



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Bogotá D. C., 17 de Julio de 2013

CONCEPTO No. 021-2013 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 003-SG-2013, POR LA DIFERENCIA QUE SE GENERA EN EL IVA DESDE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 1607 DE 2012.

Hemos recibido su consulta del 11 de junio de 2013, en la cual solicita concepto jurídico del asunto, así las cosas, 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 003-SG-2013, por concepto de la diferencia que se genera en el cobro del IVA en los contratos de arrendamiento, según lo establecido en la Ley 1607 de 2012?

II. ANTECEDENTES

Mediante resolución No. 003-SG-2013 se ordenó adelantar los trámites necesarios para la contratación directa del arrendamiento del inmueble ubicado en la carrera 35 No. 4b-43, Barrio Veraguas Occidental de la ciudad de Bogotá D.C., con número de matrícula

Servicio Forense efectivo
Calle 7 A – 12-61. PBX: 4069977-4069944 Ext. 1615, 1616, 1618 y 1619
E-mail: juridica@medicinalegal.gov.co
www.medicinalegal.gov.co
Bogotá Colombia



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

inmobiliaria No. 50c 953951, donde funcionará la sede del grupo nacional gestión de bienes e inventarios del instituto nacional de medicina legal y ciencias forenses.

El 02 de enero de 2013, se suscribió el contrato No. 003-SG-2013 con la señora MARÍA JOSEFINA PRIETO DE GUEVARA, cuyo objeto fue contratar el servicio de arrendamiento del inmueble de su propiedad, ubicado en la carrera 35 no. 4b-43 – barrio Veraguas Occidental de la Ciudad de Bogotá D.C., para el funcionamiento del grupo nacional gestión de bienes e inventarios del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses; inmueble compuesto por una edificación de dos (2) pisos, con un área de 530 m2, en los lotes 12 y 14.

El valor del contrato es de CIENTO DOS MILLONES DE PESOS MCTE (\$102.000.000), y el plazo de ejecución es desde el 01 de enero al 30 de diciembre de 2013, con un canon mensual de (\$8.500.000).

En enero de 2012, también se suscribió contrato de arrendamiento sobre el referido inmueble y la tarifa del IVA que se aplicaba era del 10%.

El 26 de Diciembre de 2012, se expidió la ley 1607 la cual varió la tarifa del IVA del 10% al 16%; razón por la cual la arrendadora solicitó la evaluación del canon de arrendamiento argumentando que el contrato se proyectó con un IVA del 10% y no del 16%.

El 28 de febrero de 2013, la oficina jurídica conceptuó respecto a la aplicación de la nueva tarifa del IVA y concluyó que debía hacerse efectiva desde la entrada en vigencia de la ley 1607 de 2012; es decir, desde el 01 de enero de 2013.

El 23 de Abril de 2013, igualmente la oficina jurídica conceptuó respecto a la solicitud de adición del contrato No. 254-SG-2012, por la diferencia que generaba la nueva tarifa del IVA, documento en el cual se estableció que sólo se podía acceder a la solicitud en el evento en el cual el contratista lograra demostrar su incursión en "pérdidas", de lo contrario no era posible adicionar el contrato.



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

La Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales (DIAN) emitió concepto tributario No. 10748 del 25 de febrero de 2013, en el cual se determinó la excepción en la aplicación de la tarifa del impuesto del IVA en los contratos celebrados con entidades públicas.

III. CONSIDERACIONES

La adición del contrato puede realizarse cuando se demuestre la alteración del equilibrio económico por 3 causas:

- Actos o hechos imputables a la administración contratante
- Actos de la administración ya no como contratante sino como estado, (**TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE**);
- Actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, (**TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN**)

1. ACTOS O HECHOS IMPUTABLES A LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE

Esta situación se presenta cuando la administración introduce modificaciones que afecten la relación negocial, es decir, cuando se varían las condiciones del contrato, situación que no se presenta en este caso.

2. TEORÍA DEL 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.

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:



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

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

En el presente caso, el daño alegado por la solicitante no era imprevisible, pues el contrato fue suscrito el 02 de Enero de 2013, es decir, para esa fecha ya se encontraba en vigencia la referida ley.

Adicionalmente, el acto no fue proferido por autoridad pública de la misma naturaleza que la entidad contratante, toda vez que se trata de la variación de la tasa de un impuesto, lo cual sólo es de competencia del Congreso de la República, el cual es autónomo para establecer directrices tributarias cuando las circunstancias del país así lo requieran; sin que ello quiera decir, que con ello se rompa el equilibrio de la ecuación económica entre las partes contratantes, teniendo en cuenta que la ley es totalmente ajena a la naturaleza del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Por todo lo anterior, no es procedente adicionar el contrato, pues en el caso concreto no se cumplen los requisitos para dar aplicación a esta teoría.

3. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Esta teoría se aplica en el evento en el cual se presentan circunstancias extraordinarias anormales e imprevisibles, posteriores, y sobrevinientes a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económico-financiera en perjuicio del contratista.

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



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

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.*

Las circunstancias mencionadas anteriormente, no se presentan en el caso del contrato 003-SG-2013, pues la Ley 1607 fue expedida el 26 de Diciembre de 2012 y en el momento de la suscripción del contrato ya se encontraba vigente, razón por la cual no puede afirmarse que dicha circunstancia era imprevisible y menos aún irresistible.

Teniendo en cuenta lo anterior, no se entiende cual puede ser la supuesta afectación en el equilibrio financiero argumentada por la solicitante, pues en el contrato no existe variación en la tarifa de la base gravable del IVA, ya que para la fecha de suscripción ya se encontraba vigente la reforma tributaria y en esas condiciones no existiría detrimento patrimonial, requisito indispensable para que pueda darse aplicación a la teoría de la imprevisión; según la Sección Tercera del Consejo de Estado *"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"*¹

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



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Así mismo valga la pena aclarar que la teoría de la imprevisión no cubre ni asegura ganancias, sólo puede darse aplicación en el caso de que el contratista incurra en pérdidas, ello quiere decir, que no tiende a reparar un daño, ni conlleva a mantener el beneficio del contratante, ni aún a preservarlo de cualquier pérdida, sólo opera en el caso en el cual se trate de un riesgo extraordinario y que el contratista no está obligado a soportar.

Si bien es cierto, la Oficina Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) emitió el concepto tributario No. 10748 en el cual estableció la excepción en el cobro de la nueva base gravable del IVA en los contratos celebrados con Entidades Públicas, en el presente caso no puede darse aplicación a dicha disposición por cuanto el contrato fue celebrado en vigencia de la Ley 1607 de 2012.

CONCLUSIONES

Vista la naturaleza jurídica de las teorías para conservar el equilibrio económico del contrato estatal se puede concluir que:

- ✓ El INML Y CF no puede acceder a la solicitud de adición del contrato No. 003-SG-2013, por cuanto el caso en estudio no cuenta con los requisitos de la teoría del hecho del príncipe o de la imprevisión, lo cual podría justificar la inclusión del valor solicitado por el contratista, a no ser que existan pruebas al respecto, las cuales deben ser analizadas por el supervisor del contrato quien emitirá el concepto respectivo.
- ✓ La entidad sólo podrá entrar a analizar la solicitud de adición, cuando el contratista demuestre la efectiva variación de la ecuación financiera del contrato y su incursión en pérdida, situación ante la cual el INML y CF, a través del supervisor del contrato, informará al ordenador del gasto de esta situación y entrará a estudiar una adición para reconocer dicha pérdida.
- ✓ Se aclara que el INML Y CF no puede asegurar la expectativa del contratista respecto al porcentaje de utilidad y/o ganancias.



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

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,

LUIS GONZALO COMBA TORRES

Jefe Oficina Jurídica (E)

PROYECTÓ: PAOLA LILIANA CASTAÑEDA SÁENZ

REVISÓ/APROBÓ: LUIS GONZALO COMBA TORRES/ JEFE OJ (E)

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