

450

Bogotá, D.C.,

PARA: **OSCAR YESID RAMOS CALDERON**
Alcalde Local de Chapinero

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Respuesta Solicitud de Concepto Memorando N° Radicado 20225220004903

Respetado Alcalde,

En respuesta a la solicitud del asunto, procede esta Dirección a pronunciarse en los siguientes términos:

1. MARCO JURÍDICO PREVIO

Conforme con lo dispuesto en el literal m) del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, cuyo tenor literal indica:

“Artículo 25 Dirección de Contratación. Corresponde Dirección de Contratación (sic) el ejercicio de las siguientes funciones:

m. Atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia”

Revisado el contenido de la anterior disposición, es claro que, a partir de la vigencia del citado Decreto, surge la obligación de la Dirección de Contratación, como dependencia adscrita a la Subsecretaría de Gestión Institucional de la Secretaría Distrital de Gobierno, de emitir concepto sobre los diferentes asuntos contractuales no sólo de la Secretaría, sino también de la gestión contractual de Fondos de Desarrollo Local. Sin embargo, si bien, las disposiciones normativas posibilitan el seguimiento y control de las actuaciones circunscritas a la gestión contractual de la Secretaría y los citados Fondos, la misma no debe sobrepasar los límites funcionales, las competencias y por ende las responsabilidades propias de los Alcaldes Locales como ordenadores de gasto de los recursos asignados a los Fondos de Desarrollo Local, a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 40 del Decreto 1421 de 1993, artículo 1 del Decreto 460 de 1993 y lo consagrado en el Decreto 768 de 2019.

En tal sentido, la Dirección de Contratación de la Secretaría Distrital de Gobierno no es competente para pronunciarse sobre la actividad contractual particular de los Fondos de Desarrollo Local, que a través de los Alcaldes Locales como autoridades delegatarias ordenan el gasto y asumen las responsabilidades propias de las decisiones que toman para la correcta ejecución de su gestión contractual.

2. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS

Reviste especial relevancia, recalcar la disposición contenida en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establece: *“Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”*

En tal sentido, la doctrina administrativa en Colombia frente a los conceptos ha enseñado que estos *“no obligan a la administración (...) No son actos administrativos, en la medida que no adoptan decisiones, ni están llamados a producir efectos jurídicos”*¹. Por su parte, el profesor Gustavo Penagos, profundizó así *“los conceptos que emitan las autoridades (...) ni comprometen la responsabilidad de la entidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución, simplemente, por tratarse de meros conceptos, que no contienen decisiones, sino pareceres o criterios de la respectiva entidad”*². El mismo autor indica que en virtud del párrafo del artículo 57 del Decreto 2117 de 1992, solamente se pueden considerar obligatorios los conceptos emitidos por la DIAN, mediante su Subdirección Jurídica, y su desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria.

Por otro lado, existe importante jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, a saber *“De la formulación de consultas escritas o verbales las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y en relación con las respuestas, establecen que ellas no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. Mediante los conceptos se absuelven consultas tanto de funcionarios como de particulares formuladas en procura de conocer, desde el punto de vista jurídico, criterios y opiniones acerca del problema consultado...”* (Sección Primera, Auto mayo 6 de 1994, M.P. Yesid Rojas Serrano).

En igual sentido mediante sentencia de la Sección Segunda del 06 de febrero de 1997 radicado 7736, se sostuvo que los conceptos jurídicos *“no contienen una decisión capaz de crear, modificar, ni extinguir situación jurídica de ninguna índole, ya sea de carácter general o particular”*. Y otra jurisprudencia de la misma Alta Corporación fue enfática en señalar que *“Fácilmente se advierte que la simple opinión de un funcionario en un caso particular, no tiene virtualidad alguna de obligatoriedad”*³

En este orden de ideas, es preciso concluir que, aunque por expresa disposición normativa e imperativo jurisprudencial, a la Dirección de Contratación le ha sido asignada la función de atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia, los mismos no obligan tal como se ha argumentado con suficiencia.

3. CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

En primera instancia, se cita la consulta del FDL de Chapinero, en los siguientes términos:

(...)

¹ Jaime Orlando Santofimio, Tratado De Derecho Administrativo Tomo II pág. 196 y ss

² Gustavo Penagos, El Acto Administrativo, Tomo I pág. 228 y ss,

³ Consejo de Estado. Sección Cuarta, Auto Diciembre 13 de 1976.

1. ¿Hay la posibilidad de qué, en los contratos de prestación de servicios con personas jurídicas, la facturación de los bienes y servicios prestados se haga de forma detallada? Por ejemplo: El objeto contractual reza “Prestar los servicios logísticos para el fortalecimiento organizacional del FDLCH” esto implica la prestación y suministro de bienes y servicios que en algunos casos que son exentos de IVA como son los casos de transporte especial de pasajeros, alimentos entre otros.?
2. En los casos de los pagos de estímulos artísticos, culturales, deportivos, agricultura o participación que son incentivos que se entregan mediante bonos o efectivo a la comunidad. En estos casos, ¿es posible incluir notas aclaratorias en los documentos de Estudios Previos que son rubros que se encuentran exentos de IVA y que le son aplicables las retenciones a las que haya lugar?
3. Para la ejecución de algunos de los proyectos de inversión, planteamos el desarrollo de iniciativas ciudadanas mediante propuestas de intervención a las problemáticas que se presentan en las comunidades y que se promueven con recursos del FDLCH. ¿La Facturación de estos recursos se puede realizar de forma discriminada, aplicando las cargas impositivas de cada uno de los bienes y servicios que se deriven del proceso de formulación de las iniciativas ciudadanas promovidas y aprobadas a desarrollar por parte del FDLCH? (...)

4. RESPUESTA A LA CONSULTA REALIZADA BAJO EL CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

Una vez descritos los argumentos esbozados por el consultante y transcritos parcialmente, dispone este despacho a darle respuesta a su solicitud:

4.1. Análisis Normativo y Consideraciones Jurídicas

1. El (I.V.A) en la Contratación Estatal

El impuesto al valor agregado – IVA – es un tributo que se deduce a partir de los precios que los consumidores pagan por los bienes y servicios. Este gravamen tiene carácter nacional y naturaleza indirecta. En Colombia, por regla general, el IVA se aplica en todos los momentos del ciclo económico, tales como la producción, distribución, comercialización e importación.

Al respecto la DIAN mediante *Concepto N° 0003 Unificado del Impuesto sobre las Ventas*,⁴ menciona lo siguiente:

(...) “1.5. CARACTERÍSTICAS DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

El Impuesto sobre las ventas es un impuesto del orden nacional, indirecto, de naturaleza real, de causación instantánea, y de régimen general.

- Es impuesto, por consistir en una obligación pecuniaria que debe sufragar el sujeto pasivo sin ninguna contraprestación. - Es del orden nacional porque su ámbito de aplicación lo constituye todo el territorio nacional y el titular de la deuda tributaria es la nación.
- Es indirecto porque entre el contribuyente, entendido como quien efectivamente asume la carga económica del impuesto y la nación

⁴ Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Concepto No. 0003 22 de Julio de 2003.

como sujeto activo, acreedor de la obligación tributaria, media un intermediario denominado responsable. Jurídicamente quien asume la responsabilidad del impuesto frente al Estado no es el sujeto pasivo económico sino el responsable que por disposición legal recauda el gravamen. - Es de naturaleza real por cuanto afecta o recae sobre bienes y servicios, sin consideración alguna a la calidad de las personas que intervienen en la operación. - Es un impuesto de causación instantánea porque el hecho generador del impuesto tiene ocurrencia en un instante o momento preciso, aunque para una adecuada administración la declaración se presenta en periodos bimestrales.” (...)

Teniendo en cuenta lo anterior, los contratos suscritos con las entidades públicas no son la excepción y por lo tanto están sometidos al IVA, siempre que en su ejecución se configure alguno de los hechos generadores previstos en el artículo 420 del estatuto tributario (E.T.)⁵

Es así, que el artículo 78 de la Ley 633 del 2000⁶, señala:

“Contratos celebrados con entidades públicas. El régimen del impuesto sobre las ventas aplicable a los contratos celebrados con entidades públicas o estatales, para todos los efectos será el vigente a la fecha de la resolución o acto de adjudicación del respectivo contrato. Si tales contratos son modificados o prorrogados, a partir de la fecha de su modificación o prórroga se empezarán a aplicar las disposiciones vigentes para tal momento.»

Como se observa, la disposición en forma clara indica que en contratos celebrados con entidades públicas y «para todos los efectos «el régimen impositivo en materia de ventas es el vigente a la fecha de la resolución o acto de adjudicación del respectivo contrato, sin que tal efecto se encuentre condicionado a la modalidad empleada en su ejecución, es decir de tracto sucesivo o de ejecución inmediata.»

(Subrayado fuera de texto)

Lo anterior preceptúa que, para todos los efectos en los contratos con entidades estatales, el IVA es aplicable a todos los contratos estatales y para sus efectos, será el vigente en la fecha de la resolución o acto de adjudicación del respectivo contrato. Cuando esos contratos sean modificados o prorrogados a partir de tal fecha se aplicarán las disposiciones vigentes para tal momento.

2. Responsables del IVA en la contratación

Al ejecutar un contrato con entidades públicas, las personas naturales o jurídicas que actúan como contratistas revisten la calidad de responsables. En la venta de bienes gravados a las entidades públicas, son responsables los comerciantes y quienes sin poseer tal carácter ejecuten habitualmente actos similares a estos (E.T., art. 437, lit. a)⁷. Si se trata de la prestación de un servicio, son responsables quienes presten el servicio gravado).

⁵ ARTICULO 420. HECHOS SOBRE LOS QUE RECAE EL IMPUESTO. <Artículo modificado por el artículo 173 de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> El impuesto a las ventas se aplicará sobre: (...)

⁶ LEY 633 DE 2000 “Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial.”

⁷ ARTICULO 437. LOS COMERCIANTES Y QUIENES REALICEN ACTOS SIMILARES A LOS DE ELLOS Y LOS IMPORTADORES SON SUJETOS PASIVOS. Son responsables del impuesto: a. En las ventas, los comerciantes, cualquiera que sea la fase de los ciclos de producción y distribución en la que actúen y quienes, sin poseer tal carácter, ejecuten habitualmente actos similares a los de aquellos. (...)

La doctrina de la DIAN ha dicho que las entidades públicas también pueden ser responsables del IVA cuando vendan bienes o presten servicios gravados en desarrollo de su objeto social público, pudiendo ser también mediante contratos o transacciones soportadas con facturas o documentos equivalentes (E.T., arts. 615 y ss.)⁸.

Entonces, de acuerdo a las normas mencionadas, la denominación del tipo de contrato no afecta la ocurrencia del hecho generador del IVA o de la retención en la fuente por este tributo o por otros impuestos como el de renta, ni la responsabilidad de los adquirentes de bienes y servicios por el pago del tributo en el caso del impuesto sobre las ventas.

Por tanto, las obligaciones relacionadas con la expedición de facturas y la de exigir las mismas para los adquirentes deben cumplirse por tratarse de obligaciones legales que no pueden eximirse para ninguna de las partes intervinientes en las operaciones económicas que son objeto del gravamen sobre las ventas.

De acuerdo con las consideraciones normativas, esta Dirección dará respuesta a los interrogantes planteados por el FDL de Chapinero:

1. ¿Hay la posibilidad de qué, en los contratos de prestación de servicios con personas jurídicas, la facturación de los bienes y servicios prestados se haga de forma detallada? Por ejemplo: El objeto contractual reza “Prestar los servicios logísticos para el fortalecimiento organizacional del FDLCH” esto implica la prestación y suministro de bienes y servicios que en algunos casos que son exentos de IVA como son los casos de transporte especial de pasajeros, alimentos entre otros.?

En el entendido que la facturación debe realizarse de acuerdo con el objeto contractual, se debe destacar que en todos los eventos de suministro de bienes o servicios, ya sea en forma directa o por intermedio de terceros existe la obligación de facturar y en los comprobantes de pago de los adquirentes debe discriminarse con precisión los valores que corresponde a los impuestos liquidados y facturados por parte de quien vende los bienes o presta los servicios gravados con el impuesto sobre las ventas, independientemente de su calidad de contribuyentes o no de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

2. En los casos de los pagos de estímulos artísticos, culturales, deportivos, agricultura o participación que son incentivos que se entregan mediante bonos o efectivo a la comunidad. En estos casos, ¿es posible incluir notas aclaratorias en los documentos de Estudios Previos que son rubros que se encuentran exentos de IVA y que le son aplicables las retenciones a las que haya lugar?

Principio de Planeación y determinación del valor del futuro contrato

Frente al principio de planeación contractual, encontramos la siguiente definición⁹:

⁸ ARTICULO 615. OBLIGACIÓN DE EXPEDIR FACTURA. Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales

⁹ Suarez Beltrán, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público, Legis, 1ra Ed., 2014 p.1

“La planeación contractual es una herramienta de gerencia pública que exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos de manera cuidadosa y responsable, para identificar y determinar la necesidad que pretende satisfacer y cuál es la mejor manera que tiene para hacerlo, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y cuáles son sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, etc.; que conlleven a una diligente escogencia de la mejor oferta para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las entidades estatales.”

En relación con lo mencionado y en cuanto a la determinación del precio y en virtud del principio de economía, el inicio de un proceso de contratación requiere de unos estudios previos que permitan estructurar, concretar y viabilizar los *aspectos esenciales* del futuro contrato, dentro de los cuales se encuentran su objeto y su valor estimado, entre otros elementos.

Estos aspectos esenciales de los estudios previos que sirven de soporte para elaborar el proyecto de pliegos y el contrato, están detallados en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, norma que exige que se estime el costo que implica la celebración del contrato, de la siguiente manera:

(...) 4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración. (...)

Igualmente, la determinación del valor estimado del contrato en los estudios previos se sirve de la labor de estudio del mercado y el análisis del sector económico y de los oferentes, actividad de planeación previa que sirve para identificar aspectos concretos del mercado que pueden afectar el proceso de selección o las condiciones del negocio a realizar a través del proceso de contratación bienes, obras o servicios. Además, dicho análisis facilita el conocimiento del sector, desde las perspectivas legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de riesgo, según al que pertenezcan bienes, obras, servicios y proveedores disponibles en el mercado para satisfacer la necesidad de la entidad contratante.

Del tema el Consejo de Estado¹⁰ menciona lo siguiente:

“Las anteriores consideraciones permiten afirmar que la planeación contractual es un deber de la entidad contratante, indispensable para adelantar cualquier proceso de selección, y se materializa con la elaboración de los estudios y los análisis previos que deben ser suficientes, serios y completos, dirigidos a determinar los aspectos más relevantes del contrato y su objeto, como son: i) la necesidad a satisfacer, ii) las características de los bienes, servicios u obras que la satisfagan y iii) “los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato” y iv) la disponibilidad suficiente de recursos para atender el gasto público derivado del pago de la

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Rad. 1991-07664(14.287)

contraprestación que serán responsabilidad de la entidad contratante.”

Por lo anterior, la entidad frente al valor del contrato podrá dar claridad cuales bienes o servicios están exentos de IVA, de conformidad con las normas tributarias vigentes.

“3. Para la ejecución de algunos de los proyectos de inversión, planteamos el desarrollo de iniciativas ciudadanas mediante propuestas de intervención a las problemáticas que se presentan en las comunidades y que se promueven con recursos del FDLCH. ¿La Facturación de estos recursos se puede realizar de forma discriminada, aplicando las cargas impositivas de cada uno de los bienes y servicios que se deriven del proceso de formulación de las iniciativas ciudadanas promovidas y aprobadas a desarrollar por parte del FDLCH?”

Como lo hemos mencionado, en términos generales se debe destacar que, en todos los eventos de suministro de bienes o servicios, ya sea en forma directa o por intermedio de terceros, existe la obligación de facturar y en los comprobantes de pago de los adquirentes debe discriminarse con precisión los valores que corresponde a los impuestos liquidados y facturados por parte de quien vende los bienes o presta los servicios gravados con el impuesto sobre las ventas.

Sobre este asunto, la DIAN mediante oficio No. 0004381 de 2020 establece:

“La obligación de emitir factura o documento equivalente opera para las operaciones de venta prestación servicios, así lo disponen los artículos 615 y 616-1 del Estatuto Tributario. Existiendo como excepciones legales para el cumplimiento de este deber, las dispuestas en el artículo 616-2 ibídem, en el cual se expresan las operaciones que no requieren la expedición de factura (...)”.

(Subrayado fuera de texto)

Así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 616-2¹¹ del Estatuto Tributario y el 1.6.1.4.3 del Decreto 1625 de 2016¹², dentro de los sujetos no obligados a facturar se encuentran: *“Las personas naturales de que tratan los parágrafos 3º y 5º del artículo 437 del Estatuto Tributario, siempre que cumplan la totalidad de las condiciones establecidas en la citada disposición, como no responsable del impuesto sobre las ventas (IVA)”*.

En consecuencia, el FDL de Chapinero deberá tener en cuenta que, tratándose de personas naturales no responsables del impuesto sobre las ventas -IVA, las mismas aun cuando vendan bienes o presten servicios, no serán consideradas obligados a expedir factura de venta o documento equivalente.

En los términos anteriores se emite el presente concepto, tomando como base la información que fue remitida electrónicamente a la Dirección de Contratación, y para la toma de decisiones exclusivamente de la órbita de las competencias de la Alcaldía Local, y es su responsabilidad acoger el contenido del presente concepto de forma

¹¹ ARTICULO 616-2. CASOS EN LOS CUALES NO SE REQUIERE LA EXPEDICIÓN DE FACTURA. Texto sustituido según el artículo 20 de la Ley 2010 de 2019 (...) No se requerirá la expedición de factura en las operaciones realizadas por bancos, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda y las compañías de financiamiento comercial. Tampoco existirá esta obligación en las ventas efectuadas por los responsables del régimen simplificado, y en los demás casos que señale el Gobierno Nacional.

¹² ARTÍCULO 1.6.1.4.3. Sujetos no obligados a expedir factura de venta y/o documento equivalente. Los siguientes sujetos no se encuentran obligados a expedir factura de venta y/o documento equivalente en sus operaciones: (...)

total, parcial o negativamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esperamos de esta forma haber dado respuesta a la solicitud no sin antes señalarle que, cualquier otra inquietud sobre el particular con gusto estaremos dispuestos a atenderla.

Cordialmente,



MAURICIO GONZÁLEZ BARRERO

Director de Contratación

mauricio.gonzalez@gobiernobogota.gov.co

Elaboró: John Alexander Chalarca Gómez – Abogado Dirección de Contratación

