

EQUILIBRIO ECONÓMICO Y CAMBIOS IMPOSITIVOS EN LOS CONTRATOS
SUSCRITOS ENTRE EL ESTADO Y PARTICULARES

SERGIO ANDRES ALZATE MORENO

CODIGO ESTUDIANTE: 4401724

ASESOR DE LA INVESTIGACION

DAVID MENDOZA BELTRAN

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y CONTABLES

DIRECCION DE POSTGRADOS

ESPECIALIZACION EN FINANZAS Y ADMINISTRACION PÚBLICA

2016

EQUILIBRIO ECONÓMICO Y CAMBIOS IMPOSITIVOS EN LOS CONTRATOS SUSCRITOS ENTRE EL ESTADO Y PARTICULARES

Resumen

El siguiente ensayo tiene el propósito de hacer una observación al posible desequilibrio económico que se presenta en la conformación de la relación contractual entre el estado y los particulares, llámese la celebración de contratos entre los mencionados; es notable como las decisiones que sean tomadas de manera impositiva demarcan el desarrollo del contrato celebrado, desconociendo de manera irregular su impacto en la ecuación económica de diferentes sectores con el contratante (Estado).

Como lo establece la ley, El equilibrio económico del contrato concierne a la ecuación contractual que nace una vez los dos involucrados celebran el negocio jurídico, de consentimiento con la cual las prestaciones a cuenta de cada una de los involucrados se miran como semejantes a las de la otra, todo esto dentro del marco legal según el código civil en su artículo 1602, de acuerdo con el principio pacta sunt servanda y el artículo 5° de la Ley 80 de 1993 mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió, por hechos imprevistos e imprevisibles para las partes, en el desarrollo del negocio jurídico, sea o no que se presente la posible desigualdad económica.

Palabras Claves: Equilibrio, pacta sunt servanda, marco legal, desequilibrio.

Abstract

The following essay is intended to make a point to possible economic imbalance that occurs in the formation of the contractual relationship between the state and individuals, call it the conclusion of contracts between the above ; It is remarkable how decisions are taken way of tax demarcate development contract, irregularly ignoring its impact on the economic equation of different sectors with the contractor (State).

As required by law , the economic balance of the contract concerns the contractual equation arises once the two involved celebrating the legal business, of consent which benefits on account of each of those involved are regarded as similar to those of the other,all within the legal framework under civil condigo in Article 1602, according to the principle pacta sunt servanda and Article 5 of Law 80 of 1993 by recognizing the higher costs that it incurred , unforeseen and unforeseeable events for the parties , in the development of the legal business , whether or not the potential economic inequality present.

Keywords : Balance, pacta sunt servanda , legal framework , imbalance

EQUILIBRIO ECONÓMICO Y CAMBIOS IMPOSITIVOS EN LOS CONTRATOS SUSCRITOS ENTRE EL ESTADO Y PARTICULARES

En el desarrollo de las relaciones jurídico negócias provenientes de los contratos suscritos entre el Estado y los Particulares se despliegan principios contenidos en diferentes normas como la constitución y las leyes tales como transparencia, celeridad, imparcialidad, igualdad, debido proceso, publicidad, confianza legítima, eficacia, legalidad, entre otros, que sentaran las bases en las cuales se debe cimentar todo contrato y que por lo tanto deberán ser respetados y acatados tanto por la Entidad Pública como por el Particular.

De manera especial el contenido de la ley 80 de 1993 – Estatuto de la Contratación de la Administración Pública- en su artículo 23 establece la transparencia, la economía y la responsabilidad como pilares de las actuaciones de quienes intervienen en la contratación estatal; y en su artículo 27 consagra un principio que propenderá por la igualdad y el equilibrio de las relaciones contractuales, en relación básicamente del interés económico de los particulares al suscribir contratos con la administración, es así como dispone el Artículo 27: ”...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...” (Subrayado fuera de texto), en igual sentido el artículo 5 de los

derechos y deberes del contratista en su Nral. 1 inciso 2 establece: "...En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato. "(Subrayado fuera de texto).

Si bien el particular suscribe contratos con las Entidades Públicas para la realización de obras, la prestación de servicios, etc, convirtiéndose en un colaborador para la consecución de los fines del Estado, lo hace con el propósito de la obtener utilidad económica y es en virtud de esto que tiene derecho a buscar el punto de no perdida a través del restablecimiento de la Ecuación Financiera del contrato cuando de alguna actuación de la Entidad contratante, de algún otro órgano Estatal o por factores externos y extraños a las partes se afecte gravemente su aspiración de ganancia económica.

Teniendo en cuenta el planteamiento anterior, no queremos decir que en todos los casos en los que de alguna forma el contratista sienta que no logra la utilidad proyectada se dará lugar para que por parte del Estado se le reconozca alguna compensación o indemnización de perjuicios por creer que se configura un desequilibrio Económico toda vez que el contratista también deberá asumir algunos riesgos frente a la ejecución del contrato.

Es por tal que será motivo del presente escrito evaluar de manera particular si frente a la expedición de normatividad en materia tributaria se podría generar un Desequilibrio en la Ecuación contractual; verificando el impacto que esto puede tener en la economía de los contratos y si es dable al contratista requerir el restablecimiento del Equilibrio

Económico Contractual cuando del surgimiento de una norma impositiva se afecta en alguna medida lo proyectado como contraprestación del cumplimiento y ejecución del objeto contratado, de igual forma se identificará bajo que parámetros valora la jurisprudencia este tema y la explicación que ha dado la misma para la aplicación o no de las teorías que han sido incoadas en diferentes casos por los contratistas para probar la existencia de perjuicio por el surgimiento de obligaciones de tipo tributario.

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 contrato¹.

Tratándose de las medidas de carácter general proveniente del Estado cuando ejerce el poder impositivo surge una problemática de la aplicación de los tributos en los contratos existentes que de alguna forma pueden hacer más onerosa la ejecución del contrato por

parte del contratista, sobre el particular se ha manifestado la jurisprudencia y ha resuelto sobre el cumplimiento de la ley tributaria en casos particulares de la siguiente manera:

Corte Suprema de Justicia -Sala Plena en lo Civil- en sentencia del 7 de octubre de 1938,

negó las pretensiones de la demanda de la sociedad Colombian Petroleum Company contra la Nación, que buscaba la declaración de inexistencia de la obligación de pagar los impuestos sobre el patrimonio y sobre el exceso de utilidades que creó la ley 78 de 1935, por haber quedado exenta del pago de ese impuesto conforme a lo estipulado en el contrato de concesión y, por consiguiente, que se condenara al Estado a restituir las cantidades que la sociedad había pagado a título de esos impuestos, con sus intereses.

Considerando el punto por el aspecto de la posterioridad de la ley tributaria en relación con la fecha de la concesión, debe tenerse en cuenta que cuando una ley grava derechos provenientes de contratos celebrados con anterioridad a ella, no modifica las convenciones, siempre que, por lo demás reúna las condiciones anotadas en su sentido material y político. Débese ello a que el objeto de la nueva ley no es el contrato sino el estatuto legal tributario, y si afecta a los contratantes no es por ser tales contratantes sino por su calidad de contribuyentes. (...)."

Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 11 de marzo de 1972 (Rad. 561), "... en un contrato administrativo puede suceder que las partes tengan en cuenta el régimen de impuestos existente al momento de celebrarse el convenio, para determinar las prestaciones patrimoniales mutuas, y que así lo consignan en forma expresa e inequívoca, como determinante de las obligaciones que asume el contratante con la administración. En este caso se explicó, sí el régimen tributario varía o

se hace más gravoso, la nueva ley se aplica a los contratantes, porque la generalidad de la ley no admite excepciones, pero las partes, tanto el particular como la administración, tendrán derecho a los reajustes o compensaciones correspondientes, para restaurar el equilibrio financiero original del contrato, siempre que se compruebe que éste se ha alterado, más allá de las áleas normales implícitas en toda actividad onegocio". (se subraya).

Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, concepto No. 637 del 19 de septiembre de 1994, "Este impuesto grava, a partir de la vigencia de la ley, la actividad particular dedicada a celebrar contratos principales o adicionales de obras públicas para la construcción y mantenimiento de vías, colocando a los sujetos pasivos en igualdad de condiciones frente a la ley y a las cargas públicas.

De manera que, si el valor del contrato se incrementa en la suma que corresponde al porcentaje del impuesto, ello implicaría imposibilidad de hacer efectivo el gravamen y su traslado a la entidad pública contratante, con desconocimiento de la Constitución y de la ley. En este orden de ideas es preciso concluir que los impuestos fijados por la ley, no constituyen factor que altere la ecuación económica de los contratos estatales, por lo mismo, no deben efectuarse reajustes en el valor inicial de los contratos de obra que incidan en el valor de los contratos adicionales que sea necesario celebrar."

Teniendo en cuenta lo anterior y el artículo 338 de la Constitución nacional que en su inciso final dispone: "Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no

pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo” se infiere que las normas tributarias tendrán aplicabilidad y serán de obligatorio cumplimiento para el contratista así hayan sido dispuestas con posterioridad a la suscripción del contrato, esto si teniendo en cuenta las condiciones de vigencia y ejecución establecida en cada norma en concreto, lo cual no debe desconocer la posibilidad de afectación a la Economía del contrato sin que sea esta supuesto para requerir el restablecimiento de la Ecuación en todos los casos.

Enfocándonos en el Tema particular de las teorías aplicadas en la doctrina y la jurisprudencia para resolver los casos concretos en los que por medidas de carácter general en materia impositivo los contratistas aducen la constitución de factores que alteran las proyecciones económicas y por ende de la Ecuación Financiera encontramos por un lado la teoría conocida como el hecho del príncipe y de otro la teoría de la imprevisión:

La teoría del Hecho del Principe:

La causa que hace referencia a los actos de la administración como Estado, se refiere fundamentalmente al denominado "Hecho del Príncipe", entendido como expresión de la potestad normativa, constitucional y legal, que se traduce en la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general, los cuales pueden provenir de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado. 2

El hecho del príncipe como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato, se presenta cuando concurren los siguientes supuestos:

- a. La expedición de un acto general y abstracto.
- b. La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal.
- c. La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto.
- d. La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato.³

La teoría de la imprevisión.

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. Resulta, entonces, procedente su aplicación cuando se cumplen las siguientes condiciones:

1. La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato.
2. Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato.

3. Que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato.

Respecto del primer requisito cabe precisar que no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el hecho proviene de la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que permiten diferenciar esta figura del hecho del príncipe, el cual, como se indicó, es imputable a la entidad.

En cuanto a la alteración de la economía del contrato, es de la esencia de la imprevisión que la misma sea extraordinaria y anormal; "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)⁴

Se evidencia de la lectura de la jurisprudencia que ha manejado El Consejo de Estado la aplicación de las dos teorías para resolver algunos casos concretos, pero en sus últimas sentencias se ha inclinado más por imponer un carácter restringido al “hecho del príncipe” diferenciando si la norma tributaria es impuesta por la entidad contratante o por el Estado en ejercicio de su poder impositivo fiscal, en el primer caso será aplicada la teoría del hecho del príncipe por la existencia de una medida de carácter general impuesta por una de las partes contratantes y en el segundo caso se dará la lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión tratándose de un hecho externo y ajeno a las partes ya que en este último caso no es la entidad contratante la que genera la circunstancia imputable de desequilibrio Económico en el contrato.

Para concluir vemos como el Estado entre sus múltiples funciones tiene la de expedir normatividad en materia tributaria, esta normatividad puede en algunos casos ocasionar un impacto en las relaciones contractuales que se establezcan entre las Entidades del Estado y los particulares sobre todo frente a la expectativa de utilidad de estos últimos, generando un Desequilibrio de la Ecuación financiera que corresponderá al contratista que alegue la existencia del mismo probar, Compartiendo las ultimas tesis desarrolladas por la jurisprudencia será de importancia determinar quién expide la norma, la cual debe ser general y abstracta, toda vez que si proviene de la entidad contratante y reúne unos requisitos especiales se podrá alegar Hecho del príncipe y si proviene del Estado bajo fundamentos de imprevisibilidad por parte de los contratantes al momento de la celebración del contrato se estará en el campo de la Teoría de la Imprevisión.

BIBLIOGRAFIA

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Tercera. Sentencia 2 de septiembre de 2004, Consejera ponente: MARÍA ELENA

GIRALDO GÓMEZ

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia de 7 de marzo de 2002. Expediente 21588.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia 29 de mayo de 2003.

Ibídem