

MEMORANDO

CM.100-127

Bogotá D.C. 13 de marzo de 2024

PARA: ALEXANDER BATISTA FRANCO
Propietario del Establecimiento de Comercio DISTRITODO EXPRESS
Contratista contrato No. CM-218-2023

DE: Señor CONTRALMIRANTE JAVIER ALFONSO PINILLA
Director General Club Militar (E)

ASUNTO: Respuesta solicitud de Ajuste precios contrato CM-218-2023, según incremento IPC año 2024.

Referente a la solicitud presentada de reajuste de precios del contrato CM-218-2023 de fecha 28 de Noviembre de 2023, cuyo objeto es "SUMINISTRO DE PRODUCTOS QUÍMICOS PARA TRATAMIENTO AGUA POTABLE, CALDERAS, LAVANDERÍA, ASEO DE COCINAS Y DESINFECCIÓN DE ALIMENTOS PARA LAS TRES SEDES DEL CLUB MILITAR" aplicando el IPC año 2024, esta entidad se permite dar respuesta en los siguientes términos:

De conformidad con el concepto Económico emitido por el asesor económico del Club Militar, se indica que como resultado de la Subasta Inversa electrónica realizada a través de la plataforma del SECOP II, se obtuvo una disminución (ahorro) del 12.56%, respecto de los valores iniciales ofertados, por el proponente, hoy Contratista ALEXANDER BATISTA FRANCO.

Ahora bien, de conformidad con las reglas del proceso de selección adelantado, la entidad estipuló en los Criterios de Evaluación, en los ítems 7 y 8 del numeral 4.2 Oferta económica del Pliego de Condiciones, así como en el Estudio Previo, lo siguiente:

"7. El proponente debe proyectar el valor de la oferta por el tiempo de ejecución del contrato respectivo de forma responsable y previniendo la totalidad de factores que integran los costos y gastos de la ejecución del contrato."

8. Serán de la exclusiva responsabilidad del proponente, los errores u omisiones en que incurra al indicar los costos y valores totales de su propuesta debiendo asumir los mayores costos o pérdidas que se deriven de dichos errores u omisiones".

De lo anterior se desprende que el contratista, al estructurar su oferta y participar de la Subasta, realizó un análisis juicioso de los costos versus la utilidad inherente a la ejecución del contrato para cada uno de los ítems, identificando las posibles variaciones de precios en los insumos y/o elementos para no incurrir en pérdida, teniendo en cuenta el comportamiento de un mercado del cual es experto en consonancia con la experiencia acreditada y aunado al hecho de que era conocedor que el plazo de ejecución se extendería hasta finales la siguiente vigencia, es decir el 2024.

En suma, el contratista tomo el riesgo relativo al incremento de los precios, pues debió examinar el equilibrio de su oferta económica contemplando las condiciones existentes al momento de la presentación de la oferta, participación de la subasta y celebración del contrato, a fin de contemplar en los valores ofertados, los posibles incrementos económicos a que hubiera lugar con el fin de que no incidiesen en el equilibrio contractual.

Por su parte, dentro de los riesgos establecidos en la Matriz de Riesgos de los Estudios y documentos Previos, se contempló en el ítem 9 "**Alza inesperada del valor contractual de algún insumo, bien o productos**", el cual sería asumido por el **contratista** y que cuyo incumplimiento da lugar al inicio de un Debido Proceso para hacer efectivas las garantías contractuales, imponiendo multas o la caducidad del contrato.

Asimismo, durante la etapa establecida para observar el proceso de selección, no fueron recibidas observaciones al Estudio de Mercado realizado y publicado por la entidad, así como tampoco alegaron rechazo alguno al análisis de precios de la oferta económica.

Por otro lado, es de indicar que desde el inicio del proceso, se conocía que el presupuesto contemplaba dos vigencias, la vigencia actual 2023 y vigencias futuras 2024, por lo tanto, los interesados en participar debían obrar con la debida diligencia al momento de estructurar su oferta económica y participar de la subasta teniendo en cuenta las reglas establecidas por el Club Militar.

En consonancia con lo anterior, se tiene que el contrato bajo análisis, en su Clausula Séptima **Derechos, obligaciones y prohibiciones del contratista** dentro de las obligaciones, en su numeral 19 se estableció lo siguiente:

"19. Asumir los riesgos establecidos en la matriz de riesgos del proceso."

Dado lo anterior, se evidencia que el contratista acepto y asumió el riesgo económico respecto a un posible incremento de los precios de los elementos o bienes contratados por la entidad.

De conformidad con lo contemplado en el artículo 27 de la ley 80 de 1993 el cual señala:

"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 (...)"

En consideración de lo anterior, el honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante fallo del 24/09/2021, Consejera Ponente MARÍA ADRIANA MARÍN, manifestó que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia los requisitos para la configuración del rompimiento del equilibrio económico del contrato se establece:

"(...) a) las que responden a los supuestos de la teoría de la imprevisión por ser, justamente, imprevisibles y ajenos a las partes, al Estado y al contrato; b) las causas configurativas del denominado "hecho del príncipe", que resultan imputables a la entidad contratante que en ejercicio de sus funciones administrativas profiere una medida de carácter general que termina afectando a su propio contratista y siendo ajena al contrato, incide en él alterando gravemente la economía contractual; y c) los eventos del denominado "ius variandi", referentes a las modificaciones unilaterales que la entidad estatal realiza al contrato.

Estas causales tienen como denominador común la imprevisibilidad y anormalidad del hecho que origina el desequilibrio, lo cual implica que, para que se reconozca el rompimiento de la ecuación económica se requiere que tal fenómeno no se haya originado dentro del margen de riesgo propio del contrato ni bajo las circunstancias previstas por las partes al distribuir, precisamente, los riesgos del objeto contractual, en las cláusulas del negocio jurídico⁽¹⁵⁾, o al efectuar los ajustes económicos del mismo durante su ejecución. En ese sentido, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si estos son propios del álea normal del contrato o corresponden a las eventualidades o contingencias asumidas por las partes al celebrar el acuerdo de voluntades, o bien, al establecer los mecanismos que la ley autoriza para mantener la ecuación económica durante la vigencia del contrato. (Subrayado fuera de texto)

Sobre tales materias, ha señalado la jurisprudencia ⁽¹⁶⁾²:

[E]l fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se [edifica] sobre la base del equilibrio, de la igualdad o de la equivalencia proporcional y objetiva entre las prestaciones asumidas por las partes, lo cual comporta la exigencia consistente en que las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del

¹ (15) 15 Ver, entre otras, las sentencias proferida por el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A, el 23 de noviembre de 2017, exp. N° 25000-23-26-000-1999-02431-01(36865), el 30 de mayo de 2019, exp. N° 53875 (M.P. Marta Nubia Velásquez Rico) y el 20 de noviembre de 2019, exp. N° 23001-23-31-000-2008 00132-01(41934)

² (16) 6 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 28 de enero de 2016, exp. N° 25000-23-26-000-2003-01742-01(34454). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

contrato se preserven durante su ejecución e, incluso, como en su liquidación, manteniéndose a lo largo de esas etapas las obligaciones y derechos originalmente convenidos; así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las Partes, Con Lo Cual En Caso De Evidenciarse Circunstancias O Vicisitudes Que Afecten El Equilibrio Que Garantiza El Legislador, Este Deba Restablecerse Para Que No Se Veán Afectados Los Mencionados Propósitos Que Justifican La Actividad Contractual del Estado.

Empero, lo anterior no necesariamente significa que en todas las hipótesis el contratista deba obtener con exactitud numérica la utilidad calculada y esperada por él, pues no cualquier imprevisto que merme su ventaja patrimonial tiene la virtualidad de conducir al restablecimiento económico; así pues, solo aquellas eventualidades imprevistas que alteran gravemente la ecuación financiera del negocio tienen vocación para constituirse en el fundamento de la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del vínculo obligacional, pues si las anotadas condiciones de recuperación de la ecuación financiera del negocio no se exigiesen, se vería menoscabado el interés público que debe prohibirse con ocasión de la contratación estatal. Lo expuesto fuerza la conclusión de acuerdo con la cual en el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, más que proteger el interés individual del contratista, lo que ampara fundamentalmente, en realidad, es el interés general que se persigue satisfacer con la celebración y cabal ejecución del contrato estatal." (Subrayado fuera de texto)

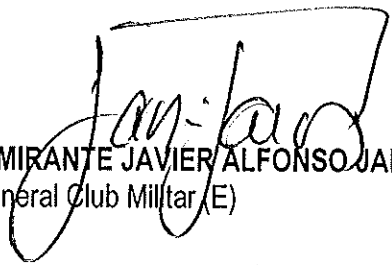
En consideración con lo decantado en el presente escrito, para el caso en estudio NO ES VIABLE NI RESULTA PROCEDENTE efectuar ajuste de precios en los elementos solicitados por el CONTRATISTA, teniendo en cuenta lo siguiente:

- 1) Que el señor ALEXANDER BATISTA FRANCO en su calidad de Contratista aceptó la distribución de los riesgos establecidos en la Matriz de Riesgos desde los Estudios Previos, en los cuales se determinó que, en caso de presentarse algún tipo de aumento de los precios de algún insumo, bien o producto, este debía ser asumido en su totalidad por el CONTRATISTA puesto que **"Los precios contratados son fijos y firmes, teniendo en cuenta que son los precios ofertados por el contratista de acuerdo a su análisis de precios unitarios, en caso de presentarse dicho acontecimiento deberá asumir los sobrecostos presentados"**, riesgo que es reforzado con cargo al contratista, en el numeral 19 de la cláusula séptima del contrato.
- 2) La solicitud de restablecimiento del equilibrio económico alegado por el contratista, no está soportada en hechos de los cuales se pueda predicar su imprevisibilidad y anormalidad pues los mismos, no solo se encuentran amparados dentro del margen de riesgo propio del contrato de acuerdo con la Matriz respectiva, sino que su acaecimiento estaba previsto por el contratista desde su participación en el proceso de selección del contratista, por tratarse de un contrato cuyo plazo de ejecución se extendía por dos vigencias.
- 3) Téngase en cuenta que el restablecimiento económico de la ecuación contractual, mas que proteger los intereses particulares del contratista, busca amparar el interés general, fin último de la Contratación Estatal; en razón a lo cual no resulta procedente reconocerlo cuando representa un menoscabo al patrimonio público, habida cuenta que los hechos expuestos no

constituyen una alteración grave debidamente probada, ni mucho menos detentan el carácter de imprevisibles y anormales.

De esta manera, no es de recibo el argumento de desequilibrio financiero del contrato, pues no constituye causal para alegarlo el simple incremento de los costos en algunos ítems, de hecho tales situaciones son propias de la dinámica de la ejecución contractual, máxime en un contrato con vigencias futuras, en que el proponente, durante la estructuración de su oferta económica y participación de la Subasta, debió tener en cuenta las condiciones y reglas dispuestas por la entidad para la contratación y obrar con la debida diligencia en consonancia con estas.

Atentamente,


CONTRALMIRANTE JAVIER ALFONSO JAIMES PINILLA
Director General Club Militar (E)

Elaboró: Abogada OPS Viviana Paredes Molina 

Vo. Bo. Asesor Económico OPS Juan Carlos Leiva Paez 

Revisó CCLADM Julieth Paola Patiño Ruiz 
Coordinadora Administrativa

Aprobó Cr John Fredy Ubaque Rodríguez 
Subdirector General

