



Copra.

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Conceptos

Bogotá D. C., Febrero 28 de 2013

Concepto No. 010 - 2013 OJ

PARA: CLAUDIA ISABEL VICTORIA NIÑO IZQUIERDO
Secretaria General

DE: LUZ MARY RINCÓN ROMERO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: CONCEPTO VENTA DE SERVICIOS

Hemos recibido su consulta con oficio 035 – 2013 - GNGCNTCST, en la cual solicita concepto jurídico del asunto, así las cosas, se procede a emitir concepto en los términos del artículo 28 de la ley 1437 de 2012.

I. PROBLEMA JURÍDICO

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

¿En la liquidación de los pagos de servicio de aseo y cafetería se debe atender la facturación del IVA de acuerdo con la norma actual, el artículo 46 de Ley 1607 de 2013, esto es una tarifa del 16%, o la norma anterior contemplada en el artículo 78 de la Ley 633 de 2000 y el artículo 6 del decreto 533 de 2003, que establecían una tarifa del 1.6%, normas bajo las cuales se suscribió el contrato?

II. CONSIDERACIONES

A. VIGENCIA DE LA LEY EN EL TIEMPO – PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY NO PROCEDIMENTAL – Excepciones

Para solucionar el anterior interrogante se acudirá a la legislación que regula la **vigencia de la ley en el tiempo** y la diferencia entre las leyes procesales y sustanciales.

15.38B
28 FEB 2013
6434



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

La ley 153 de 1887 determina que **las leyes procesales** (de sustanciación y ritualidad de los juicios) rigen desde su vigencia y por tanto prevalecen sobre las anteriores, es decir que son de aplicación inmediata excepto cuando se trate de términos que hubieren empezado a correr, actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, pues se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación (art. 40).

Tal previsión ha permitido concluir que a las situaciones reguladas en leyes no procedimentales (**sustanciales**) debe aplicárseles la ley vigente al momento del acaecimiento del hecho que la ley sanciona, coligiéndose entonces que la regla general predominante es la de **irretroactividad** de la ley y que la excepción nace de la indicación expresa del legislador sobre **retroactividad** o cuando en materia penal y disciplinaria aparece el principio de favorabilidad. Así lo consideró la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 3 de junio de 2003, en la cual también se reiteraron los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional (C-922 de 2001, T-438 de 1992, C-769 de 1998 y C-214 de 1994) y del Consejo de Estado, estos últimos que fueron mencionados en concepto dictado por la Sala de Consulta y Servicio Civil el día 16 de octubre de 2002, para concluir igualmente sobre la aplicación del principio de irretroactividad de la ley sustancial.

Dicho principio general de irretroactividad de las **leyes no procedimentales**, como regla general, permite hacer efectivos otros principios como son los de la seguridad jurídica y del juzgamiento con base en la legalidad preexistente al hecho que se imputa (art. 29 Constitución Política).

Además en la materia particular del caso debe tenerse en cuenta que la Ley 153 de 1887 establece que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo aquellas referidas al modo de reclamar los derechos contractuales y las penas en caso de infracción de las estipulaciones, pues ambas excepciones se rigen con arreglo a las leyes vigentes para ese momento; y que los actos y contratos celebrados en vigencia de la norma antigua podrán demostrarse con los medios probatorios que esa norma disponía pero aplicando la nueva ley respecto de la forma de rendirse la prueba (arts. 38 y 39).

En esa materia se han aplicado por regla general los mismos principios de irretroactividad y de aplicación inmediata de la ley y excepcionalmente la norma anterior, por disposición expresa, y casi siempre tratándose de actuaciones que estaban en curso para cuando entró a regir la nueva ley.



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Ahora bien, si bien es cierto que los contratos se rigen por la ley vigente al momento de celebración del contrato principal, salvo las excepciones indicadas en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, aspecto que jurídicamente sólo sirve para realizar el juicio de validez de los negocios jurídicos, no resulta cierta la pretendida extensión de las normas vigentes de la celebración del principal con los hechos relativos a impuestos, *en los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, tarifas etc..*, porque, se repite, es la Constitución Política la que determinó que se aplicarán a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

Basta indicar, a manera de reflexión, que la ley de creación de un impuesto con cargo a un contratista por la celebración de un contrato, **no es aspecto jurídico que determine la validez ni del contrato principal ni del adicional.**

B. IMPOSICIÓN DE LA CARGA TRIBUTARIA COMO HECHO CONSTITUTIVO DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

La imposición de la carga tributaria es un deber necesario para una Sociedad. Constitucionalmente y en tiempo de paz, dicha competencia recae sobre el Congreso en forma principal, y en las asambleas departamentales y en los concejos (distritales o municipales) en el nivel territorial pero éstos dos últimos sometidos al imperio además de la ley (art. 338 C. N.).

En materia contractual, la entrada en vigencia de una ley tributaria **puede** llegar a afectar o a alterar el equilibrio del contrato y es por ello que jurisprudencialmente, a ese nuevo hecho económico fiscal se le ha entendido como constitutivo de la figura llamada 'hecho del príncipe' al ser una medida general proveniente del Estado en ejercicio del poder público impositivo fiscal, aunque actualmente la Sección Tercera de esta Corporación *diferenció* en que si la imposición tributaria es generada por la contratante estatal en efecto se está frente al típico hecho del príncipe pero si la contratante no es quien impone o crea el gravamen se está en un caso de teoría de la imprevisión.

Pero esa **mera posibilidad** de afectación a la economía del contrato por el hecho del príncipe o por imprevisión incide en la circunstancia de que los contratantes avocados a él o a ella, no siempre requieran o tengan que restablecer la ecuación económica del contrato, es decir, que no es de suponer en una relación causa – efecto que acontecido el hecho del príncipe o el hecho de imprevisión indefectiblemente haya rompimiento del equilibrio contractual.



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

A lo largo de los años han sido varios los pronunciamientos de la jurisprudencia contencioso administrativa, en este punto específico de los impuestos; la más recientes es:

- **Sentencia de 7 de marzo de 2002:**

"La Sala concluye que la fijación de nuevos impuestos o el incremento de los ya existentes, con carácter general, es una medida que se ajusta a la noción del denominado 'hecho del príncipe' y, por lo tanto, puede incidir en el ámbito contractual.

Luego, no es acertado aseverar, por lo menos no bajo un juicio absoluto e inmodificable, que los impuestos fijados por la ley no pueden constituir factor que altere la ecuación económica de los contratos, pues ello puede resultar contrario al principio de igualdad antes las cargas públicas. Lo que ocurre es que el 'hecho del príncipe' no opera, a priori, como factor desencadenante de la ruptura del equilibrio económico de los contratos; de allí que serán las particularidades de cada caso las que permitirán llegar a tal conclusión, siendo indispensable incorporar en el análisis de la hipótesis concreta, el criterio de previsibilidad... Así las cosas, el contratista debe probar la existencia objetiva del 'hecho del príncipe', esto es, la fijación de nuevos tributos o el incremento de los ya existentes, las condiciones iniciales del contrato que considera se han alterado por causa de éste, dada la imprevisibilidad de dichas medidas, y que, por ende, para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales en esas 'nuevas condiciones' ha debido asumir cargas anormales, extraordinarias, causantes de un detrimento patrimonial que no está obligado a soportar..."

De tal suerte que tanto en el hecho del príncipe como en la teoría de la imprevisión gozan de elementos o presupuestos comunes que deben acreditarse en forma concurrente a fin de permitir al contratista afectado exigir de su cocontratante el restablecimiento financiero del contrato, dentro de esos elementos comunes está, de una parte, la imprevisibilidad y de otra, la alteración extraordinaria y anormal de la ecuación y como elementos diferenciadores se encuentra, siguiendo la nueva jurisprudencia, que mientras en el hecho del príncipe el acto general proviene de la Administración con calidad de contratante en la teoría de la imprevisión se trata de un hecho exógeno a las partes.

III. CONCLUSIONES

1. La regla general es que los contratos se rigen por la ley vigente al momento de celebración del contrato, salvo las excepciones indicadas en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, aspecto que jurídicamente sólo sirve para realizar el juicio de validez de los negocios jurídicos, no resulta cierta la pretendida extensión



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

de las normas vigentes de la celebración del principal con los hechos relativos a imposiciones tributarias, en los sujetos activos y pasivos, los hechos, las bases gravables y tarifas etc., porque, **se repite, es la Constitución Política la que determinó que se aplicarán a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.**

2. La ley de creación de una imposición tributaria con cargo a un contratista por la celebración de un contrato, no es aspecto jurídico que determine la validez ni del contrato principal ni del adicional.
3. La imposición de la carga tributaria es un deber necesario para una Sociedad. Constitucionalmente y en tiempo de paz, dicha competencia recae sobre el Congreso en forma principal, y en las asambleas departamentales y en los concejos (distritales o municipales) en el nivel territorial pero éstos dos últimos sometidos al imperio además de la ley (art. 338 C. N.).
4. En materia contractual, la entrada en vigencia de una ley tributaria puede llegar a afectar o a alterar el equilibrio del contrato y es por ello que jurisprudencialmente, a ese nuevo hecho económico fiscal se le ha entendido como constitutivo de la figura llamada 'hecho del príncipe' al ser una medida general proveniente del Estado en ejercicio del poder público impositivo fiscal, aunque actualmente la Sección Tercera del Consejo de Estado diferenció en que si la imposición tributaria es generada por la contratante estatal en efecto se está frente al típico hecho del príncipe pero si la contratante no es quien impone o crea el gravamen se está en un caso de teoría de la imprevisión. Pero esa mera posibilidad de afectación a la economía del contrato por el hecho del príncipe o por imprevisión incide en la circunstancia de que los contratantes avocados a él o a ella, no siempre requieran o tengan que restablecer la ecuación económica del contrato, es decir, que no es de suponer en una relación causa – efecto que acontecido el hecho del príncipe o el hecho de imprevisión indefectiblemente haya rompimiento del equilibrio contractual. Tanto en el hecho del príncipe como en la teoría de la imprevisión gozan de elementos o presupuestos comunes que deben acreditarse en forma concurrente a fin de permitir al contratista afectado exigir de su cocontratante el restablecimiento financiero del contrato, dentro de esos elementos comunes está, de una parte, la imprevisibilidad y de otra, la alteración extraordinaria y anormal de la ecuación y como elementos diferenciadores se encuentra, siguiendo la nueva jurisprudencia, que mientras en el hecho del príncipe el acto general proviene de la Administración con calidad de contratante en la teoría de la imprevisión se trata de un hecho exógeno a las partes.



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

5. Desde que surge a la vida jurídica el contrato, por la celebración, las partes aceptan conocer cuál es el beneficio que derivarán del mismo; la Administración, el logro de los fines esenciales del Estado y el contratista, la obtención del provecho económico en su favor. Es en ese momento histórico cuando surge la regulación económica del contrato, que se traduce en la llamada ecuación financiera del contrato. Desde esa situación, se marcan las bases de la regulación financiera del contrato, que por regla general lo guiarán durante su existencia y es por ello que las normas que regulan la contratación propugnan porque la ecuación financiera del contrato deba mantenerse para así proteger el resultado económico pretendido por las partes contratantes de haberse ejecutado el contrato en las condiciones originales.
6. Al respecto cabe señalar que el Consejo de Estado en diferentes oportunidades ha precisado que el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato tiene aplicación en los llamados contratos "conmutativos" y, con mayor razón en aquellos que deben ser ejecutados en plazos más o menos largos, dado que cualquier variación en la economía de estos durante su vigencia rompe el equilibrio convenido; ha explicado también que el equilibrio económico del contrato puede verse alterado durante su ejecución, por las siguientes causas: 1º. Por actos o hechos de la Administración contratante, 2º. Por actos de la Administración como Estado; y, 3º. Por factores exógenos a las partes del negocio jurídico.
7. En el caso concreto, la liquidación de los pagos de servicio de aseo y cafetería se debe atender la facturación del IVA de acuerdo con la norma actual, el artículo 46 de Ley 1607 de 2013, esto es una tarifa del 16% sobre la parte correspondiente al AIU (base gravable especial).

Cordialmente,



LUZ MARY RINCON ROMERO.
Jefe Oficina Jurídica

Proyecto: Luz Mary Rincón Romero
Revisado y Aprobado: Luz Mary Rincón Romero