

Al responder cite este número:
OFI2022-3437-OAJ-1400

Bogotá,

D.C.

23/02/2022.

Doctor

ALEXANDER TOVAR GONZALEZ

Secretario del Interior

Gobernación del Tolima

contactenos@tolima.gov.co

notificaciones.judiciales@tolima.gov.co

Carrera 3 entre Calle 10 y 11, Piso 9°

Código Postal 730001

Ibagué - Tolima – Colombia

Asunto: Concepto sobre la aplicación del artículo 120 de la Ley 418 de 26/12/1997, sobre el valor de contrato y/o convenios de obra pública destinados para el fondo de seguridad. // PQRSD 036197 del 29 de julio de 2020.

Respetado señor secretario,

En atención a consulta respecto a la aplicación del artículo 120 de la Ley 418 de 26 de diciembre de 1997, (...) *con respecto al 5% del valor de los contratos y/o convenios de obra pública, destinados para el fondo de seguridad, y si este porcentaje se debe aplicar para los contratos de interventoría y consultoría de obras públicas (...)*, damos respuesta en los siguientes términos:

1. Consulta.

El Secretario del Interior de la Gobernación del Tolima, pregunta:

1. *¿Existe un criterio jurídico o concepto legal que permita determinar si es viable el cobro del cinco por ciento (5%) no sólo sobre el objeto contractual de obra; sino además su interventoría y consultoría cuando así lo determine el mismo contrato para ser incorporados al fondo de seguridad?*

2. *¿O en su defecto, sin que se llegase a la fase del objeto contractual de la obra, es viable que se pueda exigir el cobro solamente cuando se realiza un contrato para las etapas de la consultoría o su interventoría con destino al fondo de seguridad?*

3. *¿Existe un criterio legal que permita determinar la recaudación del cinco por ciento (5%) sobre los convenios y/o contratos de obra pública cuando existe una*

deposición (sic) de recursos desde el gobierno departamental hacia las administraciones municipales (alcaldías) donde éstas tengan la obligación de reembolsar el equivalente de lo inyectado para la ejecución de la obra pública en el municipio?”

2. Fundamentos legales, doctrinarios 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 párrafo del artículo 8 de la Ley 1738 de 2014; norma que actualmente regula la contribución especial sobre los contratos de obra pública, 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.

Se causará el tres por ciento (3%) sobre aquellas concesiones que otorguen las entidades territoriales con el propósito de ceder el recaudo de sus impuestos o contribuciones”.

La Ley 1106 de 2006 *“Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 y se modifican algunas de sus disposiciones”*, prevé:

“ARTÍCULO 6o. DE LA CONTRIBUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA O CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA Y OTRAS CONCESIONES. <Ver modificaciones a este artículo directamente en el artículo 120 de la Ley 418 de 1997> 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.

Se causará el tres por ciento (3%) sobre aquellas concesiones que otorguen las entidades territoriales con el propósito de ceder el recaudo de sus impuestos o contribuciones.

Autorízase a los Gobernadores Departamentales y a los Alcaldes Municipales y Distritales para celebrar convenios interadministrativos con el Gobierno Nacional para dar en comodato inmuebles donde deban construirse las sedes de las estaciones de policía.

PARÁGRAFO 1o. *En los casos en que las entidades públicas suscriban convenios de cooperación con organismos multilaterales, que tengan por objeto la construcción de obras o su mantenimiento, los subcontratistas que los ejecuten serán sujetos pasivos de esta contribución.*

PARÁGRAFO 2o. *Los socios, copartícipes y asociados de los consorcios y uniones temporales, que celebren los contratos a que se refiere el inciso anterior, responderán solidariamente por el pago de la contribución del cinco por ciento (5%), a prorrata de sus aportes o de su participación”.*

La Ley 1430 de 2010, “Por medio de la cual se dictan normas tributarias de control y para la competitividad”, adicionó el artículo 6 de la Ley 1106, así:

“Artículo 39. Adiciónese el artículo 6° de la Ley 1106 de 2006 el siguiente párrafo:

"Parágrafo 3°. El recaudo por concepto de la contribución especial que se prorroga mediante la presente ley en contratos que se ejecuten a través de convenios entre entidades del orden nacional y/o territorial deberá ser consignado inmediatamente en forma proporcional a la participación en el convenio de la respectiva entidad".

La Subdirección de Gestión Normativa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señaló, respecto a un caso similar al planteado en esta consultado, lo siguiente:

(...) “III) La distribución del recaudo por concepto de la contribución sobre contratos de obra pública. En este acápite, considerando que las empresas de servicios públicos mixtas pueden estar conformadas por municipios y departamentos, así como por entidades descentralizadas de esos órdenes, e incluso por particulares, de manera que sus aportes provienen de diferentes entidades estatales (departamento, municipio, entidad descentralizada) y en algunos casos de particulares, surge el interrogante frente a cuál de esas entidades actúa como sujeto activo de la contribución, así como frente a la entidad territorial destinataria de los recaudos de la contribución por obra pública. Sea lo primero anotar que, la normatividad vigente no establece un procedimiento específico en presencia de este tipo de empresas que por su particular naturaleza pertenecen a diversas entidades de derecho público en proporción a su participación accionaria. De tal manera, con el ánimo ofrecer (sic) una solución al interrogante planteado, consideramos procedente efectuar un parangón en relación con la distribución de recursos por concepto de la contribución sobre contratos de obra pública en presencia de convenios interadministrativos establecida por el artículo 39 de la Ley 1430 de 2011 (sic), que adiciona un párrafo al artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, así: "ARTÍCULO 39. Adiciónese el artículo 6o de la Ley 1106 de 2006 el siguiente párrafo: PARÁGRAFO 3o. El recaudo por concepto de la contribución especial que se prorroga mediante la presente ley en contratos que se ejecuten a través de convenios entre entidades del orden nacional y/o territorial deberá ser consignado inmediatamente en forma proporcional a la participación en el convenio de la respectiva entidad". (Negrillas ajena al texto)

De conformidad con la norma trascrita, en presencia de convenios interadministrativos que se suscriban a partir de vigencia (sic) de la Ley 1430 de 2010, **la contribución sobre contratos de obra pública que se genere con ocasión de la suscripción de contratos de obra pública, deberá ser distribuida entre las entidades que participen en el convenio, proporcionalmente al monto de sus aportes.** De tal forma,

mutatis mutandis esta Dirección considera que en el caso objeto de consulta puede acudirse, como criterio orientador, a la distribución del recaudo señalada en la norma trascrita, esto es proporcionalmente a las respectivas participaciones.

*En tal virtud, en tratándose de empresas de servicios públicos mixtas que en consideración a sus aportes, pertenecen a la Nación, a diferentes entidades territoriales o a sus descentralizadas **estarán dichas empresas, cuando actúen como extremo contratante del contrato de obra pública obligadas a retener la contribución del 50% y efectuar la distribución del recaudo a cada una de las entidades territoriales propietarias a prorrata de la participación que a cada una corresponda. Sea del caso señalar que en aquellos casos en que haya aportes de una entidad descentralizada, la participación que a ésta corresponda pertenecerá a la Nación o a la entidad territorial según el nivel al que pertenezca.** De otra parte, en el caso en que exista participación de capital de privados, se precisa que éstos no son beneficiarios de los recursos por concepto de la contribución en consecuencia no han de tenerse en cuenta para la distribución (...)*". (Negrilla y Subraya fuera de texto).

Ahora bien, teniendo en cuenta los temas de consulta, resulta relevante precisar sobre la naturaleza jurídica de los contratos de interventoría y consultoría, a fin de establecer si siguen la misma suerte de los contratos de obra pública.

Sobre el primero, la guía Colombia compra eficiente lo define como (...) *el seguimiento técnico a la ejecución de contratos de distintas tipologías, realizado por una persona natural o jurídica contratada para ese fin por la Entidad Estatal en los siguientes casos: (i) cuando la ley ha establecido la obligación de contar con esta figura en determinados contratos, (ii) cuando el seguimiento del contrato requiera del conocimiento especializado en la materia objeto del mismo, o (iii) cuando la complejidad o la extensión del contrato lo justifique.*

Cuando la Entidad Estatal lo encuentre justificado, puede determinar que la interventoría no sólo se refiera al seguimiento técnico, sino también a los aspectos administrativos, financieros, contables y/o jurídicos del contrato.

El contrato de interventoría debe ser supervisado directamente por la Entidad Estatal, en consecuencia, siempre que una Entidad Estatal suscriba este tipo de contratos debe designar a un funcionario que haga la supervisión del contrato y que verifique su cumplimiento en las condiciones pactadas.

La modalidad de selección prevista para escoger al interventor es la de concurso de méritos

Por su parte la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante Sentencia del 8 de marzo de 1996, expediente 8070, C. P. José María Carrillo Ballesteros y la Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "A", CP. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 13 de febrero de 2013. Exp. 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996) ha considerado:

"(...) El contrato de interventoría es principal y autónomo. Si bien es cierto que el objeto del contrato de interventoría supone y exige, según ya se indicó, la coordinación, la supervisión, el control y en veces hasta la dirección misma de otro contrato diferente, lo cierto es que la interventoría subsiste a pesar de la extinción de la obligación principal o de la finalización del contrato que aparece como principal, al cual debe su existencia. Adicionalmente, la interventoría no se encuentra circunscrita a aspectos técnicos del contrato que se pretende controlar, sino que puede abarcar la vigilancia y control de las condiciones financieras y económicas del mismo, tal y como lo resaltó la Corte Constitucional:

La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con él se persiguen, implica la protección de esos recursos".

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Corporación:

"Con el acta de entrega y recibo de la interventoría la administración deja consolidada su posición en torno al contratista por sus trabajos de interventoría de acuerdo al contrato de conservación y por más que este último no se haya prorrogado, el interventor carece de facultades para exigir del contratante un supuesto derecho a prórrogas, como queriendo hacer el contrato de interventoría como un contrato accesorio del contrato de obra, y con esa perspectiva alegar que por la sola naturaleza accesorio debe obtener la misma suerte del contrato principal. Quien así razona olvida que si el contrato de interventoría está contemplado para su juzgamiento por la jurisdicción de lo contencioso administrativo es porque se trata de aplicar un régimen jurídico especial puesto que con el carácter esencial de los contratos administrativos es que se someten a un conjunto de reglas especiales.

Además, al suscribir el contrato, el contratista interventor también pone de manifiesto que su suerte no va a depender del contrato de obra sino de razones de oportunidad o conveniencia pública, pero siempre dentro de los límites que sólo pueden variarse en una extensión razonable. "(Negrita fuera de texto)".

El contrato de consultoría consiste, básicamente, en la realización de estudios, diseños y en la asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, así como en

la interventoría y en la gerencia y dirección de obras o proyectos, lo cual encierra una variedad muy amplia de actividades, todas ellas regidas por un común denominador de índole técnico y cargadas de un matiz especializado en la ejecución de este tipo de contratos. De este modo, el contrato de consultoría se caracteriza porque sus obligaciones tienen un carácter marcadamente intelectual, como condición para el desarrollo de las actividades que le son propias, aunque también se asocia con la aplicación de esos conocimientos a la ejecución de proyectos u obras.

En este sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-326/97, ha manifestado que, (...) *el objeto de los contratos de consultoría no está relacionado directamente con las actividades de la entidad que los requiere, o con su funcionamiento, a través de ellos la administración contrata servicios especializados de asesoría, interventoría, gerencia de obra o de proyectos, o la elaboración de estudios y diagnósticos, que no siempre coinciden en su contenido con la órbita de las actividades propias de la entidad contratante; para ello recurre a personas naturales o jurídicas especializadas en una determinada materia, las cuales ofrecen conocimientos y experiencia en una específica área o actividad.*

3. Consideraciones.

Conforme a la Ley 418 de 1997 modificada y prorrogada por el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, las Leyes 1421 de 2010, 1430 de 2010 y convertida en legislación permanente mediante el parágrafo del artículo 8 de la Ley 1738 de 2014; el **hecho generador de la contribución especial** allí regulada, lo constituye la celebración de un contrato de obra pública con entidades de derecho público del orden nacional o territorial definidas por el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 o de concesión de construcción, mantenimiento y operación de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales, y sus respectivas adiciones y el **Sujeto Pasivo**: Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública o de concesión de construcción, mantenimiento y operación 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 con recursos de la Nación.

Ahora bien, conforme al artículo 39 de la Ley 1430 de 2011, la retención de la contribución de obra pública, tratándose de contratos de obra pública que se ejecuten a través de convenios entre entidades del orden nacional y/o territorial, la contribución deberá ser consignada y distribuida en forma proporcional a la participación en el convenio de la respectiva entidad.

En consecuencia, en el evento de convenios interadministrativos que se suscriban a partir de la vigencia de la Ley 1430 de 2010, la contribución especial del 5% que se genere con ocasión de la suscripción de contratos de obra pública, deberá ser

distribuida entre las entidades que participen en el convenio, proporcionalmente al monto de sus aportes en el mismo.

No obstante lo anterior, visto que la pregunta indica que los recursos que aporta el gobierno departamental deben ser reembolsados, en esa medida, la contribución del 5% en el contrato de obra al que se refiere la consulta, no sería del caso realizar la distribución de la contribución, la cual correspondería en el 100% al municipio.

Ahora bien, en cuanto al pago de la contribución por los contratos de interventoría y consultoría, se debe tener en cuenta el principio de legalidad de los tributos, sobre el cual *“La Corte Constitucional ha señalado que el principio de legalidad del tributo tiene las siguientes características: (i) Es expresión del principio de representación popular y del principio democrático, derivado en últimas de los postulados del Estado Liberal. (ii) Materializa el principio de predeterminación del tributo, “según el cual una lex previa y certa debe señalar los elementos de la obligación fiscal”. (iii) Brinda seguridad a los ciudadanos frente a sus obligaciones fiscales, con lo cual “se otorga una debida protección a la garantía fundamental del debido proceso”. (iv) Responde a la necesidad de promover una política fiscal coherente e inspirada en el principio de “unidad económica”, especialmente cuando existen competencias concurrentes donde confluye la voluntad del Congreso y la de las asambleas departamentales o de los concejos municipales. (v) No se predica únicamente de los impuestos, sino que es exigible también frente a cualquier tributo o contribución (en sentido amplio). No obstante, de la naturaleza del gravamen depende el rigor con el que la Ley debe señalar sus componentes. Así, frente a tributos de carácter nacional, el Congreso está obligado a definir todos los elementos en forma “clara e inequívoca”, esto es, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base impositiva y la tarifa. Por el contrario, tratándose de gravámenes territoriales, especialmente cuando la ley solamente autoriza su creación, ésta debe señalar los aspectos básicos, pero existe una competencia concurrente de las asambleas departamentales o de los concejos municipales según el caso. (vi) De conformidad con el mandato constitucional contenido en el artículo 338, no sólo el legislador, sino también las asambleas y los concejos están facultados para fijar los elementos constitutivos del tributo. (vii) La ley, las ordenanzas y los acuerdos, sin resignar sus atribuciones constitucionales, pueden autorizar a las autoridades de los distintos niveles territoriales, dentro de los límites debidamente señalados en ellas, para fijar las tarifas de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes; empero, el sistema y el método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados, obligatoriamente, por la ley, las ordenanzas o los acuerdos, como así se deduce del texto del artículo 338 de la Constitución. Por otro lado, esta Corporación ha señalado una serie de reglas derivadas del principio de legalidad: “(i) Son los órganos de elección popular quienes directamente deben señalar los sujetos activo y pasivo, el hecho y la base gravable y la tarifa de las obligaciones tributarias, pues esta exigencia emana de lo prescrito por el artículo 338 superior; (ii) al establecer los elementos del tributo, es menester que la ley, las ordenanzas o los acuerdos determinen con suficiente claridad y precisión todos y cada uno de los elementos esenciales del mismo; (iii) sólo cuando la falta de claridad sea insuperable, se origina la inconstitucionalidad de la norma que determina los elementos de la obligación tributaria; (iv) el requisito de precisión y claridad las normas que señalan los elementos de la obligación tributaria no se opone al carácter*

general de dichas normas; (v) no se violan los principios de legalidad y certeza del tributo cuando uno de los elementos del mismo no está determinado expresamente en la norma, pero es determinable a partir de ella.”

Los anteriores elementos del tributo fueron definidos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-930 de 2007 para el caso puntual de la contribución del 5% que nos ocupa, de los cuales, para efectos del presente concepto, se destaca el referido al hecho generador, así:

*“Así pues, la lectura del precepto demandado permite establecer que el hecho generador es 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 (...)”* El resaltado es propio).

En este orden de ideas, conforme al principio de legalidad del tributo definido por la Corte Constitucional, y más específicamente, respecto al hecho generador de la contribución del 5% de Fonsecon y de los Fonset, el cual está referido a 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; no resulta procedente que se recaude la contribución por otro tipo de contratos, como por ejemplo, los de consultoría e interventoría; y en caso de haberse pactado esta contribución respecto de ellos, podrían realizarse las respectivas modificaciones al acuerdo de voluntades en el cual se hayan convenido.

4. Conclusiones

1. ¿Existe un criterio jurídico o concepto legal que permita determinar si es viable el cobro del cinco por ciento (5%) no sólo sobre el objeto contractual de obra; sino además su interventoría y consultoría cuando así lo determine el mismo contrato para ser incorporados al fondo de seguridad?

Conforme a las normas y la jurisprudencia arriba descritas, esta Oficina Asesora Jurídica considera que no hay lugar a pactar ni a cobrar a los contratistas de consultoría o interventoría, la contribución de 5% de que trata la Ley 418 de 1997 con sus prorrogas y adiciones.

2. ¿O en su defecto, sin que se llegase a la fase del objeto contractual de la obra, es viable que se pueda exigir el cobro solamente cuando se realiza un contrato para las etapas de la consultoría o su interventoría con destino al fondo de seguridad?

Tal como se ha manifestado en la pregunta anterior, y teniendo en cuenta que la consultoría y la interventoría son contratos principales y no accesorios y no se constituyen como contratos de obra, no resulta viable el cobro de ese tributo para este tipo de contratos, con independencia de que el contrato de obra como tal llegase o no a ejecutarse.

3. ¿Existe un criterio legal que permita determinar la recaudación del cinco por ciento (5%) sobre los convenios y/o contratos de obra pública cuando existe una deposición (sic) de recursos desde el gobierno departamental hacia las administraciones municipales (alcaldías) donde éstas tengan la obligación de reembolsar el equivalente de lo inyectado para la ejecución de la obra pública en el municipio?

Conforme a las normas y jurisprudencia referidas, en el evento de la suscripción de convenios entre las entidades territoriales para la ejecución de una obra, en el cual el departamento aporta recursos, pero a condición de que los mismos sean reembolsados, no habría lugar a efectuar la distribución del recaudo a cada una de las entidades aportantes a prorrata de su participación, como quiera que al tener el deber el municipio de devolverle los recursos, no le daría derecho al departamento de obtener la proporción de la contribución.

5. Naturaleza del concepto.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1 de la Ley 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.

Cordialmente,

Lucía Margarita Soriano Espinel
Jefe Oficina Asesora Jurídica



Documento emitido por el Ministerio del Interior. URL de verificación:
<https://compromisos.mininterior.gov.co/consulta/?ID=HLqjd+qdMruGBYuCjYxoeA==>

Elaboró: Yelena Cotes Martinez, Abogada Contratista OAJ - GAA
Revisó: Life Armando Delgado, Coordinador Grupo Actuaciones Administrativas
Aprobó: Lucía Margarita Soriano Espinel, Jefe Oficina Asesora Jurídica
PQRSD 036197 del 29 de julio de 2020
TRD 1400 1402 16 74