

Bogotá D.C., Octubre 22 de 2014

31/2



Fecha 23/10/2014 10:32:28 Us Rad. LACANON
Asunto : SOLICITUD CONCEPTO JURIDICO
Destino : / Rem CIU GABRIEL GONZALEZGUTIERREZ
www.orfeoopl.org - Sistema de Gestión

Rad No 2014-233-005772-2

Doctor
CESAR MAURICIO RODRIGUEZ AYALA
Director Oficina Jurídica
Auditoría General de la República
Avenida la Esperanza entre carreras 62 y 64
Edificio Gran Estación II, piso 10 Costado Occidental
Bogotá D.C.

SIA-Atc: 2014000783

Ref.- SOLICITUD CONCEPTO JURIDICO RESPECTO AL HECHO GENERADOR DEL DAÑO AL PATRIMONIO PUBLICO, POR OMISION EN LA RETENCION DEL IMPUESTO CONSAGRADO EN EL ARTICULO 6º DE LA LEY 1106 DE 2006 Y CONTABILIZACION DEL TERMINO DE CADUCIDAD PREVISTO EN EL ARTICULO 9º DE LA LEY 610 DE 2000.

Respetado Doctor:

De manera respetuosa y en ejercicio del derecho de petición de consulta, solicito a usted **CONCEPTO JURIDICO** en relación a:

- 1.- Cual es el HECHO GENERADOR DEL DAÑO AL PATRIMONIO PUBLICO, POR OMISION EN LA RETENCION DEL IMPUESTO CONSAGRADO EN EL ARTICULO 6º DE LA LEY 1106 DE 2006?
- 2.- Como se contabiliza el término de caducidad previsto en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000, cuando el daño al patrimonio público se origina en la OMISION EN LA RETENCION DEL IMPUESTO CONSAGRADO EN EL ARTICULO 6º DE LA LEY 1106 DE 2006?.
- 3.- Dado que la Ley es la que le asigna a las entidades públicas, la función de recaudo (agentes retenedores), al momento de girar el valor del anticipo, si lo hubiere, y de cada cuenta que cancele al contratista, es el acto omisivo al no retener el porcentaje del tributo denominado impuesto de guerra (5%), el que estructura el hecho generador del daño determinante para establecer el término de caducidad para el ejercicio de la Acción Fiscal (artículo 9º de la Ley 610 de 2000), es decir, debemos recurrir a la fecha en que se desembolsa el anticipo y cada cuenta que se cancela al contratista?
- 4.- O por el contrario, el hecho generador del daño es la fecha de suscripción del contrato de obra?

~~24-10-2014~~
14:42

43

23 OCT 2014

201014
4-451

D. Ochoa

5.- O por el contrario, el hecho generador del daño es el último acto contractual, es decir el recibo de obra o acta de liquidación?

FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DEL CONCEPTO

El inciso primero del artículo 6º de la Ley 1106 de 2006, señala:

"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".

En cuanto a los elementos del tributo, la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia C-930 del 7 de Noviembre de 2007, M.P. Doctor RODRIGO ESCOBAR GIL, al declarar exequible la norma demandada, precisó:

*"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 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".*

Entonces, no existe duda que el **hecho generador del tributo** previsto en el artículo 6º de la Ley 1106 de 2006, 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 nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante"**"

El sujeto activo es : ***La Nación, Departamento o Municipio.***

El sujeto pasivo: ***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.***

Ahora bien, frente a la exigibilidad y cobro del tributo tantas veces mencionado, se tiene que en concepto del **21 de septiembre de 2011 de la Sala de Consulta y Servicio Civil Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA** Radicación numero: 11001-03- 06-000-2011-00035-00(2062), Referencia: Contribución especial de seguridad. Retención por Universidades Públicas, precisó:

"Como se observa, los sujetos pasivos de la contribución son las personas naturales o jurídicas en general; el hecho generador es la suscripción de contratos de obra pública con entidades de derecho público o la adición de los existentes; el sujeto activo es la Nación, Departamento o Municipio según el nivel de la entidad pública contratante, quienes destinarán los recursos a los Fondos de Seguridad (art.122); y la tarifa corresponde al 5% del valor del respectivo contrato o adición o el 2.5 por mil en el caso específico de las concesiones. (...)".

Más adelante agregó:

*"Debe hacerse notar, tal como ha sido desde la concepción original de la contribución, **que las entidades públicas contratantes no son sujetos pasivos de la obligación tributaria, pues solamente actúan como agentes de retención de la misma; la respectiva contribución recae sobre los contratistas de las entidades y éstas solamente retienen el valor que corresponde en cada caso para su traslado a la respectiva entidad territorial en que se encuentren ubicadas**¹, dentro de un principio de colaboración interinstitucional que tiene apoyo directo en el artículo 113 de la Constitución Política". Negritas y resaltos propios. (subrayado fuera de texto).*

Al tenor de los artículos 150 Numeral 12; 200 numeral 1 de la Constitución Política y 142 numeral 14 de la Ley 5 de 1992, las exenciones en materia tributaria, en aplicación de los principios de legalidad y certeza del tributo, son de consagración expresa y taxativa en la ley o la ordenanza o el acuerdo, según el nivel de la carga tributaria y la autorización que emita el legislador en la ley de creación del tributo; por lo que no es posible concluir la existencia de exenciones a los tributos por vía de simple interpretación de la norma. Máxime cuando, es iniciativa privativa del Gobierno la presentación de proyectos de ley

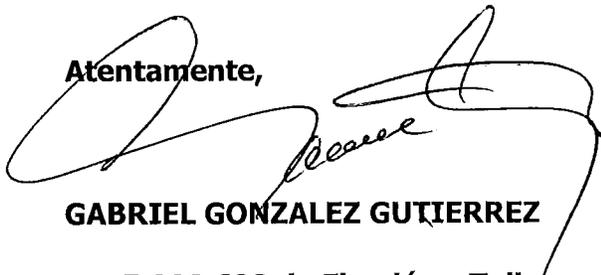
que consagran exenciones sobre impuestos, contribuciones o tasas nacionales, por lo que solo le es dado al Gobierno y al Congreso establecer las exenciones aplicables en relación con la contribución especial por contratos de obra pública”.

Bajo al anterior óptica, se precisó entonces que, el cobro y recaudo del impuesto creado por el artículo 6º de la Ley 1106 de 2006, se encuentra previsto en el artículo 121 de la Ley 418 de 1997, precepto que señala:

"Para los efectos previstos en el artículo anterior, la entidad pública contratante descontará el cinco por ciento (5%) del valor del anticipo, si lo hubiere, y de cada cuenta que cancele al contratista.

El valor retenido por la entidad pública contratante deberá ser consignado inmediatamente en la institución que señale, según sea el caso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público o la entidad territorial correspondiente. Copia del correspondiente recibo de consignación deberá ser remitido por la entidad pública al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Unidad Administrativa de Impuestos y Aduanas Nacionales o la respectiva Secretaría de Hacienda de la entidad territorial, dependiendo de cada caso. Igualmente las entidades contratantes deberán enviar a las entidades anteriormente señaladas, una relación donde conste el nombre del contratista y el objeto y valor de los contratos suscritos en el mes inmediatamente anterior.”

Atentamente,



GABRIEL GONZALEZ GUTIERREZ

c.c. 5.908.609 de Flandés – Tolima

Recibo respuesta: Calle 12C No. 71C-31 apto 204 torre I Bogotá

Correo: gagogu1961@hotmail.com

SIA-ATC
2014000783



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20141100051431
Fecha: 04-12-2014

Bogotá, D.C;

Señor
GABRIEL GONZALEZ GUTIERREZ
Calle 12 C No. 71 C-31 Apto 204 Torre 1
Ciudad.



Ref.: Solicitud concepto jurídico - Radicado No. 2014233 005772-2 de 23 de octubre de 2014.

Respetado Señor:

De conformidad con la solicitud de concepto de la referencia; de manera atenta nos permitimos dar respuesta a comunicación, bajo las siguientes consideraciones:

I. DEL PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER.

Se pretende a través de este escrito, hacer referencia específicamente a aspectos tales como cuando se genera el daño patrimonial público, cual es el hecho generador del daño al patrimonio estatal por omisión en la retención del impuesto consagrado en el artículo 6° de la Ley 1106 de 2006 y cómo se establece el término de caducidad previsto en el artículo 9° de la Ley 610 de 2000 en el caso de la omisión a la retención antes dicha.

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que en virtud de las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, este órgano de control no se pronuncia de forma anticipada sobre toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas y que deban ser resueltas en desarrollo del respectivo proceso, sin perjuicio de las facultades de advertencia que puedan ser emitidas en virtud de lo previsto en el numeral 7 del artículo 5° del Decreto 267 de 2000. Por

04 DIC. 2014

MAN
97/2-14
9130

es procedente la imputación de responsabilidad fiscal por la inactividad de los servidores públicos encargados de ejercer las actuaciones tendientes a realizar el correcto y efectivo recaudo de dichos tributos.

4. DE LA CADUCIDAD DE LA ACCION FISCAL.

En lo que respecta al término de caducidad previsto en el artículo 9° de la Ley 610 de 2000, cuando el daño al patrimonio se origina en la omisión de la retención del impuesto consagrado en el artículo 6° de la ley 1106 de 2006, es importante hacer relación a la caducidad en general en el proceso de responsabilidad fiscal. El citado artículo 9° de la Ley 610 de 2000, a la letra dice lo siguiente:

“Artículo 9°. Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto. La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.”

La Corte Constitucional, ha hecho múltiples pronunciamientos sobre la caducidad de la acción fiscal, expresando lo siguiente:

“El proceso de responsabilidad fiscal tiene, entonces, su origen en la gestión fiscal y, por ello, se refiere a “la conducta de los servidores públicos y de los particulares que están jurídicamente habilitados para administrar y manejar dineros públicos”, sujetos estos llamados a responder cuando “causen por acción u omisión” y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado^[2].”

(...)

Además, el entendimiento que de la figura jurídica de la caducidad tiene la Corte no sería completo si se dejara de destacar que, en forma reiterada, la Corporación la ha diferenciado de la prescripción, al indicar, por ejemplo, que mientras la caducidad es “un límite temporal de orden público que no se puede renunciar y que debe ser declarada por el juez oficiosamente”, la prescripción, en su dimensión liberatoria permite dar “por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo

ha abandonado”, por lo que, tratándose de la prescripción “se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular”^[10].

(...)

La Corte ha apuntado que “ante las ostensibles inconsistencias de contenido” que acusaba la Ley 42 de 1993 y “habida consideración de la necesidad de estipular unas reglas más idóneas sobre la materia, se expidió la Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”^[12], ley que buscó regular “un régimen integral para el trámite del proceso fiscal, incorporando una serie de garantías a favor de los implicados, en correspondencia con el tratamiento jurisprudencial sobre la materia y el respeto por el debido proceso”^[13].

En materia de caducidad de la acción fiscal, la Corte ha advertido que, en la Ley 610 de 2000, el Congreso de la República “siguió el pronunciamiento que en su momento hiciera esta Corporación, en el sentido de que sí existía un término de caducidad para la acción fiscal, e igualmente confirmó el criterio que estableció el momento a partir del cual debía comenzar a contabilizarse el término para que operara la caducidad de la acción fiscal, modificando únicamente el plazo de caducidad de dicha acción, ampliándolo a cinco (5) años”^[14].

Ahora bien, tanto la caducidad como la prescripción “permiten determinar con claridad los límites para el ejercicio de un derecho”^[19] y, tratándose del proceso de responsabilidad fiscal, la Corte ha apuntado que el señalamiento de un término de caducidad “constituye una garantía para la efectividad de los principios constitucionales de la seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general”, idea esta que justificó la aplicación de lo preceptuado en el Código Contencioso Administrativo cuando la ley reguladora del proceso fiscal no contemplaba la caducidad^[20].

Ciertamente, siempre que esté involucrada la gestión fiscal y que se encuentren comprometidos los recursos del erario, se evidencia un interés general, cuya protección se confía al actuar de la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales, llamadas a adelantar las averiguaciones del caso y a determinar si existe mérito para la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal, lo que deben hacer de conformidad con el procedimiento legalmente previsto y dentro de los términos igualmente fijados por el legislador.

La previsión de un término de caducidad cumple el propósito inicial de permitir que las contralorías cuenten con tiempo suficiente para adelantar las actuaciones que les corresponden, ya que, conforme lo ha destacado esta Corporación, antes del auto de apertura, con el cual comienza el proceso de responsabilidad fiscal, tiene lugar una indagación preliminar que, “si bien puede contribuir a la precisión y determinación de los elementos necesarios a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, formalmente no hace parte del mismo”, a tal punto que tal indagación puede concluir en un auto de archivo, hipótesis en la que no existirá proceso de responsabilidad fiscal, pues “su pre-

Carri

sencia se anuncia solo a partir del auto de apertura”, cuya fecha es “el extremo que marca la consolidación quinquenal de la caducidad de la acción fiscal”^[21].

La existencia de un término de caducidad de la acción fiscal pretende, también, asegurar el actuar diligente de las contralorías, pues, pese a que esté involucrado el interés general, no pueden mantener indefinidamente las indagaciones o postergar sin límite temporal alguno la iniciación del proceso fiscal, porque, de lo contrario, “el sistema jurídico se vería abocado a un estado de permanente latencia en donde la incertidumbre e imprecisión que rodearían el quehacer estatal, entorpecería el desarrollo de las funciones públicas”².

Se dispone entonces, que la caducidad es aquella figura que permite determinar con claridad los límites para el ejercicio de la acción fiscal, constituyéndose en una garantía para la efectividad de los principios constitucionales de la seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general, siendo el plazo de la caducidad de la acción fiscal, de cinco (5) años.

Ya en lo que respecta a la caducidad de la acción fiscal cuando el daño al patrimonio se origina en la omisión de la retención del impuesto consagrado en el artículo 6° de la ley 1106 de 2006 y siendo que el hecho generador del daño patrimonial en este caso es la citada omisión de la retención de la contribución, es dable expresar que el plazo de caducidad de cinco (5) años, empieza a contar a partir de la fecha de suscripción del contrato de obra pública o del contrato de adición al valor de aquel o aquellos ya existentes.

Cordialmente,



CESAR MAURICIO RODRIGUEZ AYALA
Director Oficina Jurídica

² Corte Constitucional. Sentencia 836 de 20 de noviembre de 2013. Magistrado Ponente. Doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.