

CONCEPTO 62683 DE 2018

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES

COMUNICACIÓN INTERNA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

DE: MARTHA BIBIANA LOZANO MEDINA  
Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Respuesta a oficio 20181200062683 / Concepto Jurídico / Tema: ¿Tiene la Junta Directiva del ICFES la competencia de fijar el precio de los servicios, diferentes a los exámenes de estado, que ofrece el ICFES?

A continuación, envío concepto jurídico sobre alcance e interpretación del artículo [6.5](#) del Decreto 5014 de 2009.

1. SOLICITUD. “(...) me permito solicitar se emita concepto sobre el alcance e interpretación del numeral 5 – artículo [6](#) del Decreto 5014 de 2009, el cual señala entre las funciones del ICFES la siguiente:

“Fijar las tarifas para la realización de los exámenes de Estado, y los demás servicios del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - Icfes, teniendo en cuenta que estas cubran en forma completa los costos y gastos que ocasionen, según los principios de contabilidad generalmente aceptados, y teniendo en cuenta el parágrafo del artículo [4o](#) de la Ley 635 de 2000.”

El Concepto se requiere dado que, de acuerdo con la oportunidad de mejora señalada por Control Interno en el informe final de auditoría rendido respecto del subproceso de Gestión de Nuevos Negocios, la Junta Directiva debería intervenir en lo referente al margen de utilidad de cada servicio prestado. (...)”

2. POSICIÓN OAJ. En opinión de esta oficina, la junta directiva solo tiene la competencia para fijar las tarifas de los Exámenes de Estado y de otros servicios que tengan la característica tributaria de Tasa. El valor que pueda establecer el ICFES con relación a los contratos derivados del subproceso Nuevos Negocios no son considerados Tasa en sentido tributario.

En consecuencia, la Junta Directiva no tiene la competencia de fijar el valor ni el margen de utilidad que establezca el ICFES en dichos negocios.

3. PROBLEMA JURÍDICO. Para dar respuesta a la solicitud, el siguiente es el problema jurídico a resolver.

¿Cuál es la interpretación jurídica de los conceptos “tarifa” y “demás servicios” a los que se refiere el art [5-6](#) del Dto. 5014 de 2009?

4. NORMAS ASOCIADAS. El problema debe abordarse analizando lo que establece la Ley [1324](#) de 2009<sup>[1]</sup>, ley jerárquicamente superior al Decreto [5014](#) de 2009, y lo que señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-[704](#) de 2010.

Ley [1324](#) de 2009

Esta ley establece en su artículo [12](#) lo siguiente:

“Artículo [12](#). (...) El ICFES tendrá por objeto ofrecer el servicio de evaluación de la educación en todos sus niveles y adelantar investigación sobre los factores que inciden en la calidad educativa, con la finalidad de ofrecer información para mejorar la calidad de la educación. De la misma manera el ICFES podrá realizar otras evaluaciones que le sean encargadas por entidades públicas o privadas y derivar de ellas ingresos, conforme a lo establecido en la Ley [635](#) de 2000. (...)

Régimen jurídico. Los actos que realice el ICFES para el desarrollo de sus actividades, estarán sujetos a las disposiciones del derecho público. Los contratos que deba celebrar y otorgar el ICFES como entidad de naturaleza especial, en desarrollo de su objeto, se sujetarán a las disposiciones del derecho privado. (...)

El ICFES tendrá, por lo menos las funciones a las que se refiere esta ley y las que a continuación se describen: (...)

11. Definir y recaudar las tarifas correspondientes a los costos de los servicios prestados en lo concerniente a las funciones señaladas para el ICFES.”

Sentencia C [704](#) de 2010

La Ley [1324](#) de 2009 fue demandada ante la Corte Constitucional. La corte, en Sentencia C-[704](#) de 2010<sup>[2]</sup>, analizó específicamente la función señalada en el artículo [12-11](#) que trata sobre las tarifas.

- Características de la Tasa tributaria

La Corte dice que en el estado existen diferentes tipos de ingresos, algunos son tributarios y otros no lo son. Con relación a las tasas, señala que la ley puede permitir que las autoridades fijen la tarifa que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen, siempre y cuando el correspondiente acto de creación tributaria establezca el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto. (P. 70)<sup>[3]</sup>

- Diferencia entre tasa y precio público,

La tasa y el precio público comparten el mismo supuesto de hecho, cual es que el Estado cobra un precio por un bien o servicio ofrecido; en el caso de la tasa la obligación que se impone surge como "recuperación de los costos" que le representan al Estado, directa o indirectamente, garantizar el acceso permanente a una actividad, bien o servicio de interés público, tal y como lo reconoce expresamente el artículo [338](#) Superior. De otro lado, en el caso del precio público la contraprestación que se causa no se origina a título de costo, sino como remuneración obvia por la utilización exclusiva de un bien de dominio público.

La tasa como recuperación de los costos del servicio, excluye el reconocimiento de una utilidad económica a favor del Estado, por lo que se entiende que el precio pagado por el contribuyente guarda relación directa con los costos en que incurre el Estado y con los beneficios derivados del bien o servicio ofrecido. Por el contrario, el precio público constituye un derecho de contenido económico cuyo titular es la Administración Pública, como contraprestación de la habilitación que ésta realiza para permitirle a un particular el uso y la explotación de un bien de propiedad del

Estado. Así las cosas, mientras que la tasa es equivalente al costo, el precio público es sinónimo de rentabilidad". (Pag. 78)

- Las tarifas del ICFES son Tasas en el sentido tributario

La Corte encuentra que la naturaleza jurídica de las tarifas previstas en el artículo [12-11](#) de la Ley 1324 de 2009, responde a la de las tasas, porque se trata de ingresos tributarios establecidos unilateralmente por el Estado, exigibles cuando la persona natural o jurídica decide utilizar los servicios prestado por el Icfes, con el propósito de recuperar total o parcial los costos que genera la prestación de los mismos, de manera que tales servicios se autofinancian mediante la remuneración que se paga a la entidad administrativa que los presta." (P. 79)

La tarifa analizada cumple con los requisitos previstos en el artículo [338](#) constitucional, puesto que el legislador determinó en las leyes 1324 de 2009 (...) (arts. [7](#) y [12](#)) y [635](#) de 2000, (...), los elementos fundamentales del tributo, entre los cuales se encuentra el sistema y el método para definir los costos y la forma de hacer su reparto." (P. 83)

- Elementos del tributo en algunos de los servicios que presta el ICFES

i. "Hecho generador: los servicios prestados por el Icfes en el desarrollo de las funciones asignadas (art. [12-11](#) de la Ley 1324 de 2009).

ii. Sujeto activo: el Icfes o a quien haga sus veces es la entidad autorizada para definir y recaudar las tarifas correspondientes a los costos de los servicios prestados (arts. [1](#) y [2](#) de la Ley 635 de 2000).

iii. Sujeto pasivo: persona natural o jurídica que solicite la prestación de los servicios ofrecidos por el Icfes o quien haga sus veces (art. [6](#) de la Ley 635 de 2000).

iv. Base gravable: el costo de los servicios definidos en el artículo [2](#) de la Ley 635 de 2000 (art. [3](#) de la Ley 635 de 2000).

v. Tarifas: señala que las tarifas se fijarán en salarios mínimos legales diarios mensuales vigentes, de acuerdo con un sistema y un método." (P. 82)

Conclusiones parciales de la OAJ

El concepto de tarifa para el ICFES es restrictivo en el sentido tributario. Por tanto, cuando cualquier norma haga referencia a tarifa por servicios prestados, implica que dichos servicios tienen los elementos del tributo. Son relevantes, para este análisis, los elementos hecho generador y sujeto pasivo. El hecho generador exige la existencia de funciones "asignadas", el sujeto pasivo implica que, si un ciudadano exige la prestación del servicio, no hay manera de que el ICFES rechace el cumplimiento de la obligación.

De otro lado, las entidades públicas pueden tener ingresos no tributarios que tienen la naturaleza y el propósito de ser rentables.

En la actualidad, el único servicio que presta el ICFES y al cual se le puede aplicar el marco tributario es la realización de exámenes de estado. La obligación de realizar esos exámenes está asignada directamente por una ley y el sujeto pasivo -el examinando- puede solicitar el servicio y la entidad deberá realizar el examen, bajo las condiciones legales y reglamentarias procedentes.

Se infiere que cualquier otro servicio que preste el ICFES que no reúna los elementos del tributo no puede tener una tarifa, aun cuando tenga un componente de retribución económica.

La existencia de los dos elementos del tributo mencionados, hecho generador y sujeto pasivo, es relevante porque los contratos que suscribe el ICFES, con el fin de generar ingresos, no reúnen esos elementos. No hay ninguna obligación legal que ordene al ICFES la suscripción de contratos dirigidos a derivar ingresos. Y no hay un sujeto pasivo que solicite la prestación de un servicio, diferente a un examen de estado, y que el ICFES esté obligado a prestarlo.

Dado que el régimen jurídico del ICFES establece que “los contratos que deba celebrar y otorgar el ICFES como entidad de naturaleza especial, en desarrollo de su objeto, se sujetarán a las disposiciones del derecho privado”, los contratos que la entidad suscribe derivados del subproceso “Gestión de nuevos negocios” son actos jurídicos que surgen a la vida luego de un proceso de negociación contractual sobre el cual, hasta antes de que se suscriba el contrato, no existe ninguna obligación para las partes y en donde el ICFES se comporta como un agente económico más en el mercado

La junta directiva y su función de fijar tarifas

El artículo [5-6](#) del Decreto 5014 de 2009 establece que corresponde a la Junta Directiva de la entidad “Fijar las tarifas para la realización de los exámenes de Estado, y los demás servicios del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - Icfes, teniendo en cuenta que estas cubran en forma completa los costos y gastos que ocasionen, según los principios de contabilidad generalmente aceptados, y teniendo en cuenta el parágrafo del artículo [4o](#) de la Ley 635 de 2000.”

Del artículo transcrito, y con fundamento en el análisis de la Corte Constitucional, se pueden extraer las siguientes dos (2) reglas:

- 1) La junta directiva tiene la función de fijar las tarifas para la realización de los exámenes de estado.
- 2) La junta directiva tiene la función de fijar las tarifas para la realización de otros servicios que preste el ICFES, y los cuáles tengan la característica tributaria de ser una tasa.

El principio de legalidad implica que las autoridades solo deben hacer aquello para lo cual han sido expresamente facultados. Por lo que no es dable afirmar que la Junta Directiva tenga la función de fijar tarifas ni márgenes de utilidad de servicios ofrecidos por el ICFES que no tengan la característica tributaria de Tasa.

## 5. CONCLUSIÓN

El alcance e interpretación del art. [5-6](#) del Decreto 5014 de 2009 es restrictivo. La función de la Junta Directiva de fijar tarifas de los servicios que preste el ICFES debe limitarse a aquellos servicios que reúnan los elementos de una tasa en sentido tributario.

El valor que pueda llegar a establecer el ICFES como contraprestación de un servicio en el marco de una negociación derivada del subproceso Nuevos Negocios no es una “tarifa” en sentido tributario. En consecuencia, la Junta Directiva no tiene la competencia de fijar el valor ni el margen de utilidad que establezca el ICFES en dichos negocios.

Con lo anterior se da respuesta a su solicitud.

Atentamente,

Martha Bibiana Lozano Medina

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. "Por la cual se fijan parámetros y criterios para organizar el sistema de evaluación de resultados de la calidad de la educación, se dictan normas para el fomento de una cultura de la evaluación, en procura de facilitar la inspección y vigilancia del Estado y se transforma el ICFES"

2. La sentencia puede ser consultada en <https://goo.gl/RuijVa>

3. La numeración de las páginas corresponde al documento en Word de la sentencia descargada directamente de la página web de la Corte Constitucional en <https://goo.gl/RuijVa>



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.  
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior  
n.d.

Última actualización: 16 de mayo de 2024

