



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Bogotá D. C., 19 de Febrero de 2014

CONCEPTO No. 005 -2014 OJ

PARA: CLAUDIA ISABEL NIÑO IZQUIERDO
Secretaria General INML y CF

DE: LUZ MARY RINCÓN ROMERO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: CONCEPTO SOBRE SOLICITUD DE ADICIÓN DEL CONTRATO 254-SG-2012, POR LA DIFERENCIA QUE SE GENERA EN EL IVA DESDE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 1607 DE 2012, BASADO EN EL PRESUNTO DESEQUILIBRIO ECONOMICO BAJO LA TEORIA DE LA IMPREVISIÓN.

Mediante oficio del 20 de Enero de 2014, la Sociedad Aseo Colba S.A. presenta sustento de desequilibrio económico del contrato No. 254-SG-2012, basados en la Teoría de la Imprevisión, dada la expedición de la Ley 1607 de 2012.

Se procede en los términos del artículo 28 de la ley 1437 de 2011:

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

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

¿Es viable autorizar la adición del contrato 254-SG-2012, por concepto de la diferencia que se genera en el cobro del IVA de la facturación en los contratos de servicios integrales de aseo, cafetería y vigilancia, según lo establecido en el artículo 46 de la Ley 1607 de 2012?



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

II. ANTECEDENTES

La licitación Pública No. 015-SG-2012 cuyo objeto fue la PRESTACION DE SERVICIO DE ASEO Y CAFETERIA EN LAS SEDES DEL INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES A NIVEL NACIONAL, fue adjudicado el día 26 de octubre de 2012 a la persona jurídica Aseos Colombianos S.A.

El contrato fue suscrito el día 02 de noviembre de 2012, por valor de DOS MIL SEISCIENTOS TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$ 2.603.840.698).

El 26 de Diciembre de 2012 se expidió la ley 1607, la cual modificó la tasa gravable de los impuestos y en general reglamentó el tema tributario en Colombia.

El artículo 46¹ de la ley 1607 de 2012 modificó el artículo 462-1 del Estatuto tributario, en lo referente a la tarifa del impuesto del IVA, pues inicialmente ese artículo establecía la tarifa del 1.6% pero sobre el costo directo + el AIU; caso contrario de la legislación actual que incremento la tarifa pero ella sólo se aplica al valor del AIU.

El 20 de marzo de 2013, la empresa ASEO COLOMBIA S.A. solicitó la adición del contrato 254-SG-2012, por la diferencia que se genera en el cobro del IVA.

¹ **Artículo 462-1. Base gravable especial.** Para los servicios integrales de aseo y cafetería, de vigilancia, autorizados por la Superintendencia de Vigilancia Privada, de servicios temporales prestados por empresas autorizadas por el Ministerio del Trabajo y en los prestados por las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado en cuanto a mano de obra se refiere, vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria o quien haga sus veces, a las cuales se les haya expedido resolución de registro por parte del Ministerio del Trabajo, de los regímenes de trabajo asociado, compensaciones y seguridad social, como también a los prestados por los sindicatos con personería jurídica vigente en desarrollo de contratos sindicales debidamente depositados ante el Ministerio de Trabajo, la tarifa será del 16% en la parte correspondiente al AIU (Administración, Imprevistos y Utilidad), que no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del valor del contrato.

Para efectos de lo previsto en este artículo, el contribuyente deberá haber cumplido con todas las obligaciones laborales, o de compensaciones si se trata de cooperativas, precooperativas de trabajo asociado o sindicatos en desarrollo del contrato sindical y las atinentes a la seguridad social.

Parágrafo. La base gravable descrita en el presente artículo aplicará para efectos de la retención en la fuente del impuesto sobre la renta, al igual que para los impuestos territoriales.



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Con oficio del 20 de Enero de 2014, la Sociedad Aseocolba S.A. sustenta el desequilibrio económico del contrato No. 254-SG-2012, basada en la Teoría de la Imprevisión, dada la expedición de la Ley 1607 de 2012.

III. CONSIDERACIONES

Dadas las consideraciones hechas mediante el Concepto No. 013 -2013 OJ expedido por ésta Oficina el 23 de Abril de 2013, sobre los presupuestos legales explicados por la Jurisprudencia y necesarios para dar aplicación a la Teoría del Hecho del Príncipe o de la Imprevisión en los Contratos Estatales, es menester el análisis particular del posible desequilibrio económico bajo la Teoría de la Imprevisión en el Contrato No. 254-SG-2012 por la expedición de la Ley 1607 de 2012, invocado por el Contratista.

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

La Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia del 18 de septiembre de 2003, MP. Dr. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, expediente No. 70001-23-31-000-1996-05631-01, expresó:

Estimó la Sala en la mencionada Sentencia, que la misma 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”, situaciones que básicamente consisten en eventos económicos tales como “... crisis económica grave; devaluación extraordinaria; aumento fundamental y sorpresivo de los costos de la materia prima esencial para la ejecución del contrato; conmoción social, etc.”, siendo entonces indispensable para que se configure, la concurrencia de tres elementos: 1) que el hecho perturbatorio sea exógeno; 2) que no haya podido ser razonablemente previsto por las partes al momento de contratar y 3) que produzca una afectación de la ecuación económica del contrato extraordinaria y excepcional, lo que significa que esta teoría



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

“... 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 (subraya la Sala)”

Vista la consideración del Consejo de Estado sobre la Teoría de la Imprevisión y revisado el Proceso de Contratación, la Oferta Económica del Contratista, el Contrato y sus Adiciones y las manifestaciones del Contratista, se tiene lo siguiente:

1. A folio 207 de la Carpeta No. 1, reposa el Anexo No. 4, el cual determinaba las condiciones de presentación de la Oferta Económica, así:

“El valor de la oferta debe comprender todos los costos directos e indirectos en que el contratista va a incurrir para cumplir a cabalidad con el objeto del contrato resultante, tales como: Salarios, horas extras, recargos nocturnos, prestaciones sociales, costos operativos inherentes a los servicios, utilidad del contratista que pueda generar la prestación del servicio integral de vigilancia durante toda la vigencia del contrato que llegare a suscribirse.

*Los proponentes deben tener en cuenta todos los **impuestos, costos y gastos en que deban incurrir para la prestación del servicio, así como las condiciones de pago y en general, todos aquellos factores que puedan afectar el valor de todos los servicios...**”* (Negrillas fuera de texto).



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

2. A folio 217 de la Carpeta No. 1, se encuentra el Anexo No. 7, Tipificación, Estimación y Asignación de Riesgos del Proceso, el cual refleja que no se consideró el riesgo normativo.
3. A folios 492 a 494 de la Carpeta No. 2, reposa la Oferta Económica presentada por Aseocolba S.A., la cual determina un 19% del valor total de la misma como factor de administración pero no se discriminan los porcentajes correspondientes a las Utilidades ni a los Imprevistos.
4. A folios 358 al 363 de la Carpeta No. 2, reposa Resolución de Adjudicación a favor de la Sociedad Aseocolba S.A., expedida el 26 de octubre de 2012.
5. A folios 503 al 510 de la Carpeta No. 2, reposa el Contrato No. 254 suscrito el 02 de Noviembre de 2012, con la Sociedad Aseocolba S.A., para la prestación del servicio de aseo y cafetería en las sedes del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a nivel nacional.
6. Oficio del Contratista fechado el 20 de Enero de 2014 y recibido en la Entidad el 24 de Enero del mismo año, como sustento del desequilibrio económico bajo la teoría de la imprevisión.

De lo anterior, se tiene que:

1. Cuando se celebró el contrato No. 254-SG-2012 aún no había sido expedida la Ley 1607/12 denominada Reforma Tributaria.
2. Las partes no previeron el riesgo normativo.
3. La Reforma Tributaria, Ley 1607/12, es una norma de carácter general, abstracta, de obligatorio cumplimiento y de aplicación futura, por lo que de acuerdo al Concepto Tributario No. 10748 del 25 de febrero de 2013, expedido por la Oficina Jurídica de la DIAN, cada contrato se debe regir por el régimen tributario bajo el cual se celebró hasta su terminación, salvo en los casos de modificación de contratos o prórrogas de los mismos, a los cuales se les aplicará la reforma tributaria.
4. La expedición de la Ley 1607/12, claramente se dio por autoridad diferente a las partes contratantes.



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

5. La variación en el porcentaje del tributo incide en la ecuación económica del contrato, pero ello no implica necesariamente el desequilibrio económico del mismo, es decir, que es necesario, que el aumento del impuesto del IVA al 16% haga onerosa la ejecución del contrato, provocando una pérdida que exceda el álea normal y previsible, ya que según la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Exp. 14043, M.P. Germán Rodríguez Villamizar *“...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 perjuicio...”* (Negritas fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que el contratista no ha demostrado el presunto déficit económico y/o que sufre una pérdida verdadera con el cobro de la nueva base gravable del impuesto del IVA establecida con la ley 1607 de 2012, sólo se ha ceñido a manifestar a la administración la presunta diferencia en el cobro de la facturación la cual asciende a la suma de \$14.563.513 para el año 2013.

Es preciso aclarar que la no obtención de la utilidad esperada al momento de la suscripción del contrato o la disminución de la utilidad esperada o proyectada no debe confundirse con la no obtención de utilidad, es decir, con la entrada en pérdidas del contratista, ya que es precisamente en ese punto, en el que la Entidad debe recalcular la ecuación económica del contrato y llevar al contratista al punto de no pérdida. Constituye entonces lo anterior, el tercer requisito para que se configure la Teoría de la Imprevisión.

Así mismo, es pertinente, mencionar que el alcance del equilibrio económico del contrato está referido al balance razonable entre las cargas y ventajas para los cocontratantes, cuando éste se rompe hay lugar a reestablecerlo, ya que tal circunstancia constituye un elemento determinante del contrato, es así como, resulta necesario determinar si con la



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

aplicación de la nueva base gravable del 16% en la facturación de este negocio se presenta un desbalance que ponga en desventaja al Contratista y haga onerosa y difícil su ejecución.

IV. CONCLUSIONES

Dado que con el oficio del 20 de Enero de 2014 y recibido en la Entidad el 24 de Enero del mismo año, la Sociedad Aseocolba S.A. refleja sólo una diferencia respecto del ajuste con el 1.6% y con el 16%, no se tiene certeza de si hay o no pérdidas económicas para el Contratista que nos permitan determinar el desequilibrio económico del contrato, por lo que resulta indispensable solicitar a la Coordinación del Grupo Nacional de Gestión Financiera el análisis económico-financiero del contrato para efectos de llegar a la conclusión de adicionarlo o no.

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 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordial Saludo,


LUZ MARY RINCÓN ROMERO
Jefe Oficina Jurídica

PROYECTÓ: MARIYENIS REGALADO BADILLO / ASESORA OJ 
REVISÓ/APROBÓ: LUZ MARY RINCÓN ROMERO/ JEFE OJ

CC GRUPO NACIONAL DE GESTIÓN CONTRACTUAL
SUBDIRECCIÓN ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA
GRUPO NAL.DE GESTION DE TESORERIA
GRUPO NAL.DE GESTION CONTABLE Y DE COSTOS