

CONTENIDO

1. NOVEDADES NORMATIVAS

1.1 Guía para la realización de consulta previa

2. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

2.1 Deducibilidad de aportes por concepto de afiliaciones y contribuciones a gremios

3. CONCEPTOS CONTRALORIA GENERAL

3.1 Vigencias futuras, reservas presupuestales. Ley de Garantías

4. OBSERVATORIO LEGISLATIVO

4.1 Proyecto de ley de infraestructura, ponencia segundo debate Cámara

1. NOVEDADES NORMATIVAS

1.1 Guía para la realización de consulta previa

El pasado 7 de noviembre se expidió la Directiva Presidencial No. 10, mediante la cual se emitió la "Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas", con el objetivo de establecer disposiciones que permitan una mejor coordinación interinstitucional para la garantía del derecho constitucional de consulta previa, bajo los principios de eficacia, económica y celeridad administrativa.

La expedición de la Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas busca regular la coordinación interna de las

entidades públicas involucradas, con el fin de garantizar la integración de las competencias, la distribución eficaz de los recursos, la eficiente circulación de la información, la transparencia en los procesos y el seguimiento al cumplimiento de los deberes de las entidades responsables.

La Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas establece cinco etapas a las cuales nos referiremos a continuación.

Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa

La primera etapa descrita en la Guía para la realización de consulta previa con comunidades étnicas tiene como objetivo determinar si en el área de un proyecto, obra o actividad se certifica o no la presencia de una comunidad étnica de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, la legislación nacional y la jurisprudencia constitucional.

Las entidades del sector de infraestructura deberán solicitar la certificación una vez se publiquen en el SECOP la contratación de los estudios o estructuraciones de los proyectos o cuando el proyecto ha sido declarado de utilidad pública o de interés social.

La etapa de certificación sobre la presencia de comunidades étnicas iniciará con el estudio de la solicitud de certificación de la presencia o no de comunidades étnicas, donde la Dirección de Consulta Previa realizará las acciones adecuadas para constatar si hay presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto, esta etapa finalizará con la proyección y expedición de la certi-

ción de presencia o no de comunidades étnicas.

Coordinación y preparación

La etapa de coordinación y preparación tiene como objetivos coordinar y diseñar estrategias para facilitar el proceso de consulta previa e identificar si el proceso de consulta previa requiere consentimiento previo libre e informado.

En esta etapa la Dirección de consulta previa programará, con el acompañamiento de las entidades públicas concernidas, un conjunto coordinado de acciones idóneas y oportunas, con el propósito de realizar una sola consulta previa integral sobre todos los aspectos de Proyectos, Obras o Actividades (POA).

Preconsulta

La etapa denominada preconsulta tendrá como objeto realizar un diálogo previo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas, con el propósito de definir una ruta metodológica que debe seguir el ejecutor del POA y los términos en que será realizado el proceso según las especificidades culturales de cada una de las comunidades étnicas.

Consulta Previa

La etapa denominada consulta previa tendrá como objeto la realización de un diálogo convocado por la Dirección de Consulta Previa a los representantes de las Comunidades Étnicas, al ejecutor del proyecto, a las entidades públicas, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, en la que se identificarán y se analizarán los impactos y se formularán medidas de manejo, donde dichas medidas se protocolizarán en acuerdos, según los plazos y

fechas acordados en la etapa de preconsulta al construir la ruta metodológica.

Seguimiento de acuerdos

Para finalizar, la etapa de seguimiento de acuerdos tiene como objetivo asegurar que lo protocolizado en la consulta previa sea efectivamente realizado por las partes, según los plazos acordados.

2. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

2.1 Deducibilidad de aportes por concepto de afiliaciones y contribuciones a gremios

El pasado 3 de julio, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con ponencia de Carlos Hugo Fernando Bastidas Barcenás, emitió la sentencia 25000-23-27-000-2006-00757-01 (17422), sobre la deducibilidad de las expensas efectuadas por empresas privadas, por concepto de afiliaciones y contribuciones a gremios.

Antecedentes

El 8 de abril de 2002, PAVCO S.A. presentó vía electrónica la declaración de renta del año gravable 2001, corregida el 2 de diciembre de 2002 y el 2 de diciembre de 2003. En la última corrección, Pavco determinó un saldo a favor de \$3.605.765.000.

El 30 de abril de 2004, la DIAN profirió el requerimiento especial 310632004000279, en el que propuso modificar la liquidación privada, e imponer la sanción por inexactitud.

Previo respuesta al requerimiento especial, la DIAN, mediante Liquidación Oficial de Revisión 310642004000131 del 24 de enero de 2005, modificó la declaración de renta del año grava-

ble de 2001 e impuso sanción por inexactitud. Determinó un saldo a favor de \$3.378.899.000

La DIAN, por Resolución N° 310662005000020 de 17 de noviembre de 2005, confirmó parcialmente en reconsideración el acto impugnado.

Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca estimó procedente la deducción por pagos hechos al Consejo Empresarial Colombiano para el Desarrollo Sostenible —CECODES, a la Cámara Colombiana de la Construcción Regional de Cundinamarca —CAMACOL y al Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación —ICONTEC. Consideró que la afiliación a tales instituciones permite el mejoramiento continuo y el logro del equilibrio entre los objetivos económicos, sociales y la responsabilidad ambiental de la empresa, en armonía “con el desarrollo sostenible de la sociedad colombiana”.

Análisis del Consejo de Estado

La Sala manifestó que el artículo 107 del Estatuto Tributario no exige que, a instancia del gasto, se genere un ingreso, lo que exige es que tenga relación de causa y efecto, pero no como gasto-ingreso, sino como gasto-actividad (productividad).

Adicionó la Sección Cuarta que, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que las expensas hechas por afiliaciones a gremios no son deducibles, porque no llevaron al convencimiento de que la expensa cumplía los requisitos que exige el artículo 107 E.T. Como se vio, las sentencias se valieron de criterios auxiliares, como los que se precisaron anteriormente.

Pese a la existencia de este antecedente, la Sala establece que “cuando el juez debe decidir con fundamento en normas contentivas de conceptos jurídicos indeterminados, como los

previstos en el artículo 107 E.T., debe partir del presupuesto de que ese tipo de normas de textura abierta le dan a la administración un “margen de apreciación” no muy amplio, dentro del “halo conceptual” que le permite elegir la decisión que se ajuste a la norma de donde deriva la competencia”.

Con fundamento en lo anterior, la Sala estimó que los actos administrativos fueron expedidos de forma errónea puesto que no consideraron como deducibles las expensas hechas por el demandante por concepto de las afiliaciones y contribuciones a la ANDI, CAMACOL, ACODAL, ACOPLÁSTICOS. Según se plantea en el fallo, el Consejo de Estado considera estos aportes como deducibles, porque tales pagos se fundamentan en las buenas prácticas empresariales que se han venido generalizado y ejecutando de manera notoria.

Para sustentar la anterior posición, el ponente manifestó que de acuerdo con el artículo 57 de la Ley 1430 de 2010, que modificó el artículo 116 del E.T., “Las cuotas de afiliación pagadas a los gremios serán deducibles del impuesto de renta” y que si bien el fallo no aplica de manera retroactiva la Ley 1430 de 2010, la citada ley tuvo en cuenta la práctica habitual de las empresas de afiliarse a los gremios propios de la rama industrial, comercial o de servicios a la que pertenecen y convirtió en deducibles las cuotas pagadas para ese efecto.

Por todo lo anterior, la Sala encuentra que está demostrado no solo el pago de la expensa, sino también, lo relevante que es para la actividad productiva del demandante el hecho de estar afiliado a los gremios citados, pues visto el objeto social de PAVCO y el de los gremios, se puede concluir, con criterio comercial, que las expensas hechas a esos gremios repercuten en la actividad productiva de la misma.

3. 3. CONCEPTOS CONTRALORIA

3.1 Vigencias futuras, reservas presupuestales. Ley de Garantías

En días pasados la Contraloría General de la República, en ejercicio de sus funciones, emitió el concepto 2013EE0099164, en el que da respuesta a la controversia presentada en torno a las reservas presupuestales, vigencias futuras y a la ley de garantías.

La Contraloría inició su pronunciamiento, señalando los principios del sistema presupuestal colombiano, los cuales son planificación, anualidad, universalidad, unidad de caja, programación integral, especialización, inembargabilidad, coherencia, macroeconómica y homeóstasis.

Vigencias futuras

La Contraloría a su vez definió que se entiende por vigencias futuras, los instrumentos de financiación de proyectos a nivel nacional y local de acuerdo a lo consagrado en la Ley 819 de 2003.

Señaló que las vigencias futuras constituyen una excepción a la ejecución presupuestal anual, por lo que deben tratarse con rigor y con un carácter extraordinario para cierta clase de proyectos de mediano y largo plazo. Por lo que es imprescindible que las vigencias futuras excepcionales consulten metas plurianuales del Marco Fiscal de mediano plazo.

Por regla general los órganos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación deben adquirir compromisos cuya ejecución, entendida como entrega de bienes o prestación de

servicios, se realice en la respectiva vigencia fiscal.

En caso de que se requiera exceder la anualidad, porque la ejecución de la obligación inicie con presupuesto de la vigencia en cursos y su objeto también se lleve a cabo en la(s) anualidad (es) siguiente (s), se debe solicitar autorización al CONFIS o a quien este delegue, para asumir dichas obligaciones con cargo a presupuestos de vigencias futuras ordinarias de acuerdo al Estatuto Orgánico de Presupuesto.

De igual manera señaló que se debe obtener autorización del CONFIS para asumir obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras, sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización, cuando se trate de vigencias futuras excepcionales.

Por otro lado la Contraloría señaló que los compromisos legalmente adquiridos para ser ejecutados durante la respectiva vigencia, que excepcionalmente no se hayan podido ejecutar a 31 de diciembre, podrán constituirse como reservas presupuestales de conformidad con el artículo 89 del Estatuto Orgánico de Presupuesto.

Adición de contratos en ejecución.

La Contraloría señaló que en caso de presentarse adición de contratos en ejecución, que afecten vigencias futuras, la entidad contratante debe obtener autorización del CONFIS o su delegado, sin que se requiera la expedición de un nuevo certificado de disponibilidad presupuestal, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 8 del Decreto 4836 de 2011.

Ley de Garantías extensiva a entes territoriales

La Contraloría señala que de conformidad con los artículos 32, 33 y 38 de la Ley 996 de 2005 y el Concepto No. 2011 del 10 de junio de 2010 de la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado, la Ley de Garantías, es aplicable a las entidades territoriales no solo para las elecciones de carácter territorial sino también para las de orden nacional.

La Ley de Garantías comenzará a regir desde el 25 de enero de 2014, si no existe interés del Presidente o Vicepresidente de la República en su reelección, en caso de que estos anuncien su interés de reelección, la ley comenzará a regir desde el 25 de noviembre de 2013.

4. OBSERVATORIO LEGISLATIVO

4.1 Proyecto de ley de infraestructura, ponencia segundo debate Cámara

El pasado miércoles 12 de noviembre, se radicó la ponencia del segundo debate en Cámara de Representantes.

En comparación con el texto aprobado en primer debate, la iniciativa presenta una serie de modificaciones, dentro de las cuales sobresalen las propuestas realizadas, entre otras, a los artículos de definiciones y de gestión ambiental.

Definiciones

El principal cambio en el artículo referente a las definiciones, se refiere a la definición de fase 1 de prefactibilidad, en cuyo texto se realizó un ajuste de la redacción con el fin de

aclarar que la variable ambiental está contenida desde el comienzo de la estructuración de los proyectos de infraestructura de transporte.

Gestión ambiental

En el capítulo de Gestión Ambiental encontramos los siguientes cambios:

En los Artículos 40, 42 y 43 se establece que el retardo injustificado en materia de licenciamiento ambiental y la modificación de la Licencia Ambiental exclusiva para la inclusión de nuevas fuentes de materiales en la licencia ambiental por parte de la autoridad ambiental podrá ser investigado y sancionado.

Se rectifica la redacción del artículo 42, referente a cambios menores en las licencias ambientales, modificando la Agencia Nacional de Licencias Ambientales por Autoridad Nacional de Licencias Ambientales con el fin de no generar confusiones.

En el artículo 45, referente a los proyectos de infraestructura de transporte que no requieren licencia ambiental.

Si desea obtener alguno de los documentos aquí reseñados puede realizar la solicitud en la siguiente dirección de correo electrónico: sguerrero@infraestructura.org.co