



Piedecuesta, 16 de Enero de 2014

Señores
Comité de Conciliaciones
ESE Hospital Local de Piedecuesta
E.S.M

Asunto: Concepto jurídico sobre la Viabilidad Jurídica del RECONOCIMIENTO ECONÓMICO POR ACTUALIZACIÓN DE PRECIOS- RECONOCIMIENTO ECONÓMICO POR POSIBLES IMPREVISTOS PRESENTADOS DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO- RECONOCIMIENTO ECONÓMICO DE INTERESES DE MORA POR PAGOS EXTEMPORÁNEOS de acuerdo a la petición de fecha 17 de octubre de 2013, suscrita por el contratista de la obra, cuyo objeto es la “*Construcción de la Nueva Central de Urgencias y Hospitalización para la ESE Hospital Local de Piedecuesta*”, y radicado bajo el Contrato 069 de 2012.

Cordial Saludo,

De manera atenta, me permito emitir concepto jurídico en relación con cada una de las reclamaciones plasmadas en la petición del 17 de octubre de 2013 por parte del contratista de la obra de la referencia, esto es, un eventual desequilibrio económico por desactualización de precios; posibles imprevistos presentados durante la ejecución del contrato, e intereses de mora por pagos realizados presuntamente de manera extemporánea.

1. PETICIÓN DE RECONOCIMIENTO ECONÓMICO POR ACTUALIZACIÓN DE PRECIOS

Solicita el contratista el reconocimiento económico por la actualización de precios contractuales, conforme la tabla que para el efecto de la indexación tiene establecida el Departamento Nacional de Estadísticas (DANE), por valor de \$533.346.691.

El contratista del Estado, en principio tiene el derecho a que se conserve durante toda la ejecución del contrato el equilibrio entre las prestaciones, pactado en el negocio inicial o negocio base, es decir, el Estado debe velar por el equilibrio del contrato y atender las situaciones de su ruptura. De igual manera, la entidad pública, tiene el mismo derecho, ya que las normas de la contratación estatal, la doctrina y la jurisprudencia también le reconocen este derecho a las entidades públicas.

Sin embargo, no toda alteración en las condiciones previstas al momento de proponer o de contratar configura jurídicamente la ruptura del equilibrio económico del contrato, ni todo desequilibrio contractual o ruptura de esa ecuación económica la debe corregir el Estado. El derecho a la conservación del equilibrio contractual tiene límites, pues dicho derecho no es un seguro para el contratista frente al aleas comercial o normal del negocio. El contratista del Estado, como en todo negocio, también asume riesgos comerciales y otros por el hecho de estar desempeñando su actividad comercial.

Así las cosas para que una alteración en las condiciones contractuales genere una ruptura en el equilibrio económico del contrato se requiere que la alteración supere el álea normal propia de los contratos sinalagmáticos, ya que sólo el álea anormal o extraordinaria da lugar al derecho al restablecimiento del equilibrio. En efecto, mientras áleas normales son una carga que debe asumir el contratista, no sucede así con los anormales; esto es aquellos que no entraron dentro de las previsiones de las partes al momento de contratar o de proponer, y que deben ser asumidos por la administración.



En esa línea, el Consejo de Estado ha señalado que *“en todo contrato con el Estado, el contratista debe soportar a su propio costo el álea normal de toda negociación pero no el álea anormal, y por lo tanto en este último evento las consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas”*¹

El contratista en el desarrollo de su actividad se debe enfrentar a determinadas contingencias previsibles desde el ejercicio de su actividad como profesional, por el cual se dice que no puede pretenderse que se cubran absolutamente todos los riesgos a los que tienen que enfrentarse las partes en el desarrollo contractual.

De otra parte, el carácter anormal o extraordinario del álea debe ser acreditado debidamente por el cocontratante perjudicado. En efecto, quien alega un daño y pretende que el mismo sea resarcido, tiene la carga de probar la existencia de los elementos que jurídicamente se requieren para su resarcimiento.

En ese sentido sugiero al Comité de Conciliaciones acoger lo plasmado en el concepto del 22 de Noviembre de 2013, emitido por el interventor² del Contrato 069 de 2012, cuando afirma que *“el reconocimiento de la actualización de precios no es viable hasta cuando el contratista demuestre la existencia del desequilibrio”*.

Pues bien, el contratista, a juicio del interventor, no ha demostrado la existencia del desequilibrio, pero además tampoco ha observado el numeral 1 artículo 5 de la ley 80 de 1993, norma a la que debemos acudir por tratarse de un contrato de obra,³ la cual señala que 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. 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”*. (Subrayas Nuestras)

Dicho lo anterior, para que la entidad estatal pueda entrar a socorrer al contratista, a reconocerle los impactos económicos, se requiere de forma categórica que este impacto económico generado por esta situación imprevista genere realmente pérdidas al contratista, y sólo ésta pérdida será la cifra o cantidad de ayuda o reconocimiento que eventualmente entrará a compensar la entidad en su debido momento, puesto que no puede compensar las utilidades dejadas de percibir (*Lucrum Cessans*).

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de Septiembre de 2004, expediente 1996-04029 (14578)

² Interventoría de la obra, en virtud del Contrato 1477 de 18 de agosto de 2011, suscrito entre la Secretaría de Salud Departamental de Santander y el Consorcio H.L.P, representado por CARLOS JULIO RODRÍGUEZ PADILLA, y cuyo objeto es que “el contratista se obliga para con el Departamento a ejecutar por medio de la modalidad de costo básico afectado por un factor multiplicador, sin fórmulas de reajuste y con plazo fijo, la Interventoría de la Construcción de la Nueva Central de Urgencias y Hospitalización para la ESE Hospital Local de Piedecuesta”.

³ “3. Cuando las Empresas Sociales del Estado necesiten celebrar contratos relacionados con la construcción de obras, consultorías, prestación de servicios para desarrollar actividades concernientes a la administración o funcionamiento de la entidad, concesión de obras o de servicios públicos, encargos fiduciarios y fiducia pública, deberán aplicar las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, por tratarse de contratos de derecho público que disponen de regulación especial.” Concepto 1127 de 1998, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: JAVIER HENAO HIDRÓN, Santafé de Bogotá, D.C., veinte de agosto de mil novecientos noventa y ocho. Radicación número: 1127

Para nuestro caso específico, los impactos económicos que sufra el contratista por el imprevisto pero que no lo lleven a un estado financiero de pérdidas según la ecuación del negocio, sino que simplemente le disminuyan las utilidades, no serán objeto de reconocimiento por parte de la ESE; se insiste, la simple cesación de lucro no será objeto que la ESE compense, pues este es el riesgo económico o comercial que siempre asume el contratista.

Así las cosas, la utilidad nunca está asegurada por el Estado, y se requiere que el contratista realmente entre en un déficit, que el imprevisto le genere pérdidas, las cuales deberán ser corregidas y sólo éstas, para que se pueda concluir o llevar hasta el final el contrato, que es el objetivo que persigue la figura de la teoría de la imprevisión. **El déficit del contrato debe ser observado en la globalidad del contrato, no se trata de déficit de ítems o componentes del contrato sino de este en su conjunto.**

Pues bien, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de efectos del desequilibrio económico del contrato con base en la teoría de la imprevisión, es la indemnización del contratista **hasta el punto de no pérdida**, sin que éste implique el pago del lucro cesante que éste haya podido sufrir. Posición que se encuentra reforzada por la derogatoria que de los apartes del numeral 1 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 realizó expresamente el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007:

“Es decir, los efectos de la aplicación de la teoría de la imprevisión son compensatorios, limitados a un apoyo parcial y transitorio que se le da al contratista para solventar el quebranto o déficit que el hecho económico le origina en el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato, sin que, por tanto, haya lugar al reconocimiento de beneficios diferentes a los mayores gastos, costos o pérdidas que resulten de soportar la circunstancia imprevisible, extraordinaria, grave y anormal y que haya podido sufrir el cocontratante, o sea, como señala la doctrina, de llevarlo a un punto de no pérdida y no de reparar integralmente los perjuicios.

En otras palabras, la indemnización en este evento, no será igual a la que correspondería en el caso del hecho del príncipe, dado que la circunstancia que trastornó en forma grave la ecuación contractual no es por obra de la entidad sino que obedece a hechos ajenos a ambas partes y, en consecuencia, la administración sólo procederá a compensar la ecuación desequilibrada por razones de equidad y como colaboración al contratista[49].”⁴

Corolario de lo anterior, la ESE solo puede compensar a los contratistas en los eventos en que se cumplan las condiciones de los imprevistos arriba descritas, y sólo hasta el límite de llevar al contratista a cero pérdida (Imprevistos Mayores)

Los imprevistos que no generan un impacto económico que lleve al contratista a pérdidas (Imprevistos Menores), deben ser asumidos por éste, como parte del riesgo comercial que asume el contratista.

Finalmente, en relación específica con la solicitud del contratista de reconocer el valor de actualización de precios según los índices presentados por el DANE, y que anexa a su petición, nos permitimos traer a colación la Sentencia 18836 de 2011, a través de la cual el CONSEJO DE ESTADO, se pronunció en un caso similar al respecto y que el Comité de Conciliaciones debe acatar plenamente:

⁴ Sentencia 21990 de 2012, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012), Radicación número: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990)

“En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación la demandante sostiene que a partir del Acta No. 55 la fórmula estipulada empezó a reflejar sólo una parte de las alzas de los precios y de la devaluación monetaria, razón por la cual los precios unitarios comenzaron a decrecer mientras que la prestación del contratista se mantuvo igual tal como lo hizo evidente los índices de precios al consumidor publicados por el DANE.

Sin embargo, no hay probanza alguna que demuestre el incremento anormal de los insumos propios de la obra que fue contratada tales como el asfalto, el recebo, la arena, la gravilla, el cemento, los salarios, la gasolina, el A.C.P.M., la maquinaria y el equipo, etc., y mucho menos existe prueba de que, habida cuenta de las alzas inusitadas de estos factores, la fórmula pactada resultó inane para contrarrestar los efectos de esos anormales incrementos.

En efecto, la experticia que obra en el plenario se limita a comparar el valor de las actas aplicándole la fórmula pactada en contraposición con el valor que resultaría si se le aplicara el IPC certificado por DANE para el respectivo periodo.

Pues bien, aunque de esa comparación emerge una diferencia de varios miles de millones de pesos, este resultado no es el producto de la estimación razonada de la variación anormal de los factores propios de la obra contratada y mucho menos puede tenerse como una opinión conclusiva de que la fórmula pactada resultó inoperante, precisamente porque no parte de la base de ponderar la variación valor-tiempo de los insumos naturales de la obra.

Así que entonces no hay demostración alguna de que hubo una alteración anormal y significativa de los valores de los insumos propios de la obra y que esa variación causó un impacto negativo en la ecuación financiera del contrato que no pudo contrarrestar la fórmula pactada.

Esta orfandad probatoria sobre estos aspectos esenciales determina la improsperidad de las pretensiones de la demanda y como así lo decidió el Tribunal la sentencia apelada debe confirmarse.

Ahora, la Sala encuentra contrario a la buena fe objetiva el que la parte demandante pretenda apartarse de lo convenido contractualmente para que con fundamento en el IPC, un índice diferente al pactado y que no guarda relación directa con el objeto negocial, se le reajusten los precios por el sólo hecho de verlo más favorable a sus intereses, sin consideración a los de la otra, toda vez que no fue motivo de su preocupación demostrar que los factores del índice acordado sufrieron incrementos anormales que alteraron gravemente el equilibrio financiero e hicieron inoperante la fórmula prevista, razón por la cual se le condenará en costas de ésta instancia”.⁵

2. PETICIÓN DE RECONOCIMIENTO ECONÓMICO POR POSIBLES IMPREVISTOS PRESENTADOS DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Solicita el contratista el reconocimiento económico por imprevistos presentados durante la ejecución del contrato por valor de \$299.636.750, sin especificar los imprevistos a los que hace referencia.

No obstante lo anterior, el concepto técnico del interventor de la obra, de fecha 22 de noviembre de 2013, señala en relación con el imprevisto “MURO COLINDANTE

⁵ Sentencia 18836 de 2011, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION C, CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C. veintidós (22) de junio de dos mil once (2011), Radicación: 85001-23-31-003-1998-0070-01 (18836)



COLEGIO DE LA PRESENTACIÓN”, por valor de \$35.023.695,50 que: *“Esta interventoría concluye que esta actividad no se considera un imprevisto, porque fue a causa de un mal procedimiento constructivo utilizado por el contratista, que ocasionó la desestabilización del muro del colegio”*.

Al respecto es importante tener claro que una eventual alteración en el equilibrio económico del contrato debe darse por acontecimientos que no puedan ser imputables a la parte que reclama el restablecimiento.

Es decir, que es condición indispensable que la parte que reclama su restablecimiento no puede haber causado con su propia conducta tal alteración.

Este presupuesto necesario para que la alteración en las condiciones contractuales genere el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato es una expresión concreta de la máxima del Derecho, conforme a la cual nadie puede alegar su propia culpa en su favor: *nemo audiatur propiam turpitudinem allegans*. Lo contrario sería premiar la conducta negligente del contratista que, en virtud de sus propias actuaciones, alteró las condiciones con fundamento en las cuales se estipularon las obligaciones contractuales.

Así nos lo ha enseñado el Consejo de Estado al estipular: *“Recuerda esta sala que tienen la doctrina y la jurisprudencia una gran fortaleza en el desarrollo de las teorías que propenden al mantenimiento del equilibrio económico de los contratos que celebren las entidades públicas con los particulares contratistas como colaboradores del Estado, y es ya mandato legal que los cocontratantes deben mantener la igualdad y equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, cuando estas se rompen por causas no imputables a quien resultare afectado”*.⁶

Con el ánimo de dar emitir un concepto integral frente a las reclamaciones del contratista, y en relación a otros imprevistos que no menciona expresamente el contratista en su petición, pero a los que hace referencia el supervisor⁷ del contrato, en su concepto de fecha 12 de Noviembre de 2013, y que tienen que ver con imprevistos por actualización de planos por cambio de normas de construcción, imprevistos en costos por afectación de lluvias e imprevistos por suspensión de la obra, recomiendo al Comité de Conciliaciones despacharlas desfavorablemente atendiendo las consideraciones expuestas en el numeral primero del presente oficio, y a las cuales debemos remitirnos.

En relación con la suspensión de la obra, y los costos en los que hubiera podido incurrir el contratista, es importante agregar, que no se trata de hechos imputables a la ESE Hospital Local de Piedecuesta, puesto que dicha suspensión obedeció a que la Secretaría de Salud Departamental no previó la continuidad de la interventoría (a su cargo) del contrato de obra, razón por la cual suspendió el convenio interadministrativo No 1935 de 2010, según se advierte del acta de suspensión No 02 del 26 de noviembre de 2012, del acta de suspensión No 1 del contrato de obra No 069 de 2012, del concepto del 22 de noviembre de 2012 y del oficio de fecha 30 de Octubre de 2013 suscritos por el supervisor del contrato.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 1998, exp. 11.101. En el mismo sentido puede consultarse la Sentencia del 2 de febrero de 1996, exp. 8385.

⁷ Supervisor de la obra por parte del Hospital Local de Piedecuesta, en cabeza del Ingeniero JAVIER RAMIREZ QUINTERO, representante legal de RAMCAL S.A.S. en virtud del contrato 093 de 2012, cuyo objeto es “la Prestación de Servicios para la Supervisión del Contrato de Obra 069 de 2012, denominado Construcción de la Nueva Central de Urgencias y Hospitalización de la ESE HLP, y lo referente a la Supervisión, Revisión, Aprobación, y Visto Bueno de las actividades, documentos, actas, informes y demás que sean entregados por la Interventoría de la obra a la ESE HLP”.



3. PETICIÓN DE RECONOCIMIENTO ECONÓMICO DE INTERESES DE MORA POR PAGOS EXTEMPORÁNEOS

En relación con la solicitud de reconocimiento económico de intereses de mora por pagos extemporáneos correspondientes a las actas del 01 al 08 y que de acuerdo con el contratista afectaron el equilibrio económico del contrato, por valor de \$286.114.033, recomendando al Comité acoger plenamente el concepto de fecha 14 de enero de 2014 emitido por el Subdirector Administrativo de esta entidad, a cuyo cargo se encuentra el área de Tesorería. Pues bien, luego de relacionar cada una de las facturas presentadas por el contratista correspondientes a las actas de recibo parcial de obra, desde la No 1 hasta la No 11, y sus respectivas fechas de pago, el precitado concepto, concluye que no existen méritos para afirmar que la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE PIEDECUESTA ha incumplido en el plazo contemplado en el Contrato de Obra 069 de 2012 para cada cuenta presentada por el Consorcio Hospital Piedecuesta 2011, y por lo tanto, no se estima procedente el reconocimiento económico por concepto de intereses de mora al contratista toda vez que la entidad siempre se ajustó a lo pactado contractualmente.

Es importante señalar que en la petición no se advierte la dirección de notificación del contratista, por lo que la respuesta que debe emitir la entidad debe enviarse a la última dirección registrada en el expediente contractual y publicarse en la cartelera de la oficina jurídica de la entidad.

Se anexa Concepto Técnico de interventoría del 22 de Noviembre de 2013, Concepto Técnico del Subdirector Administrativo de la entidad de 14 de enero de 2014, y oficio del 30 de octubre de 2013, suscrito por el supervisor del contrato.

En los anteriores términos se rinde el presente concepto.

Cordialmente,

ORIGINAL FIRMADO
ADRIÁN IGNACIO GONZÁLEZ JAIMES
Coordinador Jurídico ESE HLP