

CONTENIDO

1. NOVEDADES NORMATIVAS

- 1.1. Nuevo decreto reglamentario del CREE
- 1.2. Borrador de decreto sobre retención en la fuente

2. CONCEPTOS CONSEJO DE ESTADO.

- 2.1 Alcances progresivos en los contratos de concesión vial.
- 2.2. Régimen al que están sometidos los contratos de concesión para obras viales

3. CONCEPTOS CONTRALORIA

- 3.1 Manuales de contratación y alcance del control de legalidad de la contratación estatal.
- 3.2 Hechos cumplidos en la contratación estatal.

1. NOVEDADES NORMATIVAS

1.1. Nuevo decreto reglamentario del CREE

El pasado 27 de agosto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió el Decreto 1828, mediante el cual el Gobierno espera facilitar, asegurar y acelerar el recaudo del impuesto sobre la renta para la equidad.

Autorretención

En el nuevo reglamento se establece que todos los sujetos pasivos del CREE (las sociedades, personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la

renta y complementarios y las sociedades, y entidades extranjeras contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta; por sus ingresos de fuente nacional obtenidos mediante sucursales y establecimientos permanentes), salvo los casos de contrato de mandato, tendrán la calidad de autorretenedores.

Para tales efectos, en la norma se ha incorporado una tabla con tarifas para la liquidación de la autorretención, discriminado por actividad económica.

Para tales efectos es necesario tener en cuenta que la autorretención no es procedente cuando se trate de pagos o abonos en cuenta que no se encuentran gravados con el impuesto sobre la renta para la equidad-CREE y que se restan de la base gravable de conformidad con el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012.

Así mismo, se ha establecido que el autorretenedor podrá descontar los valores autorretenidos en exceso o indebidamente del monto de las autorretenciones por declarar y consignar en el respectivo período. Adicionalmente, en caso que el monto de las autorretenciones sea insuficiente, podrá efectuar el descuento del saldo en los períodos siguientes.

Declaración y pago

Las fechas en que deberá efectuarse la declaración de este impuesto dependen del monto de los ingresos brutos obtenidos al 31 de diciembre del 2010. Si estos fueron iguales o superiores a 92.000 unidades de valor tributario, la declaración será mensual, mientras que para ingresos inferiores será cuatro meses.

Para los primeros, la presentación de las declaraciones dará inicio el 8 de octubre próximo y se extenderán hasta el 23 de enero de 2014. En el segundo caso, la primera declaración deberá efectuarse a partir del 10 de enero de 2014. En ambos casos, esta obligación se hará efectiva en la medida que los sujetos pasivos realicen operaciones sujetas a retención en el respectivo período.

Es necesario tener en cuenta que los autorretenedores que cuenten con el mecanismo de firma digital están obligados a presentar las declaraciones por medios electrónicos, de lo contrario se tendrán como no presentadas.

Bases para calcular la retención

El artículo 4 del Decreto menciona que las bases para calcular la retención del impuesto sobre la renta serán aplicables igualmente para practicar la autorretención del CREE.

No obstante lo anterior, en la norma se han establecido 7 casos en los cuales la retención se practicará atendiendo unas reglas específicas, tales como la compra de combustibles derivados del petróleo a distribuidores mayoristas o minoristas, el transporte terrestre automotor que se preste a través de vehículos de propiedad de terceros, las transacciones realizadas a través de la Bolsa de Energía, los servicios integrales de aseo y cafetería, de vigilancia, autorizados por la Superintendencia de Vigilancia Privada, de servicios temporales prestados por empresas autorizadas por el Ministerio del Trabajo y en los prestados por las cooperativas y pre-cooperativas de trabajo asociado en cuanto a mano de obra se refiere vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria, entre otros.

1.2. Borrador de decreto sobre retención en la fuente

La DIAN ha dado a conocer un borrador de Decreto reglamentario, en el cual se reajustan tres tarifas de retención en la fuente.

El objetivo de este decreto es establecer nuevas tarifas de retención en la fuente por concepto del impuesto sobre la renta con el fin de hacer efectiva la disminución de la tarifa del impuesto de renta del 33% al 25% y así garantizar el adecuado flujo de recursos a la Nación.

Retención en la fuente para los contratos de construcción.

En el artículo 1 del borrador de norma, se propone la modificación de tarifas de retención por tres conceptos.

El primer caso es el aplicable a pagos o abonos en cuenta que por los conceptos señalados en el inciso primero del artículo 5 del Decreto 1512 de 1985 efectúen las personas jurídicas, las sociedades de hecho y las demás entidades y personas naturales que tengan la calidad de agentes retenedores, para el cual se realiza un reajuste del 3.5% al 2.5%.

Por otra parte, para los rendimientos financieros provenientes del pago de intereses anticipados o vencidos en títulos con rendimientos anticipados o vencidos y en las enajenaciones de los mismos, independientemente de si los títulos están denominados en moneda legal colombiana, moneda extranjera o unidades de valor real, se disminuye la tarifa del 7% al 4%.

Finalmente, se propone en esta norma que, para los contratos de construcción y la adquisición de bienes raíces se realice un aumento del 1% al 2.5%; es decir un reajuste en un 150%, lo cual afectaría sensiblemente los flujos de caja de las empresas constructoras.

Según se ha anunciado el Decreto será expedido en los próximos días.

2. CONCEPTOS CONSEJO DE ESTADO.

2.1 “Alcances progresivos” en los contratos de concesión vial.

El pasado 23 de agosto, el Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, Consejero ponente William Zambrano Cetina, con el radicado 11001-03-06-000-2013-00211-00 (2148), emitió concepto acerca de las cláusulas denominadas alcances progresivos, pactadas en los contratos de concesión de obra de infraestructura vial.

La sala inicia su pronunciamiento, señalando que dado que en la ley no se define que se debe entender por “adición” de un contrato estatal, la jurisprudencia y la doctrina han perfilado el significado del mismo, concluyendo que la adición de los contratos estatales consiste en una modificación de los mismos, efectuada por las partes, de común acuerdo, o unilateralmente por la entidad estatal, para agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, pero que guardan una estrecha relación con el mismo, con el objeto de lograr la finalidad perseguida en el contrato, y/o modificar el precio del contrato, siempre que dicho ajuste tenga un fundamento legal,

técnico y económico, y no se trate de la simple actualización de los precios estipulada por las partes o de la revisión de los mismos por el acaecimiento de hechos sobrevinientes.

Señalando que en todos los contratos, las adiciones pueden ser de dos clases, las ordinarias y aquellas previstas por las partes desde el pliego de condiciones.

Las adiciones ordinarias, obedecen a situación imprevistas, surgidas durante la ejecución del contrato, lo que hace necesario el suministro de ciertos bienes, ejecutar determinadas obras o realizar ciertas actividades no contempladas en el alcance original del objeto de contrato, pero que son requeridas para su debido cumplimiento y para la obtención de la finalidad del contrato.

Las adiciones que pertenecen a los llamados “alcances progresivos” en los contratos de concesión de infraestructura vial, surgen por condiciones explícitamente pactadas por las partes desde el pliego de condiciones y que son consagradas expresamente en este y en el contrato.

Los alcances progresivos están sujetos a todos los límites, formalidad, requisitos y en general a las reglas establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en sus disposiciones complementarias y su finalidad es el no sobredimensionar la infraestructura vial.

La Sala concluye que a menos que los “alcances progresivos” se sometan al cumplimiento de los principios de planeación, transparencia, libre competencia, económica y selección -

objetiva, en un contexto que no restrinja el mercado competitivo, equitativo y participativo, que pondere el interés privado y el interés de la comunidad, no deben ser considerados como una adición a los contratos de concesión vial.

2.2 Régimen al que están sometidos los contratos de concesión para obras viales

El pasado 2 de agosto, el Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, Consejero ponente Augusto Hernández Becerra, con el radicado 11001-03-06-000-2013-00213-00 (2149), emitió concepto sobre el régimen al que están sometidos los contratos de concesión para obras viales celebrados antes de la ley 1508 de 2012, especialmente en cuanto a los límites aplicables a su prórroga y adición.

La sala inicia su pronunciamiento señalando que los contratos celebrados por las entidades públicas en vigencia de una determinada ley, régimen o estatuto de contratación deben seguirse rigiendo por esta hasta su terminación, salvo en casos excepcionales; y finaliza mencionando que los contratos de concesión vial solo pueden adicionar obras relacionadas con los corredores viales.

Sobre el régimen al que están sometidos los contratos de concesión para obras viales celebrados antes de la ley 1508 de 2012, la sala señala que estos se deben seguir rigiendo por la ley, régimen o estatuto bajo el cual fueron celebrados hasta su terminación, de igual manera señala que tanto las prórrogas como las adiciones a los contratos de concesión de obra pública celebrados desde la entrada en vigencia de la ley 80 de 1994 y hasta la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2006, se siguen por las disposiciones contenidas en la

ley 80 y, que cuando se trata de obras de infraestructura vial, estas se regirán por las contenidas en la ley 105 de 1993.

Para finalizar la sala señala los límites aplicables a su adición, puntualizando que en los contratos de concesión vial, solo se pueden adicionar obras que estén directamente relacionadas con los corredores viales cuya contratación, mantenimiento y operación constituya un objeto principal de dichos contratos, siempre que se trate de actividades que surgen necesarias durante la ejecución del contrato.

3. CONCEPTOS CONTRALORIA

3.1 Manuales de contratación y alcance del control de legalidad de la contratación estatal.

En días pasados la Contraloría General de la República, en ejercicio de sus funciones, emitió el concepto 2013EE0074721, en el cual, a través de un recuento regulatorio aclara la finalidad de los manuales de contratación de las entidades estatales y el alcance del control de legalidad de la contratación estatal.

Manuales de contratación.

Empieza el documento mencionando la obligación que tienen las entidades estatales que están sometidas al Estatuto General de contratación de contar con un manual de contratación, el cual debe definir internamente, quienes deben cumplir y en qué condiciones y términos, las diferentes funciones y deberes establecidas en el ordenamiento jurídico, con la finalidad de establecer quienes son los responsables en las diferentes etapas del proceso contractual.

Los manuales de contratación deben ser ajustados en la medida en que los mismos pierdan vigencia, señalando que el incumplimiento de este deber puede generar responsabilidad disciplinaria para quien tenía la responsabilidad de hacer la modificación.

Alcance del control de legalidad de la contratación estatal.

En este punto, la Contraloría señala que el control fiscal, se limita a la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejan fondos o bienes del Estado, en todos sus órdenes y niveles, para lo cual se aplican los sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados y de evaluación de control interno.

La Contraloría señala, que no existe responsabilidad fiscal, en aquellos casos en que se evidencia un incumplimiento del deber de expedir o actualizar el manual de contratación de una entidad estatal, ya que ésta solo puede atribuirse si existe una conducta dolosa o culposa imputable a una persona que realiza gestión fiscal, una daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

3.2 Hechos cumplidos en la contratación estatal.

En días pasados la Contraloría General de la República absolvió la consulta planteada por el ciudadano Juan Camilo Camacho Osorio, relacionada con los hechos cumplidos en la contratación pública.

Consideraciones

En primer lugar se menciona que, el concepto de "hechos cumplidos" no tiene una definición legal, así en la Ley de Apropiaciones se haga alusión al término dentro de la prohibición de tramitar actos administrativos u obli-

gaciones que afecten el presupuesto de gastos cuando no reúnan los requisitos legales.

Por otra parte, el Estatuto Orgánico del Presupuesto, si bien no hace una alusión específica al concepto, resultará ser el fundamento principal de su definición, siendo notorio que su tratamiento alude específicamente al tema presupuestal.

Por lo anterior, para la Contraloría fue necesario tomar como referencia la definición adoptaba por la Dirección General de Apoyo Fiscal: "Los hechos cumplidos son actuaciones administrativas mediante las cuales una entidad pública materializa una obligación de erogación o pago sin el trámite presupuestal correspondiente. Estas obligaciones no se podrán cumplir sin la existencia de una sentencia judicial condenatoria o de una conciliación judicial."

Por otra parte, para el caso concreto de la Contratación Estatal, bajo el principio de planeación, se observa la aplicación ipso iure de las normas presupuestales, como sería el caso específico de la prohibición de iniciar procesos de selección sin contar con las respectivas partidas presupuestales lo cual además de ser contrario a una norma de orden público, generará la imposibilidad de ejecutar el contrato así haya sido suscrito por las partes.

Concluye el concepto que, como la normatividad estrictamente aplicable a la contratación estatal no hace una remisión expresa a este tema, se extenderá a la contratación pública el concepto general; es decir, se debe entender como aquellos negocios jurídicos materializados y que pueden generar obligaciones o erogaciones que **afecten** recursos públicos, sin que previamente hayan cumplido de lleno con las apropiaciones presupuestales para tal efecto.