

FECHA DE AD. 26/02/2009	HORA
REMITENTE Secret. Distrital de Hacienda	
DIRECCION REMITENTE 26	
DESTINATARIO HOSPITAL CRA 2ª Br	



SECRETARIA DISTRITAL DE HACIENDA 24-02-2009 03:56:50
ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. Contestar Cite Este Nr.:2009E E 23712 O 1 Fol:5 Anex:0

Secretaría Hacienda
ORIGEN: Origen: DIRECCION JURIDICA/TORRES DE CRISTANCHO MAI
DESTINO: Destino: HOSPITAL EL TUNAL E.S.E./GLADYS MYRIAM SIERRA
ASUNTO: Asunto: CONCEPTO PARA PAGO CONTRIBUCION ESPECIAL
OBS: Obs.: LYO

Bogotá D.C.

Doctora
GLADYS MYRIAM SIERRA PEREZ
Gerente
Hospital Tunal (E.S.E)
Carrera 20 N° 47 B – 35 Sur
Teléfono: 7693030 / 7693000
Ciudad.



ASUNTO: Concepto para el pago de la contribución especial del 5% contrato de obra pública cedido.

Cordial saludo Dra. Gladys Sierra:

Con relación a su Oficio radicado en nuestras dependencias bajo el N° 2009ER8437, mediante el cual solicita se efectúe un concepto sobre la procedencia o no del descuento del 5% con destino al Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, a la aseguradora Seguros del Estado, se emite concepto previas las siguientes consideraciones:

ANTECEDENTES

- El Hospital el Tunal Empresa Social del Estado (E.S.E) suscribió el contrato de obra N° 202 de 2006, con la firma A & H DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN LTDA, cuyo objeto era ejecutar la construcción del quinto piso del hospital en mención, de conformidad a los valores contenidos en la propuesta del contratista, del 6 de abril de 2006 y aprobada por el hospital.
- Debido a los reiterados incumplimientos por parte del contratista, el Hospital el Tunal (E.S.E), procedió a declarar la caducidad administrativa del contrato y la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, amparada por la póliza de cumplimiento N° 06361060, expedida por Seguros del Estado compañía aseguradora garante.
- Al no existir acuerdo en la liquidación que presentó el interventor del contrato al contratista, se procedió a la liquidación unilateral del contrato. Frente al requerimiento por parte del Hospital a Seguros del Estado, mediante comunicación GJ 2591/07 de fecha 1 de noviembre de 2007, la aseguradora informó al hospital su decisión de reconocer el pago por



concepto de indemnización total y definitiva derivada de la afectación de la póliza de seguros de cumplimiento N° 063601060, mediante ejecución y terminación de las obras a cargo de la firma A & H DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN LTDA mediante la contratación de una nueva firma.

- El hospital acepta como pago del siniestro por parte de la Aseguradora, la ejecución y terminación de la obra a través de una firma o ejecutor asignado por ella y aceptado por el hospital, para lo cual suscribieron Acuerdo de Pago.
- Seguros del Estado culminó las obras pendientes, las cuales fueron recibidas a satisfacción por los interventores y se realizó la respectiva liquidación. Atendiendo a lo estipulado en la Ley 1106 de 2006, el hospital efectuó el descuento que corresponde, incluido el tributo del 5% con destino al Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá.
- Seguros del Estado envió la comunicación DIF 3353/08 al Hospital el Tunal, en la que entre otros puntos indica "(...) el pago efectuado no corresponde a la cancelación del saldo del contrato de obra 202 de 2006 garantizado por la póliza expedida por Seguros del Estado S.A, toda vez, que dicho pago, tiene su origen en desembolso de la indemnización derivada del siniestro que afecto la misma, pero no en dinero sino mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1110 del Código de Comercio (...)".

SUSTENTO LEGAL Y CONSIDERACIONES

Para dar mayor claridad al cuestionamiento planteado por el Hospital el Tunal, respecto del pago de la contribución del 5% para el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, es necesario i) Explicar el hecho generador de la contribución, ii) Examinar en el caso concreto su aplicación a la aseguradora.

i) El hecho generador de la contribución del 5%; encuentra sustento normativo en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 que determino:

“Artículo 6°. 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. (...)





ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Secretaría
Hacienda

457

3

Esta contribución sólo se aplicará a las concesiones que se otorguen o suscriban a partir de la fecha de vigencia de la presente ley. (...) (Resaltado fuera de texto)

Sin embargo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3461 del 11 de septiembre de 2007, el cual reglamenta el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, bajo el siguiente tenor:

“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.”

Por tanto, el hecho generador es la suscripción de contratos de obra pública o adiciones, siendo sujeto activo la Nación, Municipio o Distrito con el que se suscriba el contrato de obra pública. El sujeto pasivo o responsable del pago de la contribución es el contratista, ya sea persona natural o jurídica que celebre con entidades de derecho público un contrato de obra pública. Además en la Ley se establecen nuevas tarifas del 2.5 por mil y del 3% dependiendo de la clase de concesión que se suscriba.

El Estatuto de Contratación de la Administración Pública, se entienden como 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.

En los contratos de obra pública a nivel jurisprudencial se ha entendido que “*la suscripción del contrato entendiéndose el término de suscripción en su sentido natural y obvio, como la acción de firmar un documento. Además, como en los términos del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos con el Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo, sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito*”¹

Por tanto, al causarse el hecho generador de la contribución del 5% al momento de la suscripción del contrato de obra pública, es determinante precisar la manera como debe aplicarse la retención de la mencionada contribución así como su periodicidad, la Dirección

¹ Concejo de estado seccion 4 mp Ortiz Barbosa María Ines, septiembre 22 de 2004



de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, al precisar aspectos relativos a la mencionada contribución, ha expresado² lo siguiente:

*“...Es de observar que, dada la forma en que la ley impone la obligación de **practicar retención** de la contribución, ésta se causa **sobre cada pago**, sea de **anticipos o de cuotas de cancelación** que se hagan al contratista, sin que sea legítimo decir que es el respectivo contrato el que, en sí considerado, está o no gravado...”*(Negrillas fuera de texto)

Acorde con lo anterior se puede afirmar que no se trata de un pago sujeto a un período determinado, sino que se trata de un tributo que se configura simultáneamente con el pago o abono de cuenta de los valores ordenados como pago respecto de los contratos que generan la contribución materia de análisis.

ii) Aplicación de la contribución a la aseguradora.

Se hace necesario observar que en la cláusula 10 de la Póliza N° 063601060, se encuentra:

“10. CESIÓN DEL CONTRATO

Si por el incumplimiento del contratista SEGURO ESTADO resolviera continuar con la ejecución del contrato y la **entidad estatal contratante estuviese de acuerdo con ello, el contratista acepta desde ahora la cesión del contrato a favor de SEGURESTADO**” (Resaltado fuera de texto)

Lo anterior, implica que Seguros del Estado tiene una doble calidad, *“en primer lugar mediante los contratos de seguro se puede obtener el cumplimiento del contrato asegurado, pudiendo en caso de incumplimiento del tomador del seguro, continuar la sociedad aseguradora con la ejecución del contrato, o entrar a indemnizar los perjuicios a la entidad oficial aseguradora por causa del incumplimiento del contratista (...)”*³ (Resaltado fuera de texto)

Por ende, al momento que la aseguradora decide continuar con la ejecución del contrato y cumplir así con las obligaciones que el contratista no atendió, se esta frente a una cesión del contrato de obra pública, en el cual se transfiere o enajena los derechos y obligaciones que tenía el contratista a la aseguradora Seguros del Estado frente al Hospital el Tunal.

Lo cual implica que la aseguradora al entrar a subrogar en todos los derechos y obligaciones del contratista adquiere esta calidad y por tanto debe pagar la contribución del 5% por ser una obligación que se causa al momento de suscribir el contrato de obra pública.

² Concepto 7304 del 1 de noviembre de 2000

³ PARRA, Gutiérrez William, “Los Contratos Estatales”, Ed. Librería del Profesional 1998, pág. 116.





CONCLUSION

Teniendo en cuenta el anterior análisis se emite el siguiente concepto, no sin antes aclarar que la competencia para pronunciarse con relación a impuestos nacionales, como en el caso que nos ocupa, es de la DIAN.

La causación de la contribución se produce por la sola suscripción del contrato de obra pública, máxime cuando ninguna de las modalidades fue exencionada por el legislador. Ahora bien, habiendo operado la cesión del contrato de obra pública a favor de la aseguradora Seguros del Estado, esta debe responder por el monto a cancelar por concepto de la contribución especial del 5%, ya que el cesionario se subroga en todos los derechos y obligaciones que tenía el cedente.

En los anteriores términos se rinde el concepto solicitado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Atentamente,

ORIGINAL FIRMADO POR
Virginia Torres de Cristancho

VIRGINIA TORRES DE CRISTANCHO
Directora Jurídica

Proyectó: LYOA
Revisó: FOS
Aprobó: VTC
Rad.:2009ER8437

