

111
03 MAR. 2017

RESOLUCIÓN No. _____ DE 2017
“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE RECONSIDERACION”

PETICIONARIO:	CONSORCIO SERSINU 2014. C.C. o NIT No. 900.777.021-4
REPRESENTANTE LEGAL	ALVARO PÉREZ SEVERICHE, C.C. No. 8.866.006.
DIRECCIÓN CONTRIBUYENTE:	Barrio Torice Kra 16 N° 49-16 CARTAGENA
APODERADO:	JORGE ELIECER QUINTANA SOSA REPRESENTANTE LEGAL ASERECOL S.A.S. C.C. 17.169.446.
DIRRECCION PROCESAL:	TERNERA DG. 32 No. 82-56, Conjunto Residencial Arboleda Real, Casa 71, Cartagena.
CLASE DE IMPUESTO:	ESTAMPILLA PROHOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE. FECHA DEL PAGO: 14-04-2015 y 26-06-2015
ACTO ADMINISTRATIVO RECURRIDO: Resolución N° 000168 del 23 de Diciembre de 2016.	FECHA INTERPOSICION DEL RECURSO: 02 de enero de 2017 CODIGO DE REGISTRO No.EXT-BOL-17-000032

EL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR (E)

En uso de sus atribuciones legales y conforme a los Artículos 850 del Estatuto Tributario, artículos 11 y 16 del Decreto 2.277 de 2.012, artículos 390,401 de la Ordenanza 11 de 2000, Estatuto de Rentas del Departamento de Bolívar y,

I. CONSIDERANDO

1. Que mediante Resolución N° 168 del 23 de diciembre de 2016, la SECRETARIA DE HACIENDA DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR profirió acto administrativo, mediante el cual resolvió de manera negativa una solicitud de devolución por pago de lo no debido, presentada por el señor **JORGE ELIECER QUINTANA SOSA**, en su condición de representante legal de la empresa de **ASESORÍAS Y RECAUDOS DE COLOMBIA ASERECOL S.A.S.**, apoderada del **CONSORCIO SERSINU 2014**, con Nit No. **900.777.021-4**
2. Que inconforme con la decisión anterior, el **CONSORCIO SERSINU 2014**, presentó memorial el día 02 de enero de 2017, con Código de Registro No. EXT-BOL-17-000032, mediante el cual interpone Recurso de Reconsideración contra el acto administrativo anteriormente señalado.
3. Que el recurrente, aduce en el citado recurso los siguientes motivos de inconformidad:

II. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

Que se reconsidere lo resuelto en las Resoluciones 168, 169 y 170 del 23 de diciembre 2016 y de manera inmediata se proceda a reintegrar los dineros descontados indebidamente, correspondiente a estampilla pro hospital universitario.

Que la Gobernación de Bolívar en las Resoluciones 168, 169 y 170 niega la solicitud de devolución argumentando que el artículo 27 de la Ordenanza 18 de 2011 literal g, hace referencia a contratos de

aporte suscritos el desarrollo del artículo 355 de la C.P. y no a convenios de asociación. Adicionalmente, la gobernación indica en sus resoluciones que el contrato de aporte al que se refiere la ordenanza 18 de 2011, obedece a un contrato estatal regulado por las normas del Estatuto General de Contratación Pública - Ley 80 de 1993 y cuya posibilidad de celebración se encuentra consagrada en el numeral 9 del artículo 21 de la ley 7 de 1979 y decreto 2388 de 1979.

Que una vez revisado el marco jurídico de este contrato de aporte que menciona la gobernación en sus resoluciones 168, 169 y 170, el recurrente argumenta que la Ordenanza 18 no se refiere en su numeral g del artículo 27 a estos contratos que celebra el ICBF, toda vez que estos contratos tienen un marco jurídico diferente y en su condición de contrato atípico se caracterizan porque tienen un sujeto activo calificado y cualificado por la ley, ya que se trata de un negocio jurídico que sólo puede ser suscrito por el ICBF.

Que con base en lo anterior, se concluye que a lo que se refiere la ordenanza es a todos los contratos y/o convenios que se desarrollen en virtud del artículo 355 de la Constitución, en los que efectivamente hay una entrega de aportes por parte de la entidad pública contratante.

Además de lo anterior, señala el recurso que si la gobernación en sus resoluciones niega la solicitud dado que lo que se suscribió fue un convenio de asociación, y que éste es diferente a un contrato de aportes, entonces sería una razón más para que inmediatamente procedan devolver lo solicitado, toda vez que el artículo 2 de la ordenanza 18 que habla de los hechos generadores de la estampilla no mencionó de forma taxativa en ninguno de sus numerales los convenios de asociación.

Que existen marcadas diferencias entre los contratos, a la luz de la legislación civil y ley 80 de 1993, y los convenios de asociación que trata el artículo 355 de la Constitución.

Que el hecho generador de la estampilla pro hospital universitario, a la luz de la ordenanza 18 de 2011, norma vigente al momento de la celebración de convenios es la celebración de contratos y sus adicionales, sin que se pueda entender o interpretarse la suscripción de convenios de asociación.

Que los aportes de capital entre los colaboradores que aúnan esfuerzos y capital para realizar una actividad no se encuentra gravada.

III. MARCO NORMATIVO

Que el Art. 391 de la ordenanza 11 de 2.000 (Actual Estatuto De Rentas Del Departamento de Bolívar), en concordancia con el art. 722 del Estatuto Tributario Nacional, establece los requisitos que debe cumplir el recurso de reconsideración.

Que el artículo 1º de la ordenanza 18 de 2011, constituye en renta del Departamento de Bolívar la estampilla Prohospital Universitario del Caribe, para los fines previstos en el artículo 2 de la ley 645 de 2001.

Que el artículo 27 de la Ordenanza 18 de 2011, establece de manera taxativa los actos y/o sujetos que se encuentran exonerados del pago de la estampilla Pro Hospital Universitario.

Que el Artículo 850 del Estatuto Tributario consagra en su inciso segundo, que la Administración Tributaria debe devolver oportunamente a los contribuyentes, *“los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor.”*

111
03 MAR. 2017

Que en 2.012 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2.277, mediante el cual reglamentó el procedimiento de devoluciones y compensaciones consagrado en el Estatuto Tributario y en donde dispuso, en su Artículo 11, que el término para solicitar la devolución de pagos en exceso o de lo no debido, es el de prescripción de la acción ejecutiva establecido en el Artículo 2.536 del Código Civil.

Que el artículo 355 de la C.P. en su párrafo segundo establece que 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.

Que el Decreto 777 de 1992, reglamentó la celebración de contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la C.P.

IV. EL PROBLEMA JURÍDICO

Deberá el despacho decidir si el convenio de asociación No. 01 de 2014, celebrado entre el **CONSORCIO SERSINU 2014** y CORVIVIENDA, reúne los requisitos para la celebración de contratos, establecidos en el artículo 355 de la C.P., y si el mismo se encuentra excluido o exonerado del pago de la estampilla Pro Hospital Universitario, establecida en la ordenanza 18 de 2011.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Teniendo en cuenta las normas aplicables al presente caso, las actuaciones adelantadas por la Secretaría de Hacienda, los argumentos expuestos por el recurrente y el acervo probatorio que reposa en el expediente, es pertinente efectuar las siguientes consideraciones, en relación con los motivos de inconformidad expresados por el contribuyente, en contra del acto administrativo recurrido:

A. Cumplimiento De Los Requisitos Legales Del Recurso De Reconsideración Impetrado.

Que el Art. 391 de la Ordenanza 11 de 2.000 (Actual Estatuto De Rentas Del Departamento de Bolívar), en concordancia con el art. 722 del Estatuto Tributario Nacional, establece los requisitos que debe cumplir el recurso de reconsideración así:

ARTICULO 391 REQUISITOS DEL RECURSO DE RECONSIDERARON. El recurso de reconsideración debe reunir los siguientes requisitos:

- 1.- Expresión concreta de los motivos de inconformidad
- 2.- Que se interponga dentro de la oportunidad legal
- 3.- Que se instaure directamente por el contribuyente, responsable, o agente retenedor, perceptor o se acredite la personería si quien lo interpone actúa como apoderado o representante legal. Cuando se trate de agente oficioso, la persona por quien obra, ratificará la actuación del agente dentro del término de dos (2) meses, contados a partir de la notificación del auto de admisión del recurso; si no hubiere ratificación se entenderá que el recurso no se presentó en debida forma y se revocará el auto admisorio.

Para los efectos anteriores, únicamente los abogados inscritos podrán actuar como apoderados o agentes oficiosos.

- 4.- Que se acredite el pago de la respectiva liquidación privada, cuando el recurso se interponga contra una liquidación de revisión o de corrección aritmética.

A su turno, el art. 77 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo – CPACA, en lo tocante a los requisitos que deben cumplir los recursos interpuestos en contra de los actos administrativos, señala que:

Artículo 77. Requisitos.

(...) Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:

1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.
2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.
3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.
4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.

Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados. Si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar la calidad de abogado en ejercicio, y prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de dos (2) meses...

Que una vez analizados los requisitos que debe cumplir el recurso de reconsideración establecidos en el Artículo 391 del Estatuto de Rentas Departamental (Ordenanza 11 de 2.000), en concordancia con lo establecido en el Artículo 722 del Estatuto Tributario Nacional y el artículo 77 del CPACA, se encontró que quien presenta memorial de recurso de reconsideración es el señor **JORGE ELIECER QUINTANA SOSA**, en su calidad de representante legal de **ASERCOL SAS**, quien además manifiesta que actúa en calidad de apoderado del contribuyente **CONSORCIO SERSINU 2014**, no obstante, este no acredita su condición de abogado debidamente inscrito y en ejercicio.

En virtud de lo anterior, este despacho administrativo de manera oficiosa consultó el Registro Nacional de Abogados del Consejo Superior de la Judicatura, en aras de constatar la calidad de abogado inscrito y en ejercicio del señor **JORGE ELIECER QUINTANA SOSA**, representante legal de **ASERCOL SAS**, y que de dicha consulta se pudo evidenciar que aquel no aparece inscrito como abogado en ejercicio. Así las cosas, resulta claro para este despacho administrativo, que el apoderado del contribuyente no acredita la calidad de abogado inscrito y en ejercicio.

Ahora bien, como quiera que el Art. 726 del Estatuto tributario Nacional, modificado por el Art. 68 de la ley 6 de 1992, preceptúa que: “Si transcurridos un mes siguiente a la interposición del recurso no se ha proferido auto de inadmisión, se entenderá admitido el recurso y se procederá al fallo de fondo.” Y teniendo en cuenta que dicho auto inadmisorio no fue proferido dentro del término de ley, la administración Departamental se ve abocada a dar respuesta de fondo a recurso impetrado. Sin embargo, este despacho administrativo no le reconoce personería jurídica al señor **JORGE ELIECER QUINTANA SOSA**, por no tener la calidad de abogado.

B. Alcance de la exención prevista para la Estampilla Pro Hospital Universitario respecto de los contratos de aporte del artículo 355 de la C.P.

1. Identificación y definición de los contratos celebrados en virtud del artículo 355 de la Constitución Política.

El artículo 355 de la Constitución Política de Colombia establece una prohibición a las ramas u órganos del poder público de decretar a favor de terceros auxilios o donaciones, así como la excepción a la misma, la cual se admite cuando se trata de ejecutar, mediante contratos celebrados con entidades

03 MAR. 2017

sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, actividades y programas de interés público, que sean acordes con el Plan nacional de Desarrollo y los Planes de desarrollo de las entidades territoriales. La norma en mención en su tenor literal dispone:

“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.”

En desarrollo del mandato constitucional, los contratos a que refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Carta tienen una reglamentación especial contenida en los Decretos 777 de 1992 y 2459 de 1993.

En tal sentido, el Decreto 777 determina los contratos, erogaciones o transferencias que se avienen a la previsión contenida en el inciso segundo de la Carta Política, estableciendo, por un parte, los elementos esenciales que deben tener los contratos que se celebren en desarrollo de la norma superior en los siguientes términos:

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.

Adicionalmente, la norma reglamentaria enumera expresamente aquellas hipótesis que se excluyen del ámbito de aplicación del inciso segundo de la Carta Política y por ende, de sus normas reglamentarias, así:

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.

Así las cosas, se observa que la Constitución Política en su artículo 355 y los decretos que han desarrollado este precepto, no enlistan o establecen un catálogo de los contratos a los que se refiere

el inciso 2º de la norma, sino que definen las condiciones o requisitos que deben cumplir los contratos para que se consideren que se avienen o encajan en el supuesto de la Carta Política.

En este estado de cosas, la jurisprudencia constitucional y administrativa expedida esta última en casos concretos, han desarrollado una línea jurisprudencial en la que se identifican los contratos que cumplen con las condiciones del inciso 2º del artículo 355 de la Constitución Política, ratificando que deben tener los siguientes requisitos:

"Como se puntualiza en la sentencia C-543/2001, el artículo 355 constitucional, cuando en el segundo inciso alude a la celebración de contratos, hace énfasis en que el objeto de los mismos es el desarrollo de actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, y para asegurar que la acción de fomento (benéfica como la ha denominado la jurisprudencia de la Corporación) se cumpla adecuadamente, exige que las instituciones privadas con las cuales se hayan de celebrar sean precisamente de aquellas que conforme a la ley tengan el carácter de instituciones sin ánimo o fin lucrativo (las personas jurídicas, fundaciones y asociaciones, reguladas por el Código Civil -Título XXXVI- y disposiciones complementarias) que además, ostenten reconocida idoneidad en el ámbito donde conforme a sus respectivas reglas estatutarias, desarrollan las actividades de beneficio común", (negrillas fuera del texto).¹

Como se indicó, el medio a través del cual el Estado, en concurso con los particulares, puede desarrollar actividades de interés público o social, sin desconocer la prohibición constitucional del inciso primero del artículo 355, es a través de contratos, que deben reunir básicamente tres requisitos:

El primero, se relaciona con la naturaleza jurídica del contratista, pues las actividades benéficas del Estado sólo pueden cumplirse a través de entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad; el segundo, tiene que ver con el objeto o materia, la cual se circunscribe a "impulsar programas y actividades de interés público" de contenido eminentemente social, conforme al ámbito de aplicación del artículo 355, como "es el de la acción benéfica del Estado, de las actividades de fomento que dentro de un Estado social de Derecho corresponden como función propia, insoslayable, de la organización estatal. Se trata de apoyar la acción de organizaciones de origen privado, que en ejercicio de la autonomía de iniciativa para el desarrollo de las más variadas actividades que las personas realizan en sociedad (Constitución Política, art. 38) buscan la satisfacción de finalidades no simplemente lucrativas" C-543/01; el tercero, que dichos contratos estén acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo¹.

De esta manera, es dable concluir que la ley no define un listado taxativo de los tipos contractuales que encajan en la definición del 355 de la Carta Política, razón por la cual, para identificar si un contrato o un convenio clasifica en la definición contenida en la norma superior, se hace necesario evaluar el cumplimiento de cada uno de los elementos esenciales definidos por la misma Constitución y sólo en caso de verificarse los 3 requisitos, podremos afirmar que le son aplicables el régimen contractual y legal previsto para este tipo de negocios jurídicos.

Si bien es claro que vía jurisprudencia se han identificado contratos que encajan en la definición del artículo 355 de la Carta, dentro de los cuales pueden citarse, los contratos de aportes regulados en el numeral 9 del artículo 21 de ley 7 de 1979 y el decreto 2388 de 1979, los convenios de asociación regulados por la Ley 489 de 1998, art. 96; y los convenios de apoyo regulados por el Decreto 777 de 1992, el Decreto 1403 de 1992 y el Decreto 2459 de 1993, es importante precisar que dichos contratos solo tendrán el régimen jurídico aplicable a los previstos en el artículo 355 de la Carta Política en la medida en que efectivamente se verifique el cumplimiento de los requisitos que señala la norma constitucional y las normas reglamentarias de la misma.

¹ Sobre el particular pueden consultarse las sentencias C-205/95, C-251/96, C-25/96, C-183/97, C-152/99 y C-1168/2001.

03 MAR. 2017

2. Contenido de la exención prevista en el artículo 27 de la Ordenanza 18 de 2011 para la Estampilla Pro Hospital Universitario del Caribe.

La estampilla Pro Hospital Universitario, encuentra su fundamento legal en la ley 645 de 2001, que su artículo 1º dispone:

“ARTÍCULO 1o. Autorízase a las Asambleas Departamentales en cuyo territorio funcionen Hospitales Universitarios para que ordenen la emisión de la estampilla Pro-Hospitales Universitarios Públicos.”

En cumplimiento a la autorización impartida por el legislador, la Asamblea Departamental de Bolívar, mediante Ordenanza No. 18 de 2011 estableció como renta del Departamento de Bolívar la Estampilla Prohospital Universitario del Caribe, para los fines previstos en el artículo 2 de la Ley 645 de 2001 y demás normas que la rigen.

En lo concerniente a los sujetos o actividades que se encuentran exentos del pago de la estampilla Prohospital Universitario del Caribe, y en especial la excepción que de manera expresa manifiesta el peticionario que se le aplique, tenemos que, el literal “g” del artículo 27 de la Ordenanza 18 de 2011, dispone lo siguiente :

“ARTÍCULO 27. EXCEPCIONES: Se exceptúan del gravamen de la estampilla Prohospital y Procultura, los siguientes contratos y actos:

g. Contratos de aporte suscritos en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Nacional...”

Como se observa, la norma traída a colación al establecer la exención hace referencia a los contratos de aporte suscritos en desarrollo del artículo 355 de la Constitución, el cual conforme a lo antes explicado, constituye uno de los tipos contractuales que la jurisprudencia ha identificado que pueden clasificar en el inciso segundo del artículo 355 de la Carta, siempre y cuando cumplan los requisitos que define esta disposición. De allí que surja como problema jurídico, si puede entenderse que la exención comprende igualmente los otros negocios jurídicos que se pueden celebrar bajo el amparo del referido artículo 355 de la C.P., como lo son el convenio de asociación y el convenio de apoyo.

Sobre el particular conviene advertir que al tenor literal del g del artículo 27, la exención pareciera limitarse a un solo tipo de negocio jurídico de los que puede encajar en el artículo 355 de la CP., regulado en el numeral 9 del artículo 21 de ley 7 de 1979 y el decreto 2388 de 1979. Conclusión a la que llega la Administración al estudiar la solicitud de devolución en el caso concreto.

Sin embargo, sobre el particular debe destacarse que este tipo de contratos conforme a su regulación legal, han sido identificados como negocios jurídicos atípicos que pueden ser celebrados solamente por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. De manera que se trata de contratos que no podrían gravarse con la estampilla departamental Pro Hospital Universitario del Caribe, en la medida en que el departamento no actúa como parte del mismo, requisito que es indispensable en el caso de las Estampillas, pues como bien lo establece el artículo 11 de la Ordenanza 18 de 2001, la obligación de adherir y anular las estampillas está a cargo de los funcionarios departamentales y municipales que intervengan en el acto, lo cual supone necesariamente la intervención de un funcionario de este orden como parte del acto o documento gravado. Al respecto establece la citada disposición:

ARTÍCULO 11. FISCALIZACIÓN, CONTROL, ADHESIÓN Y ANULACIÓN DE LA ESTAMPILLA: El recaudo, la fiscalización, la liquidación oficial, la discusión, cobro y devolución de la estampilla, es de competencia del departamento a través de la Secretaría de Hacienda. La obligación de adherir y anular las estampillas queda a cargo de los funcionarios departamentales

y municipales que intervengan en el acto. El control de la estampilla la ejercerá la Contraloría Departamental de Bolívar. (...)

Con base en estas consideraciones no sería posible afirmar que la corporación de elección popular pueda exceptuar del gravamen un acto o documento que no puede ser gravado por las condiciones particulares. Razón por la cual, se hace necesario evaluar la cuál fue la verdadera intención del legislador al establecer la exención, advirtiendo que este criterio de interpretación, también denominado teleológico, no se opone a la interpretación restrictiva que se exige respecto de las normas que establecen exenciones o beneficios tributarios, pues en casos como el planteado, permiten aclarar los supuestos en que procede la exención, ya que la interpretación gramatical de la norma conduciría a la ineficacia de la misma por las consideraciones expuestas.

Así las cosas, para determinar el propósito o fin último de la disposición contenida en el literal g. del artículo 27 de la ordenanza 18 de 2011, conviene traer a colación algunas de las consideraciones expuestas en el acápite B.1. del presente acto, en el cual se concluyó que la ley no define un listado taxativo de los tipos contractuales que encajan en la definición del 355 de la Carta Política, razón por la cual, para identificar si un contrato o un convenio clasifica en la definición contenida en la norma superior, se hace necesario evaluar el cumplimiento de cada uno de los elementos esenciales definidos por la misma Constitución y sólo en caso de verificarse los 3 requisitos, podremos afirmar que le son aplicables el régimen contractual y legal previsto para este tipo de negocios jurídicos.

Es por ello que vía jurisprudencia se han identificado contratos que pueden encajar en la definición del artículo 355 de la Carta, dentro de los cuales están los contratos de aportes regulados en el numeral 9 del artículo 21 de ley 7 de 1979 y el decreto 2388 de 1979, los convenios de asociación regulados por la Ley 489 de 1998, art. 96; y los convenios de apoyo regulados por el Decreto 777 de 1992, el Decreto 1403 de 1992 y el Decreto 2459 de 1993, pero dichos contratos solo tendrán el régimen jurídico aplicable a los previstos en el artículo 355 de la Carta Política, en la medida en que efectivamente se verifique el cumplimiento de los 3 requisitos que señala la norma constitucional y las normas reglamentarias de la misma.

Así las cosas, puede afirmarse que la exención prevista en el literal g. del artículo 27 citado no necesariamente limita su aplicación a los contratos de aporte suscritos por el ICBF, pues no existe un listado taxativo y excluyente de contratos típicos que pueden celebrarse en desarrollo del artículo 355 Superior, sino un listado de requisitos que deben en todo caso cumplirse para que pueda entenderse que al negocio jurídico le aplica el régimen jurídico definido para los contratos del inciso segundo de la Carta. Adicionalmente, teniendo en cuenta los requisitos antes descritos que deben reunir los contratos o convenios que encajan en estas categorías, se evidencia como elemento esencial de los mismos, la existencia de un aporte o apoyo, pues recordemos que este tipo de contratos o convenios constituye precisamente una excepción a la prohibición a las ramas del poder público de efectuar auxilios, aportes o donaciones a terceros, lo cual pone de presente que al referirse la Ordenanza a contratos de "aporte" puede referirse en general al requisito de este tipo de contratos y no a una categoría atípica que puede encajar en su régimen.

Por otra parte, teniendo en cuenta los requisitos de los contratos del inciso 2º de la Carta Política, se destaca que la finalidad de la Carta Política al establecer la excepción a la prohibición de donaciones a particulares, tienen como fundamento el Estado Social de Derecho:

Estos criterios responden a la concepción del Estado Social de Derecho, el cual tiene como objetivo esencial 'promover la prosperidad general, facilitar la participación, garantizar los principios y deberes consagrados a nivel constitucional, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden social justo y proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades C-372/94., o como lo ha señalado en otra oportunidad la misma Corte. 'El estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las

03 MAR. 2017

condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad' T-426/92.

Lo anterior también puede colegirse del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 24 de febrero de 2005 con radicación 1626, C.P. Dra. Gloria Duque Hernández, en el cual la Corporación manifestó lo siguiente:

Es decir, las transferencias de recursos públicos a particulares que tengan un fundamento constitucional expreso, no constituyen erogación prohibida por la Carta, sino el cumplimiento de los deberes sociales a cargo del Estado.

Por vía negativa, el auxilio o donación que prohíbe la norma Superior, es aquél que se hace en beneficio de particulares por mera liberalidad, sin contraprestación alguna; en otros términos, "la transferencia injustificada de recursos del patrimonio público al particular, con el fin de favorecerá ciertos individuos o grupos de manera selectiva, así como la utilización política y electoral, y algunas veces económica, de las necesidades de personas y comunidades" (C-183/97), lo que equivale a revivir la práctica de los llamados "auxilios parlamentarios", cuyo mal uso generó el mandato constitucional.

Respecto de la naturaleza de los subsidios a los particulares, la jurisprudencia, de manera reiterada y uniforme, concluye que la prohibición no implicó la extinción de la función benéfica del Estado, sino que, admite otras excepciones que surgen del texto constitucional y que tienen por objeto garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, o el estímulo a actividades que la misma Carta considera dignas y merecedoras de apoyo.

Con base en lo anterior, es dable afirmar que al exceptuar del pago de la Estampilla Pro Hospital Universitario el fin último que buscó la norma fue el de evitar que el aporte o apoyo otorgado en virtud de los contratos o convenios que se ejecuten con el lleno de los requisitos del artículo 355, se destinen a fines distintos a los previstos en su objeto, pues el mismo guarda coherencia con los Planes de desarrollo Territoriales y apuntan al mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, que constituye un deber social a cargo del Estado.

Así pues, ciertamente la norma contenida en el artículo 27 de la Ordenanza 18 de 2011 prevé como exención de la estampilla Pro Hospital Universitario del caribe a los contratos de aporte suscritos en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Nacional. Sin embargo, atendiendo un criterio de interpretación teleológico y considerando la naturaleza atípica de este tipo de contratos, la finalidad del Constituyente de 1991 al establecerlos como excepción a la prohibición de donaciones o aportes a particulares y la de la Corporación de elección popular al regular las exenciones del tributo departamental, hemos de concluir que la exención se refiere a los contratos o convenios que cumplan con el lleno de los requisitos del artículo 355 de la Constitución Política, los cuales como antes se indicó, no tienen un listado típico y taxativo. Razón por la cual será necesario evaluar los requisitos en cada caso.

3. El caso concreto.

El contribuyente en su memorial de reconsideración manifiesta básicamente dos pociões jurídicas con las que fija su posición disidente frente a las razones esbozadas en el acto administrativo recurrido, así:

- a. Que la Gobernación de Bolívar en las Resoluciones 168, 169 y 170 niega la solicitud de devolución argumentando que el artículo 27 de la ordenanza 18 de 2011 literal g hace referencia contratos de aporte suscritos el desarrollo del artículo 355 de la C.P. y no a convenios de asociación suscrito en desarrollo del artículo 355.

Argumento este que no es de recibo por parte del contribuyente por cuanto este considera que a lo que se refiere la ordenanza es a todos los contratos y o convenios que se desarrollen en virtud del artículo 355 de la constitución, en los que efectivamente hay una entrega de aportes por parte de la entidad pública contratante. (Exención o exoneración tributaria)

- b. Que si la Gobernación en sus resoluciones niega la solicitud dado que lo que se suscribió fue un convenio de asociación, y que éste es diferente a un contrato de aportes, entonces sería una razón más para que inmediatamente procedan devolver lo solicitado, toda vez que el artículo 2 de la ordenanza 18 que habla de los hechos generadores de la estampilla no mencionó de forma taxativa en ninguno de sus numerales los convenios de asociación.

Que el hecho generador de la estampilla Pro Hospital Universitario, a la luz de la ordenanza 18 de 2011, norma vigente al momento de la celebración del convenio, es la celebración de contratos y sus adicionales, sin que se pueda entender o interpretarse la suscripción de convenios de asociación. (Exclusión o no sujeción tributaria)

En este orden de ideas y teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el acápite 2 del presente acto, procederemos a determinar si el convenio celebrado entre el **CONSORCIO SERSINU 2014** y **CORVIVIENDA**, se encuentra comprendido dentro de la exención establecida en el literal "g" del artículo 27 de la Ordenanza 18 de 2011.

Para tal fin conviene precisar que los contribuyentes que aleguen estar exentos del pago de cualquier tributo están obligados a demostrar las circunstancias que los hacen acreedores a tal beneficio, dentro de los términos y condiciones que la ley establezca para el efecto.

Así las cosas, según lo expuesto anteriormente la jurisprudencia constitucional, y la jurisprudencia administrativa expedida en casos concretos, han establecido en números fallos las condiciones que deben cumplir los contratos o convenios del inciso 2º del artículo 355 de la Constitución Política, ratificando que deben tener los siguientes requisitos:

1. La celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, entendida esta como la experiencia con resultados satisfactorios que acrediten la capacidad técnica y administrativa para realizar el objeto contractual, la cual debe ser evaluada por la entidad en escrito debidamente motivado.
2. El objeto del contrato debe tener la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público, previstas en el plan nacional o en los planes seccionales de desarrollo.
3. La ejecución del contrato no debe beneficiar directamente a la entidad, sino a la comunidad.

En el caso sub examine, podemos afirmar que de las pruebas documentales allegadas al plenario, se encuentra copia simple del convenio de asociación, celebrado entre el **CONSORCIO SERSINU 2014** y **CORVIVIENDA**.

De igual forma, se encuentra certificado de existencia y representación legal de las entidades que conforman el **CONSORCIO SERSINU 2014**, expedido por la Cámara De Comercio, en los cuales se puede evidenciar que las mismas se encuentran registradas en como entidades privadas sin ánimo de lucro.

111
03 MAR. 2017

El objeto del convenio de asociación celebrado entre el **CONSORCIO SERSINÚ 2014 y CORVIVIENDA**, es el de ejecutar el proyecto "**Mejoramiento de 192 viviendas bajo la modalidad de construcción en sitio propio en el corregimiento de Bayunca, Arroyo de Las Canoas**", de conformidad con el proyecto presentado por el **CONSORCIO SERSINÚ 2014**.

El proyecto es acorde con el Plan de Desarrollo Municipal de Cartagena 2013-2015 "Ahora Sí Cartagena", de conformidad con lo señalado en el considerando 10 del Convenio.

Por lo tanto, del examen de las pruebas aportadas al expediente, se puede colegir que el convenio de asociación celebrado entre el **CONSORCIO SERSINÚ 2014 y CORVIVIENDA**, es un negocio jurídico celebrado bajo el amparo del artículo 355 de C.P. por reunir los requisitos para ello, por cuanto: (i) se trata de una entidad privada sin ánimo de lucro cuya idoneidad es certificada y evaluada por CORVIVIENDA según consta en el texto del convenio, (ii) El objeto del contrato tiene la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público, previstas en el plan de desarrollo de la ciudad de Cartagena de Indias D.T. y C.

En consecuencia, se considera que el Convenio de Asociación celebrado entre el **CONSORCIO SERSINÚ 2014 y CORVIVIENDA** se encontraba exento del pago de la estampilla Pro Hospital Universitario del Caribe, de conformidad con lo previsto en el literal g. del artículo 27 de la Ordenanza 18 de 2011, vigente a la fecha de suscripción del mismo, por tratarse de un convenio celebrado en desarrollo del artículo 355 de la Carta, que cumple con todos los requisitos previstos en esta norma superior y la norma reglamentaria contenida en el Decreto 777 de 1992.

Que en mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: REVOCAR lo dispuesto en la Resolución N° 168 del 23 de diciembre de 2016, proferida por el Secretario de Hacienda Departamental, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: ORDENAR la devolución del monto retenido y pagado por el **FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL - CORVIVIENDA** al departamento de Bolívar, por concepto de la Estampilla Pro Hospital Universitario del Caribe al **CONSORCIO SERSINÚ 2014**, con NIT. 900.777.021-4, por la suma de **TREINTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS MIL TRESCIENTOS VEINTISIETE PESOS MCTE. (\$31.600.327)**

ARTÍCULO TERCERO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al Señor **ALVARO PÉREZ SEVERICHE**, identificado con C.C. No. 8.866.006, en su calidad de representante legal del **CONSORCIO SERSINÚ 2014** en la dirección Carrera 16 N° 49-16, Barrio Torice, de la ciudad de Cartagena, Bolívar, de conformidad con lo previsto en el artículo 324 de la Ordenanza 11 de 2000 y 569 del Estatuto Tributario Nacional, para que presente ante la Secretaría de Hacienda del departamento, los documentos necesarios para efectuar el giro de los recursos ordenados en la presente resolución.

ARTÍCULO CUARTO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al Señor **JORGE ELIECER QUINTANA SOSA**, identificado con C.C.17.169.446, en su calidad de representante legal de la empresa **ASESORÍAS Y RECAUDOS DE COLOMBIA ASERECOL S.A.S** en la dirección Diagonal 32 No. 82-56, Conjunto Residencial Arboleda Real, Casa 71, Ternera, de la ciudad de Cartagena, Bolívar, de conformidad con lo previsto en el artículo 324 de la

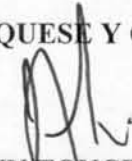
Ordenanza 11 de 2000 y 569 del Estatuto Tributario Nacional, informando que no se reconoce personería para actuar, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO QUINTO: Contra la presente resolución no procede recurso alguno, quedando agotado en debida forma el procedimiento administrativo.

ARTÍCULO SEXTO: Remitir copia de la presente resolución a la Secretaría de Hacienda Departamental para que se realicen los trámites presupuestales, contables y de tesorería correspondientes para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente.

03 MAR. 2017

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOHANN TONCEL OCHOA
GOBERNADOR DE BOLIVAR (E)



Aprobó: Adriana Trucco De la Hoz – Jefe Oficina Asesora Jurídica
Proyectó: Mary Claudia Sánchez P- Asesor Despacho 