

CONCEPTO 48675 DE 2018

(agosto 28)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

DE: Coordinador Grupo de conceptos y producción normativa.

ASUNTO: Ajuste del IVA en Contrato Estatal

Respetado Doctor,

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha 10 de agosto de 2018, Sin Radicado, nos pronunciamos en el siguiente sentido.

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Mediante correo electrónico del 10 de agosto de 2018, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente consulta:

De manera atenta me permito solicitar concepto sobre varios contratos de arrendamiento que se suscribieron en enero del presente año y es lo siguiente:

1. En el proceso precontractual se estableció en los estudios previos, en la resolución de justificación bajo modalidad de contratación directa y en el contrato que los contratos tenían el valor de IVA incluido pero revisando el rut los contratistas son de régimen simplificado y en la propuesta no se plasmó que conllevarían IVA ya que no son declarantes del mismo; se han venido cancelando los cánones de arrendamiento con el valor e IVA incluido. La pregunta es si debemos cancelarlos ya que fue un error de la entidad al no identificar si el contratista debía cancelar el IVA o debemos cancelar un menor valor quitándoles el IVA como quedo plasmado en los estudios previos. Ejemplo:

\$23. 800.000 IVA incluido en estudios

\$20.000.000 sin IVA en estudios,

\$23.800.000 donde no menciona nada del IVA en la propuesta el contratista

\$23.800.000 quedo establecido en el contrato con IVA incluido

\$23.800.000 es lo que está cobrando actualmente el contratista

2. En la minuta del contrato quedo establecido que se debían cancelar los primeros días de cada mes los cánones de arrendamiento, pero no se aclaró si era mes anticipado o cumplido dicho pago. La entidad los está cancelado de manera anticipada cada mes pero surge la inquietud si se están realizando bien dichos pagos?

-Se deja constancia que la consulta se resuelve sin recibir anexo adicional al mencionado y con la información suministrada.

ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN

i. Ajuste IVA

Uno de los principios que distinguen la contratación pública de la privada es que la primera se encuentra estrictamente regulada por principios legales y reglamentarios, entre ellos, el principio de la ecuación contractual y equivalencia de obligaciones. Este principio normalmente es usado en aras de estudiar los reconocimientos económicos productos de los cambios en las condiciones fácticas del contrato, sin embargo, la base del mismo es que los contratos estatales mantendrá la equivalencia entre derechos y obligaciones^[1]. Es decir, se puede afirmar que los contratos estatales se caracterizan por ser conmutativos, entendiendo por esta última como que, las obligaciones surgidas entre las partes son recíprocas y equivalentes.

Respecto a la característica de conmutatividad de los contratos estatales nos permitimos citar al doctrinante Luis Guillermo Dávila, quién en el libro Régimen jurídico de la Contratación Estatal señaló al respecto:

“el [contrato] oneroso se divide en aleatorio o conmutativo. Expresamente el artículo [28](#) de la Ley 80 de 1993 indica que el estatal es conmutativo, porque, según el artículo [1498](#) del Código Civil, cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez

La característica de conmutatividad es la que engendra la aplicación del principio de la ecuación contractual, aunque el ordenamiento jurídico no lo contemple. Bajo esa órbita también es que tiene plena utilización el derecho del reajuste de los precios, aún en casos de pactos de precios fijos, si las hipótesis de tiempo, modo y lugar que sirvieron de base para el cálculo de los mismos fracasan por hechos no atribuibles al contratista. Reajuste obligatorio sin necesidad siquiera de pacto”^[2]

Esto último tiene como consecuencia inherente que los pagos son correspondientes al valor del bien o servicio prestado, independiente de los tributos o costos adicionales generados, lo cual no obsta para que los contratos, más allá de su valor proporcional a la contraprestación, estén gravados con impuestos, como el IVA.

Dentro de ordenamiento jurídico colombiano el legislador tiene la potestad de crear tasas, impuestos y contribuciones con diversos fines. En este marco el legislador creo el Impuesto al Valor Agregado –IVA-, el cual tiene como hecho generador, de acuerdo con el Estatuto Tributario las siguientes actividades:

a) La venta de bienes corporales muebles e inmuebles, con excepción de los expresamente excluidos;

- b) La venta o cesiones de derechos sobre activos intangibles, únicamente asociados con la propiedad industrial;
- c) La prestación de servicios en el territorio nacional, o desde el exterior, con excepción de los expresamente excluidos;
- d) La importación de bienes corporales que no hayan sido excluidos expresamente;
- e) La circulación, venta u operación de juegos de suerte y azar, con excepción de las loterías y de los juegos de suerte y azar operado exclusivamente por internet.

El impuesto a las ventas en los juegos de suerte y azar se causa en el momento de realización de la apuesta, expedición del documento, formulario, boleta o instrumento que da derecho a participar en el juego. Es responsable del impuesto el operador del juego.

{...}

Ahora bien, el Estatuto Tributario estableció que las personas que pertenezcan al régimen simplificado, y presten bienes o servicios, no solo no están obligadas a cobrar IVA y ser agentes retenedores del mismo, sino que se les PROHIBE adicionar al precio suma alguna por concepto de IVA, so pena de que la autoridad tributaria les de trato de régimen común. Nos permitidos citar la normativa:

ARTICULO 437. LOS COMERCIANTES Y QUIENES REALICEN ACTOS SIMILARES A LOS DE ELLOS Y LOS IMPORTADORES SON SUJETOS PASIVOS.

{...}

PARAGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 7 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> A las personas que pertenezcan al régimen simplificado, que vendan bienes o presten servicios, les está prohibido adicionar al precio suma alguna por concepto del impuesto sobre las ventas. Si lo hicieren, deberán cumplir íntegramente con las obligaciones predicables de quienes pertenecen al régimen común.

Así las cosas, y por su naturaleza de conmutatividad desarrollada en la parte inicial del presente acápite, el valor del contrato estará compuesto por: a. el valor equivalente del bien o servicio prestado por el contratista; b. los tributos a los cuales se vea obligada la entidad en razón a la actividad y el régimen tributario del contrato. En ese orden de ideas, si el contratista es del Régimen simplificado, en cuanto al IVA no podrá cancelarse ningún valor.

ii. Pago anticipado

En virtud del principio de autonomía de la voluntad de la entidad, la entidad puede estructurar sus contratos y cláusulas contractuales en el marco de sus necesidades y las limitaciones legales. Dentro de la estructuración es posible que evidencia la necesidad de pactar pagos anticipados, con el fin, por ejemplo de darle liquidez al contratista en la ejecución del contrato. El pago anticipado se encuentra permitido en el ordenamiento jurídico contractual público colombiano, no obstante el legislador lo restringió con un tope del 50% del valor total del contrato.

Al respecto nos permitimos citar la norma pertinente:

LEY 80 DE 1993. ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las

estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. {...}

PARÁGRAFO. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

En este sentido, el pago anticipado es procedente solo hasta un 50% del valor del contrato y cuando la naturaleza del contrato lo requiera.

iii. Conclusiones

De acuerdo con las anteriores consideraciones jurídicas, y en atención a que esta coordinación no cuenta con competencia para resolver casos particulares, nos permitimos indicar que, cuando el contratista pertenece al Régimen Simplificado del IVA, al mismo se le prohíbe cobrar cualquier monto por concepto de IVA. Adicional a lo anterior, a la entidad le estaría prohibido realizar pagos excedentes al valor del bien o servicio obtenido del análisis de estudios previos y análisis del Sector en razón a la naturaleza conmutativa del contrato estatal. En ese sentido, cuando se han realizado pagos no causados deberá solicitarse la devolución o realizar las debidas compensaciones con pagos futuros.

Por otra parte, en cuanto al pago del contrato, realizar un pago los primeros días del mes de manera anticipada constituye un pago anticipado. Éste último está permitido pero solo hasta un monto del 50% del valor del contrato y no hay excepción legal alguna para los contratos de arrendamiento. Al respecto nos permitimos citar un concepto de Colombia Compra Eficiente – Agencia Nacional de Contratación- la cual indicó:

“En el contrato de arrendamiento las partes deben definir el valor del contrato y la forma de pago, el cual puede incluir un pago anticipado al arrendador sin que ese pago supere el 50% del valor del contrato.^[31]”

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

CARLOS EMILIO BURBANO BARRERA

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
Dirección Jurídica - Dirección General

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. ARTÍCULO [27](#). DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

2. Dávila, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la Contratación Estatal. Ed. Legis. Pág. 533-534

3. Colombia Compra Eficiente. Concepto del 05 de abril de 2017. Rad. 4201713000001156



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

