

80112-EE31187

Bogotá, D.C., Mayo 05 de 2010.

Doctor
LUIS EDUARDO ALVAREZ VERA
Gerente
Reforestadora Industrial de Antioquia RIA.- S.A.-
Carrera 52 No. 43-31 Oficina 203
Medellín, Antioquia

ASUNTO. REFORESTADORA INDUSTRIAL DE ANTIOQUIA.- LEY 1106 DE 2006.- CANCELACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN EN CONTRATOS DE OBRA.

1. ANTECEDENTE.

Esta Oficina conoce su oficio con el cual solicita nuestro pronunciamiento con el fin de establecer si la Reforestadora Industrial de Antioquia debe aplicar el artículo sexto (6°) de la Ley 1106 de 2006.

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

2.1. Tal como Usted lo señala en su consulta la Reforestadora Industrial de Antioquia, RIA S.A., es una Sociedad Anónima de Economía Mixta cuyo objeto es formar y administrar un patrimonio forestal a través de la producción, industrialización y comercialización de productos maderables.

A su vez, el Decreto 2811 de 1974, establece en el artículo 225 que son empresas forestales las que realizan actividades de plantación, aprovechamiento, transformación o comercialización de bosques o productos primarios forestales.

En materia del régimen contractual de estas empresas, el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, establece:

“Las Empresas Industriales Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de

Nuestra Misión: Vigilar la gestión sobre el manejo de los recursos públicos, generando una cultura de control fiscal inspirada en principios morales y éticos

aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

El régimen contractual de las empresas que no se encuentren exceptuadas en los términos señalados en el inciso anterior, será el previsto en el literal g) del numeral 2 del artículo 2° de la presente ley.”

De acuerdo con la norma señalada Las Empresas Industriales Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, siempre y cuando no se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional.

De acuerdo con lo planteado en su oficio la Reforestadora Industrial de Antioquia, RIA S.A., es una empresa que compite en el mercado de la explotación de madera, luego el régimen contractual aplicable es el derecho privado, salvo lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, el cual ordena que las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal

2.2. Para efectos de establecer si la Reforestadora Industrial de Antioquia, está obligada a cancelar el tributo de que trata el artículo 6° de la Ley 1106 de 2006, es procedente realizar el siguiente análisis:

El artículo sexto de la Ley 1106 de 2006 establece:

“Artículo 6°. De la contribución de los contratos de obra pública o concesión de obra pública y otras concesiones. (Reglamentado por el Decreto Distrital 3461 de 2007. 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

Nuestra Misión: Vigilar la gestión sobre el manejo de los recursos públicos, generando una cultura de control fiscal inspirada en principios morales y éticos

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 1°. 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 2°. 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.(Resaltado fuera de texto).

Tal como lo señala la disposición legal cuando las entidades de derecho público celebren contratos de obra o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor el tributo de que trata el artículo sexto (6°) de la Ley 1106 de 2006

La Corte Constitucional en Sentencia C- 930 de 2007, Magistrado Ponente, Dr. Rodrigo Escobar Gil, señaló:

“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; que el sujeto activo es la Nación, Departamento o Municipio, “según el

Nuestra Misión: Vigilar la gestión sobre el manejo de los recursos públicos, generando una cultura de control fiscal inspirada en principios morales y éticos

nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante”; que el sujeto pasivo es la persona natural o jurídica que suscriba contratos de obra pública con entidades de derecho público o celebre contratos de adición al valor de los existentes; que la base gravable es el valor del respectivo contrato o adición, o “el valor total del recaudo bruto que genere la respectiva concesión”, que la tarifa es el 5% en el caso de los contratos de obra pública o de las respectivas adiciones y del 2.5 por mil tratándose de las concesiones y que la entidad pública contratante es responsable del recaudo.”

Nótese que en esta providencia, la Alta Corporación realiza su análisis sobre el hecho generador del tributo e indica que el mismo 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. Luego podemos indicar que cuando una entidad de derecho público suscribe esta clase de contratos debe recaudar dicho tributo.

En otro pronunciamiento la Corte Constitucional entra a analizar la legalidad del tributo y en tal sentido se cuestiona si el artículo 6° de la Ley 1106 de 2006 desconoce el principio de legalidad tributaria, toda vez que la norma no es clara al definir el hecho gravado.

Para responder este problema jurídico, la Alta Corporación señala:

“No obstante todo lo anterior, es decir, a pesar de que los principios de legalidad y certeza del tributo exigen que la ley, las ordenanzas y los acuerdos fijen directa y claramente los elementos del gravamen, la Corte ha explicado que esta exigencia no se opone al carácter general y abstracto de las normas tributarias, a las cuales les compete definir con ese carácter tales elementos, sin que sea necesario describir ni particularizar todos los supuestos de hecho que hipotéticamente podrían caer bajo el señalamiento general de las disposiciones. En otras palabras, la Corte ha hecho ver que la certeza del tributo no se opone al carácter general de la norma que lo regula”

En este orden, la Corte realiza el análisis de acuerdo con lo establecido en la Ley 80 de 1993, respecto de los contratos estatales y la definición de contrato de obra que trae este Estatuto. En este orden jurídico, la Corte Constitucional indica que:

*“Como puede verse, el estatuto de contratación administrativa define el contrato de obra a partir de elementos subjetivos, es decir de criterios que atienden a la calidad de los sujetos contratantes y no al objeto del contrato, pues claramente indica que “(s)on (sic) contratos de obra los que celebren las entidades estatales...”. **Es decir, el elemento esencial que define la presencia de un contrato de esta naturaleza es que sea celebrado por una entidad estatal.** (Negrilla fuera de texto).*

Nuestra Misión: Vigilar la gestión sobre el manejo de los recursos públicos, generando una cultura de control fiscal inspirada en principios morales y éticos

*De otro lado, la norma ahora acusada impone un gravamen tributario a las personas que suscriban contratos de obra pública con **“entidades de derecho público”**, o celebren adiciones a los mismos. (...).” (Negrilla del texto original).*

Después del análisis que efectúa la Corporación, ésta concluye que la definición legal del hecho gravado si es precisa y que el contrato a que hace referencia la misma, es el definido en el Estatuto General de Contratación Administrativa y todo ello en razón a la calidad pública de la entidad contratante.

Desde otra perspectiva también la Corporación indica que la disposición legal en comento, no hace distingos o diferenciaciones entre los contratistas de obra pública, según la entidad contratante, sino que el tributo debe ser pagado por todos los contratistas de obra pública.

En este orden, es procedente analizar si la explotación de la madera por parte de una entidad que pertenece a la Organización del Estado constituye un contrato de obra pública.

En el caso que nos ocupa la Reforestadora Industrial de Antioquia, RIA S.A., es una Sociedad Anónima de Economía Mixta, en cuyo caso es una entidad pública de conformidad con lo establecido en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998.

De otro lado, nuevamente precisamos que la empresa Reforestadora Industrial de Antioquia, RIA S.A., aplica en sus procesos contractuales el derecho privado, por consiguiente no aplica en sus contratos la Ley 80 de 1993 y su modificación la Ley 1150 de 2007, salvo lo expresamente regulado en el artículo 13 de ésta última.

En este contexto, esta Oficina considera que el contrato de extracción de la madera, no constituye un contrato de obra pública como tal, sino que el mismo es innominado en razón al objeto del mismo y en tal virtud para esta clase de contratos no sería procedente aplicar el tributo de que trata el artículo 6° de la Ley 1106 de 2006.

Distinto es que esta empresa vaya a celebrar un contrato en el que su objeto sea de obra pública, en cuyo caso aplica el tributo, pues la norma es general y no hace exención alguna, por tanto no podría predicarse que la empresa que nos ocupa goce de tal excepción.

Finalmente es importante señalar que la Contraloría General de la República es autoridad en materia de control fiscal y por tanto se considera que en el presente

Nuestra Misión: Vigilar la gestión sobre el manejo de los recursos públicos, generando una cultura de control fiscal inspirada en principios morales y éticos

caso debe acudir a la entidad especializada en materia tributaria para que se pronuncie sobre el tema consultado.

Así mismo, se hace procedente señalar que, en virtud de ser la Oficina Jurídica una dependencia asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000, los conceptos tienen el carácter que les atribuye el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo es decir, carecen de fuerza vinculante.

Cordialmente,

LUIS GUILLERMO CANDELA CAMPO
Director Oficina Jurídica.

Proyectó. Lucenith Muñoz Arenas.

Revisó. Juan Carlos Luna Rosero, Asesor de Gestión (E)

N.R. 2009ER19027

ⁱ Sentencia Corte Constitucional C- 1153 de 2008.