

ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL EN MATERIA TRIBUTARIA

Bogotá D.C., febrero de 2010


CAMARA
DE COMERCIO DE BOGOTA

CONTENIDO



1. Decreto Ley 129 del 21 de enero de 2010
2. Sentencia del 26 de noviembre de 2009, radicación 16877 – Pagos de indemnizaciones por despido injustificado
3. Sentencia del 26 de octubre de 2009, radicación 16598 – Pérdidas en contratos de fiducia.
4. Sentencia del 11 de junio de 2009, radicación 16830 – Excepción de ilegalidad del párrafo del artículo 104 del Decreto Distrital 807 de 1993.
5. Concepto DIAN 103512 del 17 de diciembre de 2009. – Compra de activos por valor inferior a 50 UVT (Art. 158-3)
6. Concepto DIAN 58088 del 17 de julio de 2009 – Deducción 40% (hoy 30%) contratos de leasing (Art. 158-3 E. T.)
7. Concepto DIAN 434973 del 02 de mayo de 2008 – Aporte obligatorios de salud, disminuyen la base de retención para ingresos laborales
8. Oficio No. 220-115333 de septiembre 15 de 2009, la Superintendencia de Sociedades - S.A.S.: Certificación de revisor fiscal, reserva legal, transformación de sociedad mercantil en S.A.S.

Decreto Ley 129 21 enero 2010



Artículo 2 °. La celebración y cumplimiento de las obligaciones derivadas de contratos de prestación de servicios estará condicionada a la verificación por parte del contratante **de la afiliación y pago de los aportes** al sistema de protección social; conforme a las disposiciones legales, para lo cual deberá solicitar que se relacione en la factura, o cuenta de cobro, el número o referencia de la planilla de pago de los aportes respectivos. Para tal fin, el Gobierno Nacional podrá establecer mecanismos de verificación y suministro de la información necesaria para cumplir con este deber por parte del contratante.

En el evento **en que no se hubieran realizado totalmente los aportes** correspondientes, el contratante deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo defina el reglamento.

Decreto Ley 129 21 enero 2010



Artículo 3 °. Adiciónese el artículo 108 del Estatuto Tributario con el siguiente párrafo:

“**Parágrafo 2°.** Para efectos de la deducción por salarios de que trata el presente artículo se entenderá que tales aportes parafiscales deben efectuarse de acuerdo con lo establecido en las normas vigentes, Igualmente, **para aceptar la deducción por pagos a trabajadores independientes, el contratante deberá verificar la afiliación y el pago de las cotizaciones y aportes a la protección social que le corresponden según la ley.**”

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, podrá efectuar las gestiones que sean necesarias para comprobar la correcta liquidación de los aportes tanto de asalariados como de trabajadores independientes. En caso de encontrar inconsistencias, reportará este hecho a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para lo de su competencia”.

Decreto Ley 129 21 enero 2010



ANTERIOR	ACTUAL con el Decreto-Ley 129 de Enero de 2010
<p>ARTICULO 108. LOS APORTES PARAFISCALES SON REQUISITO PARA LA DEDUCCIÓN DE SALARIOS. Para aceptar la deducción por salarios, los patronos obligados a pagar subsidio familiar y a hacer aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), al Instituto de Seguros Sociales (ISS), y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), deben estar a paz y salvo por tales conceptos por el respectivo año o período gravable, para lo cual, los recibos expedidos por las entidades recaudadoras constituirán prueba de tales aportes. Los empleadores deberán además demostrar que están a paz y salvo en relación con el pago de los aportes obligatorios previstos en la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, para aceptar la deducción de los pagos correspondientes a descansos remunerados es necesario estar a paz y salvo con el SENA y las Cajas de compensación familiar.</p> <p>PARAGRAFO. Para que sean deducibles los pagos efectuados por los empleadores cuyas actividades sean la agricultura, la silvicultura, la ganadería, la pesca, la minería, la avicultura o la apicultura, a que se refiere el artículo 69 de la ley 21 de 1982, por concepto de salarios, subsidio familiar, aportes para el SENA, calzado y overoles para los trabajadores, es necesario que el contribuyente acredite haber consignado oportunamente los aportes ordenados por la citada ley.</p>	<p>ARTICULO 108. LOS APORTES PARAFISCALES SON REQUISITO PARA LA DEDUCCIÓN DE SALARIOS. Para aceptar la deducción por salarios, los patronos obligados a pagar subsidio familiar y a hacer aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), al Instituto de Seguros Sociales (ISS), y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), deben estar a paz y salvo por tales conceptos por el respectivo año o período gravable, para lo cual, los recibos expedidos por las entidades recaudadoras constituirán prueba de tales aportes. Los empleadores deberán además demostrar que están a paz y salvo en relación con el pago de los aportes obligatorios previstos en la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, para aceptar la deducción de los pagos correspondientes a descansos remunerados es necesario estar a paz y salvo con el SENA y las Cajas de compensación familiar.</p> <p>PARAGRAFO. Para que sean deducibles los pagos efectuados por los empleadores cuyas actividades sean la agricultura, la silvicultura, la ganadería, la pesca, la minería, la avicultura o la apicultura, a que se refiere el artículo 69 de la ley 21 de 1982, por concepto de salarios, subsidio familiar, aportes para el SENA, calzado y overoles para los trabajadores, es necesario que el contribuyente acredite haber consignado oportunamente los aportes ordenados por la citada ley.</p> <p>“Parágrafo 2 (adicionado con Art. 3 del Decreto Ley-129 de Enero de 2010). Para efectos de la deducción por salarios de que trata el presente artículo se entenderá que tales aportes parafiscales deben efectuarse de acuerdo con lo establecido en las normas vigentes, <u>Igualmente, para aceptar la deducción por pagos a trabajadores independientes, el contratante deberá verificar la afiliación y el pago de las cotizaciones y aportes a la protección social que le corresponden según la ley.</u></p> <p>La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, podrá efectuar las gestiones que sean necesarias para comprobar la correcta liquidación de los aportes tanto de asalariados como de trabajadores independientes. En caso de encontrar inconsistencias, reportará este hecho a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para lo de su competencia”.</p>

Decreto Ley 129 21 enero 2010



Artículo 4 °. Adiciónese el artículo 647 del Estatuto Tributario con el siguiente párrafo:

“Parágrafo: Las inconsistencias en la declaración del impuesto de renta y complementarios derivadas de la información a que hace referencia el párrafo 1° del artículo 50 de la ley 789 de 2003 (sic – es 2002) sobre aportes a la seguridad social será sancionable a título de inexactitud, en los términos del presente Estatuto Tributario”.

Decreto Ley 129 21 enero 2010



Artículo 5°. Adiciónese artículo 617 del Estatuto Tributario con el siguiente literal:

“J. Tratándose de trabajadores independientes o contratistas, se deberá expresar que se han efectuado los aportes a la seguridad social por los ingresos materia de facturación, a menos que por otros conceptos esté cotizando por el monto máximo dispuesto por la ley, y se deberá señalar expresamente el número o referencia de la planilla en la cual se realizó el pago. Igualmente, se manifestará si estos aportes sirvieron para la disminución de la base de retención en la fuente en otro cobro o si pueden ser tomados para tal fin por el pagador; esta manifestación se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento”.

Decreto Ley 129 21 enero 2010



- ❖ ¿A partir de qué período gravable debe darse aplicación al nuevo párrafo del artículo 108? ¿2009, 2010 ó 2011?
- ❖ ¿Cómo verifica el contratante el pago de los aportes?
- ❖ ¿A partir de cuándo tiene aplicación el nuevo literal j del art. 617 del E.T.? Si la factura no cumple con el requisito del literal j, ¿pierde el carácter de título valor a la luz de la ley 1231 de 2008?
- ❖ El nuevo requisito del art. 617, ¿afecta la aplicación del art. 771-2 del E.T.?
- ❖ ¿A partir de qué período gravable tiene aplicación el nuevo párrafo del artículo 647 del E.T.?

Decreto Ley 129 21 enero 2010



❖ ¿A partir de qué período gravable debe darse aplicación al nuevo párrafo del artículo 108? ¿2009, 2010 ó 2011?

Debe aplicarse lo previsto en el art. 338 de la Constitución Política, toda vez que está regulando elementos sustanciales de un impuesto de período.

Así, su aplicación se hará efectiva a partir del 01 de enero de 2011.

Decreto Ley 129 21 enero 2010



❖ ¿Cómo verifica el contratante el pago de los aportes?

Dos últimos dígitos del NIT O CC. Día hábil de vencimiento

00 al 07	1°
08 al 14	2°
15 al 21	3°
22 al 28	4°
29 al 35	5°
36 al 42	6°
43 al 49	7°
50 al 56	8°
57 al 63	9°
64 al 69	10°
70 al 75	11°
76 al 81	12°
82 al 87	13°
88 al 93	14°
94 al 99	15°

Decreto Ley 129 21 enero 2010



❖ ¿Cómo verifica el contratante el pago de los aportes?

Como se observa, los trabajadores independientes pagan sus aportes en las fechas anotadas. Entonces:

¿Cómo verifica el contratante el pago de los aportes dentro del mismo mes?.

¿Cómo registra el trabajador independiente en su factura del mes, un pago de aportes que no ha efectuado?

¿Cuál es el mecanismo de verificación?

Decreto Ley 129 21 enero 2010



❖ ¿A partir de cuándo tiene aplicación el nuevo literal j del art. 617 del E.T.?

Por tratarse de un requisito exigido para aceptar la deducción por pagos a trabajadores independientes, deberá aplicarse lo consagrado en el artículo 338 de la Constitución Política para los impuestos de período. Así, los efectos fiscales de este requisito, se empezarán a hacer efectivos el 01 de enero de 2011.

Decreto Ley 129 21 enero 2010



❖ Si la factura no cumple con el requisito del literal j, ¿pierde el carácter de título valor a la luz de la ley 1231 de 2008?

No obstante, si a la factura de ese trabajador independiente, se le quiere dar el carácter de título valor, Sí debe contener este nuevo requisito a partir del 21 de enero de 2010. Dice la Ley 1231 de 2008:

*“Artículo 3º: El artículo 774 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: **Requisitos de la factura**. La factura deberá reunir, **además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código, y 617 del Estatuto Tributario** Nacional o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, los siguientes ...*

...

No tendrá el carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos legales señalados en el presente artículo.

...

*La omisión **de requisitos adicionales** que establezcan normas distintas a las señaladas en el presente artículo, no afectará la calidad de título valor de las facturas”*

Decreto Ley 129 21 enero 2010



❖ El nuevo requisito del art. 617, ¿afecta la aplicación del art. 771-2 del E.T.?

ARTÍCULO 617 E. T.	ARTÍCULO 771-2 E. T.
<p>REQUISITOS DE LA FACTURA DE VENTA. Para efectos tributarios, la expedición de factura a que se refiere el artículo 615 consiste en entregar el original de la misma, con el lleno de los siguientes requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none">a. Estar denominada expresamente como factura de venta.b. Apellidos y nombre o razón y NIT del vendedor o de quien presta el servicio.c. Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado.d. Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de facturas de venta.e. Fecha de su expedición.f. Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados.g. Valor total de la operación.h. El nombre o razón social y el NIT del impresor de la factura.i. Indicar la calidad de retenedor del impuesto sobre las ventas. <p>Al momento de la expedición de la factura los requisitos de los literales a), b), d) y h), deberán estar previamente impresos a través de medios litográficos, tipográficos o de técnicas industriales de carácter similar. ...</p>	<p>PROCEDENCIA DE COSTOS, DEDUCCIONES E IMPUESTOS DESCONTABLES. Para la procedencia de costos y deducciones en el impuesto sobre la renta, así como de los impuestos descontables en el impuesto sobre las ventas, se requerirá de facturas con el cumplimiento de los requisitos establecidos en los literales b), c), d), e), f) y g) de los artículos 617 y 618 del Estatuto Tributario.</p> <p>Tratándose de documentos equivalentes se deberán cumplir los requisitos contenidos en los literales b), d), e) y g) del artículo 617 del Estatuto Tributario.</p> <p>Cuando no exista la obligación de expedir factura o documento equivalente, el documento que pruebe la respectiva transacción que da lugar a costos, deducciones o impuestos descontables, deberá cumplir los requisitos mínimos que el Gobierno Nacional establezca.</p> <p>PARAGRAFO. En lo referente al cumplimiento del requisito establecido en el literal d) del artículo 617 del Estatuto Tributario para la procedencia de costos, deducciones y de impuestos descontables, bastará que la factura o documento equivalente contenga la correspondiente numeración.</p>

Decreto Ley 129 21 enero 2010



❖ ¿A partir de qué período gravable tiene aplicación el nuevo párrafo del artículo 647 del E.T.?

Si bien esta norma hace parte del Libro Quinto “Procedimiento Tributario”, lo cual podría hacer pensar que los efectos son inmediatos, por tratarse de la determinación de una sanción, **tiene el carácter de norma sustancial**, por lo que debe aplicarse lo consagrado en el artículo 338 de la Constitución Política; es decir, lo concerniente a los impuestos de período, por lo que su aplicación, siendo consecuentes con la aplicación del nuevo párrafo del art. 108 y del nuevo literal j del art. 617 del E. T., se hará efectiva a partir del 01 de enero de 2011.

Sentencia 13427 del diecinueve (19) de mayo de dos mil cinco (2.005): *“como la sanción tributaria tiene naturaleza sustancial (1), sus elementos deben estar previamente establecidos por el legislador, conforme al principio de legalidad de los tributos, previsto en el artículo 338 de la Constitución Política”*

(1) Sección Cuarta, sentencia de 10 de noviembre de 2000, expediente 10870, C.P doctor Juan Ángel Palacio



Sentencia del 26 de noviembre de 2009, radicación 16877 –

Pagos de indemnizaciones por despido injustificado

Origen: La DIAN desconoció la deducción por indemnización por despido injustificado.

La demanda: El contribuyente demanda la nulidad de la LOR, por considerar que este gasto es necesario y tiene relación de causalidad con la producción de sus rentas. Igualmente, porque es proporcionado y porque se ejecutó en el año gravable en que se solicitó.

Contestación de la demanda: La DIAN señala que este gasto no cumple con los requisitos de las deducciones, entre otras cosas, por ser originado en una decisión unilateral del contribuyente.

Sentencia de primera instancia: El Tribunal Adm. De Cund. señaló que la indemnización corresponde al concepto de lucro cesante y daño emergente, y por lo tanto no es un ingreso laboral, ni mucho menos salarial, pues no es contraprestación por el servicio laboral. Así, no cumple con los requisitos de las deducciones.

Sentencia de segunda instancia: El Consejo de Estado concluye que la indemnización no constituye salario, pero reconoce que es un ingreso laboral, y procede a analizar si es deducible o no (art. 107 E. T.). Después de analizar los elementos de las deducciones, concluye que **NO ES DEDUCIBLE**.

Sentencia del 26 de noviembre de 2009, radicación 16877 –



Pagos de indemnizaciones por despido injustificado

Sentencia el Consejo de Estado: “El hecho de que legalmente se deba la indemnización no la convierte en indispensable para facilitar la generación de renta, como no lo es el pago de cualquier sanción que deba sufragar el contribuyente por sus acciones u omisiones en los diferentes aspectos del desarrollo de su actividad económica”.

Conceptos de indemnización por daño emergente y lucro cesante:

Daño emergente: Son los ingresos en dinero o en especie percibidos por el asegurado para sustituir el activo patrimonial perdido. (Art. 37 D.R. 2595 de 1979). Es INCRNGO , según artículo 47 del Estatuto Tributario.

Lucro cesante: Son los ingresos percibidos para sustituir una renta que el asegurado deja de realizar. (Art. 37 D.R. 2595 de 1979). Es renta gravable, según artículo 47 del Estatuto Tributario.



Sentencia del 26 de octubre de 2009, radicación 16598 –

Pérdidas en contratos de fiducia.

Origen: La DIAN desconoció la deducción por pérdidas en fideicomisos.

Según el contribuyente, con un extraño y peligroso argumento, *“la DIAN sostiene que el sujeto titular de los beneficios en el contrato de fiducia es la fiduciaria”*

La demanda: El contribuyente demanda la nulidad de la LOR, por considerar las pérdidas en un fideicomiso reúnen los requisitos de los gastos deducibles, teniendo en cuenta que si, en caso contrario, el resultado es positivo, esta utilidad es gravable.

Contestación de la demanda: Con otro argumento confuso, de acuerdo con los hechos, la DIAN manifestó que *“se desconoció la deducción por pérdida en fideicomiso porque el traslado de bienes al patrimonio de las fiduciarias para cumplir con el cometido de un contrato de fiducia no constituye una pérdida que reúna los requisitos de las deducciones de que trata la ley tributaria”*.

Y dice la DIAN: *“... el valor de los derechos sobre el patrimonio y, en consecuencia, los costos y gastos sobre aquél deben ser declarados por quien los explota económicamente, es decir, por la fiduciaria a quien se le trasladaron”*. Esta afirmación atenta contra la estructura jurídica del negocio fiduciario en Colombia.

Sentencia del 26 de octubre de 2009, radicación 16598 –
Pérdidas en contratos de fiducia.



Contestación de la demanda: Otra manifestación que denota confusión en la DIAN sobre el negocio fiduciario:

“De acuerdo con lo anterior y según los derechos fiduciarios aportados por el contribuyente en calidad de beneficiario, los costos y gastos incurridos por la fiduciaria antes de obtener un resultado para el beneficiario no pueden ser solicitados como deducción por el beneficiario, pues no tienen la explotación económica de los bienes, ni ejercen la actividad productora de renta que efectúa la fiducia”.

Sentencia del 26 de octubre de 2009, radicación 16598 –
Pérdidas en contratos de fiducia.



Sentencia de primera instancia: El Tribunal sentenció:

“... no es procedente la deducción por pérdida en fideicomiso porque conforme a las normas que rigen la fiducia mercantil, así como las normas tributarias que regulan esa figura (artículo 102 del Estatuto Tributario), las utilidades del fideicomiso pueden ser declaradas por el beneficiario pero no las pérdidas.”

El artículo 102 citado es una norma especial en materia de fiducia, por lo que NO ES procedente la deducción propia de las expensas necesarias a que se refiere el artículo 107 ibídem”.

Sentencia del 26 de octubre de 2009, radicación 16598 –
Pérdidas en contratos de fiducia.



Recurso de Apelación: El contribuyente presentó ante el Consejo de Estado, los siguientes argumentos:

“El Tribunal interpretó exegéticamente el artículo 102 del Estatuto Tributario porque partió del término “utilidades” que consagra la norma para señalar que, contrario sensu, no se aplica tratándose de pérdidas.

El argumento del Tribunal es como si se dijera que, como el artículo 26 ibídem no tiene en cuenta la pérdida líquida o la renta líquida negativa, el contribuyente no podría registrar en la declaración si se produjera una pérdida.

El artículo 102 del Estatuto Tributario tiene que interpretarse sistemáticamente, por ello, si la norma se refiere a que las utilidades obtenidas en el fideicomiso conservan el carácter de gravables o no gravables, se debe entender que se trata de rentas que pueden ser negativas, pues las normas del Estatuto Tributario no hablan de utilidades gravables o no gravables sino de “rentas”



Sentencia del 26 de octubre de 2009, radicación 16598 –
Pérdidas en contratos de fiducia.

Sentencia de segunda instancia: El Consejo de Estado, después de analizar los artículos 102 y 271-1 del E. T., concluyó:

“Al final de cada ejercicio gravable se debe efectuar una liquidación de las utilidades obtenidas en el respectivo período por el fideicomiso y por cada beneficiario”.

Si los beneficiarios no se pueden identificar porque el fideicomiso se encuentra sometido, entre otras circunstancias, a condiciones suspensivas, resolutorias, o a sustituciones o revocatorias, las rentas deben ser gravadas en cabeza del patrimonio autónomo a la tarifa de las sociedades colombianas.

Si los bienes que conforman el patrimonio autónomo o los derechos sobre el mismo se transfieren a personas o entidades diferentes del constituyente, el impuesto sobre la renta o ganancia ocasional se causan en cabeza del constituyente.

Si la transferencia es a título gratuito, el impuesto se causa en cabeza del beneficiario de los respectivos bienes o derechos.

Sentencia del 26 de octubre de 2009, radicación 16598 –
Pérdidas en contratos de fiducia.



Sentencia de segunda instancia:

“... en el presente asunto el beneficiario de los fideicomisos cuyas pérdidas fueron rechazadas por la DIAN, es el mismo ... demandante. En tal calidad y frente al impuesto de renta tiene la obligación de declarar las utilidades de los negocios fiduciarios que hubiera constituido a su favor, más no las pérdidas que genere el negocio”.

“... lo que interesa para efectos del impuesto de renta en cabeza del beneficiario del fideicomiso es la utilidad que le reporte el negocio fiduciario, no las pérdidas, pues es evidente que tales pérdidas se enjugarían con otros ingresos diferentes a los generados por el fideicomiso, lo cual no es procedente en materia del impuesto de renta”.



Sentencia del 26 de octubre de 2009, radicación 16598 –
Pérdidas en contratos de fiducia.

Sentencia de segunda instancia:

Después de analizar los conceptos de “pérdida operacional”, “pérdida de capital” y “pérdida en la enajenación de activos”, concluye:

“En ninguna de las hipótesis anteriores puede entenderse comprendida la pérdida solicitada por el actor, pues no se trata de una pérdida operacional ... de las que deba tratarse a través de la compensación con las rentas de otros años. Tampoco encuadra la pérdida en el fideicomiso en una pérdida de bien de capital o por la enajenación de un activo”.

“... el hecho de que sea una pérdida comercial no implica necesariamente que se trate de una pérdida fiscal. Las pérdidas fiscales son las expresamente previstas en la ley. Los contratos de fiducia que celebró el actor, son negocios que pueden arrojar unas utilidades o unas pérdidas, que para efectos del impuesto de renta del beneficiario tiene relevancia la utilidad más no la pérdida”.



Sentencia del 26 de octubre de 2009, radicación 16598 –
Pérdidas en contratos de fiducia.

Sentencia de segunda instancia:

“... la Sala no comparte la interpretación que hace el actor del término “utilidades” contenido en el artículo 102 del Estatuto Tributario en cuanto señala que debe entenderse como renta, bien sea negativa o positiva”.

“... En el caso que se presente renta líquida significa que hay utilidad y es la base gravable del tributo. En el caso de que se presente pérdida, simplemente no será la base gravable del impuesto y se acudirá a otro sistema de determinación de la renta líquida gravable. De manera que cuando una disposición señala que se gravarán tales rentas, se refiere a un valor positivo que será la base gravable a la cual se aplicará la tarifa. Salvo que por disposición legal esa renta no sea gravable. De ahí que el numeral 2 del artículo 102 del Estatuto Tributario advierte que las utilidades conservarán el carácter de gravables o no gravables”.

Sentencia del 11 de junio de 2009, radicación 16830 – Excepción de ilegalidad del párrafo del artículo 104 del Decreto Distrital 807 de 1993.



Origen: La Dirección Distrital de Impuestos notificó requerimiento especial, incrementando el valor a pagar y determinando sanción por inexactitud.

El requerimiento fue respondido y posteriormente, la DDI ratificó su posición, notificando la Liquidación Oficial de Revisión, contra la cual se interpuso el recurso de reconsideración.

El contribuyente solicitó la declaración del silencio administrativo positivo, por haber transcurrido más de un año sin que le fuera resuelto el recurso.

La DDI no aceptó la solicitud, sobre la base de haber decretado unas pruebas con base en el párrafo del artículo 104 del Decreto Distrital 807 de 1993.

La demanda: El contribuyente demanda la nulidad de la LOR, por considerar que *“El auto de pruebas no suspendió el plazo de que trata el párrafo del artículo 104 del Decreto 807 de 1993, toda vez que fue notificado a una dirección procesal equivocada y sólo tuvo conocimiento del mismo hasta junio de 2005”*.

La contestación de la demanda: La DDI señaló que *“El auto de pruebas fue notificado válidamente”* y que *“Notificado en tiempo el auto de pruebas, el término para resolver el recurso quedó suspendido por 90 días”*.

Sentencia del 11 de junio de 2009, radicación 16830 – Excepción de ilegalidad del párrafo del artículo 104 del Decreto Distrital 807 de 1993.



Sentencia de primera instancia: El Tribunal argumentó que “*el auto de pruebas fue notificado por correo a dirección correcta, así operó la suspensión del término para decidir el recurso de reconsideración, por 90 días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 del Decreto 807 de 1993, por tanto la resolución que lo resolvió fue oportuna*”, sentenciando que la actuación de la DDI se ajustó a la ley y denegó las pretensiones de la demanda.

Sentencia de segunda instancia: Dice el Consejo de Estado:

“El inciso primero del artículo 104 del mencionado Decreto 807 [mod art. 54 D.401/99], dispone que “sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales del presente decreto y en aquellas normas del Estatuto Tributario Nacional a las cuales se remiten sus disposiciones, contra las liquidaciones oficiales, las resoluciones que aplican sanciones y demás actos producidos por la Administración Tributaria Distrital, procede el recurso (de) reconsideración el cual se someterá a lo regulado por los artículos 720, 722 a 725, 729 a 734 del Estatuto Tributario Nacional”.

El párrafo del aludido artículo 104 establece: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 733 del Estatuto Tributario Nacional, el término para resolver el recurso también se suspenderá cuando se decreta la práctica de otras pruebas, caso en el cual la suspensión operará por el término único de noventa días contados a partir de la fecha en que se decreta la primera prueba”.

Sentencia del 11 de junio de 2009, radicación 16830 – Excepción de ilegalidad del párrafo del artículo 104 del Decreto Distrital 807 de 1993.



Sentencia de segunda instancia:

“El artículo 732 del Estatuto Tributario Nacional dispone que el término para resolver el recurso de reconsideración, es de un año, contado a partir de su interposición en debida forma; y el 733 ib. prevé que dicho término se suspenderá cuando se practique inspección tributaria, mientras ésta dure y hasta por tres meses cuando se practica de oficio”.

De conformidad con las normas mencionadas, la Administración Distrital cuenta con el término de un (1) año para resolver el recurso de reconsideración, contado a partir de su interposición en debida forma, plazo que puede ser suspendido cuando se practica inspección tributaria, por el término de su duración, si ésta se lleva a cabo a solicitud del contribuyente y hasta por tres meses, cuando es oficiosa.

Sentencia del 11 de junio de 2009, radicación 16830 – Excepción de ilegalidad del párrafo del artículo 104 del Decreto Distrital 807 de 1993.



Sentencia de segunda instancia:

“En este entendido, es claro que el párrafo del artículo 104 del Decreto 807 ib, al establecer que puede suspenderse por 90 días, el término para resolver el recurso de reconsideración, cuando se decreten otras pruebas, adiciona un supuesto no contenido en la norma nacional, según el cual el plazo para resolver los recursos se suspende mientras dure la inspección y hasta por tres meses cuando se decreta de oficio”.

Ya se había pronunciado el Consejo de Estado en el mismo sentido (Rad. 16166 del 27 de marzo de 2008):

“... debe inaplicarse el párrafo del artículo 104 del Decreto Distrital 807 de 1993 porque contiene un supuesto que no está previsto en el Estatuto Tributario Nacional. El artículo 733 del E.T. ya transcrito, prevé la suspensión del término únicamente cuando se practique inspección tributaria sin que en dicha norma o en alguna otra se haya advertido la suspensión de términos por ‘la práctica de otras pruebas’.

Concepto DIAN 103512 de diciembre 17 de 2009. – Compra de activos por valor inferior a 50 UVT (Art. 158-3)



La consulta:

¿La depreciación fiscal contemplada para activos fijos cuyo valor no exceda de 50 UVT se considera una modalidad del sistema de línea recta a efectos de solicitar la deducción establecida en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario?

La tesis jurídica de la DIAN:

Para efectos tributarios, la depreciación fiscal prevista para activos fijos menores cuyo valor no exceda de 50 UVT, no es incompatible con la modalidad del sistema de línea recta.

Conclusión:

Cuando se trate de activos cuyo costo no exceda de 50 UVT, es procedente el beneficio establecido en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, ya que dichos bienes admiten depreciación por el sistema de línea recta atendiendo la vida útil de 20, 10, 5 años, o atendiendo su costo, caso en el cual la vida útil es de un año, término en el cual podrá depreciarse.

Concepto DIAN 58088 del 17 de julio de 2009 – Deducción 40% (hoy 30%) contratos de leasing (Art. 158-3 E. T.)



La consulta:

¿Para efectos de la deducción de que trata el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, puede pactarse la opción irrevocable de compra con posterioridad a la iniciación del contrato de Leasing?

La tesis jurídica de la DIAN:

Para efectos de la deducción de que trata el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, la opción irrevocable de compra en los contratos de leasing debe estar estipulada en el período fiscal en el cual se celebra el contrato.

Conclusión:

Para acceder a la deducción la opción irrevocable de compra debe estar estipulada en el contrato de leasing al momento de solicitar el beneficio, esto es, en el año gravable en que se celebra el contrato, pues no de otra manera el adquirente puede registrar el beneficio tributario por la adquisición del activo fijo real productivo mediante esta modalidad (leasing financiero). En consecuencia, considera el despacho que debe existir coincidencia del período gravable en que se solicita la deducción, con la estipulación de la opción irrevocable de compra en el contrato para la adquisición del activo que da origen a la deducción

Concepto DIAN 58088 del 17 de julio de 2009 – Deducción 40% (hoy 30%) contratos de leasing (Art. 158-3 E. T.)



Para tener en cuenta:

Cuando se trate de contratos de leasing financiero, a pesar de tratarse de la adquisición de un activo fijo, hay que recordar que el numeral 2 del artículo 127-1 del E. T. determina la forma de contabilización, lo cual debe armonizarse con lo ordenado por el Decreto 2650 de 1993 (PUC), en la CLASE 1 (Activo), GRUPO 16 (Intangibles), CUENTA 1625 (Derechos), SUBCUENTA 162535, cuya descripción es:

“En bienes recibidos en arrendamiento financiero (leasing), registra los derechos derivados de bienes recibidos en arrendamiento financiero con opción de compra, en los términos previstos en las normas legales vigentes, tales como inmuebles, maquinaria y equipo, vehículos y equipo de computación, así como aquellos activos recibidos bajo la figura ‘lease back’ o retroarriendo”.

Este último no da derecho a la aplicación del artículo 158-3 del E. T.

Concepto DIAN 434973 del 02 de mayo de 2008 – Aporte obligatorios de salud, disminuyen la base de retención para ingresos laborales.



La consulta:

¿Se puede disminuir la base de retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta por el concepto “ingresos laborales” con el aporte obligatorio a salud efectuado por el trabajador?

La tesis jurídica de la DIAN:

El monto de los aportes obligatorios que haga el trabajador al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, no hace parte de la base para aplicar la retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta por el concepto “ingresos laborales.

Conclusión:

“...es de concluir que el aporte obligatorio que hace el trabajador por salud es un ingreso no gravado ?????, y constituye un menor valor para determinar la base de la retención en la fuente por el concepto “ingresos laborales”

Oficio No. 220-115333 de septiembre 15 de 2009, la Superintendencia de Sociedades - S.A.S.: Certificación de revisor fiscal, reserva legal, transformación de sociedad mercantil en S.A.S.



La Superintendencia de Sociedades, procedió a resolver los siguientes interrogantes:

1. Cuando una sociedad por acciones simplificadas no tiene revisor fiscal, ¿quién es el llamado a suscribir el certificado para registrar el aumento del capital suscrito y/o pagado ante la Cámara de Comercio del domicilio social?
2. ¿La sociedad por acciones simplificadas tiene la obligación de tener reserva legal? Si en los estatutos no se establece nada, ¿cuál sería la regla aplicable?
3. ¿Cuál es el acto mediante el cual se formaliza y/o se registra una transformación de una sociedad en una por acciones simplificada? ¿Cuáles son las formalidades de dicho acto (personas que deben formar, necesidad de autenticación, etc.)?

Oficio No. 220-115333 de septiembre 15 de 2009, la Superintendencia de Sociedades - S.A.S.: Certificación de revisor fiscal, reserva legal, transformación de sociedad mercantil en S.A.S.



1. Cuando una sociedad por acciones simplificadas no tiene revisor fiscal, ¿quién es el llamado a suscribir el certificado para registrar el aumento del capital suscrito y/o pagado ante la Cámara de Comercio del domicilio social?

Por regla general, *“debe ser suscrita por representante legal y revisor fiscal; y ante la ausencia de este último, por no estar obligada la sociedad a tener este órgano, bastará la firma del representante legal. Así las cosas, al ser suficiente para la entidad de supervisión la certificación del representante legal habrá también de servir para que sea registrado ante la oficina de registro mercantil”*.

Oficio No. 220-115333 de septiembre 15 de 2009, la Superintendencia de Sociedades - S.A.S.: Certificación de revisor fiscal, reserva legal, transformación de sociedad mercantil en S.A.S.



2. ¿La sociedad por acciones simplificadas tiene la obligación de tener reserva legal? Si en los estatutos no se establece nada, ¿cuál sería la regla aplicable?

“... la existencia de la reserva legal en la sociedad por acciones simplificada no es obligatoria, salvo que se encuentre estipulada en los estatutos, al ser los mismos ley para las partes”.



3. ¿Cuál es el acto mediante el cual se formaliza y/o se registra una transformación de una sociedad en una por acciones simplificada? ¿Cuáles son las formalidades de dicho acto (personas que deben formar, necesidad de autenticación, etc.)?

“La transformación de una sociedad de las contempladas en la normatividad legal vigente a una sociedad por acciones simplificada, debe realizarse mediante documento privado, el cual debe inscribirse en el registro mercantil correspondiente, según las voces de los artículos 29 y 31 de la Ley 1258 de 2008.

En cuanto hace con las formalidades del acto de transformación, y al no expresar nada sobre ello el citado artículo, esta oficina considera que para dicho evento y partiendo de la base de que la constitución de la compañía debe efectuarse por documento privado, debemos recurrir al Capítulo II, artículo 5 de la referida ley, párrafo 1, cuando habla de la siguiente manera:

“El documento de constitución será objeto de autenticación de manera previa a la inscripción en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, por quienes participen en su suscripción. Dicha autenticación podrá hacerse directamente o a través de apoderado”.



GRACIAS POR SU PARTICIPACIÓN Y APORTES

MIGUEL ÁNGEL BUSTOS VÁSQUEZ

Abogado – Derecho Tributario

Teléfono fijo: 2101000

Teléfono Móvil: 310 809 56 22

Correo electrónico: miguelbustos@pinillagonzalezprieto.com