

## NOVEDADES TRIBUTARIAS

Presentamos, a continuación, algunos puntos de carácter tributario que consideramos de su interés:

**Pago oportuno de las declaraciones de retención en la fuente para que éstas no sean ineficaces:** la ANDI dirigió una comunicación al Director General de la DIAN para señalarle que un correcto entendimiento de las disposiciones tributarias, esto es, basado en el espíritu de justicia al que alude el artículo 683 del Estatuto Tributario, permite concluir que la ineficacia de las declaraciones de retención en la fuente opera de pleno derecho cuando el pago no ha sido efectuado de manera oportuna, esto es, cuando el pago ha sido efectuado por fuera de los plazos señalados por las normas.

Lo anterior, porque la DIAN ha manifestado que el pago de la declaración de retención en la fuente debe ser concomitante con la presentación de la misma; interpretación ésta que, además de alejada del espíritu de justicia, desconoce, que en el caso de las declaraciones presentadas por medio electrónico, nunca es simultáneo el envío de la declaración y el pago, porque efectuada la transmisión de la declaración el sistema debe arrojar el comprobante respectivo para luego proceder al pago.

La ANDI informará oportunamente de la respuesta que reciba del Director General de la DIAN.

**Nuevo pronunciamiento del Consejo de Estado en materia de deducciones:** en sentencia del 5 de mayo de 2011 (Consejera Ponente: Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia; número interno 17888), el Consejo de Estado trata nuevamente sobre la deducibilidad de unos gastos. De esta sentencia son de destacar los puntos siguientes:

- 1. Las indemnizaciones pagadas por una empresa transportadora por pérdida de mercancías no son deducibles:** dice el Consejo de Estado que estas indemnizaciones no son deducibles. Los apartes pertinentes de la sentencia dicen:

“La demandante pretende que se acepte como expensa necesaria deducible el pago de la indemnización ordenada mediante sentencia judicial que la encontró responsable de un hecho antijurídico, esto es, el incumplimiento de un contrato que se verificó en la pérdida de la mercancía entregada para su transporte.

“La indemnización pagada es la compensación o la forma de resarcir el daño causado y si bien en el ordenamiento legal, está previsto que el transportador es responsable de la destrucción o pérdida o avería de la carga entregada para su transporte, no puede confundirse con los gastos o expensas necesarias para la actividad de transporte aéreo de carga.

**“Aceptar lo pretendido por el contribuyente sería admitir que en el servicio que presta la contribuyente es preciso la ocurrencia permanente de hechos antijurídicos como el incumplimiento del contrato de transporte para que, una vez determinada su responsabilidad, se le ordene y pague por los perjuicios causados y entender que de éste hecho se deriva en porcentaje de la renta, lo cual riñe con el ordenamiento legal”.** (Negrillas y subrayas fuera de texto).

- 2. Impuestos de pesas y medidas y la sobretasa bomberil sí son deducibles:** como en el municipio respectivo, el impuesto de pesas y medidas y la sobretasa bomberil son complementarios del de industria y comercio, el Consejo de Estado dijo que sí son deducibles. La parte pertinente de la sentencia dice:

“Dado que el impuesto por pesas y medidas y la sobretasa bomberil, en ese municipio, son complementarios del impuesto de industria y comercio y, por ende, hacen parte integral de este impuesto autorizado por el legislador como deducible y así lo aceptó la demandada, **en el caso**, es procedente dar aplicación al principio general de Derecho, según el cual, ‘lo accesorio sigue la suerte de los principal’”. (Negrillas del original).

- 3. Erogaciones por concepto de Estampillas son deducibles:** en cuanto a las estampillas, el Consejo de Estado consideró que las erogaciones por este concepto son deducibles, toda vez que tienen relación de causalidad con la actividad generadora de renta, al corresponder a un porcentaje de los valores facturados. Esto llama la atención, porque, como fue dicho, en esta misma sentencia el Consejo de Estado no encontró que existiera relación de causalidad en el caso de las indemnizaciones por pérdida de mercancía en una empresa transportadora. Dice así la parte pertinente de la sentencia:

**“En efecto, el gravamen que consagró el legislador a favor de las entidades departamentales como estampilla sigue la regla general del artículo 107 del Estatuto Tributario para las expensas necesarias, y no la limitación que consagra el artículo 115 del mismo Estatuto sobre los impuestos deducible”.** (Subrayas del original).

#### 4. **Rechazo a la deducción de un plan institucional de pensiones voluntarias por falta de identificación de los trabajadores:** la parte pertinente de la sentencia dice:

“Así, efectuado por parte del empleador un aporte voluntario en virtud del plan de pensiones que haya celebrado, se entiende que debe tener la información correspondiente a los partícipes o beneficiarios a quienes debe abonarse, pues, conforme al inciso 3 del artículo 126-1 ib., es considerado como ingreso no constitutivo de renta y ganancia ocasional, hasta el porcentaje allí previsto y sujeto al requisito de permanencia señalado en la ley; mientras que el empleador o patrocinador que lo pagó obtiene el derecho a su deducibilidad.

“ ...

“En efecto, el valor pagado por la contribuyente al Fondo de Pensiones Colseguros S.A. no encaja en la previsión de la norma que hace viable el beneficio, porque si bien es un “aporte voluntario” de la contribuyente, no se demuestra que tenga el carácter de contribución “del empleador” para cumplir uno o varios **planes de pensiones de jubilación e invalidez**, que da derecho a las personas, en cuyo favor se haya celebrado de percibir una prestación en la forma prevista en la ley, que puede consistir en el pago de un capital o de una renta temporal o vitalicia por causa de vejez, invalidez, viudez u orfandad.” (Negrillas del original).

**Otro pronunciamiento del Consejo de Estado en el que señala que las sentencias de nulidad tienen efectos ex nunc, similares a los de las sentencias de los fallos de inexecutable:** esta posición está contenida en sentencia de febrero 23 de 2011 (Consejero Ponente: Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; número interno 17139). La parte pertinente de la sentencia dice:

“Bajo el entendido de que la ley en sentido material es tan general como la ley en sentido formal, **cierta doctrina judicial del Consejo de Estado de manera acertada precisó que los efectos de nulidad de los actos administrativos de carácter general deben ser los mismos que se predicen para la inexecutable**, “(...) porque naturalísticamente se trata del mismo fenómeno, la diferencia radica en el órgano jurisdiccional que resuelva el conflicto (...)” subrayas nuestras.

“En ese entendido, habida cuenta de que “La nulidad en el proceso contencioso administrativo (...) sólo busca que el orden jurídico del Estado sea reparado, [e] involucra una pretensión general y no particular. (...), el efecto de la nulidad debe respetar sin duda las

*situaciones que se han desprendido del acto nulo, constituyendo decisión independiente.”*

“Por eso, tratándose de las situaciones jurídicas creadas y consolidadas en vigencia de la ley (en sentido material y formal), no se afectan, en virtud de la declaratoria de nulidad o de inexequibilidad de esa ley o norma jurídica a cuyo amparo se consolidaron.

**Sanción de inexactitud debe mantenerse cuando el costo o deducción no está bien soportado, pero no en todos los casos que el soporte tenga vicios de forma:** mediante el concepto No. 50941 del 12 de julio de 2011, la DIAN sostiene que la sanción de inexactitud debe mantenerse cuando el costo o deducción no está bien soportado, pero no en todos los casos que el soporte tenga vicios de forma. El concepto tiene como base una sentencia del Consejo de Estado de junio 28 de 2010 (Consejera Ponente: Dra. Carmen Teresa Ortiz, que mantuvo la sanción de inexactitud, porque las facturas no tenían ni el NIT, ni el nombre del contribuyente, de tal suerte que no lograban probar los costos o gastos. Por ello, el concepto de la DIAN aclara que no siempre la inexactitud debe acompañar el rechazo de costos por falta de requisitos formales. Dice así la parte pertinente del concepto:

“En consecuencia, este despacho reitera que cuando se incluyen deducciones o costos inexistentes, referidos dentro de supuesto anteriormente analizado y debidamente sustentado por la Sentencia del Honorable Consejo de Estado, señalada, es un hecho sancionable con inexactitud.

“De esta manera el Concepto 124515 de 2000, se refiere a costos y deducciones declarados que son objeto de rechazo por incumplimiento de requisitos formales o deficiencias en su comprobación, aspectos que no acarrear sanción por inexactitud, situación diferente a la planteada en la sentencia invocada en la consulta, pues allí las facturas estaban a nombre de un tercero.

“Por lo tanto, de acuerdo lo expuesto, considera el Despacho que el Concepto 124515 de diciembre 27 de 2000, se encuentra vigente.”

Esperamos que esta información les sea de utilidad.

Reciban un cordial saludo,

ALBERTO ECHAVARRÍA SALDARRIAGA  
Vicepresidente de Asuntos Jurídicos y Sociales