

1900 – 011 – 202200001458

Medellín, 2022/06/13

Señora

NIDIA LILIANA CASTRO CLAVIJO

nidia.castro@otis.com

Calle 140 # 12b – 25 Cedritos

Bogotá, D.C.

Asunto: Respuesta Definitiva **PQRSD 170 de 2022** – Radicado 202200001074 del 26 de mayo de 2022.

Temas y Subtemas: Concepto, alcance y naturaleza del contrato de obra pública y prestación de servicios en materia de contratación estatal / El mantenimiento sobre bienes inmuebles como actividad enlistada para considerarse como contrato de obra pública / Aspectos tributarios en el contrato de obra pública y de prestación de servicios.

Respetada señora Liliana:

La Contraloría General de Medellín recibió su **Derecho de Petición - Consulta** descrito en el asunto de la referencia, comunicación que fue radicada con el número **202200001074 del 26 de mayo de 2022**, matriculada en nuestro sistema de participación ciudadana como **PQRSD 170 de 2022** y asignada por competencia a la Oficina Asesora de Jurídica, la cual se procede a resolver en los siguientes términos:

I. Consideraciones preliminares – Alcance del concepto y competencia de la Oficina Asesora de Jurídica de la Contraloría General de Medellín

Sea lo primero señalar que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora de Jurídica de la Contraloría General de Medellín, son orientaciones de carácter general y abstracto que no comprenden la solución directa de problemas específicos o asuntos concretos, 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, en materia de control fiscal o asuntos que comprometan actuaciones de las dependencias que hacen parte de la estructura de la entidad.

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, en materia de control fiscal.

Finalmente, es importante advertir que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de Medellín, puesto que esta calidad sólo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s) en el asunto sometido a consulta.

En este orden de ideas, de forma general y abstracta en el marco de la competencia para absolver consultas sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas a la vigilancia y control fiscal, la Contraloría General de Medellín procede a resolver los interrogantes formulados en la consulta objeto de petición, previas consideraciones de naturaleza jurídica.

II. Consideraciones jurídicas de la Oficina Asesora

Para resolver la consulta se abordarán los temas que a continuación se señalan; **i)** Régimen jurídico del contrato estatal de obra pública – El **“mantenimiento”** como actividad que hace parte del contrato de obra, **ii)** elementos y características del contrato de obra pública definido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y **iii)** Régimen jurídico y aspectos jurisprudenciales sobre la naturaleza del contrato de prestación de servicios.

2.1. Régimen jurídico y alcance y concepto del contrato estatal de obra – El mantenimiento sobre bienes inmuebles como actividad enlistada para considerarse como contrato de obra.

El numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 opta por un *sentido restringido*, al disponer que ***“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”***, de manera que este tipo de contrato no aplica a los trabajos materiales realizados sobre bienes muebles. Por lo anterior, el legislador adoptó el criterio de la tipificación del contrato de obra pública a actividades realizadas sobre

bienes inmuebles, admitiendo, de forma muy amplia, la ejecución de todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles, lo cual incluye trabajos de construcción, instalación, conservación, **mantenimiento**, reparación y demolición de esos mismos.

Con esta definición, el legislador limitó la naturaleza de los contratos de obra a las actividades de trabajos materiales exclusivamente sobre bienes inmuebles, independientemente de su modalidad de ejecución y pago. De esta forma, acogió la posición de una parte de la doctrina y del derecho comparado, que vinculan la tipificación del contrato de obra a aquellas actividades realizadas sobre bienes inmuebles¹.

Ahora bien, sobre el concepto y alcance del concepto de obra pública, la Contraloría General de la República, en Concepto 2018EE0068253 de 2018 al absolver una consulta elevada sobre el tema en cuestión por parte de la Contraloría Municipal de Itagüí (Antioquia), explicó:

“Ahora bien, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, al definir al contrato de obra, no se refiere de forma específica a los bienes inmuebles por adhesión y por destinación, sino que se limita a expresar el tipo de actividades que deben considerarse como obra pública, para efectos de establecer el tipo contractual al que debe acudir y por lo tanto los requisitos que deben cumplirse para su celebración y ejecución.

*En efecto, la disposición en cuestión prevé que, además de la construcción, el **mantenimiento**, la instalación **y general la realización de cualquier otro trabajo material sobre el inmueble, constituyen contrato de obra**, lo que evidencia la necesidad de precisar el alcance del concepto de bien inmueble, así como de la expresión cualquier otro trabajo material sobre el inmueble, en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, **pues al limitarse a la literalidad de las palabras, podría considerarse que son obra pública actividades como la instalación de divisiones modulares para oficina o tableros; el mantenimiento de bienes como los ascensores, las divisiones modulares de oficina y los puestos de trabajo que estas contienen, los computadores destinados al cumplimiento de las funciones de una entidad pública; así como la aplicación de productos de aseo sobre el piso de un edificio o sobre su planta física ya que estas últimas actividades podrían considerarse incluidas en la***

¹ En la legislación española, desde antes de la Ley 9 de 2017, el contrato de obra ha estado referido a una actividad sobre un bien inmueble o a la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo. Al respecto, el artículo 232 del L.C.S.P. clasifica las obras en cuatro grupos: obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación, restauración y rehabilitación; obras de reparación simple; obras de conservación y mantenimiento y obras de demolición. El primer grupo se caracteriza por ser aquellas que dan lugar a la creación de un bien inmueble. Los restantes tipos de obra están referidas a inmuebles preexistentes. En todos los casos, se trata de obras relacionadas con bienes inmuebles. En el mismo sentido, la doctrina señala que este contrato se caracteriza por la realización de una obra “de ingeniería civil” relativa a bienes inmuebles o sobre bienes inmuebles. Cfr. Comentarios a la Ley de los Contratos de las Administraciones Públicas. Director Rafael Gómez- Ferrer Morant.1996 Preparación y Adjudicación del contrato de obras. Miguel Sánchez Morón y Jesús García Torres. Civitas Madrid. Pág. 648 y 649.

expresión "cualquier intervención material sobre el bien inmueble". (Resaltado y subrayado fuera de texto e intencional de la O.A.J)

2.2. Elementos y características del contrato de obra pública – Aspectos doctrinales.

La obra pública es una tipología de los contratos estatales, entendidos estos últimos como los actos jurídicos generadores de obligaciones que han sido celebrados por alguna de las entidades estatales enlistadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior resulta de especial relevancia, en la medida en que dicho tipo contractual se diferencia de la definición y regulación prevista en el derecho privado para el contrato de confección de obra material regulado en el Código Civil.

En todo caso, en la medida en que los artículos 2060 y 2061 del Código disponen reglas especiales para los contratos de construcción y de arquitectura, **es claro que la realización de trabajos materiales recae tanto sobre bienes muebles como inmuebles.** Así, la doctrina considera que:

“Puede definirse el arrendamiento de obra o contrato de confección de obra material como aquél por el cual una persona llamada artífice, se obliga, mediante cierto precio, a ejecutar una obra material. Los elementos de este contrato, fuera del consentimiento indispensable en todo contrato, son la ejecución de la obra y el precio. Así como en el arrendamiento de cosas, el arrendador es obligado a suministrar el goce de la cosa, en el arrendamiento de obras es obligado a la ejecución de una obra material; mediante este contrato, el arrendador va a poner su trabajo al servicio de otro para transformar una sustancia en una obra nueva, que puede ser mueble o inmueble; cabe dentro de este contrato los más variados trabajos: el del sastre, del carpintero, del arquitecto, del ingeniero, etc. Lo que caracteriza entonces este contrato es que se haga una obra nueva con una sustancia mediante la transformación de ella por el trabajo del hombre².”

En *sentido amplio*, dado que la «obra» es un bien que crea la actividad humana, el hecho de que sea “pública” significa que es todo trabajo material en cuya creación o realización interviene el Estado. No obstante, el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 opta por un **sentido restringido**, al disponer que “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”, de manera que este tipo de contrato no aplica a los trabajos materiales realizados sobre bienes muebles. Por lo anterior, el legislador adoptó el criterio de la tipificación del contrato de obra pública a actividades realizadas sobre bienes inmuebles, admitiendo, de forma muy amplia, la ejecución de todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles, lo cual incluye trabajos de construcción, instalación, conservación, **mantenimiento**, reparación

² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los contratos. Santiago de Chile: Editorial Jurídica EDIAR-CONOCSUR LTDA, 1988. p. 182.

y demolición de esos mismos³. De esta manera:

“(...) el legislador limitó la naturaleza de los contratos de obra a las actividades de trabajos materiales exclusivamente sobre bienes inmuebles, independientemente de su modalidad de ejecución y pago. De esta forma, acogió la posición de una parte de la doctrina y del derecho comparado, que vinculan la tipificación del contrato de obra a aquellas actividades realizadas sobre bienes inmuebles.

La ejecución de obras sobre otro tipo de bienes, no estarán regulados por el contrato estatal de obra y podrán corresponder a una prestación de servicios general, o a cualquier otra modalidad típica o atípica, nominada o innominada que pueda celebrarse entre la entidad estatal y un contratista, en los términos de la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993⁴.”

En la disposición citada, el contrato de obra pública no se limita a la construcción de inmuebles, pues la definición se extiende a las actividades de mantenimiento e instalación, lo cual supone un bien preexistente. Para la Real Academia Española “construir” significa fabricar, erigir, edificar y hacer de nueva planta una cosa; en tanto que “mantener” significa conservar una cosa en su ser, darle vigor y permanencia; y, finalmente, “instalar” es poner o colocar algo en su lugar debido. Igualmente, el concepto se extiende a cualquier trabajo material realizado sobre bienes inmuebles, tales como la reforma y la demolición.

Respecto a la referencia a los bienes inmuebles, se debe considerar la definición de los artículos 656 y 658 del Código Civil, que incluye en esa categoría tanto a los inmuebles por adhesión como por destinación. De esta manera, la referencia contenida en el numeral 1 del artículo 32 la Ley 80 de 1993 a inmuebles debe entenderse que se extiende a los inmuebles anteriormente mencionados, razón por la cual la tipicidad del contrato de obra incluye cualquier clase de trabajo sobre inmuebles por adhesión o por destinación.

Teniendo en cuenta la remisión de los artículos 13, 32 y 40 del Estatuto General de Contratación al Código Civil, el artículo 656 dispone que “inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles”. En concordancia, el artículo 657 prescribe lo siguiente: “Las plantas son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones que puedan transportarse de un lugar a otro”. Estos bienes se denominan ***inmuebles por adhesión*** y la doctrina los caracteriza como “(...) bienes muebles por naturaleza, adheridos permanente y materialmente a un inmueble, incorporados por el propietario o por una

³ OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación líquida. Bogotá: Dike, 2020. p. 168.

⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Rad. 2.386. C.P. Edgar González López.

persona distinta de él, que por una ficción jurídica del legislador se transforman en bienes inmuebles”⁵.

Por otra parte, el artículo 658 del Código Civil crea la categoría de *inmuebles por destinación*, disponiendo que “Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento”. El mismo artículo crea una lista enunciativa de estos bienes, dentro de los cuales se encuentran: **i)** las losas de un pavimento; **ii)** los tubos de las cañerías; **iii)** los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca; **iv)** los abonos existentes en ella y destinados por el dueño de la finca a mejorarla; **v)** las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas, que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de éste; y **vi)** los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas y cualesquiera otros vivares, con tal que éstos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo o de un edificio.

Así las cosas, para que clasifiquen dentro de esta categoría se requiere que los muebles sirvan para prestar un servicio útil al inmueble por naturaleza, que el servicio sea permanente, además de que ambos sean del mismo propietario. En esta medida: “Por excepción al criterio extraído de la naturaleza física de las cosas, los redactores del Código Civil han considerado como inmuebles las cosas trasladables: las clasifican entre los inmuebles en razón de su destino, porque están afectadas a un inmueble por naturaleza. No han querido que estos muebles, unidos o afectados al inmueble, sigan un régimen jurídico distinto del inmueble mismo (...) El inmueble y todo lo destinado a él forman un conjunto, una suerte de universalidad: el legislador ha querido someter esa unidad económica al mismo régimen”⁶.

Las diferencias entre ambos tipos de bienes se derivan de que: i) mientras la incorporación de los ***inmuebles por adhesión*** es material, la de los *inmuebles por destinación* es intelectual; ii) mientras los primeros son incorporados por el dueño o por terceras personas, en los segundos es necesaria la identidad del propietario; finalmente, iii) mientras que aquellos pierden individualidad por la incorporación al inmueble, no sucede lo mismo con los segundos, los cuales conservan su autonomía pese a estar destinados al cultivo de aquel. De esta manera, la distinción del Código Civil entre bienes muebles e inmuebles influye en la identificación de una actividad material como parte de un contrato de obra pública en los términos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

⁵ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes. Duodécima edición. Bogotá: Temis, 2010. p. 22.

⁶ MAZEUD, Henri, MAZEUD, León y MAZEUD, Jean. Lecciones de derecho civil. Parte Primera. Volumen I. Buenos Aires: EJE, 1976. p. 305-306.

En ese sentido, la naturaleza inmueble del bien sobre el que se realizan el mantenimiento es determinante para saber si está ante un contrato de obra pública, ya que de este tipo contractual se encuentran excluidos trabajos materiales realizados sobre bienes muebles, por lo que estos corresponderían a un tipo contractual diferente. Esto supone que, en caso de que las prestaciones a realizarse impliquen el desarrollo de actividades materiales sobre bienes muebles, no resulta jurídicamente válido acudir al contrato de obra pública, debiendo la entidad acudir al régimen contractual de algún otro tipo contractual en el que se subsuma la actividad a contratar, como, por ejemplo, el contrato de prestación de servicios, o a cualquier otra modalidad típica o atípica, nominada o innominada que pueda celebrarse entre la entidad estatal y un contratista, en los términos de la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

2.3. Régimen jurídico y aspectos jurisprudenciales sobre la naturaleza del contrato de prestación de servicios

Sobre los contratos de prestación de servicios como forma de vinculación en la administración pública, es oportuno resaltar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, consagra que “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” y dentro de éstos se relaciona el “contrato de prestación de servicios”, El numeral 3º del mencionado artículo 32 establece:

“3º. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

El numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos, establece:

“ARTÍCULO 2º. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(...)

4. *Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:*

(...)

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales; (...)."

A su vez, el Decreto 1082 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, dispone:

"ARTÍCULO 2.2.1.2.1.4.9. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos. (Decreto 1510 de 2013, artículo 81)"

Como puede observarse de las normas anteriormente señaladas, los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. No obstante, los contratistas no tienen la calidad de empleados públicos y en ningún caso su vinculación genera relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrará por el término estrictamente indispensable. A diferencia de las relaciones laborales, el contratista tiene un objeto contractual que está plenamente definido, sus actuaciones son autónomas e independientes desde el punto de vista técnico y científico y la vigencia del contrato es temporal.

La Corte Constitucional en Sentencia C -154 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, respecto al contrato de prestación de servicios preceptuó:

“El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.”

Así las cosas, el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente si es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; vinculación que en ningún caso debe conllevar subordinación.

En cuanto a la **naturaleza** del contrato de prestación de servicios, la Sección Tercera del Consejo de Estado, sostuvo⁷:

“Es un instrumento de gestión utilizado por la administración pública para la ejecución de algunas de sus actividades e incluso para la prestación de algunos servicios públicos. El contratista debe ser autónomo, debe contar con una especialidad en la gestión y según el artículo 32 de la ley 80/93 debe ser un contrato que se celebre de manera excepcional. La ley expresa que este se celebra para el desarrollo de actividades que se encuentren relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pero el ordenamiento jurídico restringe la utilización de este tipo de contratos, primero si se contrata con persona natural, la actividad que esta persona vaya a realizar no la debe poder realizar el personal de planta, la sala dice que aunque la norma no lo exprese puntualmente, se debe entender dicha prohibición también para las personas jurídicas, entendiéndose que la celebración de un contrato no puede llevar a que la persona jurídica despoje por completo de sus funciones a la entidad, segundo, la ley también expone que se puede contratar con una persona natural cuando se necesite un grado de especialización adicional que no pueda ser suministrado por la entidad, debe existir una falencia real de un saber profesional, la sala expresa nuevamente que dicha prohibición debe aplicarse extensivamente para las personas jurídicas, de modo tal que dichas celebraciones de contrato por prestación de

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad.41001-23-31-000-2004-00540-01 (AP) del 8/06/11

servicio deben ser de carácter alternativo y excepcional, de lo contrario estaría siendo un verdadero sustituto de la función pública”.

En el mismo sentido, respecto a los elementos de la naturaleza de esta clase de contrato, la Corte Constitucional ha señalado que el contrato se configura cuando: *“i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados”*⁸.

Por esta razón, el contrato de prestación de servicios está referido a desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y es la misma Ley la que **restringe su alcance a aquellas actividades o funciones que no puedan cumplirse con el personal de planta por ser insuficiente, o porque requieren conocimientos especializados.**

III. La Oficina Asesora de Jurídica, responde

De conformidad con las anteriores consideraciones jurídicas, y bajo la advertencia preliminar que los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora son meras orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos o asuntos concretos, ni el análisis de actuaciones particulares o específicas, se procede a dar respuesta a los interrogantes planteados en su consulta:

“1. ¿Cuál es el fundamento jurídico y legal para que el contrato de mantenimiento de ascensores que dispensan compañías como Otis Elevator Company Colombia S.A.S., pretenda ser considerado como de obra pública y no como de prestación de servicios?”

La O.A.J responde:

De conformidad con el marco jurídico actual, como así mismo de acuerdo con el análisis de la normativa, y con pleno apoyo en los precedentes doctrinales, administrativos y jurisprudenciales⁹ expuestos en las anteriores consideraciones, se colige que los

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-614/09, Expediente D-7615.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-539/11. ***“Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la Ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la Ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123***

contratos que incorporen el **mantenimiento** por arreglos locativos de bienes inmuebles para las sedes de una entidad pública, entidad con las actividades y los supuestos señalados en el interrogante, se consideran que son contratos de obra pública, según el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En otras palabras, de conformidad con lo preceptuado en la Ley 80 de 1993, en criterio de esta Oficina Asesora de Jurídica, cualquier actividad material sobre inmueble se define como contrato de obra, y en ese sentido el numeral 1° del artículo 32 del ECE, define el contrato de obra como aquél cuyo objeto es la construcción, **mantenimiento**, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. No obstante, este es un análisis que deben realizar las partes contratantes en cada caso concreto, considerando los datos técnicos y económicos del objeto contractual.

“2. Si múltiples entidades públicas del Departamento de Antioquia, incluida la ciudad de Medellín, consideran como de prestación de servicios los contratos de mantenimiento de elementos como los ascensores, ¿por qué razón la Contraloría General de Medellín sostiene que se trata de contratos de obra pública?”

La O.A.J responde:

En cuanto a las razones o bases jurídicas por las que la actividad descrita en el interrogante se enliste dentro de las actividades de un contrato de obra, se remite al consultante a la respuesta anterior.

Finalmente, se advierte al peticionario, que la Contraloría General de Medellín es un organismo de control encargado de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal del Municipio de Medellín y sus Entidades Descentralizadas y de los particulares que administren recursos públicos, de carácter técnico, dotada de autonomía administrativa, contractual y presupuestal; razón por la que no tiene funciones administrativas diferentes a las que se desprenden del manejo de su propia organización.

En consecuencia, dentro de las funciones y competencias de la Contraloría General de Medellín, no se encuentra la de controlar, vigilar, orientar, validar, juzgar, comparar y menos aún cuestionar la actividad contractual de otras entidades de naturaleza pública o privada, pues ello implicaría una intromisión y desbordamiento de competencia por parte de este Organismo de Control Fiscal. Por lo cual, la presente consulta se responde atendiendo al contexto general de la situación descrita y únicamente remitiendo la

CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política. (Resaltado fuera de texto)

interpretación normativa, sin que se tenga como finalidad el solucionar problemáticas individuales.

“3. De acuerdo con el ente de control municipal bajo su dirección, ¿cuál es la diferencia en punto del tratamiento tributario que existe entre un contrato de obra pública y un contrato de prestación de servicios, tanto para la entidad contratante como para el contratista?”

La O.A.J responde:

En atención a que este es un Órgano de Control del orden Municipal, se responderá la pregunta referido sólo a los impuestos de orden local. En tal sentido el municipio de Medellín, mediante Acuerdo 066 de 2017 «*Por medio del cual se expide la normativa sustantiva aplicable a los tributos vigentes en el Municipio de Medellín¹⁰*» tiene establecidas las siguientes disposiciones:

Respecto al contrato de obra:

CAPITULO XV CONTRIBUCIÓN ESPECIAL

4. HECHO GENERADOR: Son hechos generadores de la contribución especial: a. La suscripción de **contratos de obra pública y sus adiciones**. SNFT.

5. BASE GRAVABLE: La base gravable es el valor total del **contrato de obra pública** o de la respectiva adición. La misma base se aplicará en aquellos casos que la obra pública se contrate bajo la modalidad de administración delegada.

6. TARIFA: Para contratos de obra pública o sus adiciones, se aplica una tarifa del cinco por ciento (5%) sobre el valor total del contrato o su adición.

Respecto al contrato de prestación de servicios:

ARTÍCULO 206. EXCLUSIONES. Están excluidos del pago de la **Estampilla Universidad de Antioquia** los **contratos de prestación de servicios** suscritos por personas naturales para desarrollar actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad cuando no puedan realizarse con el personal de planta o requieran conocimientos especializados, (...). SNFT.

El hecho generador es el evento, suceso, actividad o circunstancia definida en la norma como susceptible de ser gravada. Es el motivo o causa establecido como suficiente para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria por parte de los contribuyentes y responsables. (Artículo 4 Estatuto)

¹⁰ El Estatuto Tributario del Municipio de Medellín tiene por objeto establecer y adoptar los impuestos, tasas, contribuciones y demás cargas impositivas vigentes en esta jurisdicción, además de las normas para su administración, recaudo, fiscalización, determinación, discusión, control, devolución y cobro, al igual que la regulación del régimen sancionatorio

Según lo anterior, las normas tributarias del municipio de Medellín el contrato de obra pública causa un impuesto denominado “contribución especial” al cual se le aplica una tarifa del cinco por ciento (5%) sobre el valor total del contrato o su adición.

Respecto del contrato de prestación de servicios la única mención que hace el Estatuto Tributario municipal, es respecto de la “Estampilla Universidad De Antioquia” para señalar sus exclusiones entre las cuales se encuentra el contrato de prestación de servicios.

Por tanto la diferencia en punto del tratamiento tributario que existe entre un contrato de obra pública y un contrato de prestación de servicios, tiene sentido respecto de los contratistas, no del contratante, pues la obligación tributaria se predica del sujeto pasivo del tributo municipal, quien debe soportar la carga económica¹¹ y no del sujeto activo¹² (Municipio de Medellín)¹³.

En los anteriores términos, la Contraloría General de Medellín, emite respuesta definitiva a la **PQRSD 170 de 2022** bajo los parámetros establecidos en el artículo 28 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dándose por cerrada la misma y así mismo le invitamos a continuar participando activamente en el cuidado y vigilancia de nuestros recursos públicos.

Atentamente,



MARTIN ALONSO GARCIA AGUDELO
Jefe de Oficina Asesora Jurídica
OFICINA ASESORA DE JURÍDICA

Proyectó: Jorge O.

Revisó: Martín G.

¹¹ Son sujetos pasivos de los tributos municipales, los encargados de soportar la carga económica del gravamen por haber incurrido en el hecho general del impuesto, tasa o contribución.

¹² Es el Municipio de Medellín como administrador y acreedor de los tributos que se regulan en este estatuto.

¹³ El artículo 4 del estatuto municipal de Medellín dispone: “AUTONOMÍA. El Municipio de Medellín goza de autonomía para fijar los tributos municipales dentro de los límites establecidos por la Constitución y la Ley”. Por su parte la Constitución en el artículo 287 prescribe: “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones”.