

Conceptos

Copia

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Bogotá D. C., 23 de Abril de 2013

CONCEPTO No. 013 -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 254-SG-2012, POR LA DIFERENCIA QUE SE GENERA EN EL IVA DESDE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 1607 DE 2012.

Hemos recibido su consulta el 20 de marzo 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 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?

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
Apt.

1

0421

Loana Cárter
02 MAY 2013
Reubo 6 folios.
11:40am



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.

Handwritten notes:
• 2013
• 2016
• 2017



III. CONSIDERACIONES

Para poder conceptualizar respecto a este asunto, es necesario realizar múltiples precisiones, respecto a la contratación estatal y en lo referente a las circunstancias que podrían conllevar a la adición del contrato por la existencia del presunto desequilibrio económico, así:

La administración con el objeto de cumplir los fines esenciales del Estado, puede contratar con particulares para que éstos ejecuten las tareas que por imposibilidad de ser asumidas por ésta, han de ser encargadas, con ello nace una relación comercial en la cual el contratista se compromete a realizar la labor para coadyuvar en el cumplimiento de los fines del Estado, a cambio de una contraprestación y/o provecho económico.

Dentro de la relación comercial, debe conservarse la ecuación financiera, la cual garantiza la correspondencia de las prestaciones entre los contratantes, situación que debe permanecer durante toda la vigencia, para que se alcance la finalidad esperada en el contrato.

Cuando las condiciones pactadas inicialmente son alteradas, generando perjuicio de una de las partes y las causas no pueden ser imputables a ésta, el artículo 27² de la Ley 80 de 1993 impone la obligación de restablecer el equilibrio financiero.

La alteración del equilibrio económico sólo puede presentarse 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);

² 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



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

- 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

En el caso del contrato No. 254-SG-2012 la entidad contratante cumplió las obligaciones que el contrato puso a su cargo y no introdujo modificaciones que afectaran la relación negocial, es decir, no varió las condiciones del referido contrato, razón por la cual no puede accederse a la adición solicitada por el contratista, pues no existe circunstancia que genere tal condición.

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.

El hecho o acto del Estado se manifiesta a través de decisiones jurídicas o acciones materiales que pueden modificar las cláusulas contractuales o las condiciones objetivas o externas del contrato, el acto debe ser de poder anormal o extraordinario y que lesione los derechos del contratista, caso en el cual procede la indemnización siempre y cuando afecte la ecuación financiera del contrato. Pero si se profieren disposiciones generales, que sólo tornen un poco más gravoso el contrato, éste queda a cargo del contratista.

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:

- a) Que el daño se haya producido imprevistamente, sin que pudiese razonablemente haberlo tenido en cuenta en el momento de celebrar el contrato



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

- 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 primer lugar, el presunto daño no es imprevisible en el presente caso, pues el contrato 254-SG-2012 fue suscrito el 02 de noviembre, es decir, para esa fecha ya existía certeza que se generarían cambios tributarios con la Ley que se encontraba en trámite en el Congreso de la república. Si bien es cierto, la entidad no estimo el riesgo, el contratista guardó silencio al respecto, razón por la cual se presume su aceptación tácita del riesgo. 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.

Al respecto, la SECCION TERCERA SUBSECCION C DEL CONSEJO DE ESTADO, MP ENRIQUE GIL BOTERO el 30 de enero de 2013, Radicación número: 08001-23-31-000-1998-00748-01(24020) expresó:

En relación con la condición de la autoridad que profiere la norma general, para la doctrina y la jurisprudencia francesa el hecho del príncipe (le fait du prince) se configura cuando la resolución o disposición lesiva del derecho del cocontratante emana de la misma autoridad pública que celebró el contrato, lo cual permite afirmar que constituye un caso de responsabilidad contractual de la administración sin culpa. La justificación de esta posición radica en la ausencia de imputación del hecho generador del perjuicio cuando éste proviene de la ley, por cuanto el autor del acto -Nación, Congreso de la República- puede ser distinto de la administración contratante.

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
A.s.s.



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

No obstante no se priva al contratista de la indemnización, ya que podrá obtenerla a través de la aplicación de la teoría de la imprevisión".

... En este sentido, y compartiendo la opinión sostenida por una parte importante de la doctrina, entendemos que el hecho del príncipe debe ser siempre una decisión o una conducta que pueda imputarse a la misma autoridad pública que celebró el contrato".

... De tal modo, no quedan comprendidas dentro del concepto de hecho del príncipe aquellas decisiones y conductas que correspondan a autoridades públicas distintas de aquella que es parte en el contrato de que se trate ya sea que pertenezcan al mismo orden jurídico o a otro distinto... **(Subrayados y resaltados fuera del texto)**

Por todo lo anterior, no es posible 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 tiene aplicación en el momento 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 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,



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

- 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.

Si bien es cierto, cuando se celebró el contrato No. 254-SG-2012 aún no había sido expedida la Ley 1607/12 denominada Reforma Tributaria, pero si era de conocimiento público que esta se encontraba en trámite y que sería aprobada antes de finalizar el año, tal y como ocurrió; razón por la cual dicha circunstancia era previsible al momento de suscribir el contrato.

Aunado a lo anterior, no puede afirmarse que era una situación desconocida por las partes del contrato y mucho menos que las consecuencias que generó dicha ley, como lo es la variación de la tasa gravable del Iva tengan la característica de irresistibles.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia del 18 de septiembre de 2003, Mp Dr. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA en el 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

Servicio Forense efectivo
Calle 7 A - 12-61. PBX: 4069977-4069944 Ext. 1615, 1616, 1618 y 1619
E-mail: juridica@medicinallegal.gov.co
www.medicinallegal.gov.co
Bogotá Colombia
A11



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

teoría

*“... 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 habrían 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)*”

Teniendo en cuenta lo anterior, 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 pero no ha puesto de presente la supuesta variación en el equilibrio financiero, lo cual va en su 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 álea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio”³

Así mismo, vale la pena aclarar que la modificación en la base gravable del Iva incluida en la reforma tributaria, no constituye un hecho extraño, imprevisible y anormal del

³ 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

contrato, pues se reitera era un hecho conocido y previsible para la fecha en la cual se suscribió el contrato, requisitos sin los cuales la entidad no tendría la obligación de reparar la ecuación financiera del contrato.

Adicionalmente, el contratista no menciona el valor del AIU, exactamente lo referente a IMPREVISTOS y UTILIDAD, pues para demostrar el *desequilibrio* económico del contrato el contratista debe acreditar que el valor de los imprevistos resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato.

En múltiple Jurisprudencia el Consejo de Estado ha reiterado este requisito, para demostrar el *desequilibrio* económico, así:

..Sea lo que fuere, dentro de los requisitos necesarios para el reconocimiento de las causas anotadas de rompimiento del equilibrio financiero o económico del contrato, está el de la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato.

Es decir, cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él (32) o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos.

A este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato. En efecto, en los contratos de obra pública, ha manifestado el Consejo de Estado que "en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato"

El denominado concepto de Administración, Imprevistos y Utilidad -A.I.U.- que se introduce en el valor total de la oferta y de frecuente utilización en los contratos de tracto sucesivo y ejecución periódica, como en los de obra corresponde a: i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista, esto es: "A"; ii) los imprevistos, que es el porcentaje destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presentan durante la ejecución del contrato, esto es: "I"; iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato, esto es: "U". A partir de esta discriminación, reiteradamente ha dicho esta Corporación que frente a la utilidad esperada -lucro cesante-, esta se limita precisamente sólo a la utilidad y no a los demás conceptos que conforman el A.I.U. del valor total de la oferta, como lo son la administración y los imprevistos, pues en realidad los mismos no hacen parte de la ganancia o remuneración o utilidad que por sus servicios percibe el contratista.⁴

Al no estar demostrado el desequilibrio económico, la administración no puede adicionar el valor del contrato, pues ello equivaldría a que la entidad estaría pagando la variación de la tasa gravable del impuesto del iva, gravamen que corresponde pagar al contratista, lo cual obviamente sería violatorio de la ley.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433, C.P. Ricardo Hoyos Duque



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Finalmente, 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.

IV. 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. 254-SG-2012, 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 y no por esta jefatura.
- ✓ El contratista no acreditó que el valor del AIU, específicamente lo referente a Imprevistos y Utilidad no fueron suficientes para sufragar la variación de la tasa gravable del IVA, razón por la cual, 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,


LUZ MARY RINCÓN ROMERO.

Jefe Oficina Jurídica

PROYECTO: PAOLA DEMANAL CASTAÑEDA SÁENZ
REVISÓ/APROBÓ: LUZ MARY RINCÓN ROMERO/ JEFE OJ

CC GRUPO NACIONAL DE GESTIÓN CONTRACTUAL
SUBDIRECCIÓN ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA
GRUPO NACIONAL DE GESTIÓN DE TESORERÍA
GRUPO NACIONAL DE GESTIÓN CONTABLE Y DE COSTOS