

MEMORANDO

Referencia: OAJ 140

Fecha: 21 de mayo de 2018

PARA: MARCELA ROCÍO MARQUEZ ARENAS – Secretaria General.
ZEIDY LILIANA ALVAREZ ALVAREZ – Subdirector Técnico de
Producción e Intervención.

DE LUZ DARY CASTAÑEDA HERNÁNDEZ – Jefe Oficina Asesora
Jurídica.

ASUNTO: Concepto jurídico respecto del memorando 20181000027873 16-04-
2018.

Respetados doctora Marcela e ingeniera Zeidy:

De manera atenta, y teniendo en cuenta el memorando de la referencia, en el cual la supervisión del contrato 549 de 2017 solicita concepto a la Secretaría General respecto de la solicitud 20181120054122 del 12 – 04 – 2018, y considerando que el mismo se encontraba con copia dirigida a esta Oficina; en los términos de las competencias asignadas por numeral 2 del artículo 3 del Acuerdo 11 de 2010 del Consejo Directivo de la UAERMV la Oficina Asesora Jurídica se permite rendir concepto jurídico, sin perjuicio del pronunciamiento técnico - financiero respectivo del área encargada de la Secretaría General, en los siguientes términos:

En el memorando del asunto, se solicita emitir el concepto respecto de la petición 20181120054122 del 12 abril de 2018, en la cual se solicita:

“se considere y se emita un concepto frente a la procedencia o no del cobro de estampillas (Pro adulto mayor, pro cultura y Universidad Francisco Jose de Caldas) al comitente vendedor, en operaciones realizadas en el escenario de la Bolsa Mercantil de Colombia”.

De lo anterior, y considerando que el peticionario es el Contratista del Contrato 549 de 2017, el cual tiene relación con la solicitud de concepto allegada, es pertinente traer a colación el objeto contractual del mismo, el cual establece:



Prestar servicios como comisionista para adquirir a través de la bolsa mercantil de Colombia S.A. el suministro de elementos de ferretería a monto agotable, para adelantar las labores que requiera la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial.

Teniendo en cuenta lo citado, se analizará en primera medida el contrato de comisión en Bolsa Mercantil, para luego realizar un recorrido normativo respecto el hecho generador de cada una de las estampillas y así concluir sobre la obligación de retener aquellas en este tipo de contratos, específicamente la del Contrato 549 de 2017.

I. Del contrato de comisión en la bolsa mercantil.

El contrato de comisión se encuentra definido por el artículo 1287 del Código de Comercio en los siguientes términos:

“La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena”.

En concepto 2016085988-002 del 26 de agosto de 2016, la Superintendencia Financiera cita al autor Jaime Alberto Arrubla Paucar, identificando algunas características de aquel contrato, así:

“(…) b. La comisión es un subtipo calificado del mandato. Subsiste este contrato en forma independiente del mandato, cuando aparecen los elementos de calificación del subtipo que son: Un mandato no representativo, un mandato especial y un mandatario profesional.

“...El comisionista deberá actuar siempre en su propio nombre aunque por cuenta del comitente. Frente al tercero, el comisionista actúa en su propio nombre, ocultando que gestiona un interés ajeno...”.

“El comisionista es un mandatario especial, pues el encargo que se le hace, es para un negocio mercantil determinado. Una vez cumplido el encargo se agota el contrato de comisión.

“Para que se presente el contrato de comisión, el comisionista debe ser una persona que se dedique profesionalmente a ello. La profesionalidad del comisionista, es nota característica para predicar la comercialidad del contrato de comisión (...).” (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, las normas reglamentarias de la BMC - Bolsa Mercantil de Colombia S.A., las cuales son aplicables a todas las Sociedades Comisionistas miembros de la Bolsa, así como a las personas naturales vinculadas a ellas, dispone:

Artículo 4.2.1.10.- Obligación en contratos de comisión. Aprobado por Resolución No. 1624 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Cuando las operaciones sean celebradas en virtud del contrato de comisión, será obligación de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa cumplir con las obligaciones derivadas del Código de Comercio y demás normas aplicables y verificar que su comitente posea capacidad legal y económica para realizar las operaciones que ordena y para constituir garantías si fuere el caso. Sin perjuicio de lo anterior, la sociedad comisionista miembro de la Bolsa será la obligada frente al mercado respecto de la operación celebrada y no será admisible como excusa la renuencia, negativa o falta de provisión por parte de su comitente. (Subrayado por fuera de texto).

De lo anterior se infiere que, el contrato de comisión es aquel que se realiza a través de un mandato especial, en el cual el comisionista, en nombre propio y por cuenta del comitente realiza el negocio encomendado, aquel contrato conlleva exigencias de carácter legal y profesional al comisionista dependiendo del negocio que se ejecute, en efecto, cuando se actúe en Bolsa Mercantil debe cumplirse con los requisitos del Código de Comercio y demás normas aplicables, entre ellas las normas reglamentarias de la BMC.

II. De las Estampillas Distritales y su hecho generador.

Sea lo primero precisar que el hecho generador de los gravámenes, en los términos la jurisprudencia Constitucional colombiana, es:

*"(...) el hecho generador de los tributos hace referencia a (i) la descripción de la situación fáctica que el legislador pretende gravar; (ii) las condiciones específicas que dan lugar a que una persona sea deudora de obligaciones tributarias; (iii) el aspecto espacial del hecho generador del tributo; y (iv) el aspecto temporal en el que tiene cabida el hecho generador y que permite hacer exigible el cumplimiento de la obligación en cuestión."*¹

Así las cosas, a continuación, hará un recorrido normativo respecto del hecho generador de cada una de las Estampillas Distritales con la pretensión de determinar en qué condiciones opera la obligación de retener cada una de ellas.

¹ Corte Constitucional, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia C-594 del veintisiete (27) de julio de dos mil diez (2010), Bogotá, D.C.

a. Estampilla “procultura Bogotá”:

Regulado por el Acuerdo 187 de 2005 del Concejo de Bogotá, y dentro de su contenido dispone:

“ARTÍCULO 4. Sujeto Pasivo. Son sujetos pasivos de la estampilla “PRO CULTURA”, todas las personas naturales y jurídicas que suscriban contratos con las entidades que conforman el Presupuesto Anual del Distrito Capital de Bogotá.

(...)

ARTÍCULO 6. Hecho Generador. La suscripción de contratos y las adiciones a los mismos con las entidades que conforman el presupuesto anual del Distrito Capital de Bogotá.”

b. Estampilla “Universidad Distrital Francisco José de Caldas - 50 años”:

Regulada por el Acuerdo 696 de 2017 del Concejo de Bogotá (reglamentado por Decreto 250 de 2018), el cual consigna lo siguiente:

“ARTÍCULO 2. Sujeto Pasivo, Causación y Tarifa. Todas las personas naturales y jurídicas que suscriban contratos con los organismos y entidades de la Administración Central, los Establecimientos Públicos del Distrito Capital de Bogotá y con la Universidad Distrital deberán pagar a favor de la misma Universidad Distrital y la Universidad Nacional de Colombia sede Bogotá, la Estampilla Universidad Distrital Francisco José de Caldas 50 años, equivalente al uno punto uno por ciento (1.1%) del valor del pago anticipado, si lo hubiere, y de cada cuenta que se le pague al contratista.

(...)”

En este punto, es pertinente mencionar que, las Unidades Administrativas Especiales (como lo es el régimen de la UAERMV) se encuentran sujetas a la regulación de los establecimientos públicos, por lo que le aplica el presente artículo citado. Lo anterior según lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 489 de 1998, de consigna:

“Unidades administrativas especiales y superintendencias con personería jurídica. Las unidades administrativas especiales y las superintendencias con personería jurídica, son entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y patrimonial, las cuales se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos.”

c. Estampilla “Pro personas mayores”:

Regulada por el Acuerdo 188 de 2005 del Concejo de Bogotá, el cual dispone:

“ARTICULO 3. Sujeto Pasivo. Son sujetos pasivos de la estampilla dispuesta en el artículo primero de este Acuerdo, las personas naturales y jurídicas que suscriban contratos con las entidades que conforman el Presupuesto Anual del Distrito.

ARTÍCULO 5. Hecho Generador. La suscripción de contratos y las adiciones a los mismos con las entidades que conforman el presupuesto anual del Distrito Capital de Bogotá.”

d. Estampilla “Cincuenta años de labor de la Universidad Pedagógica Nacional”

Autorizada por la Ley 1489 de 2011 y regulada por el Acuerdo 568 de 2014 del Concejo de Bogotá, este último que dispone:

ARTÍCULO 2. Sujetos pasivos. La contribución parafiscal de la estampilla “Cincuenta años de labor de la Universidad Pedagógica Nacional”, se aplicará a todos los contratistas que suscriban y/o adicionen contratos de: estudios de factibilidad, diseños, consultorías, contratos e interventorías de obra pública que se realicen en la jurisdicción del Distrito Capital de Bogotá.

Del análisis desarrollado, y aterrizando el mismo a la situación específica que nos ocupa, se infiere con claridad que la obligación de asumir las Estampillas Distritales, con la excepción de la correspondiente a “Cincuenta años de labor de la Universidad Pedagógica Nacional”, se genera desde el mismo momento en que una persona natural o jurídica (sujeto pasivo y obligado al pago) suscribe contrato con la UAERMV, esta última a quien corresponde hacer la respectiva retención.

Valga aclarar que únicamente en caso de materializarse *el hecho generador* surge la obligación para el contratista de pagar el gravamen y en efecto para la UAERMEV la de ser el agente retenedor de aquel, sin perjuicio de las exclusiones contempladas en el artículo 7 del Acuerdo 187 de 2005, el artículo 6 del Acuerdo 188 de 2005 y el artículo 2 del Acuerdo 696 de 2017; referentes a la suscripción de Convenios entre entidades de derecho público del Distrito de Bogotá y a la suscripción de contratos con entidades que conforman el presupuesto anual del Distrito Capital de Bogotá.



20181400033273

21-05-2018

Respecto a la estampilla "Cincuenta años de labor de la Universidad Pedagógica Nacional", no aplica para el caso específico del contrato analizado (Contrato 549 de 2017), pues como se desprende de su objeto, se trata de un contrato de comisión para el suministro de elementos en el escenario de la Bolsa Mercantil de Colombia, condiciones que se salen de la esfera de los contratos sobre los cuales se aplica la estampilla en mención (contratos de: estudios de factibilidad, diseños, consultorías, contratos e interventorías de obra pública).

III. Conclusión.

De lo mencionado con antelación, se concluye que la UAERMV se encuentra obligada a realizar la retención por concepto de las estampillas: procultura Bogotá (Acuerdo 187 de 2005), Universidad Distrital Francisco José de Caldas - 50 años (Acuerdo 696 de 2007) y Pro personas mayores (Acuerdo 188 de 2005); únicamente respecto al pago del Contrato 549 de 2017, pues es en la suscripción de este último en donde se materializa el hecho generador del gravamen y donde el contratista adquiere calidad de sujeto pasivo.

La obligación del pago de las estampillas mencionadas no aplica respecto de la suscripción de contratos con empresas privadas que realice el contratista en calidad de comisionista para el cumplimiento del objeto contractual, pues el hecho generador no se constituye, toda vez que los negocios realizados se desarrollan en nombre propio.

Cordialmente,

Bogotá mejor para todos



LUZ DARY CASTAÑEDA HERNÁNDEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Cristhian Ricardo Abello Zapata / Abogado OAJ 