



MEMORANDO

Bogotá, D.C.

PARA: ANGELA VIANNEY ORTIZ ROLDAN
Alcaldesa Local de Engativá

DE: DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN

ASUNTO: Respuesta a solicitud de concepto jurídico, el cual se radicó bajo el No. 20176020003773 del 02 de marzo de 2017.

En atención al memorando radicado bajo el número del asunto, y en cumplimiento de la Directiva 012 de noviembre 11 de 2016, suscrita entre el Alcalde Mayor de Bogotá y el Secretario Distrital de Gobierno, una vez efectuada la revisión de la solicitud de concepto jurídico, esta Dirección se pronuncia en los siguientes términos;

I. RESPECTO A LA CUESTIÓN PLANTEADA

A través del oficio de la referencia la Alcaldía Local de Engativá solicitó la emisión de concepto jurídico, especialmente en lo que se refiere al alcance de la aplicación de la excepción establecidas en el artículo 192 de la Ley 1819 de 2016, en cuanto a los contratos estatales suscritos en la vigencia 2016 y si dicha excepción también es aplicable a los insumos requeridos para la ejecución de aquellas actividades constructivas.

Para resolver las cuestiones planteadas en la solicitud, aquella entidad puso de presente los siguientes aspectos de tipo fácticos y jurídicos;

- (i) Menciona la solicitud que en diciembre de 2016 fue suscrito el contrato de obra No. 223 de 2016, cuyo objeto consistió en *"realizar las obras de construcción, rehabilitación y/o mantenimiento de la malla vial de la localidad de Engativá"* dentro del cual se contemplaron una serie de insumos requeridos para la ejecución del objeto en comento y,
- (ii) Partiendo de aquella cuestión, señaló el oficio que con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016, el contratista solicitó el ajuste correspondiente, respecto de los insumos de construcción y de esta forma se incrementa en un 3% el valor de los insumos.

Partiendo de los elementos fácticos y jurídicos antes señalados, esta Dirección se pronuncia en los siguientes términos, esto a fin de brindar las respuestas jurídicas que correspondan.



II. RESPECTO AL CASO CONCRETO Y SU DESARROLLO

Sea lo primero señalar que los negocios jurídicos que celebra el Estado poseen un régimen jurídico al cual se encuentran sometidos, tanto en su fase de confección como de ejecución, los cuales proyectan las condiciones de tiempo, modo y lugar en los cuales se realizarán. Así lo entendió el legislador al establecer en el artículo 13 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que los contratos que celebren las entidades se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en aquel Estatuto.

Visto así el régimen jurídico y legal aplicable a los contratos, se tiene que aquellos se regirán por las disposiciones legales que existan al momento de la confección de los diferentes contratos del Estado.

En materia impositiva se tiene que el Congreso de la República en ejercicio de la facultad legislativa que le otorga la Constitución Política de Colombia, modificó uno de los impuestos históricos en nuestro ordenamiento jurídico (Impuesto al Valor Agregado – IVA), especialmente lo que se refiere a la tarifa del mismo. Dicha actividad legislativa se materializó a través de la expedición de la Ley 1819 de 2016.

Aquella disposición normativa amplió la tarifa del impuesto de 16% al 19%, estableciendo de la misma forma un régimen de transición para determinadas actividades y/o compromisos materializados con anterioridad a la expedición de la señalada Ley. En similar cuestión, dispuso la normativa en mención que el impuesto ya señalado empezaría a aplicar a partir del 01 de enero de la presente vigencia fiscal.

No obstante aquella directriz, el régimen adoptado con la expedición de la denominada -Reforma Tributaria Estructural-, dispuso algunas excepciones a la aplicación general y abstracta de la Ley, la cual se materializó en el artículo 192 de aquella disposición y la cual señaló lo siguiente:

"Artículo 192. CONTRATOS CELEBRADOS CON ENTIDADES PÚBLICAS. La tarifa del impuesto sobre las ventas aplicable a los contratos celebrados con entidades públicas o estatales, será la vigente en la fecha de la resolución o acto de adjudicación, o suscripción del respectivo contrato.

Si tales contratos son adicionados, a dicha adición le son aplicables las disposiciones vigentes al momento de la celebración de dicha adición". (Cursiva, negrilla y subrayado por fuera del texto original)

De la disposición antes señalada resulta ser absolutamente claro que los contratos estatales suscritos al amparo de vigencias anteriores, conservarán las disposiciones impositivas que regularon la celebración de aquel acto jurídico bilateral, siendo entendible bajo esta óptica que el Impuesto al Valor Agregado en estos contratos del Estado, continuarán siendo del 16%, salvo la excepción que contiene la misma disposición normativa en lo atinente a las adiciones de aquellos contratos.



Aquella interpretación efectuada por esta Dirección encuentra sustento interpretativo además en el concepto No. 001489 del 30 de enero de 2017, proferido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, la cual al analizar esta disposición legal mencionó lo siguiente:

"(...)

4).- CONTRATOS CELEBRADOS CON ENTIDADES PÚBLICAS:

Para efectos tributarios en la aplicación del impuesto a las ventas en los contratos celebrados con entidades públicas o estatales del orden nacional o territorial antes del 1 de enero de 2017, se deben tener en cuenta, dos situaciones que contienen los artículos 192 y 193 de la Ley 1819 de 2016:

1).- El artículo 192 de la Ley 1819 de 2016, lo que mantiene estable y es aplicable a los contratos celebrados con entidades públicas o estatales, es la tarifa del IVA vigente a la fecha de la resolución o acto de adjudicación, o suscripción del respectivo contrato, salvo en caso de adición de éste relacionada con un mayor valor del contrato, ya sea por efecto de alguna modificación o prórroga, en cuyo caso le será aplicable la tarifa vigente al momento de la celebración de dicha adición.

Por ejemplo, si cuando se suscribió el contrato estatal en diciembre de 2016 la tarifa del IVA por compra y suministro de bienes era del 16%, y el 31 de enero se suscribe una adición por un mayor valor de suministros, la nueva tarifa aplicable a la adición del contrato será del 19%, entre otros casos.

2).- En tanto que el artículo 193 de la Ley 1819 de 2016, hace referencia es a los contratos de construcción e interentorrias derivadas de los contratos de concesión de infraestructura de transporte suscritos por las entidades públicas o estatales, caso en el cual lo que se mantiene estable es el régimen del impuesto sobre las ventas que se encontraba vigente al momento de la suscripción del respectivo contrato, salvo que se dé una adición al contrato ya sea por efecto de alguna modificación o prórroga, caso en el cual al monto adicionado le será aplicable el régimen del impuesto sobre las ventas que se encuentre vigente al momento de la celebración de dicha adición.

Por ejemplo: si un contratista cuando se suscribió el contrato estatal de construcción derivado de un contrato de concesión de infraestructura de transporte, pertenecía a un régimen del impuesto a las ventas, pero en el desarrollo del mismo han cambiado las condiciones y demás requisitos del régimen este se mantiene, pero, si en el transcurso de su ejecución hay lugar a una adición que conlleva a un mayor valor del contrato generado por modificación o prórroga, se hará efectivo dicho cambio de régimen en el momento de la adición del respectivo contrato, aplicando las normas del IVA que se encuentran vigentes.

Como se observa, cada artículo cumple una finalidad diferente dentro del marco del Impuesto a las Ventas.

Los contratos celebrados con entidades públicas o estatales, que no estén dentro de los supuestos de los artículos 192 y 193 de la Ley 1819 de 2016 ya explicados, cualquier modificación consagrada en la Ley 1819 de 2016 entrará a ser aplicada a partir de la entrada en vigencia de la mencionada ley.



Respecto a las importaciones, la tarifa de impuesto sobre las ventas a aplicar en la importación de bienes para el cumplimiento de los contratos estatales celebrados por proveedores del exterior directamente con entidades públicas o del Estado es la vigente al momento de la resolución o acto de adjudicación, o suscripción del respectivo contrato.

En caso de que el contratista del Estado tenga que cancelar un mayor IVA a los proveedores de bienes nacionales y/o extranjeros o servicios por el suministro o la prestación de éstos, es una situación que debe resolverse desde el punto de vista contractual.." (Cursiva, negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Como se puede apreciar de lo descrito por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, el régimen aplicable en materia impositiva a los contratos estatales suscritos o adjudicados antes del 01 de enero de la presente vigencia fiscal, específicamente en lo que se refiere al tratamiento del Impuesto al Valor Agregado – IVA, será el existente en nuestro ordenamiento jurídico al momento de confeccionar el negocio jurídico estatal. Con lo anterior, resulta totalmente admisible que todo contrato estatal celebrado previamente a la entrada en vigencia de la denominada "Reforma Tributaria Estructural", seguirá ejecutándose ceñido a la tarifa del 16% de IVA. A menos que el mismo sea objeto de adición, entendiéndolo la misma como el incremento del valor inicialmente pactado en el contrato y que se efectuó en la presente vigencia fiscal.

No obstante la anterior consideración, es importante señalar que la normativa no hace mención, precisión o regulación sobre el tema de los subcontratistas o personas contratadas para la adquisición de bienes y servicios por parte de los contratistas del Estado, por lo cual esta Dirección procederá abordar esta temática, tal como se pasará a exponer a continuación.

Sea lo primero señalar que aquella relación negocial se encuentra sometida al ordenamiento jurídico aplicable entre particulares, esto es, la regulación contenida en el Código Civil o Código de Comercio Colombiano, según corresponda, siendo ese el marco normativo sobre el cual se debe resolver la cuestión elevada como consulta a esta Dirección.

Ahora bien, la relación entre el contratista del Estado y sus proveedores y/o contratistas se encuentra sometida al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, lo cual implica que unos y otros de estos partícipes de aquellos negocios jurídicos asumen las cargas de orden público como lo es las regulaciones en materia tributaria. En consecuencia, desde la entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016, en nuestro criterio, deberá facturarse con la nueva tarifa de IVA (19%).

De este modo, el colaborador de la administración debe asumir el subcontrato celebrado, distando el tipo de relación que mantiene por un lado con la entidad estatal, sometido al régimen establecido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por otro, con el subcontratista

¹ <http://www.dian.gov.co/dian/13162ocmrina.nsf/nc6b2064724e74960525700e00677f63/14caf15ce2a49c2e052580e00076a385?OpenDocument>
Fecha de consulta: 09 de mayo de 2017.



particular (contrato sometido a las normas de derecho privado), la cual es netamente una relación privada, permitida por el contrato principal, pero la cual en ningún momento puede considerarse accesoria al contrato celebrado con la entidad estatal.

De esta manera está a cargo del contratista del Estado, determinar la forma de cumplir con las obligaciones contractuales contraídas, tanto con la entidad pública contratante, como con el tercero subcontratado por ella para ejecutar en todo o en parte el objeto del contrato estatal, no siendo en principio de resorte de la Alcaldía Local de Engativá entrar a analizar esta situación.

Adicionalmente a lo anterior, considera esta Dirección que es importante que la Alcaldía Local de Engativá, proceda a efectuar la revisión de los estudios previos, especialmente lo relacionado con los riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación de los mismos, los cuales deberán estar en la matriz de riesgos elaborada por la entidad al momento de materializar el principio de planeación. Lo anterior con el fin de que se pueda evidenciar si la ocurrencia de esta situación estuvo tipificada, valorada y distribuida.

III. CONCLUSIÓN

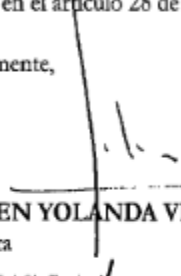
Presentado el desarrollo conceptual y legal en lo relativo a la solicitud de concepto, esta Dirección presenta las siguientes consideraciones a modo de conclusión:

1. En consonancia con lo descrito por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, el régimen aplicable en materia impositiva a los contratos estatales suscritos o adjudicados antes del 01 de enero de la presente vigencia fiscal, específicamente en lo que se refiere al tratamiento del Impuesto al Valor Agregado – IVA., será el existente en nuestro ordenamiento jurídico al momento de confeccionar el negocio jurídico estatal.
2. Con lo anterior, resulta totalmente admisible que todo contrato estatal celebrado previamente a la entrada en vigencia de la denominada “*Reforma Tributaria Estructural*”, seguirá ejecutándose ceñido a la tarifa del 16% de Impuesto al Valor Agregado - IVA. A menos que el mismo sea objeto de adición, entendiéndolo la misma como el incremento del valor inicialmente pactado en el contrato.
3. En lo que respecta a la relación entre el contratista del Estado y sus proveedores y/o contratistas se encuentra que la misma está sometida al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, lo cual implica que unos y otros de estos participantes de aquellos negocios jurídicos asumen las cargas de orden público como lo es las regulaciones en materia tributaria. En consecuencia, desde la entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016, en nuestro criterio, deberá facturarse con la nueva tarifa de IVA (19%).
4. Por lo anterior no resulta viable jurídicamente que la Alcaldía Local de Engativá resuelva de forma favorable la solicitud elevada por el contratista bajo la interpretación normativa y las precisiones legales señaladas por la Ley 1819 de 2016.



Finalmente esta Dirección hace la salvedad de que es responsabilidad de la Alcaldesa Local de Engativá, como representante legal del Fondo de Desarrollo Local, acorde a la facultad delegada por el artículo 8° del Decreto Distrital 101 de 2010, adelantar el trámite objeto de estas recomendaciones, acogiendo las mismas de forma total, parcial o negativamente, siendo además norma aplicable a este trámite lo descrito en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley 1755 de 2015. 4

Cordialmente,


CÁRMEN YOLANDA VILLABONA
Directora

Propio: John Páez Silva Tercero 4

Con copia: Dra. Diana del Pilar Morales Ponceañes
Directora para la Gestión del Desarrollo Local - Secretaría Distrital de Gobierno.