

Al responder cite este número:
OFI2021-33487-OAJ-1400

Bogotá D.C. martes, 23 de noviembre de 2021

ADRIANA MILENA ACOSTA FORERO

Gerente GTI Financiero 1 VGC

FERNANDO ALBERTO HOYOS ESCOBAR

Gerente de Proyectos Portuarios- VGC

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI

correocontactenos@ani.gov.co

Avenida Calle 24ª Nro.59-42 Torre 4 Piso 2

Bogotá D.C

Asunto: Consulta dirigida a este ministerio para precisar si la Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A, Puertos del Caribe Sociedad Portuaria S.A, Sociedades Terminales Marítimos del Pacífico S.A., son sujetos pasivos del pago de la contribución establecida por la Ley 1106 de 2006 reglamentada por el Decreto 3461 de 2007.

Respetuoso saludo

En atención a su solicitud radicada en este ministerio bajo la PQRSD-077053 del 22 de septiembre de 2021, a través del cual consulta sobre la obligatoriedad de pago de la contribución establecida en la Ley 1106 de 2006 por parte de los siguientes consorcios: Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A., Puertos del Caribe Sociedad Portuaria S.A., y Sociedad Terminales Marítimo del Pacífico S.A., en los siguientes términos:

1. Antecedentes.

1.1 Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A.: Mediante Resolución 473 del 11 de noviembre de 2010 el Instituto Nacional de Concesiones, hoy Agencia Nacional de Infraestructura le otorgó formalmente a la Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A., una concesión Portuaria por el término de 20 años, para la ocupación y utilización en forma temporal y exclusiva de la zona de uso público conformada por una línea de playa, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o éstos, para la construcción, administración y operación de un puerto multipropósito de servicio público ubicado en la bahía de Cartagena.

En ese sentido, el día 15 de abril de 2011 se suscribió el Contrato de Concesión Portuaria N° 002 de 2011 entre el Instituto Nacional de Concesiones - INCO - en los mismos términos y condiciones establecidos en la Resolución 473 del 11 de noviembre de 2010.

Esta Sociedad Portuaria manifestó que las obligaciones fiscales contempladas en el artículo 6 de la Ley 1106 del 22 de diciembre de 2006, en tanto que esta contribución solo aplica...” *en aquellos casos en que los contratos con entidades públicas o con organismos multilaterales se suscriban como resultado de licitaciones o procesos de selección abiertos a la recepción de ofertas con posterioridad al 22 de diciembre de 2006”*

Se precisa que la Sociedad Portuaria por iniciativa propia propuso y solicitó al Estado el inicio del proceso de otorgamiento de la concesión al margen de proceso de selección alguno o licitatorio, y esta es la razón por la cual no están obligados al pago de contribución de 2.5x1000 de que trata el artículo 6 de la ley 1106 de 2006 ya mencionado.

1.2 Puertos del Caribe Sociedad Portuaria S.A.: Al ser requerido por el pago de la contribución del 2.5 x 1000 de que trata el artículo 6 de la ley 1106 de 2006, manifestó que tal exigencia no les es aplicable en tanto que la Sociedad Portuaria “no suscribió este contrato como consecuencia de una licitación o proceso de selección abierto, sino con ocasión a la solicitud de una concesión portuaria en razón al vencimiento de la Resolución de Homologación que se tenía desde el año 1994 contenida en la resolución 117 de 1994, sin que en ninguno de estos dos eventos, estuviese la obligación mencionada”.

1.3 Sociedad Portuaria Terminales Marítimos del Pacífico S.A.: con quien la Agencia Nacional de Infraestructura mediante Resoluciones 704 de 2017 y 2267 de 2018 suscribió concesión para embarcadero por el término de 2 años, a fin de operar el muelle ubicado en la Bahía Interior de Buenaventura, contiguo al parque Néstor Urbano Tenorio, señaló que su relación contractual no surge como resultado de licitación o proceso de selección abierto, por lo tanto, no les corresponde realizar ningún pago como contribución.

Por lo anterior, la Agencia Nacional de Infraestructura solicita aclaración sobre si estos son sujetos pasivos o no de la contribución establecida por la Ley 1106 de 2006, reglamentada por el Decreto 3461 de 2007.

2. Consideraciones.

La Ley 1ª de 1991 “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones” reglamentada por los Decretos 4735 de 2009, 1589 de 2004, 474 de 2015., regula las concesiones portuarias y en su artículo 5 numeral 5.2 contempla:

“5.2. Concesión portuaria. La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos”.

Respecto del marco normativo de la contribución especial aplicable a los contratos de concesión portuaria, cabe señalar que la misma fue creada respecto de los contratos de

obra pública, mediante la Ley 782, que en su Artículo 37 que modificó el Art 120 de la Ley 418 de 1997, que reza:

“Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías de comunicación terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales 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 (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Si bien es cierto se hablaba de una contribución del 5% del valor total del respectivo contrato o adición, de los puertos aéreos, marítimos o fluviales, no era específico frente a lo que se entendía por concesión portuaria. Ahora bien, la Ley 1106 de 2006 modificó y amplió el objeto de la contribución al señalar, de manera específica, que la misma se generaba por las concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación terrestre, fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales, la cual reza:

“Artículo 6^a: de la contribución de los contratos de obra pública o concesión de obra pública y otras disposiciones: (...)

Las concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales pagarán con destino a los fondos de seguridad y convivencia de la entidad contratante una contribución del 2.5 por mil del valor total del recaudo bruto que genere la respectiva concesión.

Esta contribución sólo se aplicará a las concesiones que se otorguen o suscriban a partir de la fecha de vigencia de la presente ley”. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Finalmente, el Decreto 3461 de 11 de septiembre de 2007, reglamenta el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 en los siguientes términos:

“Artículo 1°. La contribución a que se refiere el artículo 6° de la Ley 1106 del 22 de diciembre de 2006, en los eventos en que implica un nuevo hecho gravado, se causará sólo en aquellos casos en que los contratos con entidades públicas o con organismos multilaterales se suscriban como resultado 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 6° de la Ley 1106 del 22 de diciembre de 2006 están gravadas con la contribución prevista en dicha norma”.

Ahora, en relación con la aplicación de la contribución a los contratos que se suscriban como resultado de licitaciones o procesos de selección abiertos, la DIAN tuvo oportunidad de pronunciarse mediante concepto de fecha 31 de diciembre de 2007, en el radicado número 107189, precisando lo siguiente:

“... La contribución del cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato de obra pública o de la respectiva adición y del 2.5 por mil del valor total del recaudo bruto que genere de la concesión de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales, dispuesta en el artículo 6° de la Ley 1106 de 2006, tiene previsto como hecho generador, sin excepción alguna y en los términos de las normas que regulan la contratación estatal, la suscripción del contrato respetivo por parte de todas las personas naturales o jurídicas con entidades públicas o con organismos multilaterales.

Significa lo anterior que la causación se produce por la sola suscripción del contrato, independientemente de la modalidad de selección o procedimiento utilizado en la escogencia del contratista ya que esta depende de múltiples factores que en nada afectan la generación del tributo y máxime cuando ninguna de ellas fuera exencionada por el legislador.

Se pregunta si por el hecho de que en la redacción del artículo 1 del Decreto 3461 de 2007 se utilizó la expresión “como resultado de licitaciones o procesos de selección...”, quedan excluidas del gravamen las contrataciones efectuadas bajo una modalidad de selección denominada en distinta forma.

Al respecto es necesario precisar que la expedición de la anterior norma, se surtió en vigencia de la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de contratación de la Administración pública, normatividad que al disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, en el numeral primero del artículo 24 contempla como modalidad general de contratación para la escogencia del contratista, la licitación o concurso público e indica los casos en que puede contratarse directamente.

Luego se profiere la Ley 1150 de 2006 (sic) que introduce modificaciones a este Estatuto, dentro de las cuales en el artículo 2° se establecen como modalidades de selección de quien va a contratar con el Estado, las de: a) licitación pública, b) la selección abreviada, c) la del concurso de méritos y d) la de contratación directa, fijando de manera concreta los supuestos bajo los cuales cada una de ellas opera. La entrada en vigencia de esta Ley, está prevista de manera escalonada; y en relación con las modificaciones señaladas, se decreta expresamente la derogatoria del numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 (artículo 32) a partir de la vigencia de la ley, que con algunas excepciones la establece para 6 meses después de su promulgación. La ley fue publicada en el Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007, es decir, que empieza a regir el 16 de enero de 2008.

Por lo anterior, resulta claro que las expresiones utilizadas en el Decreto no pueden aludir de manera directa a las modalidades de selección definidas por la Ley 1150 de 2006 (sic) por no encontrarse ésta vigente, y en esa medida, debe entenderse que hacen referencia a los procesos de escogencia o de selección que se contemplan en la Ley 80, es decir a licitación o concurso público y a la contratación directa, pues no se excluye expresamente ninguno...”.

En conclusión, la interpretación de nuestra máxima autoridad en materia fiscal y tributaria indica que bajo las expresiones “licitaciones o procesos de selección” quedan cobijadas todas las “modalidades de selección” que contempla el Estatuto de Contratación Estatal, esto es, la licitación pública, la selección abreviada, la de concurso de méritos y la contratación directa.

En ese sentido, también resulta necesario precisar que de conformidad con la Circular 0175 del 29 de octubre de 2005 emanada de la Dirección General de la UAE-DIAN, en concordancia con sentencias varias del Honorable Consejo de Estado (expediente 3088 de 26 de octubre de 1995) los conceptos que emite la DIAN, en materia tributaria, aduanera o cambiaria, constituyen interpretación oficial de la administración, tornando en obligatoria para ésta la interpretación que allí se haga.

3. Conclusiones.

En relación con la Contribución Especial en los Contratos de Concesión no se consagró ningún tipo de exención tributaria, tal como lo señaló la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN en el concepto cuyos apartes se transcribieron con anterioridad, al interpretar la aplicación del Decreto Reglamentario 3461, pues se debe atender es la causación del tributo, atendiendo la calidad del sujeto contratante, el objeto del contrato y la configuración de los demás elementos, sin que la modalidad de selección del contratista o la cuantía del proceso o la naturaleza del bien inmueble sobre el cual recaigan los trabajos o actividades contratadas determinen un sistema de exención tributaria aplicable.

Conviene anotar que el contenido de las reglamentaciones mencionadas deben compaginarse e interpretarse de cara al avance legislativo que ha tenido el tema de contratación estatal, en especial, al punto de las modalidades de selección, entendiéndose que la contribución no solo aplica a contrataciones surgidas por licitación pública o mediante procesos de selección abierta, sino que la misma irradia a todas las modalidades de contratación que prevé la ley, incluyendo, como ya se vio, la contratación directa.

Así las cosas, tenemos que La Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A., Puertos del Caribe Sociedad Portuaria S.A y Sociedad Terminales Marítimos del Pacífico S.A., suscribieron contrato de concesión posterior al año 2007, en consecuencia, serían sujetos pasivos de la contribución a que se refiere la Ley 1106 de 2006 - art 6-

4. Naturaleza del concepto.

Esta consulta se absuelve en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), subrogado por el artículo 1° de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

LUCÍA MARGARITA SORIANO ESPINEL

Jefe Oficina Asesora Jurídica



Documento emitido por el Ministerio del Interior. Verifique su autenticidad en:
<https://compromisos.mininterior.gov.co/consulta/?ID=XBN+TLu8EChcsKPjVvx8CQ==>

Elaboró: Camila Ríos Duque- AbogadaContratista
Revisó: Life Delgado- Coordinador Actuaciones Administrativas
Aprobó: Lucía Margarita Soriano Espinel - Jefe Oficina Asesora Jurídica
TRD 1400 – 1402 16.74