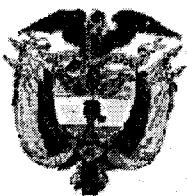


REPÚBLICA DE COLOMBIA**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SISTEMA ORAL**

Yopal – Casanare, Nueve (9) de Diciembre de Dos Mil Trece (2013)

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Contribución Fondo de Seguridad del 5% sobre los
contratos de obra celebrados con entidades de derecho
público.
Demandante: ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INGENIEROS DE
TRANSPORTES Y VÍAS Y PROFESIONALES AFINES-
ACIT CAPITULO CASANARE
Demandado: MUNICIPIO DE YOPAL
Radicación: 85-001-33-33-002-2013-00018-00

Procede este estrado judicial a dictar la sentencia que coloque fin a la instancia en el asunto de la referencia, una vez agotadas todas las etapas contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para este tipo de medio de control, y habida cuenta que los presupuestos procesales normativos están satisfechos.

OBJETO DE LA DEMANDA:

La ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INGENIEROS DE TRANSPORTES Y VÍAS Y PROFESIONALES AFINES-ACIT CAPITULO CASANARE a través de apoderado judicial instaura demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el MUNICIPIO DE YOPAL, solicitando a esta jurisdicción que mediante el proceso contencioso administrativo de rigor se acceda a sus pedimentos que se contraen al reintegro o devolución de la retención efectuada por dicha entidad por concepto de la contribución denominada "Fondo de Seguridad del 5%" aplicada a los convenios de Cooperación Nos. 634, 635 y 636 del 2 de diciembre de 2011.

PRETENSIONES:

Solicita el actor en el libelo de forma textual:

“1° Se declare conforme a las razones fácticas y jurídicas que adelante expondré, que la ASOCIACION COLOMBIANA DE INGENIEROS DE TRANSPORTES Y VIAS Y PROFESIONALES AFINES-ACIT CAPITULO CASANARE, identificada con NIT. 844.004.259-0, respecto del convenio N° 634 de fecha 2 de diciembre de 2011, no tiene la calidad de sujeto pasivo de la contribución Fondo de Seguridad del 5%.

2° Se declare conforme a las razones fácticas y jurídicas que adelante expondré, que la ASOCIACION COLOMBIANA DE INGENIEROS DE TRANSPORTES Y VIAS Y PROFESIONALES AFINES-ACIT CAPITULO CASANARE, identificada con NIT. 844.004.259-0, respecto del convenio N° 635 de fecha 2 de diciembre de 2011, no tiene la calidad de sujeto pasivo de la contribución Fondo de Seguridad del 5%.

3° Se declare conforme a las razones fácticas y jurídicas que adelante expondré, que la ASOCIACION COLOMBIANA DE INGENIEROS DE TRANSPORTES Y VIAS Y PROFESIONALES AFINES-ACIT CAPITULO CASANARE, identificada con NIT. 844.004.259-0, respecto del convenio N° 636 de fecha 2 de diciembre de 2011, no tiene la calidad de sujeto pasivo de la contribución Fondo de Seguridad del 5%.

4° Se declare conforme a las razones fácticas y jurídicas que adelante expondré, que el convenio 634 de fecha 2 de diciembre de 2011, no es hecho generador de la contribución Fondo de Seguridad del 5%.

5° Se declare conforme a las razones fácticas y jurídicas que adelante expondré, que el convenio 635 de fecha 2 de diciembre de 2011, no es hecho generador de la contribución Fondo de Seguridad del 5%.

6° Se declare conforme a las razones fácticas y jurídicas que adelante expondré, que el convenio 636 de fecha 2 de diciembre de 2011, no es hecho generador de la contribución Fondo de Seguridad del 5%.

7° Se declare la nulidad de la decisión referente a la retención practicada a través de las Órdenes de Pago identificadas a continuación:

7.1. O.P. N° 00001797 /10-07-12, en la cual el municipio de Yopal practica retención del 5% por concepto de Contribución al Fondo de Seguridad, respecto de una base de Cuarenta y Nueve Millones Trescientos Veintiocho Mil Trescientos Cuarenta y Un Pesos (\$49.328.341), para un total retenido por el Convenio N° 634/2011, de **Dos Millones Cuatrocientos Sesenta y Seis Mil Cuatrocientos Diecisiete pesos (\$2.466.417).**

7.2. O.P. N° 00001796 /10-07-12, en la cual el municipio de Yopal practica retención del 5% por concepto de Contribución al Fondo de Seguridad, respecto de una base de Cuarenta y Ocho Millones Quinientos Cuarenta y Dos Mil Trescientos Veintiocho pesos (\$48.542.328), para un total retenido por el Convenio N° 635/2011, de **Dos Millones Cuatrocientos Veintisiete Mil Ciento Dieciséis Pesos (\$2.427.116).**

7.3. O.P. N° 00001795 /10-07-12, en la cual el municipio de Yopal practica retención del 5% por concepto de Contribución al Fondo de Seguridad, respecto de una base de Ciento Catorce Millones Setenta y Nueve Mil Ciento Cuarenta y Siete Pesos (\$114.079.147), para un total retenido por el Convenio N° 636/2011, de **Cinco Millones Setecientos Tres Mil Novecientos Cincuenta y Siete Pesos (\$5.703.957).**

8° Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 17 de agosto de 2012, emitido por la contadora del Municipio de Yopal, señora MARTHA QUISHPI QUISHPI., en respuesta a solicitud

realizada por parte de la ASOCIACION COLOMBIANA DE INGENIEROS DE TRANSPORTES Y VIAS Y PROFESIONALES AFINES-ACIT CAPITULO CASANARE.

9° Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 160.53-011345 de fecha 24 de septiembre de 2012, por el cual se dio respuesta negativa a la petición consistente en la solicitud de devolución a favor de mi representada, del valor correspondiente a la retención practicada por concepto de la contribución Fondo de Seguridad del 5%, respecto de la liquidación de los CONVENIOS N° 634, 635 y 636 de fecha 2 de diciembre de 2011, por valor de Dos Millones Cuatrocientos Sesenta y Seis Mil Cuatrocientos Diecisiete Pesos (\$2.466.417), Dos Millones Cuatrocientos Veintisiete Mil Ciento Dieciséis Pesos (\$2.427.116) y de Cinco Millones Setecientos Tres Mil Novecientos Cincuenta y Siete Pesos (\$5.703.957), respectivamente.

10° Como restablecimiento del derecho se ordene a la accionada realizar la devolución de los dineros retenidos, a favor de la ASOCIACION COLOMBIANA DE INGENIEROS DE TRANSPORTES Y VIAS Y PROFESIONALES AFINES-ACIT CAPITULO CASANARE, identificada con NIT. 844.004.259-0, así:

10.1. Por la retención respecto del Convenio N° 634/2011, se ordene la devolución de la suma de **Dos Millones Cuatrocientos Sesenta y Seis Mil Cuatrocientos Diecisiete pesos (\$2.466.417).**

10.2. Por la retención respecto del Convenio N° 635/2011, se ordene la devolución de la suma de **Dos Millones Cuatrocientos Veintisiete Mil Ciento Dieciséis Pesos (\$2.427.116).**

10.3. Por la retención respecto del Convenio N° 636/2011, se ordene la devolución de la suma de **Cinco Millones Setecientos Tres Mil Novecientos Cincuenta y Siete Pesos (\$5.703.957).**

En consecuencia, se ordene a la demandada realizar los ajustes en su contabilidad que la ley le permite, de los recursos del Fondo-cuenta territorial, a fin de acatar el fallo.

11° Como restablecimiento del derecho, se ordene a la accionada y a favor del accionante, el reconocimiento de los intereses a la tasa máxima legal permitida, desde la fecha en que se practico la retención y hasta que se haga efectivo el pago.

12° Condenar en costas a la demandada por los gastos incurridos en el presente proceso.

13° Condenar a la demandada al reconocimiento de las agencias en derecho de ley."

ANTECEDENTES:

Narra en la demanda que la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INGENIEROS DE TRANSPORTE Y VÍAS Y PROFESIONALES AFINES-ACIT CAPITULO CASANARE suscribió los siguientes Convenios de Cooperación:

a) No. 634 del día 2 de diciembre del año 2011, celebrado con el Municipio de Yopal y la Junta de acción comunal del barrio *"LA ESPERANZA"* de dicha municipalidad, cuyo objeto fue: *"AUNAR ESFUERZOS PARA LA PAVIMENTACIÓN DE LA CARRERA 16 A ENTRE CALLES 22 Y 23, BARRIO LA ESPERANZA DEL MUNICIPIO DE YOPAL, DEPARTAMENTO DE CASANARE."*, por un valor de Cincuenta y Un Millones Trescientos Ochenta y Cuatro Mil Setecientos Un Pesos (\$51.384.701).

b) No. 635 del día 2 de diciembre del año 2011, celebrado con el Municipio de Yopal y la Junta de acción comunal Urbanización *"SAN SEBASTIAN"* de dicha municipalidad, cuyo objeto fue: *"AUNAR ESFUERZOS PARA LA PAVIMENTACIÓN DE LA CARRERA 12 A ENTRE CALLES 36 Y 36 B, BARRIO SAN SEBASTIAN, MUNICIPIO DE YOPAL, DEPARTAMENTO DE CASANARE"*, por un valor de Cincuenta y Un Millones Noventa y Nueve Mil Quinientos Sesenta y tres Pesos (\$51.099.563).

c) No. 636 del día 2 de diciembre del año 2011, celebrado con el Municipio de Yopal y la Junta de acción comunal del barrio *"PRIMERO DE MAYO"* de dicha municipalidad, cuyo objeto fue: *"AUNAR ESFUERZOS PARA LA PAVIMENTACIÓN DE LA CARRERA 13 ENTRE CALLES 19 Y 20, CARRERA 13 A ENTRE TRANSVERSAL 11 Y CALLE 19, BARRIO PRIMERO DE MAYO, EN EL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE YOPAL, DEPARTAMENTO DE CASANARE."*, por un valor de Ciento Dieciocho Millones Ochocientos Sesenta y Cinco Mil Setecientos Siete Pesos (\$118.865.707).

Aduce que de los tres convenios precitados, el ente municipal al entregar el anticipo respectivo, no le practicó retención del 5% por concepto de la contribución; sin embargo, al momento de disponer la cancelación del pago final de tales convenios sí efectuó dicha deducción.

Sostiene que acorde con lo anterior, impetró solicitud escrita (fecha 31 de Julio de 2012) ante la Secretaría de Hacienda del Municipio de Yopal, de devolución del descuento del 5% por concepto de la Contribución al Fondo de Seguridad, que se le aplicó a los Convenios Nos. 634, 635 y 636 de 2011.

Ante dicha petición la administración municipal dio respuesta mediante oficio del 17 de agosto de 2012, donde le niegan dicha solicitud aduciendo que

acorde con el objeto de los convenios todos corresponden a obra, por lo cual son sujetos del gravamen de seguridad democrática; igualmente resalta que en el mencionado oficio, se dejó la anotación expresa que de existir razones jurídicas, se sustente bien la reclamación; ante lo cual la parte actora radica nueva petición con fecha 27 de agosto de 2012, reiterando la solicitud inicial; sin embargo, la Secretaría de Hacienda Municipal de Yopal, mediante oficio 160.53-011345 de fecha 24 de septiembre de 2012, confirma la negativa de dicha petición.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Aduce como normas violadas las siguientes: Decreto 2009 de 1992, Ley 140 de 1993, Ley 418 de 1997, Ley 548 de 1999, Ley 782 de 2002, Ley 1106 de 2006 y la Ley 1421 de 2010.

En el concepto de violación realiza un recuento normativo e histórico de la Contribución para la Seguridad, centrando su exposición en los sujetos pasivos de dicho gravamen, pero de los contratos derivados de la ejecución de Convenios de Cooperación con Organismos Multilaterales.

Afirma que el elemento objetivo de dicha contribución, está estatuido en el hecho generador, el cual consiste en la suscripción, o la adición, de contratos de obra pública, siempre que tales contratos se celebren con entidades de Derecho Público y con la Ley 1106 de 2006, que además de extender el tributo a toda clase de contratos de obra pública, se extiende también a las concesiones de obra pública y a otras concesiones, así como a sus respectivas prórrogas.

En cuanto al elemento subjetivo de dicho gravamen, señala que considerando las diferencias entre contrato y convenio, se evidencia que el legislador al determinar expresamente quien era el sujeto pasivo respecto de los convenios de cooperación celebrados entre entidades públicas con organismos multilaterales, que tengan por objeto la construcción de obras o su mantenimiento y señalar como sujeto pasivo del tributo a los subcontratistas (cuando los hubiese) encargados de la ejecución de estos; aduce que es claro la intención de éste de limitar el sujeto pasivo y excluir como tal a los

organismos multilaterales que suscriben los convenios por no tener estos la calidad de subcontratistas.

Sostiene que el Municipio de Yopal está excediendo sus facultades como agente retenedor de la aludida contribución, por cuanto sí bien debe practicar retención de este tributo, debe hacerlo sólo respecto de los sujetos pasivos y hecho generador señalado en la Ley.

Así las cosas, advierte, que del contenido de los Convenios suscritos, en especial de lo pactado en la cláusula 1era y 4ta, se desprende que la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INGENIEROS DE TRANSPORTE Y VÍAS Y PROFESIONALES AFINES-ACIT CAPITULO CASANARE aportaría el acompañamiento de profesionales y administración del proyecto, la junta de acción comunal se comprometía con aporte del personal ayudantes y oficiales y por último el municipio aportaría dinero, es decir que efectivamente se trataba de un convenio de cooperación en el que cada uno de los cooperados realizaban actividades diferentes de manera directa (sin subcontratar) para lograr el fin propuesto cual era la pavimentación de vías y al no existir en ninguno de ellos, sub-contratista, en razón a que la ejecución se realizó directamente por los cooperados; no están dados los presupuestos para que el municipio deba practicar retención sobre los pagos a realizar por parte del municipio y a favor del accionante, ya que no existió contrato de obra.

Finaliza su alegación señalando que del caso analizado son ausentes los elementos de la obligación tributaria referentes a sujeto (sub-contratista) y hecho generador (contrato), por lo que no hay lugar a la retención del 5% por concepto de contribución Fondo de Seguridad.

ACTUACIÓN PROCESAL:

La demanda que dio origen al proceso contencioso fue recibida en la Oficina Servicios Judiciales de Yopal el día 21 de Enero del 2013, correspondiéndole su conocimiento a este Estrado Judicial e ingresando el expediente al Despacho el 24 de Enero de 2013 (fls. 78 y 79).

A través de proveído del 31 de Enero de los corrientes (fls. 80 y 81), se inadmitió el libelo demandatorio, concediendo el respectivo terminó para enmendar las

falencias encontradas; dentro de la oportunidad legal la parte actora impetró recurso de reposición ante dicha decisión, obteniendo el respectivo pronunciamiento del Despacho el día 22 de febrero de 2013 (fls. 88 a 90), mediante el cual se repuso parcialmente el proveído del 31 de enero de 2013 y se dispuso igualmente la admisión de la demanda.

Verificada la notificación personal (artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del C.G.P.) del auto admisorio (fls. 91, 92, 95 a 97 c.1.), el término de traslado de la demanda se efectuó dentro del lapso comprendido entre el 14 de marzo de 2013 y el 11 de junio del 2013.

Contestación de la demanda por parte del Municipio de Yopal (fls. 99 a 106 c.1.).

La demandada se hace presente al escenario de la litis, oponiéndose a las pretensiones planteadas en la demanda; refiriéndose sobre cada uno de los hechos narrados, formulando excepciones y fijando su posición jurídica en el siguiente sentido:

“Al respecto, el Municipio aclara que la Asociación Colombiana de Ingenieros de Vías, no es un organismo multilateral, pues del certificado de existencia y representación legal arrimado al plenario se desprende que se trata de una persona jurídica sin ánimo de lucro de carácter nacional, sometida a la legislación Colombiana.

El término organismo multilateral lo encontramos, entre otras normas, en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 (...)

La Corte Constitucional en sentencia C-249 del 16 de marzo de 2004, en donde analizó la constitucionalidad de la norma transcrita, define los organismos multilaterales como aquellas personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, es decir, cuando la norma hace referencia a organismo multilateral, se refiere a colectividades o entidades que aglutinan varias naciones, (...)

El inciso 4° del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, fue derogado por la Ley 1150 de 2007, la cual vino a regular el tema (...)

De las normas transcritas se deduce que cuando el legislador acude a la expresión “organismos multilaterales”, se refiere a organizaciones que se encuentran conformadas por tres o más naciones cuya principal misión es trabajar conjuntamente por la solución de las problemáticas y aspectos relacionados con los países que integran la organización.

Los organismos multilaterales más conocidos son la Organización de las Naciones Unidas, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización Mundial de Comercio, y el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros.

Bajo ese entendido es claro que la Asociación de Profesionales no puede ser considerada como un organismo multilateral, motivo por el cual el argumento de la parte actora en cuanto equipara a la Asociación demandante con un organismo multilateral queda desvirtuado.

Por otro lado, en cuanto al argumento según el cual los convenios que tienen por objeto “aunar esfuerzos para la pavimentación de vías”, como sucede en el caso concreto, no pueden ser considerados como un contrato de obra, basta citar la definición que entrega el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, (...)

Basta cotejar el texto de la norma transcrita con el de las minutas de los convenios, para concluir, sin duda, que los citados convenios son de obra pública, consistente en la pavimentación de una vía pública del Municipio de Yopal, en donde la entidad territorial hace un aporte en dinero, en consecuencia, debe practicarse la deducción del 5%, por concepto de contribución para el fondo de seguridad, porque la finalidad de esa norma es que ese monto del presupuesto de inversión sea recaudado con destino a programas dirigidos a la seguridad ciudadana. (...)

Así las cosas, este cargo tampoco prospera este segundo cargo, motivo por el cual solicitamos se desestimen las súplicas de la demanda.”

Vencido el término de traslado de la demanda, se corrió traslado de las excepciones propuestas (fl. 372), obteniendo el correspondiente pronunciamiento de la parte actora (fl. 373 y 374).

Surtido el traslado de las excepciones, se expidió auto fechado 28 de junio del 2013 (fls. 376 y 377), señalando fecha para la celebración de la audiencia inicial, reconociendo personería al apoderado de la entidad demandada y teniendo por contestada la demanda por parte del mismo.

El día 3 de Septiembre de los corrientes, se llevo a cabo Audiencia Inicial (fls. 379 a 385); dentro de la cual se dio cumplimiento a las etapas pertinentes consagradas en el artículo 180 del CPACA y finalizando dicha diligencia con la fijación de fecha y hora para la realización de la Audiencia de Pruebas contemplada en el artículo 181 Ibídem.

El día 24 de Octubre del presente año, se llevo a cabo la Audiencia de Pruebas (fls. 389 a 392), dentro de la cual se recaudó e incorporó formalmente las pruebas documentales decretadas de oficio por parte del Despacho; acto seguido el Despacho determinó como innecesaria la realización de la Audiencia de Alegatos y Juzgamiento (acorde con la facultad contemplada en el inciso final del artículo 181 del CPACA); y en consecuencia, dispuso correr traslado (por el término de 10 días) a las partes y al señor Agente del Ministerio Público para que alegaran de conclusión y/o rindiera el respectivo concepto por escrito; así mismo informó que vencido

el termino de traslado, el Despacho procedería a dictar e incorporar al expediente la correspondiente sentencia en el término de veinte (20) días.

Síntesis de Alegatos de la Parte Actora (fls. 393 a 396 c. 1)

Sostiene la apoderada judicial que acorde con el sistema tributario que rige estos asuntos, no se han configurado los elementos para la imposición del gravamen en controversia; es decir, el hecho generador (contratos de obra pública, sus prorrogas, los contratos de concesión, construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación) y el sujeto pasivo (toda persona jurídica que realice el hecho generador y adicionalmente los subcontratistas que ejecuten contratos de construcción de obras o su mantenimiento respecto de los convenios de cooperación con organismos multilaterales y por último los socios o coparticipes y asociados a prorrata de sus aportes o su participación en los consorcios o uniones temporales), precisa que dentro de la normatividad que regula la contribución del fondo de seguridad, no se estatuyó expresamente que los convenios de cooperación fueran susceptible de dicho gravamen, por lo cual no le era dable a la administración municipal interpretar la norma de dicha forma, aplicándolo; aunado a lo anterior, alude que dentro del contenido de los Convenios de Cooperación suscritos con la entidad demandada nunca se enunció de forma alguna dicha contribución, por lo cual resalta que la administración municipal desde el principio no tuvo en cuenta dicha carga tributaria, inclusive desde los estudios previos se debió haber advertido o señalado tal gravamen, situación que no sucedió, es más, afirma que a los pagos anticipados tampoco se efectuó dicha deducción, sino que solamente fue aplicada sobre el valor total de cada uno de los convenios al momento del pago de la liquidación final.

Seguidamente realiza una comparación entre contrato y convenio, concluyendo que son figuras jurídicas muy diferentes por lo cual no es acertado darles la misma connotación o aplicarles los mismos efectos jurídicos de una contribución.

Finalmente afirma que en el eventual caso de que hubiese lugar al pago de la contribución, se estaría configurando un desequilibrio económico o Enriquecimiento sin Justa Causa por parte del Municipio, quien impuso y retuvo un gravamen tributario que no se tuvo en cuenta dentro de los estudios, cotizaciones y presupuestos realizados por parte del ente territorial antes de la suscripción del convenio y es precisamente el Municipio quien desde los actos preparatorios del convenio consideró que de acuerdo a la Ley, que el convenio

objeto de discusión no se encontraba cobijado por los elementos señalados por el Legislador o no era objeto de la contribución. Tanto en el régimen de contratación Ley 80 de 1993, demás normas en esta materia y en reiterados pronunciamientos de la Procuraduría General de la Nación acerca de recomendaciones para los estudios previos, es claro que todo negocio jurídico que pretenda celebrar las entidades públicas, debe estar precedido de un estudio previo que entre otras cosas contemple todos y cada uno de los costos, gravámenes e impuestos o contribuciones a los que va a estar sujeto dicho negocio jurídico, a fin de determinar con exactitud el total del valor del objeto a contratar; aspecto que no se tuvo en cuenta por la administración municipal, por lo cual dicha contribución afecta directamente el patrimonio e ingresos brutos de la persona jurídica accionante.

Síntesis de Alegatos de la Parte Demandada (fls. 397 a 399 c. 1)

El apoderado de la entidad demandada allega sus alegaciones finales, sosteniendo que acorde con lo normado en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, dicha contribución recae sobre los contratos de obra pública suscritos con entidades de derecho público o la celebración de contratos de adición al valor de los existentes; precisa que si bien es cierto en dicha normatividad no se define con claridad el concepto de obra pública, señala que jurisprudencialmente se ha determinado que se debe acudir a la noción contemplada en la Ley 80 de 1993.

Sostiene que en cuanto a las exenciones o excepciones en materia tributaria, las mismas deben ser expresas y precisas, como es el caso de los organismos multilaterales.

Afirma que en el caso de los Convenios Inter Administrativos la contribución se causa cuando los recursos sean efectivamente contratados con personas naturales o jurídicas o privadas, y a las mismas se les giren los respectivos anticipos, y no en el momento en que suscriben los mismos; como soporte de lo anterior, cita un extracto del Oficio No. 033595 de 2010 – expedido presuntamente por la “DIAN”.

Aduce que en los convenios de cofinanciación suscrito con entidades comerciales, civiles o sin ánimo de lucro que aportan recursos para la

construcción o realización de trabajos sobre inmuebles, el tributo solo se genera sobre la parte de los recursos que sean contratados con fondos de origen público, de tal suerte que no es factible gravar la parte que aportan las entidades privadas; como sustento de lo anterior, trae a colación un extracto del concepto No. 014530 del 05-03-2012 – expedido presuntamente por la “DIAN”.

Para culminar precisa que el hecho de que no se haya efectuado la retención en el momento del anticipo, no indica que el convenio sea objeto de exención, por cuanto, los agentes retenedores asumen el valor de las retenciones a que están obligados en caso de no cumplir con su deber legal.

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:

Este estrado judicial al verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de competencia (numeral 2° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, derecho de acción y contradicción, procede al estudio del tema central del debate (en armonía con lo normado en el artículo 187 ibidem), teniendo en cuenta que las excepciones previas fueron debidamente resueltas en la Audiencia Inicial y que aquellas denominadas de fondo o merito, son medios de defensa que buscan que el acto controvertido permanezca incólume en el ordenamiento jurídico, por lo cual en el decurso de esta providencia expresa o tácitamente se decantará tal aspecto.

De igual forma, en aplicación al contenido del artículo 207 del CPACA, efectúa el control de legalidad respectivo y al efecto declara que no existe vicio alguno que conlleve a la nulidad de lo hasta ahora actuado, por lo cual el proceso queda debidamente saneado.

PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Se trata de determinar si efectivamente los actos administrativos contenidos en los Oficios Nos 160.53 9374 del 17 de Agosto de 2012 (por medio del cual se negó la

devolución del descuento de Fondo de Seguridad Democrática del 5%, correspondiente a los Convenios de Cooperación No. 634, 635 y 636 de 2011, ejecutados a través de las ordenes de pago No. 1795, 1796 y 1797 del 10 de julio de 2012), expedido por la Contadora del Municipio de Yopal y 160.53 – 011345 del 24 de septiembre de 2012 (por medio del cual ratifica y amplía la decisión en el Oficio No. 160.53 9374 del 17 de Agosto de 2012), expedido por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Yopal, se encuentran viciados de nulidad y por ende es procedente su restablecimiento al demandante que presuntamente se encuentra afectado; o si por el contrario los aludidos actos enjuiciados se reputan acordes con la normatividad que regula dicha materia.

¿QUE SE ENCUENTRA PROBADO EN EL PROCESO?

.- Certificado de Existencia y Representación Legal, expedido por la Cámara de Comercio de Casanare, correspondiente a la entidad Sin Animo de Lucro: ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INGENIEROS DE TRANSPORTES Y VÍAS Y PROFESIONALES AFINES-ACIT CAPITULO CASANARE (fls. 14 a 17).

.- Copia de oficio fechado 31 de julio de 2012, suscrito por el representante legal de la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INGENIEROS DE TRANSPORTES Y VÍAS y dirigido a la Secretaría de Hacienda del Municipio de Yopal, por medio del cual solicita la devolución del Descuento – Fondo de Seguridad Democrática del 5%, correspondiente a la liquidación de los Convenios de Cooperación Nos. 634, 635 y 636 de 2011 (fl. 18).

.- Oficio No. 160.53 – 9374 del 17 de Agosto de 2012, suscrito por la Contadora del Municipio de Yopal, por medio del cual niega la petición impetrada por ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INGENIEROS DE TRANSPORTES Y VÍAS el día 31 de julio de 2012 (fl. 19).

.- Derecho de petición con fecha de radicado 31 de agosto de 2012 (fls. 20 - 30), el representante legal de la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INGENIEROS DE TRANSPORTES Y VÍAS Y PROFESIONALES AFINES-ACIT CAPITULO CASANARE y dirigido a la Secretaría de Hacienda del Municipio de Yopal, por medio del cual reitera y complementa la solicitud de devolución del Descuento – Fondo de Seguridad Democrática del 5%, correspondiente a la liquidación de los Convenios de Cooperación Nos. 634, 635 y 636 de 2011.

.- Oficio No. 160.53 – 011345 del 24 de Septiembre de 2012, suscrito por la Secretaria de Hacienda del Municipio de Yopal, por medio del cual niega la petición impetrada por ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INGENIEROS DE TRANSPORTES Y VÍAS el día 31 de Agosto de 2012 (fl. 31).

.- Convenio de Cooperación No. 634 del 2 de diciembre suscrito entre el Municipio de Yopal, Junta de Acción Comunal del Barrio la Esperanza del Municipio de Yopal y Asociación Colombiana de Ingenieros de Transportes y Vías y Profesionales Afines-ACIT Capitulo Casanare (fls. 32 a 38), cuyo objeto fue: *“AUNAR ESFUERZOS PARA LA PAVIMENTACION DE LA CARRERA 16A ENTRE CALLES 22 Y 23, BARRIO LA ESPERANZA, MUNICIPIO DE YOPAL, DEPARTAMENTO DE CASANARE”*.

.- Convenio de Cooperación No. 635 del 2 de diciembre suscrito entre el Municipio de Yopal, Junta de Acción Comunal Urbanización San Sebastian del Municipio de Yopal y Asociación Colombiana de Ingenieros de Transportes y Vías y Profesionales Afines-ACIT Capitulo Casanare (fls. 39 a 45), cuyo objeto fue: *“AUNAR ESFUERZOS PARA LA PAVIMENTACION DE LA CARRERA 12A ENTRE CALLES 36 y 36B, BARRIO SAN SEBASTIAN, MUNICIPIO DE YOPAL, DEPARTAMENTO DE CASANARE”*.

.- Convenio de Cooperación No. 636 del 2 de diciembre suscrito entre el Municipio de Yopal, Junta de Acción Comunal del Barrio Primero de Mayo del Municipio de Yopal y Asociación Colombiana de Ingenieros de Transportes y Vías y Profesionales Afines-ACIT Capitulo Casanare (fls. 46 a 53), cuyo objeto fue: *“AUNAR ESFUERZOS PARA LA PAVIMENTACION DE LA CARRERA 12A ENTRE CALLES 36 y 36B, BARRIO SAN SEBASTIAN, MUNICIPIO DE YOPAL, DEPARTAMENTO DE CASANARE”*.

.- Copia ilegible de un Comprobante de Egreso (fl. 54).

.- Copia de la orden de pago No. 00001797 del 10 de julio de 1997 (fl. 55), expedida por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Yopal, a favor de la Asociación Colombiana de Ingenieros de Transporte, respecto del pago final del Convenio No. 634 de 2011, donde se evidencia un descuento por concepto de Fondo de Seguridad del 5.0% por valor de \$2.466.417.00.

.- Copia ilegible de un Comprobante de Egreso (fl. 56).

.- Copia de la orden de pago No. 00001796 del 10 de julio de 1997 (fl. 57), expedida por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Yopal, a favor de la Asociación Colombiana de Ingenieros de Transporte, respecto del pago final del Convenio No. 635 de 2011, donde se evidencia un descuento por concepto de Fondo de Seguridad del 5.0% por valor de \$2.427.116.00.

.- Copia ilegible de un Comprobante de Egreso (fl. 58).

.- Copia de la orden de pago No. 00001795 del 10 de julio de 1997 (fl. 59), expedida por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Yopal, a favor de la Asociación Colombiana de Ingenieros de Transporte, respecto del pago final del Convenio No. 636 de 2011, donde se evidencia un descuento por concepto de Fondo de Seguridad del 5.0% por valor de \$5.703.957.00.

.- Oficio No. 7.2 024872-03-08-11, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante el cual se emite un concepto sobre la “*Contribución sobre Contratos de Obra*” (fls. 61 a 63).

.- Oficio 2009EE106966 del 27 de abril de 2009, expedido por la Subdirectora Jurídica de la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía Mayor de Bogotá, mediante el cual se emite un concepto sobre la “*Contribución Especial 5% sobre los contratos de obra pública celebrados con las alcaldías locales*” (fls. 64 a 69).

.- Documento expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, relacionado con el Apoyo a la Gestión Tributaria de las Entidades Territoriales (fls. 70 a 76).

.- Copia autentica del Formato de Liquidación y Formalización – Liquidación de Contribuciones Especiales e Impuestos, expedida por la Secretaría de Hacienda Municipal de Yopal, respecto del Contrato No. 634 del 2 de diciembre de 2011, donde se destacan los siguientes tributos: Estampilla Pro-Cultura, Estampilla Pro-Adulto Mayor, Contribución Pro-Deporte y Publicación en la Gaceta Municipal (fl. 116).

.- Copia auténtica de la Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidades Estatales No. 605-47 – 994000010917 (Convenio de Cooperación No. 634 de 2011), expedida por Aseguradora Solidaria de Colombia, afianzado: Asociación Colombiana de Ingenieros de Transporte y Vías Profesionales; asegurado y/o beneficiario: Municipio de Yopal (fl. 117).

.- Copia auténtica de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 605-74 – 994000002478 (Convenio de Cooperación No. 634 de 2011), expedida por Aseguradora Solidaria de Colombia, Tomador: Asociación Colombiana de Ingenieros de Transporte y Vías Profesionales; asegurado y/o beneficiario: Municipio de Yopal (fl. 118).

.- Copia autentica de los comprobantes de ingreso Nos 0045324, 0045325, 0045326, 0045327, expedidos por el Municipio de Yopal, correspondientes a la Estampilla Procultura, Gaceta, Estampilla Pro-Deporte y Estampilla Pro-Adulto Mayor del Contrato No. 634 de 2011 respectivamente (fls. 122 a 125).

.- Copia auténtica del acta de inicio del Convenio de Cooperación No. 634 de 2011 (fls. 127 a 129).

.- Copia auténtica del acta de modificación No. 1 del Convenio de Cooperación No. 634 de 2011 (fls. 130 a 134).

.- Copia auténtica de la orden de pago No. 00003792 del 20 de diciembre de 2011 (fl. 136), expedida por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Yopal, a favor de la Asociación Colombiana de Ingenieros de Transporte, respecto del 50% del anticipo del Convenio No. 634 de 2011.

.- Copia auténtica del Informe de Supervisión e Interventoría del Contrato – Convenio No. 634 del 2 de diciembre de 2011 (fls. 137 a 157).

.- Copia auténtica del acta de terminación del Contrato No. 634 del 2 de diciembre de 2011 (fls. 158 a 161).

.- Copia auténtica del acta de recibo final del Contrato No. 634 del 2 de diciembre de 2011 (fls. 163 a 169).

.- Copia auténtica del acta de liquidación del Contrato No. 634 del 2 de diciembre de 2011 (fls. 180 a 184).

.- Copia autentica del Formato de Liquidación y Formalización – Liquidación de Contribuciones Especiales e Impuestos, expedida por la Secretaría de Hacienda Municipal de Yopal, respecto del Contrato No. 635 del 2 de diciembre de 2011, donde se destacan los siguientes tributos: Estampilla Pro-Cultura, Estampilla Pro-Adulto Mayor, Contribución Pro-Deporte y Publicación en la Gaceta Municipal (fl. 194).

.- Copia auténtica de la Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidades Estatales No. 605-47 – 994000010926 (Convenio de Cooperación No. 635 de 2011), expedida por Aseguradora Solidaria de Colombia, afianzado: Asociación Colombiana de Ingenieros de Transporte y Vías Profesionales; asegurado y/o beneficiario: Municipio de Yopal (fl. 195).

.- Copia auténtica de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 605-74 – 994000002482 (Convenio de Cooperación No. 635 de 2011), expedida por Aseguradora Solidaria de Colombia, Tomador: Asociación Colombiana de Ingenieros de Transporte y Vías Profesionales; asegurado y/o beneficiario: Municipio de Yopal (fl. 196).

.- Copia autentica de los comprobantes de ingreso Nos 0045320, 0045321, 0045322, 0045323, expedidos por el Municipio de Yopal, correspondientes a la Estampilla Procultura, Gaceta, Estampilla Pro-Deporte y Estampilla Pro-Adulto Mayor del Contrato No. 635 de 2011 respectivamente (fls. 202 a 205).

.- Copia auténtica del acta de inicio del Convenio de Cooperación No. 635 de 2011 (fls. 211 a 213).

.- Copia auténtica del acta de modificación No. 1 del Convenio de Cooperación No. 635 de 2011 (fls. 214 a 218).

.- Copia auténtica de la orden de pago No. 00003778 del 19 de diciembre de 2011 (fl. 220), expedida por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Yopal, a favor de la Asociación Colombiana de Ingenieros de Transporte, respecto del 50% del anticipo del Convenio No. 635 de 2011.

.- Copia auténtica del Informe de Supervisión e Interventoría del Contrato – Convenio No. 635 del 2 de diciembre de 2011 (fls. 221 a 228).

.- Copia auténtica del acta de terminación del Contrato No. 635 del 2 de diciembre de 2011 (fls. 229 a 231).

.- Copia auténtica del acta de recibo final del Contrato No. 635 del 2 de diciembre de 2011 (fls. 248 a 254).

.- Copia auténtica del acta de liquidación del Contrato No. 635 del 2 de diciembre de 2011 (fls. 263 a 268).

.- Copia autentica del Formato de Liquidación y Formalización – Liquidación de Contribuciones Especiales e Impuestos, expedida por la Secretaría de Hacienda Municipal de Yopal, respecto del Contrato No. 636 del 2 de diciembre de 2011, donde se destacan los siguientes tributos: Estampilla Pro-Cultura, Estampilla Pro-Adulto Mayor, Contribución Pro-Deporte y Publicación en la Gaceta Municipal (fl. 280).

.- Copia auténtica de la Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidades Estatales No. 605-47 – 994000010928 (Convenio de Cooperación No. 636 de 2011), expedida por Aseguradora Solidaria de Colombia, afianzado: Asociación Colombiana de Ingenieros de Transporte y Vías Profesionales; asegurado y/o beneficiario: Municipio de Yopal (fl. 281).

.- Copia auténtica de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 605-74 – 994000002483 (Convenio de Cooperación No. 636 de 2011), expedida por Aseguradora Solidaria de Colombia, Tomador: Asociación Colombiana de Ingenieros de Transporte y Vías Profesionales; asegurado y/o beneficiario: Municipio de Yopal (fl. 282).

.- Copia autentica de los comprobantes de ingreso Nos 0045331, 0045330, 0045329, 0045328, expedidos por el Municipio de Yopal, correspondientes a la Estampilla Pro-Adulto Mayor, Estampilla Pro-Deporte, Gaceta y Estampilla Pro-Cultura del Contrato No. 636 de 2011 respectivamente (fls. 283 a 286).

.- Copia auténtica del acta de inicio del Convenio de Cooperación No. 636 de 2011 (fls. 295 a 297).

.- Copia auténtica del acta de modificación No. 1 del Convenio de Cooperación No. 636 de 2011 (fls. 299 a 302).

.- Copia auténtica de la orden de pago No. 00003788 del 20 de diciembre de 2011 (fl. 304), expedida por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Yopal, a favor de la Asociación Colombiana de Ingenieros de Transporte, respecto del 50% del anticipo del Convenio No. 636 de 2011.

.- Copia auténtica del Informe de Supervisión e Interventoría del Contrato – Convenio No. 636 del 2 de diciembre de 2011 (fls. 305 a 314).

.- Copia auténtica del acta de terminación del Contrato No. 636 del 2 de diciembre de 2011 (fls. 315 a 317).

.- Copia auténtica del acta de recibo final del Contrato No. 636 del 2 de diciembre de 2011 (fls. 336 a 343).

.- Copia de los antecedentes administrativos de los actos enjuiciados (fls. 2 a 133 cuaderno de pruebas).

.- Certificación fechada 12 de septiembre de 2013, expedida por la Contadora Municipal de Yopal donde hace constar “*Que la Alcaldía de Yopal, durante los años 2011, 2012 y 2013 firmó los convenios de cooperación No. 424 de 2011 y 426 de 2011 con la empresa Asociación de Ingenieros de Transportes y vías con Nit. 844.004.259-0 en dichos convenios no se efectuó descuento del 5% fondo de seguridad, según los registros contables existentes.*”; adjunta con dicha certificación copia de la tarjeta profesional de la Contadora Municipal de Yopal (fl. 139 c.p.) y una relación de movimientos contables respecto de la Asociación Colombiana de Ingenieros de Transporte y Vías del periodo comprendido del 01 de enero de 2011 al 31 de diciembre del mismo año (fls. 140 a 143 c.p.).

.- Copia auténtica del Acuerdo No. 026 del 2 de Octubre de 2008, expedido por el Concejo Municipal de Yopal, “Por medio del cual se deroga el Acuerdo

Municipal N° 018 del 25 de Julio de 2008, y se crea el Fondo de Seguridad y Convivencia Ciudadana del Municipio de Yopal, y se reglamenta su organización y funcionamiento” (fls. 144 a 155 c.p.).

Con las anteriores probanzas, nos ocuparemos de determinar si el demandante tiene derecho a la devolución y/o reintegro del monto descontado por concepto de la Contribución al Fondo de Seguridad en la liquidación final de los Convenios de Cooperación No. 634, 635 y 636 de 2011, o si por el contrario la negativa de la entidad demandada se ajusta a la normatividad vigente sobre dicha materia.

APLICACIÓN DE NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA AL CASO CONCRETO

Previo a analizar de fondo la controversia planteada en precedencia, es necesario hacer un recuento respecto de la normatividad relacionada con la creación y reglamentación de la Contribución del Fondo de Seguridad, la cual es objeto de litigio del presente asunto.

En este sentido tenemos que dicha carga fiscal tuvo su origen con la expedición del Decreto 2009 del 14 de diciembre de 1992 (en vigencia del Estado de Conmoción Interior declarado mediante Decreto número 1793 del 8 de noviembre de 1992), donde expresamente se señaló:

“ARTÍCULO 1o. Todas las personas naturales o jurídicas que, a partir de la vigencia del presente Decreto, suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público, o celebren contratos de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de los entes territoriales respectivos, de acuerdo con 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.

ARTÍCULO 2o. El valor de la mencionada contribución deberá ser consignado en la entidad financiera que las entidades territoriales señalen y en la cuenta que para este efecto se determine, dentro del mes calendario siguiente a la suscripción del respectivo contrato.

Copia del respectivo recibo de consignación deberá ser remitida por el contratista a la entidad pública contratante dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al pago, lo cual será condición previa para cualquier desembolso, sin perjuicio de los demás requisitos señalados en las normas sobre la materia.”

Posteriormente dicho gravamen fue estatuido en nuestra normatividad, a través de la Ley 418 de 1997 (artículo 120), la cual fue modificada por la Ley 782 de

2002 (artículo 120) y a su vez esta última fue modificada por la Ley 1106 de 2006, que en su artículo 6° señaló:

“ARTÍCULO 6o. 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.

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 1o. 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 2o. 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.”

Finalmente se advierte que mediante Ley 1421 del 21 de diciembre de 2010, se prorrogó la vigencia del artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, por cuatro años más, por lo cual se concluye que la precitada norma se encontraba vigente al momento de suscripción de los Convenios de Cooperación de los cuales se desprende la controversia tributaria.

Ahora bien, por otro lado es preciso referirnos a lo que se denomina por la administración pública como un Convenio de Cooperación; lo anterior, teniendo en cuenta que el impuesto o contribución que se discute en el presente asunto fue aplicado a tres convenios de dicha clase, por lo cual es preciso determinar si a dicha clase de Convenios, es procedente efectuar el aludido descuento del

Fondo de Seguridad del 5% contemplado en la Ley 1106 de 2006; en este sentido tenemos que dicha figura jurídica se encuentra contemplada en el artículo 355 de la Constitución Política, la cual señala:

“ARTICULO 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.”

A su vez, dicha norma constitucional fue reglamentada a través del Decreto 777 de 1992 (modificado por el Decreto 1403 de 1992), que estableció:

*“**Artículo 1º.-** Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983.*

*“Los Contratos cuya cuantía sea igual o superior a cien salarios mínimos mensuales deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial. Adicionalmente, aquellos que celebren la Nación y los establecimientos públicos del orden nacional cuya cuantía sea igual o superior a cinco mil salario mínimos mensuales deberán someterse a la aprobación del Consejo de Ministros”. **Modificado Decreto Nacional 1403 de 1992.***

*Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acrediten la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La autoridad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado. **Modificado Decreto Nacional 1403 de 1992 , Ver el Concepto de la Secretaría General 67 de 2003***

***Artículo 2º.-** Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:*

1.- Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes.

2.- Las transferencias que se realizan con lo recurso de los Presupuestos Nacional, Departamental, Distrital y Municipal a personas de derecho

privado para que, en cumplimiento de un mandato legal, desarrollen funciones públicas o suministren servicios públicos cuya prestación esté a cargo del Estado de acuerdo con la Constitución Política y las normas que la desarrollan.

3.- Las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas, como son las cooperativas públicas, o de corporaciones y funciones de participación mixta en cuyos órganos directivos esté representada la respectiva entidad pública, de acuerdo con las disposiciones estatutarias de la corporación o fundación. **Modificado Decreto Nacional 1403 de 1992**

4.- Las transferencias que realiza el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio previstas expresamente en la Constitución y especialmente de aquellas consagradas en los artículos 43, 44, 46, 51, 368, 13 transitorio y 46 transitorio de la misma.

NOTA: Adicionado Artículo 3 Decreto Nacional 1403 de 1992

Artículo 3º.- En razón de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 341 de la Constitución Política, durante los años de 1992, 1993 y 1994 los contratos a que se refiere el presente Decreto se sujetarán a los planes, programas y proyectos que hayan sido aprobados o que un futuro llegue a aprobar el Conpes o quien haga sus veces a nivel territorial y a los respectivos presupuestos.

Artículo 4º.- Para efectos de que una entidad descentralizada pueda celebrar con cargo a los recursos del presupuesto general de la Nación, los departamentos, distritos o municipios, según sea el caso, un contrato de aquellos que regula el presente Decreto, será necesario que la misma obtenga la autorización expresa del representante legal de la correspondiente entidad territorial o de las autoridades que actúen como delegatarias de funciones del mismo en materia contractual. **Modificado Artículo 4 Decreto Nacional 1403 de 1992**

Artículo 5º.- El Contratista se obligará a constituir garantías adecuadas de manejo y cumplimiento cuya cuantía será determinada en cada caso por la entidad contratante. Dichas garantías podrán consistir en fianzas de bancos o pólizas de seguros expedidas por compañías vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

Cuando el valor del contrato sea inferior a cien salarios mínimos mensuales podrán aceptarse otras garantías reales o personales, que a juicio de la entidad pública contratante garanticen el manejo adecuado de los recursos.

Artículo 6º.- La ejecución y cumplimiento del objeto del contrato se verificará a través de un interventor, que podrá ser funcionario del Gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital o municipal designado por la institución contratante.

También se podrá contratar directamente la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas y de reconocida idoneidad en la materia objeto del contrato. Estos gastos, que no podrán exceder de cinco por ciento (5%) del valor del contrato, se imputarán al mismo.

En todo contrato se determinarán las funciones que correspondan al interventor, entre las cuales estará la de exigir el cumplimiento del objeto del contrato y solicitar al contratista la información y los documentos que considere necesario en relación con el desarrollo del mismo.

Adicionalmente y con el mismo objeto, podrá preverse la existencia de interventores designados por la comunidad o por asociaciones cívicas, profesionales, comunitarias o juveniles.

Cuando se trate de contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro del sector salud, la interventoría podrá encomendarse al representante del sector salud en la junta directiva de la misma, a que hace referencia el artículo 48 del Decreto 1088 de 1991.

Parágrafo.- *Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los mecanismos de interventoría a que haya lugar en virtud de acuerdos a convenios con los organismos internacionales que suministren los recursos correspondientes.*

Artículo 7º.- *Antes de la celebración de los contratos se deberá expedir un "Certificado de Disponibilidad Presupuestal" suscrito por el Jefe de Presupuesto o quien haga sus veces en el organismo o entidad contratante, en el cual conste que dichos compromisos están amparados con apropiación presupuestal disponible.*

Artículo 8º.- *La entidad pública contratante no contraerá ninguna obligación laboral con las personas que el contratista vincule para la ejecución del contrato.*

Artículo 9º.- *No se podrá suscribir los contratos a que se refiere el presente Decreto, con entidades sin ánimo de lucro cuyo representante legal o miembros de la junta o consejo directivo tengan alguna de las siguientes calidades:*

1.- Servidores públicos que ejerzan autoridad civil o política en el territorio dentro del cual le corresponda ejercer sus funciones a la entidad pública contratante.

2.- Miembros de corporaciones públicas con competencia en el territorio dentro del cual le corresponda ejercer sus funciones a la entidad pública contratante.

3.- Cónyuge, compañero permanente o parientes de las personas que ejerzan cargos de nivel directivo en la entidad pública contratante. Para efectos de lo dispuesto en este numeral son parientes aquellos que define el parágrafo 1 del artículo 9 del Decreto 22 de 1983.

En el texto del contrato el representante legal de la entidad sin ánimo de lucro dejará constancia expresa bajo la gravedad del juramento, que ni él ni los miembros de la junta o consejo directivo de la institución se encuentra en ninguno de los supuestos previstos anteriormente.

Parágrafo.- *No se aplicará la prohibición prevista en el presente artículo cuando los servidores públicos mencionados en el numeral 1 y las personas señaladas en el numeral 3, estas últimas en tanto sean servidores públicos, hagan parte en razón de su cargo, de los órganos administrativos de la entidad sin ánimo de lucro, en virtud de mandato legal o de disposiciones estatutarias, debidamente aprobadas por las autoridades competentes.*

Artículo 10º.- *Cuando las entidades sin ánimo de lucro a que se refiere este Decreto realicen actividades que requieran licencia oficial, ésta deberá estar vigente a la fecha de la celebración del contrato respectivo.*

Artículo 11°.- Con los recursos públicos que reciba la entidad si ánimo de lucro en razón del respectivo contrato, se efectuarán gastos únicamente para el cumplimiento del objeto del mismo.

Artículo 12°.- Las entidades sin ánimo de lucro deben estar constituidas con seis meses de antelación a la celebración del contrato y tener vigente el reconocimiento de su personería jurídica. Aquéllas que estén obligadas por disposición legal a presentar declaración de ingresos y patrimonio o declaración de renta suministrarán además, copia de las correspondientes a los tres últimos años gravables, si es del caso.

Artículo 13°.- El término de duración de las entidades sin ánimo de lucro no podrá ser inferior al término del contrato y un año más.

Artículo 14°.- Los contratos a que se refiere el presente Decreto estarán sujetos al respectivo registro presupuestal y al control fiscal posterior por parte de las respectivas Contralorías en los términos establecidos en los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución Política.

Artículo 15°.- La entidad contratante podrá dar por terminados unilateralmente los contratos con las entidades a que se refiere el presente Decreto y exigir el pago de los perjuicios a que haya lugar, cuando éstas incurran en incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Artículo 16°.- La violación de las prohibiciones previstas en el presente Decreto dará lugar a la aplicación de lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto 222 de 1983."

Finalmente se expide el Decreto 2459 del 9 de diciembre 1993 "Por el cual se adoptan disposiciones en relación con los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política", señalando:

"Artículo 1°.- Los contratos que se celebren en desarrollo de lo dispuesto por el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política, deberán someterse a lo establecido por los Decretos 777, con excepción de su artículo 3 y 1403 de 1992.

Los programas y actividades que se impulsen a través de dichos contratos deberán estar acordes a nivel nacional con el presupuesto de rentas y de apropiaciones de la Nación y a nivel departamental, distrital o municipal, con el respectivo plan de desarrollo.

Artículo 2°.- Los contratos a que se refiere este Decreto que celebren la Nación o los establecimientos públicos nacionales no requerirán de la aprobación del Consejo de Ministros.

Artículo 3°.- El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias."

CASO EN CONCRETO:

Analizado el acervo probatorio allegado al expediente, y teniendo en cuenta las acotaciones efectuadas en precedencia, se evidencia que las pretensiones de

la demanda No tienen vocación de prosperidad, acorde con las siguientes consideraciones:

La Ley 1106 de 2006, estableció tres requisitos indispensables para que proceda el pago de la Contribución para el Fondo de Seguridad del 5%:

- a) El Sujeto Pasivo del gravamen esta constituido por toda persona natural o jurídica,
- b) Que haya suscrito Contrato de Obra Pública,
- c) Con entidades de derecho público.

Ahora bien, en cuanto al primer requisito se advierte que la Asociación Colombiana de Ingenieros de Transportes y Vías y Profesionales Afines-ACIT Capitulo Casanare, es una entidad Sin Ánimo de Lucro, por lo cual se acredita el primer elemento.

En cuanto al segundo requisito, se precisa que la Ley 80 de 1993, contempla la definición de Contrato de Obra Pública, así:

“Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación

1o. Contrato de Obra

Son 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.** (Subraya y Negrilla del Despacho)

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto.”

Partiendo de dicha concepción y retornando al caso *sub-examine*, se evidencia que el Municipio de Yopal suscribió los Convenios de Cooperación Nos. 634, 635 y 636 en conjunto con la Asociación Colombiana de Ingenieros de

Transportes y Vías y Profesionales Afines-ACIT Capitulo Casanare y las Juntas de Acción Comunal del Barrio la Esperanza, Urbanización San Sebastian y Barrio Primero de Mayo del Municipio de Yopal, cuyo objeto fue efectuar la pavimentación respectiva de ciertas calles y carreras de los barrios y urbanización precitadas; se advierte que dentro de las consideraciones previas contenidas en los Convenios aludidos, específicamente en el numeral 3° se estableció, lo siguiente: *“La cooperación de las tres partes se plantea así: El Municipio hará un aporte respaldado con certificado de Disponibilidad Presupuestal correspondiente al costo de materiales, alquiler de maquinaria, equipo y herramienta, y transporte de materiales al sitio de la obra; la Junta de Acción Comunal ofrece la mano de obra de ayudantes y oficiales para ejecutar las actividades. El Municipio realizó invitación a la Asociación colombiana de Ingenieros de Transporte y vías y profesionales afines, quien aceptó realizar el acompañamiento profesional para garantizar la calidad de la construcción y la buena administración de los recursos que se aúnan.”*; es decir, que acorde con lo estipulado en dichos Convenios, se advierte que efectivamente las obras a realizar o contratadas, encuadran perfectamente en lo que se ha denominado como un Contrato de Obra Pública; independientemente de que las partes hayan denominado dicho vínculo contractual como un Convenio de Cooperación; aunado a lo anterior, se advierte que no se estipuló la participación o la facultad de subcontratar; sino que por el contrario se estableció expresamente que cada uno de los integrantes de los denominados Convenio de Cooperación, iban a realizar determinadas funciones o tareas; finalmente en cuanto a lo esgrimido por la parte actora, en que la Ley sólo había estatuido dicho gravamen para los contratos de obra y que no efectuó claridad respecto a los convenios, los cuales según su parecer son figuras jurídicas radicalmente diferentes, se reitera que se debe entrar a analizar como tal es el objeto específico del acto contractual que se realizó y no la simple denominación designada por las partes contratantes, ya que tal como se demostró se reúnen las características de un verdadero contrato de obra pública, el cual acorde con la Ley 1106 de 2006 es susceptible de ser afectado con la Contribución al Fondo de Seguridad del 5%; en consecuencia de lo anterior, se considera que también se cumple con el segundo requisito enunciado en precedencia.

Finalmente en cuanto al último requisito, se resalta que fue el Municipio de Yopal quien suscribió los mencionados convenios objeto de la litis, el cual es

una entidad de derecho público, por lo cual se advierte que se cumple igualmente con el tercer requisito.

En conclusión, este Operador Judicial concluye que no se evidencia excepción o salvedad alguna contemplada en la Ley, que excluya a la parte actora del respectivo pago de la Contribución del Fondo de Seguridad, ya que si bien dicha norma establece una exención respecto a los Organismos Multilaterales e imponiendo la carga de dicha contribución en cabeza de los subcontratistas que ejecuten dichos Convenios, se precisa que la parte actora no ostenta dicha calidad o naturaleza jurídica, teniendo en cuenta que un organismo multilateral es una organización que se encuentra conformada por tres o más naciones cuya principal misión es trabajar conjuntamente en las problemáticas y aspectos relacionados con los países que integran la organización en cuestión. El multilateralismo es un concepto ampliamente difundido dentro de las Relaciones Internacionales ya que refiere a la situación de varios países trabajando mancomunadamente en un mismo aspecto o cuestión, entre los ejemplos más relevante de tales organismos encontramos: La Organización de Naciones Unidas, El Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio, entre otros.

Sumado a lo anterior, este Despacho resalta que la parte actora adujo tanto en la demanda como en sus alegaciones finales que la entidad demandada no contempló o advirtió dentro de los estudios previos, la obligación de efectuar el pago de la contribución para la seguridad, lo cual conllevó a que se presentara un desequilibrio económico; igualmente aduce el demandante que al momento de realizar el anticipo de los convenios no se efectuó la respectiva deducción; sino solamente hasta la liquidación final de los mismos.

Respecto a los precitados aspectos, el Despacho advierte que en cuanto a que no se estipuló en los estudios previos el pago de la Contribución aludida, no podemos entrar a manifestarnos en tal sentido ya que no se allegaron, ni fueron pedidos como prueba los respectivos Estudios Previos por la parte actora, como tampoco estamos ante un medio de control de carácter contractual dentro del cual se discuta el procedimiento agotado por la entidad territorial, por lo cual dicha alegación está totalmente carente de soporte alguno; no obstante lo anterior, se precisa que el gravamen objeto de la presente litis, es de carácter legal por lo cual no había necesidad de incluirlo

taxativamente en el contenido de los Convenios suscritos con el accionante; finalmente y en lo relacionado con que al anticipo entregado al demandante no se le efectuó el descuento por concepto de la contribución al fondo de seguridad, considera el Despacho que no existe irregularidad alguna, teniendo en cuenta que la misma norma estipula que se causa sobre el valor total del correspondiente contrato, por lo cual se infiere que se podía exigir su pago bien sea al momento de la suscripción del Convenio o al momento de su liquidación como efectivamente se hizo, ya que la norma no reguló dicho aspecto.

Finalmente, es dable indicar que ni siquiera tomando los contratos firmados entre la demandante y la entidad territorial demandada como los de la especie prevista en el artículo 355 Constitucional, estos quedan incluidos en la excepción que la normatividad regulatoria de la Contribución del 5% estipuló expresamente, ya que se reitera que únicamente están exentos aquéllos que se suscriban con Organismos Multilaterales.

En este orden de ideas, no existen elementos de juicio de los cuales se desprenda que los actos administrativos acusados vulneran el ordenamiento jurídico que regula dicha materia, por lo cual no queda otro camino que negar las pretensiones de la demanda.

Costas:

Respecto a su procedencia conforme a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, en aplicación del arbitrio judicial, atendiendo precedentes recientes del superior funcional y considerando que la parte actora no observó una conducta temeraria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro de este proceso y que presentó y sustentó su tesis jurídica de manera seria, no es legalmente dable la condena en costas.

Por lo anteriormente reseñado, el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal Casanare - Sistema Oral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

¹ Tesis recientes del Tribunal Administrativo de Casanare M.P. Néstor Trujillo González. Sentencia del 28 de febrero de 2013 en el expediente No. 850012333002-2012-00201-00. Actor Juan Harvy Durán Zapata Vs. DIAN. Y Auto del 21 de marzo de 2013 Demandante Felipa Inelia Avendaño Mendiveslo Vs. Nación-Fiscalía Das en supresión en expediente No. 850013333001-2012-00030-01.

RESUELVE:

PRIMERO: Negar las súplicas de la demanda impetrada por la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INGENIEROS DE TRANSPORTES Y VÍAS Y PROFESIONALES AFINES-ACIT CAPITULO CASANARE, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: No condenar en costas a la parte actora.

TERCERO: Ordenar la devolución de los valores del excedente de lo consignado para gastos procesales, si lo hubiere.

CUARTO: Désele a conocer a las partes y sus apoderados, lo mismo que al señor Agente del Ministerio Público la presente decisión, siguiendo las reglas establecidas en el artículo 203 del CPACA.

QUINTO: Cumplido lo anterior, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema "Justicia Siglo XXI" y en los libros radicadores llevados al efecto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NELSON MANUEL BRICEÑO CHIRIVI
Juez

