

1900 – 006 – 01

OAJ – 009 - 2021

202100001690

Medellín, 25 de mayo de 2021

Señor
HUBER ANDRÉS YEPES PIEDRAHÍTA
Profesional Especializado
Andres.yepes@metrosalud.gov.co
Metrosalud
Medellín

Asunto: Respuesta a solicitud de concepto jurídico en la etapa de liquidación de un contrato estatal.

Respetado señor Yepes:

Procede la Oficina Asesora de Jurídica a responder la solicitud descrita en el asunto de la referencia, en los siguientes términos:

1. Antecedentes de la solicitud

El señor ANDRÉS YEPES, en su condición de supervisor de un contrato en el que aparece como contratante METROSALUD, mediante correo electrónico del día 9 de abril de 2021, solicita a este Ente de Control se conceptúe jurídicamente si la entidad pública puede en la etapa (encontrándose terminado el contrato) modificar el contrato conforme a los supuestos que a continuación se citan:

“En mi calidad de supervisor del contrato anexo No. 2237 de 2021 firmado entre la ESE Metrosalud y RC Aires S.A.S., y con el propósito de actuar con transparencia en mi ejercicio que permita el debido control de los recursos públicos, solicito muy comedidamente se me otorgue una orientación o concepto jurídico especializado sobre si es posible atender la solicitud enviada por el proveedor el pasado 15 de marzo (anexa), donde indica el requerimiento de que se le reconozca el IVA al servicio prestado mediante el contrato en mención (anexo), lo anterior debido a que alega un error involuntario en la firma del mismo donde no verifiqué que allí se registraba un valor de \$165.881.593 incluyendo IVA, y en la propuesta había indicado que era por valor de \$165.881.593 sin IVA.

Por lo anterior, indico lo siguiente como información necesaria para que se pueda adelantar mi petición respetuosa:

1. El pasado 26 de enero de 2021, la E.S.E. Metrosalud, envió correo electrónico para invitar a participar en el proceso de adjudicación del contrato en referencia, dentro del proceso de Selección Directa con mínimo solicitud 2 propuestas.

2. En los anexos allegados al proceso, el representante legal RC Aires S.A.S. indica el valor de la propuesta "VALOR TOTAL ANTES DE IVA" por valor de \$165.881.593 (verificar propuesta anexa en el contrato, pág. 41), pero el dueño del proceso dentro de la selección del contratista (empleado de Metrosalud), por error involuntario, lo identificó como valor IVA INCLUIDO; situación ésta con la que se adelantó el proceso de selección.

3. Teniendo en cuenta lo descrito en el numeral anterior, el contrato 2237 del 10 de febrero de 2021, que tiene por objeto "Compra e instalación de aires acondicionados para llevar a cabo el proceso de vacunación contra el Covid-19 en la ciudad de Medellín", fue firmado por un valor total de "CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS (\$165.881.593) M/L INCLUIDO EL IVA" y ratificado en la cláusula "QUINTA. VALOR" del mismo contrato; el cual es aceptado por las partes (indica el proveedor que por error firmó sin percatar que el contrato decía "IVA incluido" y no "sin IVA" como lo había propuesto.

4. RC Aires S.A.S., indica en el oficio del 15 de marzo de 2021 con radicado interno R-1734, "...se cometió un desafortunado error y fue de omitir la revisión de la redacción y anexos de los ítem económicos realizados por ESE METROSALUD, sólo durante la liquidación final el área financiera de RC AIRES identifica una incoherencia entre lo presupuestado en la invitación con la que se participó (Anexo 5 Propuesta económica) y el contrato firmado..." por lo que solicita la revisión y corrección del error.

Teniendo en cuenta lo anterior, y que se indica la comisión de un error involuntario tanto del empleado que adelantó el proceso de selección como del proveedor que firmó el contrato sin percatar el valor total incluyendo IVA; además de que considero que no se vulneró ningún derecho a un tercero dado que el segundo proponente no se presentó al proceso de selección tal como se certifica en el ACTA DE APERTURA DE PROPUESTAS que reposa en el contrato (verificar ACTA DE APERTURA DE PROPUESTAS anexa en el contrato, pág. 58); muy comedidamente solicito, y teniendo en cuenta el valor que cubrió la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento (verificar Póliza de Garantía Única de Cumplimiento anexa en el contrato, pág. 8) por valor de CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS (\$165.881.593) M/L; se indique la posición de la Contraloría General de Medellín en el caso que nos ocupa, e indique si es posible o no el reconocimiento del valor del IVA alegado por el proveedor, es de anotar que reconocimiento del mismo haría que el valor total del contrato de la referencia, ascienda a la suma de \$ 197.399.096; en caso de que la posición solicitada sea a favor del proveedor, además se indique cómo sería el proceso administrativo para subsanar el error y reconocer el pago del IVA teniendo en cuenta que el contrato no está vigente y se encuentra en etapa de liquidación.

2. Alcance de los conceptos de la Oficina Asesora de Jurídica de la Contraloría General de Medellín.

El Artículo 267 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019 señala:

“ARTÍCULO 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley.

En ese orden la norma consagra que el control fiscal encomendado a las Contralorías Territoriales, es posterior y selectivo y por ello se prohíbe fijar procedimientos o formas de actuar a los sujetos de control, puesto que podría interpretarse como control previo, situación confirmada por la Corte Constitucional, en Sentencia C-113 de 1999, cuando señala:

“En este orden de ideas, la tarea de entes como las contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para conducir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control. De lo contrario, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaren involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda la legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función”.

Por esta razón, la Contraloría General de Medellín, emite conceptos en términos generales, no resuelve en ellos casos puntuales sino que los aborda de manera general y abstracta. Constituyen estas orientaciones, opiniones o puntos de vista de carácter general, **que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de situaciones particulares. Así mismo, deben entenderse brindados en el alcance del Artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.**

Ahora bien, en cuanto a su alcance, se advierte que los conceptos emitidos por esta Oficina, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución¹, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

En este orden de ideas, antes de proceder a dar respuesta a lo solicitado, se indica que dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Contraloría General de Medellín, este Ente de Control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que adelantamos un control posterior y selectivo de su gestión fiscal, pues se itera, las Contralorías, como ya lo ha expresado la Corte Constitucional, no pueden ***“participar en el proceso de contratación. Su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones”***, y mucho menos, ***“interferir ni invadir la órbita de competencias propiamente administrativas ni asumir una responsabilidad coadministradora que la Constitución no ha previsto”*** (C-113/99). (Negrita a propósito)

Por lo tanto, esta Oficina Asesora se abstendrá de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia, razón suficiente para ***“emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto”***.

Hechas estas precisiones, respondemos su inquietud de manera general, en los siguientes términos:

3. Consideraciones jurídicas

3.1. Normatividad.

El artículo 420 del Estatuto Tributario define los hechos sobre los que recae el impuesto, así: "ARTÍCULO 420. El impuesto a las ventas se aplicará sobre: a) Las ventas de bienes corporales muebles que no hayan sido excluidas expresamente; b) La prestación de los servicios en el territorio nacional; c) La importación de bienes corporales muebles que no hayan sido excluidos expresamente; (...)"

El artículo 421 del Estatuto Tributario define los hechos que se consideran venta para efectos del tributo, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 421. HECHOS QUE SE CONSIDERAN VENTA.- Para los efectos del presente Libro, se consideran ventas: a.

Para los efectos del presente Libro, se consideran ventas:

¹ República de Colombia, Art. 28, Ley 1755 de 2015.

a) Todos los actos que impliquen la transferencia del dominio a título gratuito u oneroso de bienes corporales muebles e inmuebles, y de los activos intangibles descritos en el literal b) del artículo 420, independientemente de la designación que se dé a los contratos o negociaciones que originen esa transferencia y de las condiciones pactadas por las partes, sea que se realicen a nombre propio, por cuenta de terceros a nombre propio, o por cuenta y a nombre de terceros.

b) Los retiros de bienes corporales muebles e inmuebles hechos por el responsable para su uso o para formar parte de los activos fijos de la empresa.

c) Las incorporaciones de bienes corporales muebles a inmuebles, o a servicios no gravados, así como la transformación de bienes gravados en bienes no gravados, cuando tales bienes hayan sido creados, contruidos, fabricados, elaborados, procesados, por quien efectúa la incorporación o transformación”

Por su parte el artículo 447, 485 Y 488 prescriben lo siguiente:

“En la venta y prestación de servicios, la base gravable será el valor total de la operación, sea que ésta se realice de contado o a crédito, incluyendo entre otros los gastos directos de financiación ordinaria, extraordinaria, o moratoria, accesorios, acarreos, instalaciones, seguros, comisiones, garantías y demás erogaciones complementarias, aunque se facturen o convengan por separado y aunque, considerados independientemente, no se encuentren sometidos a imposición.

Sin perjuicio de la causación del impuesto sobre las ventas, cuando los responsables del mismo financien a sus adquirentes o usuarios el pago del impuesto generado por la venta o prestación del servicio, los intereses por la financiación de este impuesto, no forman parte de la base gravable”.

El artículo 485 preceptúa lo siguiente:

“Los impuestos descontables son:

a. *El impuesto sobre las ventas facturado al responsable por la adquisición de bienes corporales muebles y servicios.*

b. *El impuesto pagado en la importación de bienes corporales muebles.*

Los saldos a favor en IVA provenientes de los excesos de impuestos descontables por diferencia de tarifa, que no hayan sido imputados en el impuesto sobre las ventas durante el año o periodo gravable en el que se generaron, se podrán solicitar en compensación o en devolución una vez se cumpla con la obligación formal de presentar la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente al período gravable del impuesto sobre la renta en el cual se generaron los excesos.

La solicitud de compensación o devolución solo podrá presentarse una vez presentada la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios”.

Y el artículo 488 prescribe:

“Solo son descontables los impuestos originados en operaciones que constituyen costo o gasto.

Sólo otorga derecho a descuento, el impuesto sobre las ventas por las adquisiciones de bienes corporales muebles y servicios, y por las importaciones que, de acuerdo con las disposiciones del impuesto a la renta, resulten computables como costo o gasto de la empresa y que se destinen a las operaciones gravadas con el impuesto sobre las ventas”.

Es claro que la jurisprudencia de la Alta Corporación Judicial ha llegado a considerar que la creación de tributos o su modificación durante la ejecución pueden llegar a alterar la ecuación contractual, consideración que se expondrá más adelante.

3.2 La condición de los Supervisores-Interventores

Esta figura jurídica traída de manera clara y detallada por la Ley 1474 de 2011, a través de un servidor público que tendrá una función adicional cual es la de vigilar la ejecución y cumplimiento de los contratos de la Administración Pública, a través una evaluación permanente, El artículo 84 de la precitada norma señala:

“ART. 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.”

Al respecto el Consejo de Estado ha señalado a través de la providencia del (28) de febrero de dos mil trece (2013) **Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199) Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH,**

“El interventor adelanta, básicamente, una función de verificación y control de la ejecución contractual, pero no le compete introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista. Es por ello que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que “Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente”, que “Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias” y además, que “ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”, es decir que el negocio jurídico sobre el cual ejercerá vigilancia, constituye el marco dentro del cual la misma debe llevarse a cabo. Al respecto, a pesar de ser posterior a la celebración del contrato objeto de la presente controversia, resulta ilustrativo observar cómo en razón de la naturaleza de las funciones que desarrollan, el artículo 53 del código único disciplinario –Ley 734 de 2002- estableció que se hallan sujetos al régimen disciplinario especial contenido en el Libro III de dicha ley, los particulares “que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales”, disposición que la Corte Constitucional declaró exequible (...) la función del interventor es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación comercial”

En ese mismo sentido Colombia Compra Eficiente ha señalado refiriéndose a las limitaciones que ostenta un supervisor:

“Las siguientes prohibiciones aplicables a los funcionarios públicos son aplicables a quien ejerce la supervisión o la interventoría de un contrato²³:

a) Modificar el contrato o tomar decisiones, celebrar acuerdos o suscribir documentos que tengan por finalidad o como efecto modificar el contrato.

b) Solicitar o recibir, directa o indirectamente, para sí o para un tercero, dádivas, favores o cualquier otra clase de beneficios o prebendas de la entidad contratante o del contratista; o gestionar indebidamente a título personal asuntos relativos con el contrato.

c) Omitir, denegar o retardar el despacho de los asuntos a su cargo.

d) Entrabar las actuaciones de las autoridades o el ejercicio de los derechos de los particulares en relación con el contrato.

e) Permitir indebidamente el acceso de terceros a la información del contrato.

f) Exigir al contratista renuncias a cambio de modificaciones o adiciones al contrato.

g) Exonerar al contratista de cualquiera de sus obligaciones contractuales.

h) Actuar como supervisor o interventor en los casos previstos por las normas que regulan las inhabilidades e incompatibilidades”

Y es la misma autoridad administrativa a la cual se le ha encomendado la fijación de políticas en materia de contratación que ha indicado cual es la autoridad que suscribe el acta de liquidación:

Es así como Colombia Compra Eficiente en concepto [4201912000000239](#), nos trae la competencia para suscribir un acta de liquidación, a efectos de clarificar esa responsabilidad.

Si la liquidación es bilateral, teniendo en cuenta que el acta de liquidación es el corte de cuentas de la relación contractual, esta debe ir firmada por las partes contratantes (Entidad Estatal y contratista), de tal forma que la suscribirán quienes las representan: el ordenador del gasto quien fue quien suscribió el contrato por parte de la Entidad Estatal, y el contratista o su representante legal. El acta de liquidación debe contar con la validación del supervisor del contrato como delegado por el ordenador del gasto para la vigilancia de la correcta ejecución del contrato, la cual podrá otorgarse a través de la firma del acta de liquidación también por parte del supervisor, o del informe que rinda el supervisor al ordenador del gasto para efectos de la liquidación en el cual informa sobre el estado de cumplimiento y ejecución del contrato.

Adicionalmente, si la liquidación es unilateral, se declara por medio de acto administrativo motivado, razón por la cual no tendría que ir firmado por las partes sino por el representante legal de la Entidad Estatal, exclusivamente.

¡Finalmente, le informamos que el soporte normativo que sustenta la respuesta al problema planteado se encuentra en la referencia de normativa del presente concepto jurídico!

3.3 Naturaleza de la liquidación de un Contrato Estatal y Pagos de esta Etapa

3.3.1. Consideraciones de la Etapa de Liquidación.

Es una posición pacífica, admitir que la liquidación del contrato es una etapa post-contractual, cuya finalidad será la de buscar el reconocimiento, ajuste y revisión de las prestaciones que de común acuerdo asentaron las partes.

Se considera prudente citar apartes de algunas decisiones judiciales a efectos de que el solicitante en su condición de supervisor de un contrato estatal, conozca las consideraciones elaboradas por la Alta Corporación en torno a la liquidación.

Sentencia del veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014) Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777

“ACTO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Concepto técnico La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste. (...) liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del

crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finalizar una relación jurídica contractual.

En la Sentencia del veintiocho (28) de junio de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00067-00(2253) Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS, se retoma la definición de la liquidación del contrato estatal, y aquello que es objeto del ajuste de cuentas, veamos:

“De acuerdo con el lenguaje común, liquidar un contrato es ajustar, saldar, pagar o determinar el valor de las acreencias y de las deudas correspondientes al mismo, así como ponerle fin a los derechos y obligaciones que derivan de la fuente contractual. (...) La liquidación (...) es un ajuste o rendición final de cuentas que se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes o saldos a favor o en contra de cada uno o se declaren a paz y salvo, según el caso, para extinguir el negocio jurídico celebrado (...) La liquidación es una actuación que procede con posterioridad a la terminación normal o anormal del contrato estatal, por causas contractuales o legales o por causas atribuibles a ambos contratantes o a uno de ellos. Entre los modos o causas normales de terminación de los contratos, pueden incluirse: (i) el cumplimiento del objeto; (ii) el vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato, y (iii) el acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes

*La Sala advierte **que la liquidación tiene otra función, esto es, la de constituir de forma directa e inmediata vínculos jurídicos, crear obligaciones, cuya fuente mediata es el contrato estatal celebrado por las partes.** (...) [E]n la liquidación, de forma directa e inmediata, se pueden generar obligaciones, cuya fuente mediata es el contrato estatal celebrado por las partes, las cuales, según se precisó anteriormente, hacen referencia a la determinación de sumas específicas a cargo de una parte y en favor de la otra en virtud de las obligaciones y derechos existentes que emanan del texto contractual; reconocimientos y cuantificación del valor de prestaciones adicionales ejecutadas de buena fe que tuvieron lugar durante la vigencia del contrato, que no se encontraban comprendidas en el clausulado contractual y resultaron esenciales y necesarias para el cabal cumplimiento del objeto contractual; ajustes y revisión de precios para restablecer el equilibrio económico o financiero del contrato, mediante el reconocimiento correspondiente, cuando quiera que proceda de acuerdo con las disposiciones legales, entre otras.”*

3.3.2. Pagos en la Etapa de Liquidación del Contrato.

Existe una conexión indisoluble entre la contratación y el presupuesto y así lo ha entendido la Ley y, ello se debe a que un gran porcentaje del presupuesto se ejecuta en contratación para poder cumplir los fines del Estado.

Es así como el artículo 25. Numeral 6 de la Ley 80 de 1993, establece:

“Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.”

La norma citada nos trae uno de los requisitos en los contratos del Estado, que debe existir previa a la celebración del contrato y ello es en razón a que las entidades cuenten con los recursos para asumir las obligaciones pactadas en el contrato, y ello desencadena un actuar responsable.

La Alta Corporación en decisión del 5 de octubre de dos mil cinco (2.005) Radicación número: 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP) Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

“La liquidación de común acuerdo es regulada por el artículo 60 de la ley 80 y al aludir a su contenido, de su lectura se infiere que ese corte de cuentas debe versar exclusivamente sobre las actividades desarrolladas dentro del marco del contrato.

*De suerte que únicamente las actuaciones del contratista que se lleven a cabo dentro del marco de la ejecución del contrato estatal debidamente perfeccionado se podrán entender como parte de la ejecución del objeto contractual, y por ende el acta de liquidación del mismo sólo podrá consignar materias atinentes a las actividades contractuales. **Dicho en otros términos, si entre una entidad estatal y un particular surgen relaciones sinalagmáticas sin que hayan sido elevadas a escrito ni obtenido el registro presupuestal respectivo, no se está delante de una relación contractual, porque no existe contrato y por lo mismo el acta de liquidación no será el documento idóneo para involucrar obligaciones que no tengan por fuente el contrato.** No se olvide que, de conformidad con el artículo 38 de la ley 153 de 1887, aplicable por remisión expresa del artículo 13 de la ley 80 de 1993, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. O lo que es igual, además de las estipulaciones que las partes pudieron haber acordado en el contrato estatal, se debe cumplir con las exigencias que establecidas para su perfeccionamiento por las normas orgánicas del presupuesto y la ley 80, preceptos que - huelga decirlo- hacen parte del derecho público de la Nación y que no pueden ser desconocidos por las partes en desarrollo de la autonomía contractual. Nota de Relatoría: Ver Exp. 11090 del 29 de enero de 1998” **negrillas propias***

En esa misma línea de pensamiento la Jurisdicción contenciosa administrativo señaló en Sentencia 22897 de 2012:

“Una entidad pública no debe pagar el impuesto de IVA al contratista en virtud del contrato de obra para la construcción de bienes inmuebles incluso cuando dicho valor disminuye el valor de la utilidad mínima pactada CONSORCIO EDGARDO NAVARRO - SOCIEDAD EQUIPO UNIVERSAL VS CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR

Hechos relevantes

Una entidad pública celebró un contrato de obra con un particular para la construcción de apartamentos. El contrato tuvo una adición para modificar un ítem, adicionar el valor inicial y prorrogar el plazo. Las partes acordaron que la utilidad del contratista era del 7% del valor del contrato. Las partes suscribieron el acta de liquidación final del contrato. El contratista solicitó la revocatoria directa del acta de liquidación para que se incluyera el pago de sumas adeudadas al contratista por concepto de IVA más los intereses moratorios. La entidad pública negó la solicitud de revocatoria del acta de liquidación del contrato, aduciendo la improcedencia de la misma y adicionalmente, que en el contrato se pactó expresamente la cancelación del IVA como obligación de la empresa constructora.

Problema Jurídico

¿Debe una entidad pública reintegrar el valor del impuesto de IVA a un contratista que en virtud de un contrato de obra para la construcción de bienes inmuebles pactó una utilidad mínima para éste sin que en el contrato se regulara lo relacionado con el pago de este impuesto?

Razones de la decisión

«(...) La interpretación integral del pliego de condiciones (que hace parte del contrato) y de las cláusulas antes reseñadas, permite concluir que en el contrato al incluirse en el precio pactado lo relativo al A.I.U., quedó cobijado también el pago del IVA, en la categoría de costos directos o indirectos, que asumió libremente el contratista al celebrar el negocio jurídico, a tal punto que nada dijo cuando se celebraron los contratos adicionales, ni tampoco en las liquidaciones de avances parciales de obra se dejó constancia sobre la inconformidad del contratista en ese punto, sino que se guardó silencio durante el lapso en que se desarrolló el contrato y sólo vino a requerirse a la entidad mediante comunicación del 12 de marzo de 1997, cuando ya la obra estaba pendiente de entrega y el contrato estaba por liquidarse.

Así las cosas, se resalta que la tesis contraria, esgrimida por la parte demandante para lograr la prosperidad de sus pretensiones, no fue probada debidamente en el proceso, puesto que nada indica que dentro de la oferta económica presentada por el demandante se hubiera incluido el IVA como un gasto adicional del contrato, que debía ser cancelado por la entidad.

En anteriores oportunidades, la jurisprudencia de la Corporación ha considerado que cuando no se demuestre por parte del contratista que los precios ofrecidos no incluían el impuesto sobre las ventas, no tiene derecho a que el contratante le pague de forma adicional el gasto del mismo al igual que se ha aceptado también que el referido tributo puede considerarse como un costo indirecto del contrato de obra (...)»

Regla

Una entidad pública no debe reintegrar el valor del impuesto de IVA a un contratista que en virtud de un contrato de obra para la construcción de bienes inmuebles pactó una utilidad mínima para éste, si en el contrato se hubiere establecido dentro del valor del contrato un rubro destinado a satisfacer el valor relativo al A.I.U. (Administración, Imprevistos, Utilidad). Lo anterior, porque en esta suma queda incluido el pago del IVA, en la categoría de costos directos o indirectos, pues se entiende que bajo el rubro de administración se encuentran incorporados estos costos y por lo mismo, este impuesto. Así, para que el contratista pague de forma adicional el valor del mismo, debe acreditarse que dentro de la oferta económica presentada por el contratante se hubiere incluido el IVA como un gasto adicional del contrato, que debía ser cancelado por la entidad contratante.

3.4 Restablecimiento económico solicitado por el contratista

Para poder abordar esta figura jurídica, se torna indispensable aclarar que sólo a partir del contrato las obligaciones a cargo de una de las partes son asumidas en términos de equivalencia, de ahí que el valor del contrato debe ser proporcional a las obligaciones contractuales a ejecutar.

Es por lo anterior, que el equilibrio contractual se erige como uno de los principios rectores del contrato estatal, pues una vez presentado la ruptura en aquel, deviene la necesidad sentida de reconocer el restablecimiento en favor de quien lo padece.

“Lo dispuesto por el legislador en las anteriores normas, viene a ser la consagración legal de la figura del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, que de tiempo atrás fue elaborada e instituida por la jurisprudencia, en reconocimiento del hecho de que, si bien en principio, en materia de contratos funge el principio del pacta sunt servanda, conforme al cual el contrato es ley para las partes y debe ser ejecutado en la forma y términos pactados, por lo que las estipulaciones acordadas por ellas al celebrarlo, deben prevalecer durante todo el término de su ejecución, y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades; lo que se traduce, en consecuencia, en que una de las partes no puede, unilateralmente, desconocer las El restablecimiento del equilibrio económico de los contratos estatales, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado 11 condiciones en las que se obligó inicialmente, y debe cumplir las

prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo. (Sentencia de acción contractual 37910, 2019).

“Las condiciones originales del contrato se deben mantener, siempre y cuando se conserve durante la etapa de ejecución o cumplimiento, la situación de cargas y beneficios que soportaban las partes en el momento de su celebración, pero no se puede ni debe mantener, cuando esa situación sufre modificaciones entre el momento en que se trabó la relación negocial y una época posterior durante la ejecución del contrato; con fundamento en dicho principio, se abrió paso el derecho de la parte afectada por una situación imprevista y sobreviniente durante la ejecución de las prestaciones, a que se le restablezca la ecuación contractual, cuando haya sido gravemente afectada. (Sentencia Acción de Controversias Contractuales 01090, 2019)”.

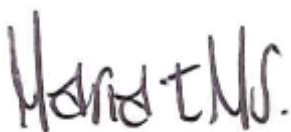
4. La Oficina Asesora de Jurídica conceptúa

Bajo las consideraciones jurídicas y los trazos jurisprudenciales en precedencia, en forma abstracta y sin examinar concretamente el caso planteado en el escrito consultivo, la Oficina Asesora de Jurídica brinda respuesta a la solicitud del concepto, haciendo expresa citación de normas y jurisprudencia que pueden servir de fundamento al consultante, veamos las conclusiones:

1. Una entidad pública debe tener en cuenta que cualquiera sea el modelo de selección, debe precederlo una disponibilidad presupuestal suficiente para asumir las obligaciones indicadas en el texto del contrato. Esta idea, expresada en términos negativos, significa que una entidad no puede iniciar un proceso de contratación sin disponibilidad presupuestal, esto independiente del régimen contractual, pues hace parte integrante del principio de Responsabilidad.
2. La figura del interventor y/o supervisor obedece a esa necesidad de establecer una intermediación entre la entidad y el contratista, es por ello que su función es única y exclusivamente de verificación y control de la ejecución contractual, pero de ninguna manera le asiste competencia de introducir modificaciones o alteraciones al texto del contrato, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, contratante y contratista.
3. En consonancia con la anterior conclusión, todos los acuerdos celebrados por las partes de un contrato y contenidos en el acta de liquidación, estos deben sujetarse a la esfera de las obligaciones surgidas entre las partes con motivo de la suscripción y ejecución del contrato.

De esta manera, la Oficina Asesora de Jurídica espera haber atendido su solicitud, advirtiendo que este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo tanto, no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Atentamente,



MARIA ISABEL MORALES SANCHEZ
Jefe de Oficina Asesora Jurídica
OFICINA ASESORA DE JURÍDICA

Proyecto: Beatriz C.
Revisó y Aprobó: María M.