



El futuro
es de todos

Mininterior

Al responder cite este numero:

RESPUESTA OFICIAL EXT_S21-00107789-PQRSD-104530-PQR

Bogotá, D.C. 8/03/2022.

Doctores

Adriana Milena Acosta Franco

Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero

Fernando Alberto Hoyos

Gerente Grupo de Puertos

Agencia Nacional de Infraestructura

Bogotá D.C

contactenos@ani.gov.co

gagreda@ani.gov.co

aacosta@ani.gov.co

Para verificar la autenticidad del documento ingrese [AQUÍ](#) y digite el código de consulta **023521363160850** o escanee con su celular el código QR que se registra a continuación.



Respetuoso saludo:

Nos referimos a su solicitud radicada en este ministerio bajo la PQRSD-104530-PQR del 29 de diciembre de 2021, a través del cual consulta lo siguiente:

“...dado que la Agencia Nacional de Infraestructura no es competente para establecer los sujetos pasivos del impuesto, ni de realizar los respectivos cobros de las obligaciones tributarias, es necesario que se aclare por parte del Ministerio del Interior, si las Sociedades Unibán de Bananeros-Unibán S.A., Promotora Bananera-Probán S.A., y la Sociedad Oleoducto Central Ocesa S.A. Son sujetos pasivos del pago de contribución especial Ley 1106? (Subraya ajena al texto)

Sea lo primero manifestar, que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) es la entidad competente para resolver las consultas en sentido general y abstracto que se presenten con respecto a la interpretación y aplicación de las normas relativas a los impuestos del orden nacional a cargo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de conformidad con las prescripciones del Decreto 4048 de 2008 y sus modificatorios.

Sin perjuicio de lo anterior, por tratarse de una contribución cuyo destino es para los fondos de seguridad y convivencia de que trata la Ley 418 de 1997, a continuación presentamos nuestras consideraciones legales al asunto objeto de consulta.



1. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

El artículo 120 de la Ley 418 de 1997, consagró la contribución de obra pública, así:

“ARTÍCULO 120. Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006. 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 (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.

El mencionado artículo **fue prorrogado por el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, la Ley 1421 de 2010 y convertido en legislación permanente mediante el parágrafo del artículo 8 de la Ley 1738 de 2014**; norma que actualmente regula la contribución especial sobre los contratos de obra pública, así:

“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 (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.

“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 (...)” (subrayado ajeno al texto)

A su vez el Decreto 3461 de 2007, reglamentario del artículo 6º de la Ley 1106 de 2006, señala:

“Artículo 1. La contribución a que se refiere el artículo 6o 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 60 de la Ley 1106 del 22 de diciembre de 2006 están gravadas con la contribución prevista en dicha norma”.(subrayado y negrilla ajena al texto)

La Ley 1242 de 2008 “Por la cual se establece el Código Nacional de Navegación y Actividades Portuarias Fluviales y se dictan otras disposiciones”, señala:

“ARTÍCULO 64. La concesión sobre los puertos fluviales a cargo de la Nación o de entidades competentes y la de los puertos privados que se construyan se regirán conforme a los procedimientos establecidos en la Ley 1ª de 1991 y las normas que la reglamenten o modifiquen. Los particulares que administren u operen puertos o muelles fluviales bajo cualquier modalidad diferente a la concesión tendrán un plazo de 18 meses a partir de la promulgación de la presente ley para que se homologuen o soliciten la concesión portuaria (...).”(subrayado ajeno al texto)

A su vez el Decreto 4735 de 2009 “Por medio del cual se reglamenta el trámite de solicitud de concesiones para el desarrollo de actividades portuarias, previstas en la Ley 1ª de 1991 y en la Ley 1242 de 2008”, prevé:

“Artículo 37. Trámite de las homologaciones de que trata el artículo 64 de la Ley 1242 de 2008. En cumplimiento de lo previsto en el artículo 64 de la Ley 1242 de 2008, todas las personas o entidades que con anterioridad a la fecha de promulgación de la ley citada, tuvieron vigente acto administrativo de construcción y operación de muelles, puertos o embarcaderos en vías fluviales, deberán adelantar el trámite de homologación previsto en este capítulo”.

(subrayado y negrilla ajena al texto)

“Artículo 40. Acto Administrativo de homologación. Revisada la documentación y si no existieren objeciones u oposiciones la entidad expedirá la resolución de homologación ajustándoles las condiciones a lo dispuesto en la norma vigente sobre la materia, con el debido respeto por los derechos adquiridos”.

1. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo manifestado en el texto de la consulta, se puede inferir que la sociedad Oleoducto Central-Ocensa S.A, suscribió contrato de concesión con anterioridad a la



vigencia de la Ley 1106 de 2006, por ser la concesión del año 1.996. Sin que se evidencie fecha de suscripción del contrato por parte de la sociedad Probán S.A y Unibán S.A.

No obstante lo anterior, se hace alusión en el escrito a las autorizaciones dadas a las citadas sociedades para la homologación o permiso de operación de actividades, así:

1. Mediante Resolución 1955 de 2016, se aprueba la homologación o permiso para la operación de cargue de banano, plátano de exportación, cargue y descargue de bienes y materias primas propios necesarios para la producción, beneficio y empaque de la fruta, así como el aprovechamiento de la capacidad de carga al norte y del flete de compensación con carga al sur, para terceras personas, a la sociedad C.I. UNIBÁN DE BANANEROS DE URABÁ A-C.I UNIBÁN S.A., de los muelles fluviales. otorgado por el Ministerio de Transporte, por medio de Resolución No. 002060 **del 6 de agosto de 2004** ubicados en los Corregimientos de Zungo y Nueva Colonia de los municipios de Carepa y Turbo de la Zona de Urabá.
2. Mediante Resolución No. 1032 de 2017, se aprueba a la **Sociedad PROBAN S.A.** la Homologación o permiso de operación portuaria fluvial de los muelles de Zungo y Nueva Colonia, ubicados en los municipios de Carepa y Turbo, en el sector de Urabá, puertos de servicio público destinados a la comercialización de banano a la Sociedad. Efectuándose el respectivo análisis financiero y cálculo de la contraprestación. Aprobándose la garantía única el 20 de junio de 2018.
3. La Sociedad Oleoducto Central-Ocensa S.A. suscribió Contrato No. 016 de 1996. Efectuándose modificaciones, en cuanto al área entregada en concesión, se prorroga el contrato por 20 años más y se modifica la contraprestación a pagar, indicando que el valor de referencia del contrato de Concesión equivale al valor presente neto de las contraprestaciones, que corresponde a la suma de Quince millones setenta y seis mil trescientos sesenta y ocho dólares de los Estados Unidos (USD15.076.368), mencionados en valores constantes de diciembre de 2015, valor modificado a través del otrosí 4 de 2018 y aclarado con el otrosí 5 de 2019.

Ahora bien, la Ley 1106 de 2006 prevé que la contribución a que se refiere la citada disposición aplica a los contratos de concesión de construcción, mantenimiento, y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, fluviales o marítimos, respecto de los cuales se debe pagar 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.



Prevé igualmente la citada disposición que la contribución sólo aplica “(...) **a las concesiones que se otorguen o suscriban a partir de la fecha de vigencia de la presente ley**”. (negrilla y subraya fuera de texto)

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacional DIAN^[1], sobre la aplicación de la contribución a los contratos de concesión, señaló en unos de sus apartes:

“(...) Resulta evidente en consecuencia, para el caso objeto de consulta, que la contribución del 2.5 por mil se aplicará, tanto a las concesiones como a las adiciones en valor a los contratos de concesión que se otorguen o suscriban (...) con posterioridad al 22 de diciembre de 2006, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1106 de 2006.

Ahora bien, es del caso precisar que la Oficina Asesora de Jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante Memorando UJ-2582-07 del 11 de diciembre de 2007, señaló al efecto en sus apartes pertinentes:

*“...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 (...), 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 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 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 (...).”

La homologación, conforme a la Superintendencia de Transporte, se define de conformidad con el artículo 2 de la Ley 769 de 2002 como “*la confrontación de las especificaciones técnico-mecánicas, ambientales, de pesos, dimensiones, comodidad y seguridad con las normas legales vigentes para su respectiva aprobación*”.



Así, a las sociedades PROBÁN S.A. y UNIBÁN S.A. se les autorizó la homologación de las concesiones otorgadas mediante resoluciones de 1998[2] y 2004, respectivamente, para cuyo efecto, se aplicó el trámite estipulado en la Ley 1242 de 2008 y el Decreto 4735 de 2009, última disposición que señalaba que el acto administrativo de homologación se debe expedir con el debido respeto por los derechos adquiridos.

El Consejo de Estado[3], respecto a los derechos adquiridos, manifestó:

*“De las tesis anteriores, cuyos matices han dado lugar a una profusa discusión en la ciencia jurídica¹¹, se han valido los ordenamientos para construir la regla general de la irretroactividad de la ley, según la cual, **con el fin de mantener la seguridad jurídica y la protección del orden social, la nueva ley no tiene la virtualidad de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que se han cumplido o quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles frente a aquélla cuando frente a una situación de hecho se han realizado totalmente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes (...).**”*

“...Es principio aceptado generalmente que a los contratos debe aplicarse la ley vigente en el momento de su celebración y que las leyes nuevas no pueden alterar las relaciones contractuales. Este principio, tiene necesariamente sus excepciones, como cuando no han sido realizados la totalidad de los actos adquisitivos del derecho a la prestación. Pero, tratándose de contratos perfeccionados, celebrados con las formalidades legales, y que han tenido su cumplimiento normal, la ley aplicable es la que regía en el momento que se celebró la convención...”

“En definitiva, la regla general es que a los contratos en lo relativo a sus elementos de existencia, validez y sus efectos (derechos y obligaciones), se les aplica la ley existente y que rige al momento de su nacimiento o celebración, lo cual implica que, en principio, la ley nueva no puede entrar a suprimirlos o modificarlos, so pena de una ilegítima retroactividad.

Ahora bien, conforme a la Ley 1106 de 2006, el hecho generador de la contribución de obra pública, lo constituye la celebración o adición de contratos de obra pública, así como el otorgamiento o celebración de concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puestos aéreos, marítimos o fluviales, celebrados éstos últimos posterior a la vigencia de la citada ley.

De esta manera, acorde con el pronunciamiento de la DIAN, el hecho generador de la contribución de obra pública, lo constituye, además de los contratos de obra pública



celebrados con entidades públicas, **la celebración** de los contratos de concesión de construcción, mantenimiento, y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, fluviales o marítimos, que hayan sido suscritos después de entrada en vigencia la Ley 1106 de 2006, esto es, con posterioridad al 22 de diciembre de 2006, fecha de publicación de la ley en el diario oficial. Incluidas las adiciones a los mismos, conforme lo establece el Decreto 3461 de 2007, pero, tal como lo manifestó la DIAN en el concepto anteriormente referido, *“teniendo siempre a los sujetos pasivos del tributo a partir de la vigencia de la ley, es decir, desde el 22 de diciembre de 2006 (...)”*.

Respecto a los casos planteados en su consulta, y como se puede deducir de la información allí consignada, las obligaciones que adquirieron las Sociedades Unibán S.A. (Homologación del año 2004) Oleoducto Central-Ocensa S.A (1996) y PROBAN S.A (Homologación del año 1998 como se pudo verificar en la página de la ANI), son anteriores a la vigencia de la Ley 1106 de 2006. Por consiguiente, en nuestro concepto, debiendo la ANI verificar la fecha de celebración de los contrato de concesión y sin perjuicio de la interpretación que le corresponde a la DIAN como autoridad tributaria, estas sociedades en principio no serían sujetos al pago de la contribución de obra pública, pues no se darían los elementos para su configuración y las disposiciones que regulan la homologación de las concesiones que en todo caso son anteriores al año 2006, no crea elementos nuevos del tributo y la tal como lo afirmó la DIAN, en el concepto anteriormente enunciado *“(...) 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 (...)”*.

En efecto, en principio y conforme al artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 y el pronunciamiento de la DIAN, podría deducirse que estas sociedades no son sujeto pasivo de la contribución de obra pública. No obstante, se le dificulta a esta oficina emitir un concepto preciso sin conocer los soportes contractuales, esto es, a manera de ejemplo, los contratos iniciales y sus posteriores modificaciones en sus actividades, que podrían haber generado un nuevo contrato.

Por consiguiente, y teniendo en cuenta que la DIAN, actúa como autoridad doctrinaria en materia tributaria, se sugiere consultar directamente a dicha entidad o acoger sus pronunciamientos, pues conforme al Decreto 4048 de 2008 y sus modificaciones, la DIAN, tiene entre otras de sus funciones: *“11. Interpretar y actuar como autoridad doctrinaria y estadística en materia de impuestos nacionales, aduanera, y de control cambiario por importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las mismas, financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones, y subfacturación y sobrefacturación de estas operaciones”*.



4. CONCLUSION

De conformidad con lo señalado en la ley 1106 de 2006, el pronunciamiento de la DIAN y partiendo de la base que las sociedades UNIBAN S.A., PROBAN S.A y OCENSA S.A. hayan suscrito los contratos de concesión antes de entrar en vigencia la Ley 1106 de 2006, en principio no serían sujetos pasivos del pago de la contribución de obra pública.

No obstante, y como quiera que no se conocen todos los soportes contractuales, la Oficina Asesora Jurídica no puede pronunciarse de manera específica sobre cada contrato, aunado a que la autoridad en la materia es la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-

5.NATURALEZA DEL CONCEPTO.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley Estatutaria 1755 de 2015, y por lo tanto, no compromete la responsabilidad del Ministerio, ni es de obligatorio cumplimiento o ejecución, es solo un criterio orientador.

[1] Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, concepto contenido en el oficio 043672 del 16 de junio de 2011

[2] Según información tomada de la página de la ANI

<https://www.ani.gov.co/proyecto/puertos/sociedad-promotora-bananera-sa-proban-sa-31289>

[3] Consejo de Estado, Sección Tercera Radicación número: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990) del 28 de junio de 2012

Cordialmente,

Lucia Soriano

Jefe

Oficina Asesora Jurídica

Sulma Yolanda Gutierrez Hernandez

Jeannette Patricia Munoz Nieto



El futuro
es de todos

Mininterior

Elaboro. Zulma Gutiérrez, Profesional Especializado
Reviso. Jeannette Muñoz, Coordinadora Grupo Actuaciones Administrativas
Aprobo. Lucia Margarita Soriano Espinel, Jefe Oficina Asesora Jurídica

PQRSD-104530-PQR del 29 de diciembre de 2021,

OFICIAL