

7.2. Subdirección de Fortalecimiento Institucional Territorial

Radicado: 2-2017-000102

Bogotá D.C., 3 de enero de 2017 14:22

Doctor

Gustavo Bolaño Pastrana

Director Ejecutivo

Asociación Regional de Municipios del Caribe

Carrera 49 No. 74 - 154

Barranquilla – Atlántico

Radicado entrada 1-2016-111121

No. Expediente 53/2017/RCO

Asunto : Oficio No. 1-2016-111121 del 26/12/16 y 112027 del 28/12/16
Tema : Contribución sobre contratos de obra pública
Subtema : Sujetos pasivos

Cordial saludo Doctor Bolaño:

Mediante escritos radicados en este Ministerio con los números y fechas del asunto, refiriéndose a las normas que regulan la contribución sobre contratos de obra pública y después de exponer su criterio respecto de la sujeción a dicho tributo por las asociaciones de municipios, efectúa usted una serie de interrogantes relacionados con la adopción por parte de esa asociación de un “*manual de cobro*” y la posibilidad de aplicar procedimientos de cobro coactivo a otras entidades y en especial a los municipios.

Previo a la atención de su consulta, nos permitimos precisar que las respuestas ofrecidas por esta Dirección se efectúan de manera general y abstracta, y se ofrecen en los términos y con los alcances de los artículos 14-2 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de manera que no son obligatorias ni vinculantes y no comprometen la responsabilidad de este Ministerio.

En primer lugar, toda vez que su consulta gravita alrededor de la sujeción de las asociaciones de municipios a la contribución sobre contratos de obra pública de que trata la Ley 1106 de 2006, le comunicamos que esta Dirección se pronunció al respecto mediante Oficio 2-2016-014291 del 21 de abril de 2016 en el que se expresa:

“[...] Para dar respuesta a su consulta, abordaremos la sujeción de las asociaciones de municipios desde la perspectiva tanto de la sujeción activa, como de la sujeción pasiva. Así, para abordar la sujeción activa, es necesario inicialmente dar un repaso a lo normado por el artículo 149 de la Ley 136 de 1994, que ad litteram establece:

Carrera 8 No. 6 C 38 Bogotá D.C. Colombia

Código Postal 111711

Conmutador (57 1) 381 1700 Fuera de Bogotá 01-8000-910071

atencioncliente@minhacienda.gov.co

www.minhacienda.gov.co

Continuación oficio

*“Artículo 149. Definición. Las asociaciones de municipios son **entidades administrativas de derecho público**, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman; se rigen por sus propios estatutos y gozarán para el desarrollo de su objetivo, de los mismos derechos, privilegios, excepciones <sic> y prerrogativas otorgadas por la ley a los municipios. Los actos de las asociaciones son revisables y anulables por la Jurisdicción Contencioso - administrativa.”*

En esta misma línea, revisemos ahora lo normado por el artículo 95 de la Ley 489 de 1998:

“Artículo 95. Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal.”

*Sea del caso precisar que el artículo transcrito fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional¹, bajo el entendido de que "las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género", **sin perjuicio de que, en todo caso el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias”.***

En este orden de cosas, plausible es colegir que las asociaciones de municipios son entidades de derecho público que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, se encuentran sujetas al régimen de contratación de dichas entidades, esto es la Ley 80 de 1993, y demás normas que la modifican y reglamentan.

En este contexto, demos entonces un repaso a lo normado por el inciso primero del artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, que ad literam establece:

“ARTÍCULO 6o. DE LA CONTRIBUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA O CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA Y OTRAS CONCESIONES. El artículo 37 de la Ley 782 de 2002, quedará así:

*Todas las personas naturales o jurídicas que **suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público** o celebren contratos de adición al valor de los existentes **deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante** una contribución equivalente al cinco por ciento*

¹ Sentencia C-671 de 1999, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra

Continuación oficio

(5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.”. (Negrillas ajenas al texto)

*Del análisis de la norma trascrita, se colige que la contribución sobre contratos de obra pública tiene como elementos estructurales los siguientes: su hecho generador es la suscripción de contratos de obra pública **con entidades de derecho público**; el sujeto activo responsable de su recaudo será la **entidad pública contratante** y el **sujeto activo beneficiario será la nación o la entidad territorial a la que pertenezca la entidad pública contratante** (en algunos casos uno y otro son idénticos); la base gravable será el valor total del contrato; la tarifa será del 5%.*

De tal manera, en aquellos casos en que las asociaciones de municipios contraten la ejecución de obra pública, deberán actuar como sujetos activos responsables del recaudo, y en consecuencia deberán retener y girar los recursos por concepto de la contribución del 5% sobre contratos de obra pública a la entidad territorial beneficiaria. Respecto de lo anterior, considerando que la asociación está conformada por dos o más municipios, a juicio de esta Dirección los recursos recaudados por ese concepto deberán ser distribuidos entre los municipios que la conforman, pues se trata de una renta tributaria que conforme con la norma en cita pertenece a la “Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante”, es decir que no hace parte del patrimonio de la asociación.

*En lo que hace a la sujeción pasiva, nótese que el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 supra, se refiere de manera genérica a “**todas las personas naturales o jurídicas**” con la cual la entidad pública suscriba el contrato de obra pública, sin hacer distinción alguna respecto de la naturaleza de la entidad que funge como contratista. En consecuencia, si es la asociación de municipios la que funge como contratista, estará sujeta a la contribución del 5% sobre contratos de obra pública de que trata la norma objeto de examen, y en tal virtud corresponderá a la entidad pública que actúe como extremo contratante, como sujeto activo, efectuar el descuento en los términos del artículo 121 de la Ley 418 de 1997². [...]” (Negrillas originales, subrayas fuera del texto)*

De otra parte, toda vez que hace mención en su consulta al Decreto 3461 de 2007, es preciso señalar que esta Dirección se pronunció al respecto mediante Oficio 026923 del año 2008, en los siguientes términos:

“Al respecto, le comunicamos que en relación con los alcances del Decreto 3461 de 2007, a que hace referencia en su consulta, se pronunció la oficina jurídica del Ministerio de Hacienda a la consulta planteada por esta Dirección mediante Memorando UJ-2582-07, en los siguientes términos:

“[...] 2.- Decreto 3461 de 2007.

² “Artículo 121. Para los efectos previstos en el artículo anterior, la entidad pública contratante descontará el cinco por ciento (5%) del valor del anticipo, si lo hubiere, y de cada cuenta que cancele al contratista. El valor retenido por la entidad pública contratante deberá ser consignado inmediatamente en la institución que señale, según sea el caso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público o la entidad territorial correspondiente. (...)”

Continuación oficio

Por medio de este Decreto, se reglamentó el artículo 6º de la Ley 1106 de 2006, por medio del cual se crea la contribución antes mencionada, en el cual se estableció en su artículo 1º que:

“La contribución a que se refiere el artículo 6º de la Ley 1106 de 2006 del 22 de diciembre de 2006, en los eventos en los que implica un nuevo hecho gravado, se causará solo en aquellos casos en que los contratos con entidades públicas o con organismos multilaterales se suscriban como resultados de licitaciones o procesos de selección abiertos a la recepción de ofertas con posterioridad al 22 de diciembre de 2006.

Las adiciones en valor a todos los contratos a que se refiere el artículo 6º de la Ley 1006 de 22 de diciembre de 2006 están gravados con la contribución prevista en dicha norma”.

3. Respuesta.

Con respecto a su consulta, relacionada con el impacto del Decreto, respecto de los contratos en los cuales se abrió la solicitud de ofertas con anterioridad al 22 de diciembre de 2006 y se canceló de manera efectiva la contribución de obra pública, es decir se efectuó la retención a título de contribución, sin tener en cuenta, en virtud de lo establecido por el Decreto que respecto de éstos no se configuraba el hecho generador del tributo, atentamente concluimos, tal y como se indica en uno de sus planteamientos, que **este Decreto no está creando nuevos elementos del tributo, por el contrario se refiere al ejercicio pleno de la potestad reglamentaria.**

En efecto, por potestad reglamentaria se entiende la facultad otorgada constitucionalmente al Presidente de la República, consistente en la expedición de normas jurídicas de carácter general y abstracto con el objetivo principal de desarrollar o complementar una Ley, para efectos de su cumplida ejecución, teniendo como límite, los mandatos constitucionales y legales, así como el contenido de la Ley que le da sustento.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C- 509 de 14 de julio de 1999, estableció:

“La Corte afirma que la potestad reglamentaria de las leyes, que se ha confiado al Presidente de la República, puede ser ejercida por éste en cualquier momento, con la sola restricción que le impone la propia Carta -y que es de índole sustancial-, consistente en que no es posible modificar, ampliar, adicionar, enervar ni suprimir por esa vía disposiciones que el legislador ha consagrado, pues el único objeto del reglamento consiste en lograr el cumplimiento y efectividad de la ley. No le es posible al Presidente, so pretexto de reglamentar la ley, introducir en ella mutaciones o alteraciones que desvirtúan la voluntad del legislador, pero, a la vez, no es permitido al legislador condicionar -como no lo ha hecho el Constituyente- el ejercicio de la potestad reglamentaria, que es permanente, y que se ejerce en la oportunidad y con los alcances administrativos que el Presidente escoja, según su criterio, sin sujeción a la anuencia, el visto bueno, el criterio o el concepto favorable de otro órgano”.

En consecuencia, esta Oficina considera que en este evento, el Decreto 3461 de 2007 únicamente está reglamentando la Ley que le da sustento, **sin que pueda afirmarse que se**

Continuación oficio

están creando elementos nuevos del tributo, pues de configurarse dicha situación, se estaría excediendo el ejercicio de la potestad reglamentaria.

En virtud de lo anterior, la consecuencia lógica de dicha interpretación, es que la contribución establecida en la Ley 1106 de 2006, únicamente puede cobrarse en la actualidad, a los sujetos pasivos del tributo a partir de la vigencia de la Ley, es decir, desde el 22 de diciembre de 2006. [...]” (Negrillas ajenas al texto original)

De la lectura del concepto transcrito, se infiere que el Decreto 3461 en momento alguno creó un nuevo elemento para el tributo, ni condicionó la aplicación de la contribución sobre contratos de obra pública a la cuantía o al mecanismo mediante el cual se suscribió el contrato, como parece entenderlo el consultante según su escrito.

De tal manera, la contribución de que trata la Ley 1106 de 2006, se aplica a todos los contratos de obra pública con independencia de su cuantía o procedimiento para su celebración, y así lo expresó esta Dirección mediante Oficio No. 010677 de 2007, en el cual se concluye:

[...] En síntesis, la contribución a los contratos de obra pública, se aplicará así:

- ***Todos*** los contratos de obra pública suscritos con entidades públicas o estatales, de cualquier nivel, son objeto de la contribución equivalente al 5% del valor del contrato;
- ***Todas las adiciones a todos los contratos de obra***, que se suscriban después de entrar en vigencia la ley 1106 de 2006, están obligados a pagar la mencionada contribución;
- Cuando se trate de concesiones, suscritas después de la entrada en vigencia de la ley en comento, para ***construcción, mantenimiento y operaciones de cualquier tipo de vía de comunicación*** la contribución equivale al 2.5 por mil del valor total del ***recaudo bruto de la respectiva concesión*** (sin ningún tipo de deducciones);
- En relación con la suscripción de convenios de cooperación con organismos multilaterales no hubo cambios respecto de la aplicación de la contribución, ***la deben cancelar los subcontratistas que ejecuten las obras***;
- En caso de contratos con consorcios y uniones temporales, la contribución del cinco por ciento (5%) tampoco varió, responden solidariamente, los socios, copartícipes y asociados, a prorrata de sus aportes o de su participación, según el caso.
- La Ley 1106 de 2006 fue publicada en el Diario Oficial 46.490 de diciembre 22 de 2006. [...]"

En este contexto, a juicio de esta Dirección, en relación con la contribución sobre contratos de obra pública de que trata la Ley 1106 de 2006, las asociaciones de municipios actúan tanto como sujetos activos, así como sujetos pasivos, dependiendo del extremo contractual en el que se hallen respecto de la suscripción y ejecución de contratos de obra pública. De otra parte, lo establecido en el Decreto 3461 de 2007, para nada varía los elementos estructurales de la contribución sobre contratos de obra pública establecida en la Ley 1106 de 2006, motivo por el cual ésta se causa indistintamente de la modalidad de contratación que se utilice para la adjudicación y suscripción de contratos de obra pública.

En mérito de lo anterior, si una asociación de municipios suscribe un contrato o convenio interadministrativo con un municipio, en el que la asociación actúa en calidad de contratista de obra

Continuación oficio

pública, el municipio estará en la obligación de retener el 5% sobre los pagos efectuados al contratista, esto es a la asociación de municipio.

Ahora bien, si lo que se suscribe es un convenio interadministrativo en el que el municipio efectúa los aportes para la financiación de la obra pública, y la asociación es la encargada de contratar la ejecución de la obra pública, en este caso el municipio no deberá efectuar la retención del 5% al momento de la entrega de los recursos para la financiación del convenio, pero sí corresponderá a la asociación de municipios efectuar la retención del 5% a los pagos que efectúe al contratista y estará en la obligación de girar esos recursos al municipio que financió el contrato de obra pública, observando al efecto los términos y condiciones del artículo 121 de la Ley 418 de 1997, y el artículo 39 de la Ley 1430 de 2011, que adiciona un párrafo al artículo 6 de la ley 1106 de 2006.

En lo que hace a la posibilidad de iniciar “*procesos administrativos coactivos a ante otra entidad*”, el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006, establece que “*Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario*”, por lo que si las asociaciones de municipio se enmarcan en la descripción y condiciones establecidas en la precitada norma, dable sería colegir que tienen jurisdicción coactiva y por lo mismo estarían facultadas para adelantar procesos de administrativos de cobro coactivo, para lo cual, según la misma norma, en concordancia con el artículo 100 del C.P.A.C.A., deberán acudir al procedimiento establecido en el Estatuto Tributario Nacional.

De otro lado, respecto de la posibilidad de adoptar un “*manual de cobro*”, el artículo 2º de la Ley 1066 de 2006, establece que “*Cada una de las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado y que dentro de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos del nivel nacional o territorial deberán: 1. Establecer mediante normatividad de carácter general, por parte de la máxima autoridad o representante legal de la entidad pública, el Reglamento Interno del Recaudo de Cartera, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, el cual deberá incluir las condiciones relativas a la celebración de acuerdos de pago (...)*”; de tal manera, que si las asociaciones de municipios cumplen con las condiciones señaladas en la norma en cita, esto es tener a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado y que recaudar rentas o caudales públicos con ocasión de tales funciones, deberán entonces adoptar el reglamento interno de recaudo de cartera, para lo cual deberán ceñirse al artículo 2º de la Ley 1066 de 2006, en concordancia con el Decreto 4473 de 2006.

Cordialmente

LUIS FERNANDO VILLOTA QUIÑONES

Subdirector de Fortalecimiento Institucional Territorial
Dirección General de Apoyo Fiscal

ELABORÓ: César Segundo Escobar Pinto

Firmado digitalmente por:LUIS VILLOTA QUIÑONES

Subdirector De Fortalecimiento Institucional Territorial

Carrera 8 No. 6 C 38 Bogotá D.C. Colombia

Código Postal 111711

Conmutador (57 1) 381 1700 Fuera de Bogotá 01-8000-910071

atencioncliente@minhacienda.gov.co

www.minhacienda.gov.co