

Bogotá D.C.,

Ingeniero:

GABRIEL DIAZ BARRERA

Gerente de Intervención.

Subdirección Técnica de Producción e Intervención
UAERMV

UMV

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION
Y MANTENIMIENTO VIAL



Radicado No: 20160116012495
Destino: 130 SUBDIRECCION TE - Rem: YENNY MARCELA GON
Folios: 3 Anexos: Copias: 0 2016-07-01 16:10 Cód veri: 602b8

Asunto: Concepto jurídico sobre viabilidad de reajuste de precios en el contrato de prestación de servicios No. 336 del 17 de septiembre de 2014.

De acuerdo a la solicitud elevada por la Gerencia de Intervención mediante memorando radicado con el No. 20160116011966 del 24 de junio de 2016, se requiere concepto jurídico de la Oficina Asesora Jurídica para dar claridad sobre los siguientes temas:

1. Procedimiento y fórmula de ajuste aplicable a contratos que devengan de la modalidad SASI (Selección Abreviada por Subasta Inversa).
2. Viabilidad en la procedencia de ajuste de precios solicitado por el contratista TECNIVILES S.A en el contrato de prestación de servicios No. 336 del 17 de septiembre de 2014.
2. Procedimiento a realizar con el fin de efectuar la corrección del acto administrativo de Adición No. 1 y Prórroga No. 4 por cuanto se consignó el ajuste de disposición de RCD teniendo en cuenta que el contrato no establece de manera disgregada los valores de los componentes de transporte y disposición.

CONCEPTO

La ley 80 de 1993 prevé el ajuste de precios como un mecanismo 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 de contratar en los casos de contratación directa.

En este sentido, la mencionada ley consagra en el **artículo 4°** el ajuste de precios, como uno de los deberes que tiene el Estado al momento de celebrar contratos, estableciendo en el **numeral 8°** lo siguiente:

"Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (...)

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 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 (...)" (Subrayado por fuera del texto original).

De la norma citada se puede deducir, que el ajuste y revisión de precios se encuentran previstos para dos modalidades de contratación:

1. La licitación pública
2. La contratación directa

Es decir que expresamente, la norma no dispone que el ajuste o la revisión de precios proceda para la selección abreviada de subasta inversa.

Esto puede justificarse en el hecho de que el elemento determinante en la selección en la subasta inversa es el precio, tal y como se explica a continuación:

El numeral 2 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007 define la Selección Abreviada como *"la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual"*.

A su vez, señala como una de las causales de selección abreviada:

"a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de

subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos;" (Subrayado por fuera del texto original)

En este sentido y de acuerdo a los fundamentos jurídicos expuestos en los estudios previos del contrato de prestación de servicios No. 336 del 17 de septiembre de 2014, se escogió la modalidad de selección de subasta inversa presencial, teniendo en cuenta que el objeto del contrato "TRANPORTE Y DISPOSICIÓN DE ESCOMBROS PROVENIENTES DE LAS OBRAS EJECUTADAS, DEL PROGRAMA VIAS PARA SUPERAR LA SEGREGACIÓN POR UAERMV", es un servicio que es ofrecido en el mercado en las mismas condiciones a todas las personas que lo requieran.

Es importante manifestar que todas las modalidades de selección en la contratación estatal, se fundamentan en el principio de selección objetiva, que de acuerdo al artículo 5 de la ley 1150 de 2007, se define así: *"Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva (...)"*. (Subrayado por fuera del texto original)

Por su parte, el ofrecimiento más favorable para la entidad a que se refiere el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 lo determinará la Entidad Estatal teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista, según lo dispone el artículo 26 del decreto 1510 de 2013.

Está claro que en el caso de la selección abreviada por subasta inversa, el ofrecimiento más favorable a la entidad, es aquel que incluye el menor precio, pues el numeral 3 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 señala que *"Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido."*

Teniendo en cuenta que en los procesos de selección abreviada por subasta inversa, el elemento determinante de selección es el precio, el Manual de Contratación de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, dispuso expresamente en el numeral 4.1.5.3 párrafo 5, que *"no aplicará la previsión de ajustes en las SASI"*.

Con base en lo anterior, la Oficina Asesora Jurídica no puede entrar a determinar un procedimiento y fórmula de ajuste aplicable a contratos que devengan de la modalidad SASI, ya que el Manual de Contratación de la Entidad no lo permite.

En cuanto al segundo interrogante, la Oficina Asesora Jurídica no encuentra viable la procedencia del ajuste de precios solicitado por el contratista TECNIVILES S.A en el contrato de prestación de servicios No. 336 del 17 de septiembre de 2014, máxime cuando tanto en el pliego de condiciones definitivo como en el contrato, se dispuso que el valor del mismo incluía todos los gastos directos e indirectos, tasas, e impuestos, contribuciones, pólizas, retenciones, publicaciones y todos los descuentos de ley a que haya lugar y se estableció un plazo de diez (10) meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio por el supervisor y el contratista, acta que indica que el contrato inició el ocho (8) de octubre de 2014 y debía terminar inicialmente el día siete (7) de agosto de 2015.

Teniendo en cuenta la modalidad de selección utilizada en dicho proceso de contratación, si para la Unidad era necesario continuar con el servicio prestado a través del contrato de prestación de servicios No.336 del 17 de septiembre de 2014, lo procedente era iniciar un nuevo proceso de contratación con la misma modalidad de selección para la vigencia 2016.

Sin embargo, la supervisión del contrato, determinó conveniente que se realizaran cuatro (4) prórrogas y una (1) adición, que derivaron en el cambio de vigencia de ejecución del contrato.

En virtud de lo anterior, y como consecuencia de las solicitud del contratista radicada con No. 20160116005247 del 18 de marzo de 2016, en el documento de la adición No. 1 y prórroga No. 4, se consignó lo siguiente:

"El ajuste de precios aplicará al ítem contractual Transporte y Disposición en su componente de Disposición únicamente, el cual se establece de acuerdo con el estudio del sector que para tal fin realiza la Secretaría General.

Los ítems no contemplados para ajustes de precios, en el Estudio de Sector, mantendrán su precio contractual de conformidad con la oferta económica presentada por el contratista".

Por otra parte, el numeral 4.2.8.2 del Manual de Contratación de la Unidad, señaló que:

"De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 80 La Unidad podrá, excepcionalmente, mediante documento modificatorio, acordar con el contratista ajustes o reajustes, si los mismos no fueron pactados en el contrato, si se comprueba que existe ruptura en el equilibrio económico del mismo.

Ante la ocurrencia de estos hechos imprevisibles que afecten el valor o los precios del contrato, la Entidad previamente al reconocimiento

económico que se le haga al contratista, deberá determinar si este hecho se enmarca dentro de una de las causales de desequilibrio económico, cumpliendo con todas las condiciones exigidas por la ley y la jurisprudencia para ello.”

Conforme a lo anterior, el ajuste de precios en el contrato de prestación de servicios No.336 del 17 de septiembre de 2014, depende de que sea demostrada la existencia de la ruptura del equilibrio económico en el desarrollo del contrato.

El numeral 4.2.8.4 del Manual de Contratación de la Unidad, establece que en el marco de lo previsto en los artículos 4, 5, 26 y 27 de la Ley 80 y las obligaciones y derechos correlativos que comportan para las partes sus estipulaciones, jurisprudencialmente ha sido reconocido que la ecuación económica del contrato podrá verse afectada por las siguientes causas:

“1. Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo –ius variandi-, sean estas abusivas o no.

2. Actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato.

3. Factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él”.

El reconocimiento de un desequilibrio económico sólo puede fundamentarse en la ocurrencia de un hecho enmarcado de cualquiera de estas causales y requerirá que el área ejecutora del contrato, con el apoyo de la Oficina Asesora Jurídica, determine en cada caso concreto. La ocurrencia de las condiciones exigidas por la ley y la jurisprudencia para la viabilidad del pago, a saber:

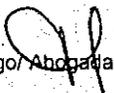
- Que se haya producido por acontecimientos que no sean imputables a la parte que reclama el restablecimiento.*
- Que el acontecimiento que altere las condiciones contractuales sea posterior a la presentación de la propuesta o a la celebración del contrato, según el caso.*
- Que el acontecimiento constituya un riesgo mayor al que era posible determinar (algo extraordinario).*
- Que el acontecimiento altere la economía del contrato haciéndolo más oneroso.”*

En el caso concreto, la Oficina Asesora Jurídica considera que teniendo en cuenta que el contratista no ha demostrado la existencia de ninguna de las causales que generan la ruptura del equilibrio económico en el contrato de prestación de servicios No. 336 del 17 de septiembre de 2014, no es posible llevar a cabo un reajuste de precios en el contrato ya que la carga de la prueba corresponde al contratista.

Finalmente, para responder al tercer interrogante de la Gerencia de Intervención, podemos remitirnos al numeral 4.2.6 del Manual de Contratación, que señala que "*si con posterioridad a la celebración del contrato, se hace necesario realizar aclaraciones, enmiendas y reformas al texto del contrato o de los documentos que hacen parte integral del mismo, o modificar el alcance de las obligaciones inicialmente pactadas, sin que ello implique la modificación del valor o la prórroga del plazo del contrato celebrado, las partes suscribirán un documento modificador soportado en las respectivas justificaciones técnicas y económicas*".

Bogotá Mejor Para Todos,


YENNY MARCELA GONZALEZ SÁNCHEZ
Jefe Oficina Asesora OAJ.

Proyectó: Mabel Juliana Hernández Gallego  Abogada OAJ