**Tipo de norma**

[Oficio](https://cijuf.org.co/normatividad/tipo-de-norma/oficio)

**Número**

34555

**Entidad emisora**

[Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN](https://cijuf.org.co/normatividad/entidad-emisora/direccion-de-impuestos-y-aduanas-nacionales-dian)

**Fecha**

2014-06-09

**Fecha del diario oficial**

2014-07-08

**Título**

Tema: Renta

**Subtítulo**

Descriptor: Contribución de los contratos de obra pública o concesión de obra pública y otras concesiones

Dirección de Gestión Jurídica

Bogotá, D. C.

100202208 – 658

Doctor

**HEIDER ROJAS QUESADA**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Ministerio del Interior

Carrera 8 No. 7-83 La Giralda

Bogotá, D.C.

**Ref.** Radicados 24416 del 14 04 2014 y 2823 del 20 05 2014.

**Tema:** CONTRIBUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA O CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA Y OTRAS CONCESIONES

**Descriptores:** HECHO GENERADOR

**Fuentes Formales:** Ley 1106 de 2006, art. 6

Ley 1523 de 2012, arts. 47, 48, 49

Ley 80 de 1993, arts. 2, 32

Decreto 1547 de 1984, art. 3

Decreto 919 de1989, art. 70

Cordial saludo Dr. Rojas.

De Conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 4048 de 2008 y la Orden Administrativa 000006 del 21 de agosto de 2009, esta Dirección es competente para absolver la consultas escritas que se formulen sobre interpretación y aplicación de las normas tributarias nacionales, aduaneras o de comercio exterior y en materia de control cambiario en lo de Competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, razón por la cual su consulta se absolverá en el marco de la citada competencia.

Pregunta si se causa la contribución establecida en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 en los contratos de obra pública celebrados entre una persona natural o jurídica de derecho privado y el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, como Patrimonio Autónomo, a que se refiere el artículo 49 de la Ley 1523 de 2012, en el cual actúa la Fiduprevisora S.A. como representante legal del mismo, y si La Previsora S.A. como administradora del citado patrimonio autónomo, debe realizar la respectiva retención.

Al respecto se precisa:

El artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, prorrogado por el término de cuatro (4) años por el artículo 1 de la Ley 1421 de 2010, establece en su parte pertinente:

*“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 un 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. (...)” (Énfasis añadido)*

Cabe advertir que la Corte Constitucional mediante sentencia C-1153 de 26 de noviembre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, declaró exequible el primer inciso arriba transcrito y señaló en aparte pertinente de la sentencia, lo siguiente:

*"Así pues, el Estatuto de contratación dice que****"son contratos de obra los que celebren las entidades estatales"****; y la norma acusada afirma que “(t)odas las personas naturales o jurídicas que suscriban****contratos de obra pública, con entidades de derecho público"****deberán pagar la contribución en ella regulada. De lo que se infiere que los contratos de obra****pública****a que alude la disposición acusada no pueden ser sino los mismos contratos de obra (simplemente de obra) a que se refiere el artículo 32 del Estatuto de contratación administrativa, toda vez que por el sólo hecho de ser suscritos "con entidades de derecho público”, caen dentro de la esa categoría jurídica por expresa disposición legal.*

*Así las cosas, a juicio de la sala no se presenta una falta de claridad y certeza insuperable en la definición del hecho gravado, pues cuando la norma acusada expresamente prescribe que la contribución que regula se causa por el hecho de suscribir "contratos de obra pública” con “entidades de derecho público” o celebrar contratos de adición al valor de los existentes, no cabe otra interpretación plausible distinta de aquella que indica que el contrato al que se refiere es el definido en el estatuto de contratación a partir de elementos subjetivos, referentes a la calidad pública de la entidad contratante. Por lo anterior, la Corte estima que la descripción del hecho gravado sí es suficientemente precisa para satisfacer las exigencias del principio de legalidad tributaria”.*

Ahora bien, toda vez que sobre el hecho generador de la referida contribución, la doctrina de la entidad ha sido profusa y reiterada, nos remitimos a lo que al respecto manifestó el Oficio No. 063832 de 2008:

*“Acorde con lo anterior, el hecho generador de la contribución de obra pública vigente en la actualidad, lo constituye la "suscripción de contratos de obra o concesión de obra pública con entidades de derecho público y otras concesiones en los términos a que se refiere la ley y adición al valor de los existentes".*

*Según lo ha considerado la doctrina vigente de la entidad: "el hecho generador de la contribución especial por contratos de obra pública es la suscripción de contratos de obra pública con entidades de derecho público. Es necesario entonces acudir al estatuto de contratación administrativa con el fin de delimitar el hecho generador contenido en la norma fiscal.*

*De acuerdo con el artículo 1 del Estatuto de Contratación Administrativa, este tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales referidas en el artículo 2 ibídem.*

*Dicho estatuto de contratación, al desarrollar las reglas y principios a los cuales deben someterse las entidades, da la definición de contratos estatales en su artículo 32:*

*Artículo 32: DE LOS CONTRATOS ESTATALES:****Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales,****o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo se definen a continuación:*

*1o. Contrato de Obra.*

*Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago (...).*

*Debe destacarse que la definición anterior no está supeditada a la normatividad que, de acuerdo con el mismo estatuto de contratación, debe aplicarse a estos contratos. Así basta que el contrato haya sido celebrado por las entidades señaladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que corresponda a un acto jurídico generador de obligaciones previsto en el derecho privado o en disposiciones especiales, para el caso, contratos de obra. (...)" (subrayado nuestro)*

En este orden de ideas y toda vez que el problema jurídico gira en torno a determinar si se causa la contribución establecida en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, en los contratos de obra pública celebrados por el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, como Patrimonio Autónomo, en el cual actúa la Fiduprevisora S.A. como administradora del mismo, constituye elemento de obligado análisis determinar la naturaleza jurídica del referido fondo.

Para tal efecto, es menester recordar primeramente lo que constituye entidad de derecho público, a la luz de lo establecido por el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

Señala la referida norma:

***"ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS.*** *Para los solos efectos de esta ley:*

***1o. Se denominan entidades estatales:***

*a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*

*b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos. (…)”*

Ahora bien, el artículo 47 de la Ley 1523 de 2012, determina que el Fondo Nacional de Calamidades creado por el Decreto 1547 de 1984 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística, **“se denominará en adelante Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y continuará funcionando como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística conforme a lo dispuesto por dicho Decreto”.**

Dispone el artículo 49 ibídem que "Los bienes y derechos de la Nación que hacen parte del Fondo Nacional constituyen un patrimonio autónomo con destinación específica al cumplimiento de los objetivos generales señalados en el artículo 47 de la presente ley. La Sociedad Fiduciaria administrará los bienes y derechos del fondo de manera independiente de los bienes de la Sociedad Fiduciaria y de los bienes y derechos que hagan parte de otros fideicomisos que administre”.

Frente a la administración del fondo en referencia es pertinente recordar que el artículo 3 del Decreto 1547 de 1984, modificado por el artículo 70 del Decreto 919 de 1989, es claro al determinar que el Fondo Nacional de Calamidades, (hoy Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres), será manejado por la Sociedad Fiduciaria La Previsora Limitada, empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Es así como, en armonía con lo precedente, el artículo 48 de la Ley 1523 de 2012, determina en su parágrafo 1:

*“La ordenación del gasto del Fondo Nacional de gestión del riesgo y sus subcuentas, estará a cargo del Director de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, (…)*

*La expedición de los actos administrativos que se genere por virtud y/o consecuencia de la contratación que adelante la Fiduciaria, entre ellos la aplicación de los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 serán expedidos por el Director de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, o por el Gerente Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, Subcuenta Colombia Humanitaria, según corresponda. (…)”*

En este orden de ideas, siendo claro que el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres tiene la naturaleza de una cuenta especial de la Nación y siendo palmario además que sus bienes y derechos constituyen un patrimonio autónomo con destinación específica, administrado por Fiduciaria La Previsora, de derecho resulta colegir que el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres no se encuentra comprendido dentro de la enumeración entidades estatales consagrada por el artículo 2 de la ley 80 de 1993 transcrito en precedencia.

Ahora bien, es cierto que la Fiduciaria la Previsora, en su calidad de empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público si se encuentra dentro de la enumeración de la entidades estatales del artículo 2 de la Ley 80 de 1993; pero esta circunstancia no cambia la naturaleza del patrimonio autónomo por ella administrado, quien es el verdadero contratante.

Esta circunstancia comporta como lógica consecuencia que la celebración de contratos de obra efectuada por el patrimonio autónomo con personas naturales o jurídicas de derecho privado, no genera la contribución establecida en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, razón por la cual, la fiduciaria administradora del referido Fondo no se encuentra en la obligación de practicar, a nombre del Fondo, la retención de la contribución a que hace referencia el artículo 121 de la Ley 418 de 1997.

Por último, en cuanto a su inquietud sobre si procede la devolución de valores recaudados en forma improcedente, nos permitimos remitirnos a lo manifestado por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de fecha 29 de abril de 2010, expediente 17051. Magistrado Ponente Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas:

*“(...) para que exista devolución del pago de lo no debido, se requiere que el contribuyente o responsable haya efectuado el pago sin causa legal en cumplimiento de sus obligaciones tributarias para con la administración, en virtud de lo cual el derecho a solicitarlo radica en quien efectuó ese pago indebido siempre y cuando tenga un título para solicitar la devolución, esto es, una declaración, acto administrativo o providencia judicial”.*

En los anteriores términos se resuelve su consulta y cordialmente le informamos que tanto la normatividad en materia tributaria, aduanera y cambiaria, como los conceptos emitidos por la Dirección de Gestión Jurídica en estas materias pueden consultarse directamente en nuestra base de datos jurídica ingresando a la página electrónica de la DIAN:[http://www.dian.gov.co](http://www.dian.gov.co/) siguiendo los iconos: "Normatividad" - "técnica" y seleccionando los vínculos "Doctrina" y "Dirección de Gestión Jurídica”.

Cordialmente,

**DALILA ASTRID HERNÁNDEZ CORZO**

Directora de Gestión Jurídica