



Marzo de 2013 – Boletín Informativo No. 267

RETENCIÓN EMPLEADOS

Concepto DIAN No. 017857, Abril 26 de 2013

Una vez resumida la nueva regulación y calificación como empleados, del trabajador por cuenta propia y los otros, y aludiendo a su reciente reglamentación, en resumen señala sobre la retención en la fuente:

1. Personas naturales de la categoría de empleados. Cuando sean residentes en el país, les aplica a partir del 1° de enero de 2013, la tabla de retención en la fuente contenida en el artículo 383 ET. reglamentado por el Decreto 00099 de 2013. Solo a partir del 1° de abril de 2013, cuando sus ingresos totales en el año gravable inmediatamente anterior, sean iguales o superiores a 4.073 UVT (supuesto para considerarlos declarantes, no podrá ser inferior al aplicar la tabla del artículo 384 ET.
2. No pertenecientes a la categoría de empleados. Distingue entre:
 - a. Pagos provenientes de una relación laboral. Siendo residentes en el país igual están sometidos a la tabla de retención en la fuente del artículo 383 ET.. Igual en los pagos por pensiones de jubilación, invalidez, vejez, de sobrevivientes y sobre riesgos laborales, en consonancia con lo establecido en el artículo 206 del mismo ordenamiento.
 - b. Por concepto de honorarios, comisiones y servicios. Siendo residentes en el país, están sometidos a las tarifas de retención previstas en el artículo 392 del Estatuto Tributario en concordancia con el Decreto Reglamentario 260 de 2001 (tarifas generales ya conocidas).

Concluye de lo consultado que *“los pagos o abonos en cuenta efectuados a los sujetos denominados trabajadores independientes por la Ley 1527 de 2012, dependerá de la categoría tributaria en la cual deban clasificarse a la luz del artículo 329 del Estatuto Tributario”* (esta ley 1527 con respecto a este tema precisamente fue derogada por la reforma tributaria Ley 1607/12).



FACULTAD SANCIONATORIA TERRITORIAL - FAVORABILIDAD

*Consejo de Estado, Exp. 17502, julio 12 de 2012, y
Exp. 18016 de diciembre 6 de 2012*

Se demandan topes para la sanción por no declarar, ya que siendo un proceso de impuesto territorial, incorpora preceptos del Estatuto Tributario Nacional. Se dice que se desconoce el principio de legalidad de alcance local.

Se argumenta que se vulnera el principio de territorialidad al usar como sustento de las sanciones territoriales preceptos del Estatuto Tributario Nacional, ni el municipio está facultado para crear sanciones sino para unificar el procedimiento. También se vulnera el principio de proporcionalidad porque los impuestos nacionales tienen un alcance mayor al de los impuestos territoriales.

El Consejo señala que la ley 788 de 2002 art. 59 facultó a las entidades territoriales a establecer el régimen sancionatorio, de simplificar y reducir los términos de todos los procedimientos que atañen a la administración de los impuestos territoriales, y las sanciones para adaptar esos procedimientos y esos términos a las necesidades propias de las entidades territoriales y de los impuestos que éstas administran

- Esta facultad de reducir sanciones debe entenderse referida a aquellas sanciones que son compatibles con los impuestos territoriales, dada la especialidad y particularidad de tales impuestos. Así, la norma territorial no podría establecer una sanción mayor a la contemplada en el estatuto tributario nacional, o la norma territorial será inaplicable.
- Cuando no haya paralelismo o comparabilidad de formas entre los impuestos territoriales y los nacionales, las entidades territoriales serán autónomas para establecer las sanciones.
- En ausencia de norma territorial que tipifique la falta, no habrá lugar a sanción alguna, ni será aplicable el estatuto tributario nacional, por cuanto la analogía está proscrita en materia sancionatoria.
- Sin embargo, si el estatuto tributario prevé normas más favorables que sean compatibles con un impuesto territorial, estas serán aplicables por principio de favorabilidad. Por ejemplo, indica que el tope máximo de la sanción por no declarar es el señalado en el estatuto tributario nacional.

Concluye el régimen jurídico tributario de las entidades territoriales es mixto, conformado por las normas locales y por las normas nacionales, interpretado atendiendo los principios de razonabilidad y armonía, en un contexto de autonomía relativa territorial. Las entidades territoriales deben contar con las normas suficientes para regular todo lo concerniente al régimen tributario.

Frente a obligaciones sustanciales y sanciones deben entenderse y aplicarse en el sentido de ser calculable solamente sobre lo percibido en el municipio; y en caso de retenciones, en el entendido de que estarán obligados a declararlas por pagos sujetos a IICA en el municipio.



PÉRDIDA DEDUCIBLE EN ACTIVOS APORTADOS – VALOR COMERCIAL

Consejo de Estado, Exp. 17962, julio 19 de 2012

Se discute el rechazo de la deducción al considerar la DIAN que no suministró prueba sobre el valor asignado al “establecimiento de comercio” aportado en una constitución social, evento donde considera no se puede hablar de “pérdida en la venta de un activo”.

Se recuerda que de acuerdo con el artículo 90 Et., si el valor asignado por las partes difiere notoriamente del valor comercial de los bienes en la fecha de su enajenación, el funcionario de fiscalización puede rechazarlo para los efectos impositivos y señalar un precio de enajenación acorde con la naturaleza, condiciones y estado de los activos, atendiendo a los datos estadísticos allí listados.

En este caso, en el aporte social se incluía un activo diferido del establecimiento de comercio que produjo pérdida. Como toda enajenación de estas figuras, llevan consigo tanto activos como pasivos, donde las partes acuerdan en precio sobre valores netos.

Allí consta que el contribuyente aportó un avalúo comercial de su activo diferido aportado que fue rechazado por la DIAN al considerar que el valor comercial debió ser igual al costo registrado en libros de contabilidad.

El Consejo de Estado considera que *“la exigencia de la DIAN no está prevista en la ley, y, por el contrario, el*

valor comercial corresponde al valor pactado por las partes libremente, con el límite previsto en el inciso cuarto del artículo 90” citado (subrayamos), ni la DIAN aportó ni estableció alguna de las circunstancias estadísticas que cita el artículo para refutar dicho valor. Y por el contrario, la contribuyente aportó varias pruebas para sustentar tanto la composición del cargo diferido como el valor asignado.

Por ello la sentencia que *“la DIAN no contó con elementos de juicio válidos para rechazar la pérdida que generó el aporte del establecimiento de comercio en la constitución de la sociedad”* limitándose solo a ajustar el precio de enajenación a partir del costo de los mismos registrado en los libros contables, *“sin demostrar que el valor comercial que ésta última asignó al establecimiento de comercio estaba por debajo de los límites señalados en el artículo 90 del E.T., disposición que regulaba la pérdida discutida”*, por lo que no se demostró que aplicara alguno de los supuestos del artículo 90 en cita, que justificara desconocer el precio de enajenación del establecimiento de comercio ni desvirtuó las pruebas que aportó la demandante para justificar el precio del aporte.

Caso similar puede consultarse en **Boletín No. 236**, al igual que el concepto tributario 032965 del 28/05/2004 (**Boletín No. 188**) que considera ingreso o pérdida la diferencia entre el costo fiscal y valor nominal recibido.



MOTIVACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Consejo de Estado, Exp. 18499, agosto 23 de 2012

La obligación de motivar los actos administrativos se deriva tanto de la sujeción a los fines constitucionales asignados al Estado, como del principio de publicidad por *“la obligación de dar a conocer los fundamentos de los actos administrativos que profieren, en orden a que sus destinatarios puedan controvertirlos”*.

Esta *“motivación debe ser cierta, seria, adecuada y congruente con la decisión, porque refiere a la perfección del acto ...tanto de tipo sustancial, porque atañe al contenido o fondo de la decisión, como de naturaleza formal, pues da cuenta de una de las solemnidades concurrentes al tiempo de su formación”*, lo que evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas, máxime tratándose de actos discrecionales por lo que debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Su omisión configura causal de nulidad (artículo 730 E. T.), al afectar el núcleo esencial del derecho de defensa. En el caso particular el acto administrativo al hacer solo una *“mera alusión a la evidencia de inexactitud entre el impuesto declarado y el causado, y la indicación de valores específicos, sin explicación adicional alguna, ni siquiera sucinta, no permite identificar el motivo real y contundente de la modificación ordenada, al cual debía oponerse el contribuyente, ..., impidiéndole al contribuyente ejercer debidamente sus derechos de contradicción y de defensa. // ..., los actos demandados no contienen una motivación seria y congruente con la decisión que adoptan,, en cuanto no distinguen los argumentos que soportaron el sentido de la modificación oficial dispuesta”*.

Aludiendo a su sentencia de febrero 10 del 2011, exp. 18303 (ver **Boletín No. 237**) afirma que el fisco *“no indicó el motivo o la razón por la cual pretende modificar el denuncia privado, pues si bien afirma que, existe inexactitud en el valor declarado, no explica ni siquiera de manera sumaria en qué consiste, impidiéndole al contribuyente ejercer su derecho de contradicción y defensa. // Tal omisión está prevista en el Estatuto Tributario como causal de nulidad de los actos administrativos”*, aún si se presenta en actos preparatorios.



INVERSIÓN DEL EXTERIOR EN LAS S.A.S.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220 – 019756, febrero 16 de 2013

No existe impedimento o restricción alguna para que una persona extranjera no nacionalizado en Colombia, pueda participar en la constitución de una sociedad SAS que forma una persona jurídica distinta de sus accionistas. Aun tenga otra sociedad en el exterior, no se exige crear una sucursal en Colombia para realizar la comercialización de los mismos productos y servicios.

Si el capital para constituir la SAS proviene del exterior, debe seguir la regulación cambiaria sobre las inversiones internacionales en el país (resolución CONPES 51 de 1991, modificada por el Decreto 2080 del 18 de octubre

de 2000, y modificado por el Decreto 1844 del 2 de julio de 2003), la cual debe registrarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su realización, y si es en divisas se entiende efectuada en el momento del reintegro de las divisas al país por conducto de un intermediario cambiario.

Lo anterior sin perjuicio del deber de toda sociedad extranjera de establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional, si desea emprender directamente negocios permanentes en Colombia.

CONCILIACIÓN LABORAL - INCENTIVO DE RETIRO

Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Rad. No. 38706, octubre 16 de 2012

Afirma una conciliación laboral no suscrita por el funcionario competente, adquiere la connotación de transacción.

“En otro orden de consideraciones, también tiene asentado la Corte Suprema de Justicia que la consecuencia de que una “conciliación laboral” no esté suscrita o aprobada por el respectivo funcionario competente, que la autorice como garantía de protección de los derechos ciertos e indiscutibles, consiste en que dicho acuerdo adquiere la connotación de una “transacción” que no requiere para su validez como lo pretenden hacer ver los recurrentes, del aval de la autoridad competente, dado que basta que esa manifestación de voluntad de las partes se haga en forma consiente (sic) y libre de apremio, y no vulnere derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, para que aquella surta sus plenos efectos legales.(...)”. Trae a colación la Sentencia del 4 de junio de 2008, Rad. No. 33086, en el mismo sentido.

Recuerda también que la Corte ha expresado *“que no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título de bonificación, por*



ejemplo por reestructuración, sin que ello, por sí solo, constituya un mecanismo de coacción, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o rechazarlas, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual manera pueden ser aprobadas o desestimadas por éste. Por lo que no es dable calificar ni unas ni otras como presiones indebidas por parte de quien las propone, pues debe entenderse que dichas ofertas son un medio idóneo, legal y muchas veces conveniente de rescindir los contratos de trabajo y zanjar las diferencias que puedan presentarse en el desarrollo de las relaciones de trabajo”.

LIQUIDACIONES - DEDUCCIÓN DE PAGOS POR DESVALORIZACIÓN MONETARIA

Consejo de Estado, Rad. No. 18839, octubre 16 de 2012

Se afirma son deducibles los pagos por desvalorización monetaria hechos por las instituciones financieras en liquidación, ya que su capacidad jurídica se circunscribe a la realización de los actos necesarios a su inmediata liquidación (artículo 222 del Código de Comercio).

“La razón de la DIAN para negar la deducibilidad de los pagos por desvalorización monetaria, esto es, que el objeto de los pagos por desvalorización no es obtener renta, desconoce las restricciones legales que tiene una sociedad en liquidación y desnaturaliza su estado liquidatorio. Ello, porque, se insiste, la actividad productora de renta de una sociedad en liquidación debe limitarse a los actos necesarios a su liquidación”.

Agrega un alcance específico al artículo 107 ET., respecto de las sociedades en liquidación, al indicar *“debe entenderse que la relación de causalidad entre el gasto y la actividad productora de renta, que en este*

caso son los actos necesarios para la liquidación, no es propiamente para obtener renta sino para que la sociedad pueda extinguirse de inmediato”.

Considera para las entidades vigiladas del sector financiero es un gasto necesario no solo lo forzoso (la regulación ordena su pago a los acreedores para compensar la pérdida de poder adquisitivo) sino que *“el pago de la desvalorización monetaria del pasivo externo no era posible continuar el trámite liquidatorio de la demandante”.*

Así, *“los pagos por desvalorización monetaria de los acreedores externos son necesarios y tienen relación de causalidad con la actividad de la actora, pues, el pago de acreencias externas y de su correspondiente actualización permite que culmine el trámite liquidatorio con el pago del pasivo interno.”*

PROCEDIBILIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA

Consejo de Estado, Exp. 2012-00063, agosto 23 de 2012, y

Rad. 18939, junio 25 de 2012

Es sabido que bajo el actual régimen contencioso se requiere para iniciar una demanda contenciosa, en este caso de la acción de restablecimiento del derecho, el que se haya agotado previamente el intento de conciliación prejudicial, conocido como requisito de procedibilidad. Esta exigencia no se hace para los asuntos tributarios (art 70 de la Ley 446 de 1998, Decreto 1716 de 2009 art 2, pg 1, reglamentario del art. 13 de la Ley 1285 de 2009).

La providencia versa sobre una sanción por el no pago de un bimestre de IICA cuya demanda se rechazó por falta del requisito de procedibilidad de la acción consistente en la conciliación extrajudicial, argumentando que la sanción por el no pago de un impuesto no hace parte de impuesto por lo que no se trata de un conflicto tributario propiamente dicho.

Esta providencia ratifica que los asuntos tributarios no son susceptibles de conciliación por expresa disposición legal, entendida de manera amplia a los conflictos que tengan que ver con tributos, lo cual incluye la sanción, por lo que la demanda ha debido ser admitida sin exigir este requisito.

Ya en el **Auto de junio 14 de 2012. Exp. 19172** señaló que la imposición de una sanción es inherente a la obligación sustancial de declarar, surgida del incumplimiento de los deberes y obligaciones de carácter tributario, razón por la cual su naturaleza es también tributaria, por lo que el asunto no es susceptible de conciliación y no puede tenerse como requisito de procedibilidad para admitir la demanda la celebración de la conciliación extrajudicial.

En otro evento, a pesar de no ser requisito, se solicitó dicha conciliación prejudicial para asuntos tributarios lo que supuso que finalizado este trámite sin resultados, el término general para interponer la demanda había caducado. En este evento ante las dudas en la interpretación de la norma aplicable, se consideró que en protección del principio de acceso a la justicia, dicha solicitud suspendió el término de caducidad para permitir su interposición.

Cordial saludo,

Jose Hernan Florez | Partner | Legal and Tax
Grant Thornton Fast & Abs Asesores Legales y Tributarios.
Calle 102 A No. 47 A-09 | Bogotá, D.C. | Colombia
T (office) +57-1-7059000 ext 1201
E jose.florez@co.gt.com | **W** www.gtcolombia.com

