 15 de octubre de 2014, el 17 de octubre del 2014, se dejó la respectiva constancia que a la AUDIENCIA PARA LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS no asistieron interesados; circunstancia de hecho por la cual, con la presentación de las ofertas los posibles proponentes aceptan la asignación de los riesgos del proceso establecidos por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, contemplados en el anexo 7, denominado: "IDENTIFICACIÓN Y COBERTURA DEL RIESGO", inmerso en el pliego de condiciones que nos ocupa; documento que obra en el portal único de contratación.

El 23 de octubre de 2014, la firma **"MANUFACTURERA DE GRANDES COCINAS M.G.C. & CIA. S.A.S."** presentó formalmente su oferta ante la entidad.

El 10 de noviembre de 2014, una vez surtidas las evaluaciones correspondientes y publicados los resultados en debida forma en el SECOP, se realizó la audiencia para la adjudicación o declaratoria de desierta de la Licitación Pública Nro.15-SG-2014.

Mediante la Resolución Nro. 01785 del 10 de noviembre de 2014, resolvió adjudicar la Licitación Pública Nro. 15-SG-2014, cuyo objeto es la **"RENOVACIÓN, INSTALACIÓN Y PUESTA EN SERVICIO DE UN SISTEMA TIPO CASCADA DE APLICACIÓN SUBCRITICA DE CO2 - R134A, CON DESTINO A LOS CUARTOS MORTUORIOS Y DE EVIDENCIA DE LA DIRECCIÓN REGIONAL BOGOTÁ"**, a la firma "MANUFACTURERA DE GRANDES COCINAS M.G.C. & CIA. S.A.S.", por un valor de **QUINIENTOS ONCE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$511.982.820)**.

El 18 de noviembre del 2014, el señor JOSÉ JOAQUÍN GONZÁLEZ, actuando en calidad de Representante Legal de la empresa **"MANUFACTURERA DE GRANDES COCINAS M G C & CIA SAS"**, identificada con el NIT. 830.011.157-6, firma el Contrato Nro. 0337-SG-2014.

En consonancia con lo anterior, téngase que la Cláusula Sexta del Contrato Nro. 0337-SG-2014, establece que el plazo de ejecución será hasta el 29 de diciembre de 2014, previo perfeccionamiento, cumplimiento de los requisitos de legalización y la suscripción del acta de inicio del contrato.

En virtud de lo expuesto, en reunión celebrada el 1 de diciembre del 2014, entre el señor JOSÉ JOAQUÍN GONZÁLEZ, actuando en calidad de Representante Legal de la empresa **"MANUFACTURERA DE GRANDES COCINAS M G C & CIA SAS."**, y el ingeniero HUGO COLMENARES MERCHAN, Coordinador del Grupo Nacional de Gestión y Servicios Técnicos Especializados, se suscribe formalmente el Acta de Inicio, fechada diciembre 1 del 2014. ✓

Con el oficio Nro. DC-CAR-M.G.C. 0318-2014, fechado martes 23 de diciembre de 2014, el señor JOSÉ JOAQUÍN GONZÁLEZ, actuando en calidad de Representante Legal de la empresa **"MANUFACTURERA DE GRANDES COCINAS M G C & CIA SAS."**, solicita prórroga al término de ejecución del contrato, bajo la justificación: *"(...) El contrato que nos atañe contiene dos (2) listados de equipos importados, uno de equipos de uso comercial normal que se pueden adelantar y ensamblar en el país, porque ya existen sus componentes; otro con unas especificaciones, muy especiales de alta tecnología, sin precedentes en el país que se tienen que fabricar y ensamblar, bajo pedido, una parte en Alemania (compresores BITZER) y otra fabricar y ensamblar en Italia (evaporadores Luve Contardo), quienes ensamblan los dos (2) conjuntos haciendo esto más técnico, y preciso para todo el sistema. (...) Esto hará que nuestro cliente contratante obtenga o reciba respaldo y una Excelente garantía (...) Este tipo de equipos presentan también una coyuntura al momento de nacionalizar, como son una tecnología desconocida y no están grabados en el sistema de la DIAN Pueden demorar meses para que nos aprueben la entrada al país. (...) Por tal razón y en este orden de ideas, la prórroga solicitada se extenderá hasta el veinte cinco (25) de marzo de 2015, (...)".*

Acorde al requerimiento, previo concepto técnico del supervisor del contrato, mediante OTROSI MODIFICATORIO 1, al Contrato Nro. 337-SG-2014, la Secretaría General decide modificar la Clausula Sexta del Contrato Principal en mención, ampliando el término de ejecución hasta el 25 de marzo de 2015. ✓

Con el oficio Nro. DCCARM.G.C064-2015, fechado Jueves 19 de Marzo de 2015, el señor JOSÉ JOAQUÍN GONZÁLEZ, actuando en calidad de Representante Legal de la empresa **"MANUFACTURERA DE GRANDES COCINAS M G C & CIA SAS."**, solicita una segunda prórroga al término de ejecución del contrato, bajo la justificación: *"(...) Lo anterior, con sustento técnico y soportado con la notificación por parte de nuestro proveedor LU- VE Ibérica directo fabricante en Madrid España (Europa), donde se estima que la fecha de la terminación de la fabricación será entre los días 25 a 31 de Marzo de 2015, fecha en la cual se terminaría el contrato. Por lo tanto solicitamos la prórroga solicitada se extendería hasta el dos (02) de Julio de 2015, dado que los tiempos de embarque y transporte hasta Cartagena toman 45 días, luego de 15 a 20 días para los tramites de nacionalización, más 30 días de instalación y puesta en marcha. Este tiempo adicional no produciría adición de recursos y por ende de nuestra parte se realizaría la actualización de la póliza correspondiente. (...)". (Línea fuera de texto).*

Conforme lo solicitado por el contratista y acorde al concepto contenido del oficio Nro. 229-GNGSTE-SAF-2015, fechado marzo 20 de 2015, mediante OTROSI MODIFICATORIO 2, al Contrato Nro. 337-SG-2014, la Secretaría General decide modificar la Cláusula Sexta del Contrato Principal en mención, ampliando el término de ejecución hasta el 2 de julio de 2015.

III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA JURÍDICA.

Frente a la solicitud de "COMPENSACIÓN POR COMPORTAMIENTO DEL DOLLAR", dentro del Contrato Principal Nro. 337-SG-2014, elevada por el señor JOSÉ JOAQUÍN GONZÁLEZ, actuando en calidad de Representante Legal de la empresa **"MANUFACTURERA DE GRANDES COCINAS M G C & CIA SAS."**, esta oficina considera procedente señalar que la firma antes citada presentó formalmente su oferta el 23 de octubre de 2014, conforme lo establecido en el Pliego de Condiciones Definitivo; circunstancia de hecho que permite inferir razonablemente que ésta efectuó previamente el respectivo estudio de mercado, análisis utilidades y contemplación de imprevistos.

Inferencia razonable que se ve reflejada en el Acta Nro. 150-GNGCT-SG-2014, atinente a la "AUDIENCIA PARA REVISAR LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS Y PRECISAR EL CONTENIDO Y ALCANCE DEL PLIEGO DE CONDICIONES", donde se evidencia su no participación; inasistencia del proponente que implica que con la presentación de la oferta, la firma **"MANUFACTURERA DE GRANDES COCINAS M G C & CIA SAS."**, aceptó la asignación de todos los riesgos del proceso establecidos por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, especialmente los contemplados en el anexo 7- "IDENTIFICACIÓN Y COBERTURA DEL RIESGO, numeral primero que refiere: "(...) Variación de la TRM (...) Cambio en el precio por efectos de las variaciones de la TRM (...) CONTRATISTA 100% (...) El contratista debe estimar los precios de manera adecuada al momento de presentar la oferta, teniendo en cuenta las especificaciones técnicas (...)", y en el numeral segundo que señala: "(...) Estimación inadecuada de costos para la presentación de la oferta (...) Afectación del equilibrio económico del contrato celebrado (...) CONTRATISTA 100% (...) El contratista procurará estimar los precios de manera adecuada al momento de presentar la oferta, teniendo en cuenta las especificaciones técnicas (...)"

En este sentido, téngase que la Ley 1150 de 2007, el artículo 4, establece: "(...) Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible 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. (...)"

Ahora bien, como quiera que las ofertas deben allegarse por los proponentes con posterioridad a la realización de la audiencia de distribución de riesgos, se entiende que éstos han sido estimados y que las propuestas se presentan guardando el equilibrio económico mediato y frente a un hecho futuro cuya ocurrencia es incierta; máxime cuando la entidad no

es la llamada a asegurar la expectativa del contratista respecto al porcentaje de utilidad o ganancias, pues como lo señala el honorable Consejo de Estado en decisión fechada marzo 7 de 2002: "(...) implica que el valor económico convenido como 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; (...)";

En virtud de lo anterior, una vez revisada la asignación de los riesgos y efectuada la arregación de los mismos, se entiende su aceptación; constituyéndose el pliego de condiciones y el contrato en ley para las partes.

Respecto al requerimiento que nos ocupa, esta Oficina jurídica considera que en sentido estricto del equilibrio contractual, debemos partir del hecho que la parte contratista no puede trasladar al contratante riesgos que en su momento debió contemplar, dada su actividad comercial, y que el mismo no puede controlar, como aquellos atinentes a la variación de la tasa de cambio representativa del mercado.

En consonancia, el concepto CONPES 3714, señala: "(...) Respecto de los "riesgos imprevisibles", el Consejo de Estado ha sostenido que la teoría de la imprevisión es aquella que regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrarlo 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, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible";

Por tanto el "equilibrio puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas: actos o hechos de la administración contratante, actos de la administración como Estado y factores exógenos a las partes del negocio jurídico (teoría de la imprevisión) [...entendiendo que, los...] actos de la administración como Estado, se refiere fundamentalmente al denominado "Hecho del Principio", entendido como expresión de la potestad normativa, constitucional y legal, que se traduce en la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general, los cuales pueden provenir de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado". (...)"

De lo anterior se colige que la variación en la tasa representativa del mercado no equivale, pero, a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal.

Se deriva del Contrato Principal Nro. 337-SG-2014, que éste se firmó libre y voluntariamente por las partes, una vez conocidas, comprendidas y aceptadas todas y cada una de las estipulaciones contempladas en el documento, lo que nos permite traer a mención el contenido de la cláusula TERCERA del acuerdo, que refiere: "(...) El valor del presente contrato se fija en suma de QUINIENTOS ONCE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$511.982.820), este valor incluye IVA y todos los costos directos e indirectos que generen la celebración, ejecución y liquidación del contrato. (...)", así como lo acordado en las cláusulas QUINTA, Parágrafo Cuarto, que refiere:

"(...) El INSTITUTO no reconocerá valor alguno por los costos en que haya incurrido el CONTRATISTA, cuando se hayan generado con anterioridad al cumplimiento de los requisitos para la ejecución del contrato o con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución.(...)", y SEXTA. Parágrafo Primero, que reitera: "(...) El INSTITUTO no reconocerá valor alguno por los costos en que haya incurrido el contratista, cuando se hayan generado con anterioridad al cumplimiento de los requisitos para la ejecución del contrato o con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución (...)" (Línea fuera de texto).

Ahora bien, abordando la causal de justificación planteada por el señor JOSÉ JOAQUÍN GONZÁLEZ, Representante Legal de la empresa **"MANUFACTURERA DE GRANDES COCINAS M G C & CIA SAS."**, para sopesar la solicitud de prórroga, en lo que refiere a la afirmación: *"(...) Esto hará que nuestro cliente contratante obtenga o reciba respaldo y una Excelente garantía (...)"*, debemos precisar que dicho ofrecimiento no constituye como tal un rédito adicional para el Instituto, pues ello hace parte integral de las obligaciones del contratista, especialmente las establecidas en el Contrato Principal Nro. 337-SG-2014, Cláusula Octava, literal (B), así: *"(...) Constituyen obligaciones específicas del contratista, las siguientes: 11) Realizar el objeto del presente contrato dentro del término y sitio señalado, con las especificaciones de su propuesta, el pliego de condiciones, los cuales constituyen parte integral del presente contrato. 12) Garantizar la calidad de los equipos objeto del contrato contra defectos de fabricación por dieciocho (18) meses contados a partir de la suscripción del acta de recibido a satisfacción, por defecto de fabricación, observando las pruebas técnicas de manufactura y cumplimiento con las condiciones ofrecidas y lo preceptuado en la ley. 13) Garantizar durante el tiempo de garantía y cinco (5) años más el suministro de repuestos a los equipos ofrecidos.(...) 18) Cumplir con el pago de todos los impuestos, tasas, contribuciones o participaciones tanto en el ámbito nacional, departamental y municipal que se causen en razón de la suscripción, desarrollo, ejecución y liquidación del presente contrato. (...) 23) El contratista asumirá los costos derivados del transporte o partes para instalación de los equipos y todas aquellas actividades complementarias. 24) Sanear los bienes y elementos vendidos en la forma prevista en los Artículos 1893 y siguientes del Código Civil. (...)"*

En corolario, esta Oficina Jurídica estima que no es razón para plantear una posible "COMPENSACIÓN POR COMPORTAMIENTO DEL DOLLAR", el hecho que la Entidad haya aceptado modificar el término de ejecución del contrato, pues accede a ello partiendo de la premisa que el contratista, durante el término inicial de ejecución, contemplado en la cláusula sexta del contrato principal que nos ocupa, adelantó ante la casa matriz la gestión orientada a la adquisición de los bienes solicitados por la Entidad; situación que implica que las prórrogas solicitadas se orientaban a la terminación de la fabricación, embarque, transporte, nacionalización, instalación y puesta en marcha de los equipos; negociación con la casa fabricante que debió estar consolidada desde mediados de diciembre del 2014, razón por la cual la variación en la tasa de cambio representativa del mercado en Colombia no ha podido variar el valor pactado entre la casa matriz y el contratista; apreciación que cobra fuerza con lo manifestado por el señor JOSÉ JOAQUÍN GONZÁLEZ, Representante Legal de la empresa **"MANUFACTURERA DE GRANDES COCINAS M G C & CIA SAS."**, cuando señala en su oficio Nro. DCCARM.G.C064-2015, fechado jueves 19 de marzo de 2015:

"(...) Este tiempo adicional no produciría adición de recursos y por ende de nuestra parte se realizaría la actualización de la póliza correspondiente. (...)"; de lo que se colige que no se rompió el equilibrio financiero.

De todos modos, ahondando en el asunto, es procedente precisar aspectos que entratándose de la contratación estatal, refieren a un presunto desequilibrio económico, así:

Cierto es que dentro de la relación contractual se debe conservar la ecuación financiera, la cual garantiza la correspondencia de las prestaciones entre las partes, situación que debe permanecer incólume durante toda la vigencia, para que se alcance el objetivo del contrato; así como también que cuando el contratista hace una mala planeación de los costos del objeto contractual o calcula incorrectamente los imprevistos, que le lleva a afrontar mayores costos, será él quien tendrá que asumirlos, sin que le sea dable recurrir a la entidad estatal para su reparación, pues así tampoco la entidad estatal puede solicitar una devolución de dicho recurso cuando no se configure la eventualidad.

Así las cosas, la Ley 80 de 1993, artículo 27, establece: *"(...) 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 (...)";* desequilibrio económico que debe ser demostrado objetivamente, como ya se expuso, frente a las posibles causas a saber:

- Actos o hechos imputables a la administración contratante
- Actos de la administración ya no como contratante sino como Estado.
- Actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes.

1. ACTOS O HECHOS IMPUTABLES A LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE

En el caso del contrato No. 337-SG-2014, la Entidad contratante ha cumplido con las obligaciones pactadas en el acuerdo y no ha efectuado modificaciones distintas a las prorrogas solicitadas por el contratista, las cuales desde ningún punto de vista afectan la relación contractual o el equilibrio económico.

En virtud de lo anterior, no es viable acceder a la adición solicitada por el contratista, pues no existe circunstancia que genere tal condición, siendo procedente precisar que las solicitudes de prórroga de un contrato no deben plantearse con la intencionalidad de alegar a futuro una ruptura del equilibrio de la ecuación económica del contrato.

2. ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN YA NO COMO CONTRATANTE SINO COMO ESTADO (HECHO DEL PRÍNCIPE)

Esta teoría trata de hechos o actos del Estado que deben provenir de cualquier autoridad pública de una misma esfera de competencia a la que celebró el contrato y que afecten el desarrollo normal del contrato.

17 ABR 2015
14:21-11:30

C. S.

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.

Para que proceda la indemnización de la teoría del hecho del príncipe, se exige que el perjuicio exista efectivamente; y que tal perjuicio sea resarcible, además:

- Que el daño se haya producido imprevistamente, sin que pudiese razonablemente haberlo tenido en cuenta en el momento de celebrar el contrato.
- Que la medida estatal determinante del daño haya sido de carácter general.
- Que tal medida provenga de cualquier autoridad pública, siempre que pertenezca a la misma esfera de competencia.

En concordancia, téngase que el riesgo no es imprevisible en el presente caso, pues el contrato 337-SG-2014, se suscribió el 18 de noviembre de 2014, es decir, que para esa fecha el contratista ya había detectado que se venía presentando aumento en la tasa representativa del mercado, como se evidencia en el oficio DC-CAR-M.G.C 0065-2015, fechado jueves 19 de marzo de 2015; riesgo frente al cual el contratista guardó silencio y posteriormente lo aceptó tácitamente como lo establece la norma.

Adicionalmente, el posible hecho no puede ser atribuido a un acto de autoridad pública, toda vez que se trata de la variación de la tasa representativa del mercado, que es el producto de las fluctuaciones de la demanda cambiaria; evento que tampoco puede ser visto como una causal para alegar el rompimiento del equilibrio de la ecuación económica entre las partes contratantes, máxime si tenemos en cuenta que es un acontecimiento totalmente ajeno a la naturaleza del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en decisión fechada enero 30 del 2013, señaló: "(...) 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. (...) 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". (...).

Con base en lo expuesto, no es dable acceder a la pretensión de la parte contratista, pues a criterio de esta Oficina Jurídica, no se cumplen los requisitos que plantea la presente teoría.

3. ACTOS O HECHOS AJENOS A LAS PARTES DEL CONTRATO, O FACTORES SOBREVINIENTES (TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN)

Refiere a la materialización de circunstancias extraordinarias anormales e imprevisibles, posteriores, y sobrevinientes a la celebración de un contrato administrativo, pero temporales o transitorias, que alteran la ecuación económico-financiera en perjuicio del contratista.

Esta se genera por un acto o hecho ajeno a la Administración (exógeno), que no ha podido preverse en el momento de celebrar el contrato, y que si bien no hace imposible la ejecución del mismo, incrementa las cargas del contratista y afecta ostensiblemente la economía del contrato.

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.*

Así las cosas, téngase que al momento de suscribirse el contrato Nro.337-SG-2014, ya era de conocimiento público que se venía presentado un incremento progresivo en la tasa representativa del mercado; razón por la cual dicha circunstancia no era desconocida o imprevisible para el contratista al momento de presentar su oferta como tampoco para el contratante, al punto que se contempló en los riesgos, y, por ende, era previsible al momento de suscribir el contrato; riesgos que están contemplados en los pliegos de condiciones y que junto con el contrato obligan a las partes; como lo ha indicado por el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de julio 2013.

En consonancia con lo anterior, es procedente señalar que el contratista no ha demostrado el presunto déficit económico o la supuesta pérdida verdadera sufrida, pues solo se ha limitado a solicitar "COMPENSACIÓN POR COMPORTAMIENTO DEL DOLLAR", sin especificar en qué consiste el desequilibrio económico que le genera un presunto detrimento patrimonial; así como tampoco argumentó ni probó su imprevisibilidad ni su carácter de extraordinario, requisito sine qua non para que se aplique la presente teoría de la imprevisión, como lo señala la Sección Tercera del Consejo de Estado al indicar: "(...) la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido no corresponde al alea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio¹ (...)".

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Exp. 14043, M.P. Germán Rodríguez Villamizar

Adicionalmente, el contratista no hace alusión al análisis de imprevistos y utilidades, pues para demostrar el desequilibrio económico del contrato debe acreditar que el valor de los imprevistos resultó insuficiente y superó los sobre costos que se presentaron durante la ejecución del contrato.

Al respecto el Consejo de Estado, ha reiterado: "(...) dentro de los requisitos necesarios para el reconocimiento de las causas anotadas de rompimiento del equilibrio financiero o económico del contrato, está el de la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato. (...) Es decir, cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. (...)".

Al no configurarse desde ningún punto de vista el desequilibrio económico, así como tampoco los presupuestos para la administración no puede adicionar el valor del contrato, pues ello generaría un detrimento patrimonial de la Entidad.

IV. CONCLUSIÓN

En virtud de lo anterior, esta Oficina Jurídica considera que los lineamientos inmersos en el pliego de condiciones atinente al proceso Nro.15-SG-2014, así como los contemplados en el Contrato Nro.337-SG-2014, se ajustan a las disposiciones normativas que regentan la contratación pública y a los pronunciamientos jurisprudenciales que la direccionan; motivo por el cual, no acoge el requerimiento impetrado por el señor JOSÉ JOAQUÍN GONZÁLEZ, Representante Legal de la empresa **"MANUFACTURERA DE GRANDES COCINAS M G C & CIA SAS"**, y, a contrario sensu, recomienda no acceder a la solicitud de "Compensación por Comportamiento del Dólar" y adición al contrato Nro. 337-SG-2014.

Finalmente, estimo procedente señalar que el presente concepto jurídico no será de obligatorio cumplimiento o ejecución, conforme lo establece el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el Concepto 2243 de 2015, proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

Sin otro particular,

Atentamente,


LIFE ARMANDO DELGADO MENDOZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Anexo: Una (1) carpeta con doscientos setenta (270) folios.

Proyecto-Elaboró: Edgar Ramos Saldaña - Profesional Especializado. 
Revisó y Aprobó: Life Armando Delgado Mendoza - Jefe Oficina Asesora Jurídica.



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
SERVICIO FORENSE PARA UNA COLOMBIA DIVERSA Y EN PAZ

DE: SECRETARIA GENERAL
PARA: *Dr. Ramos*
ASUNTO: *Salario*
OFICIO REF: *BOG-2015-004687*
RADICACIÓN: *1271*
FECHA SALIDA SG: *22-3-15*

PARA LOS FINES INDICADOS, POR FAVOR

- Dr. Ramos* DEVOLVER EN: *3 PL*
- ☐ PROYECTAR RESPUESTA PARA FIRMA DEL DIRECTOR
 - ☐ PROYECTAR RESPUESTA PARA FIRMA DEL SECRETARIO
 - ☐ ENCARGARSE DE ESTE ASUNTO E INFORMARME:
☐ VERBAL ☐ ESCRITO
 - ☐ REALIZAR ESTUDIO Y DEVOLVER CON SU CONCEPTO POR ESCRITO
 - ☐ ENTERARSE DEL CASO Y HABLAR CON EL SECRETARIO
 - ☐ CONTESTAR Y ENVIAR COPIA AL DESPACHO DEL SECRETARIO GENERAL
 - ☐ INFORMARSE DEL ASUNTO Y ARCHIVO
 - ☐ ASISTIR Y ENVIAR INFORME AL DESPACHO DEL SECRETARIO GENERAL
 - ☐ SEGUIMIENTO E INFORMES PERIÓDICOS A LA SECRETARIA GENERAL
 - ☐ COORDINAR CON:

OBSERVACIONES:

CLAUDIA ISABEL NIÑO IZQUIERDO

Bogotá, D.C.
Jueves 19 de Marzo de 2015
DC CAR M.G.C 0065 - 2015

Señores

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
ATN. CLAUDIA ISABEL NIÑO IZQUIERDO
Secretaria General

Dirección: Carrera 6 A No 6 - 69 Piso 1
E-mail: sgeneral@medicinalegal.gov.co
Teléfono 4069977/4069944 EXT. 1418/1420
Bogotá D.C.

DC M.G.C. 0065 - 2015 CONTRATO No SG 337 2014 SOLICITUD DE
COMPENSACION POR COMPORTAMIENTO DOLLAR.

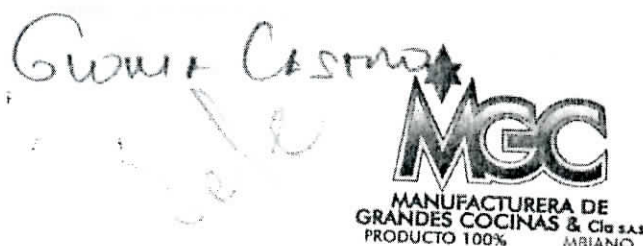
Respetados Señores.

Yo JOSÉ JOAQUIN GONZALEZ en mi calidad de representante legal de M.G.C. & Cía. S.A.S. Contratista por medio de la presente comunicación me dirijo a ustedes de manera cordial con el fin de solicitar, se estudie la posibilidad de incrementar, en por lo menos un 25%, el valor del contrato en referencia, expuestas las siguientes situaciones o antecedentes que se originan debido al comportamiento del dólar:

1. Nuestra compañía participó en el estudio de mercado para el proceso de contratación Licitación Pública No. 15-SG-2014, que dio origen al contrato en referencia, a través de la cotización enviada el 20 de agosto de 2014.
2. El estudio de mercado para la licitación lo publicaron el 15 de octubre de 2014
3. El proceso de licitación fue adjudicado el 18 de Noviembre de 2014.
4. Los equipos que nos atañe son Importados desde Italia, Alemania y Estados Unidos. "Lo anterior en razón a que la institución reciba unos equipos confiables, que nos permita una garantía seria y de largo alcance"

Concepto
008-2015-00
27 marzo

20 MAR 2015
2 carpetas
11:40
M. J. A.



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Grupo Nacional de Gestión Documental
SVERA 2015-mar-15 - 16:34
BOG-2015-004687
N. OFICIO 65

Cocinas industriales para hoteles, clubes, hospitales, instituciones carcelarias, muebles para laboratorios, sistemas de refrigeración y extracción, importadores y comercializadores de equipos y complementos, mobiliario urbano.



5. El comportamiento que a tenido el dólar desde el día de la cotización a la fecha a sido el siguiente:

FECHA	VALOR DÓLAR	% INCREMENTO
08/20/2014	1.917,25	
09/19/2014	1.971,15	2,81
10/15/2014	2.068,35	7,88
11/14/2014	2.159,00	12,61
11/19/2014	2.159,20	12,62
12/18/2014	2.315,00	20,75
01/20/2015	2.376,30	23,94
02/23/2015	2.500,00	30,40
03/18/2015	2.652,00	38,32

Nota. Datos de <http://www.portafolio.co/>

6. La subida del dólar de manera (imprevisible), afectó directamente los precios de los equipos, nacionalización entre otros.

En este orden de ideas y ante tales situaciones, sostener los precios negociados al inicio de todo el proceso, llevaría a un detrimento del patrimonio de nuestra compañía. Al respecto, la ley 80 de 1993 en su artículo 5, declara:

"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.

Ver el Artículo 19, Decreto Nacional 2150 de 1995.

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.

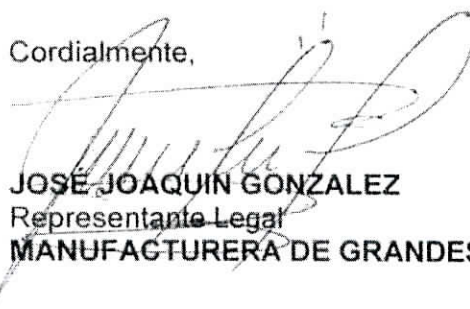
Cocinas industriales para hoteles, clubes, hospitales, instituciones carcelarias, muebles para laboratorios, sistemas de refrigeración y extracción, importadores y comercializadores de equipos y complementos, mobiliario urbano.



Para nuestro caso, la "ecuación económica del contrato" se restablecería con el aumento en el porcentaje solicitado, sin poder prever la fluctuación del dólar hasta la completa ejecución del objeto del contrato.

Sin otro particular estaremos muy agradecidos por la atención y positiva respuesta que den a la presente.

Cordialmente,



JOSE JOAQUIN GONZALEZ

Representante Legal

MANUFACTURERA DE GRANDES COCINAS MGC & CIA SAS



Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA
COTECOA ES UN ORGANISMO AGRICULTADO CON
HEB 27215 del 28 de Octubre de 2004

PBX 744 33 77 • FAX 7 44 33 77
Bogotá D.C. • Colombia • www.cocinasmgc.com
contacto@mgc.com.co • comercial@mgc.com.co