

INFORME

Novedades Tributarias

A continuación, presentamos algunos puntos en materia tributaria que consideramos de su interés:

1. La prima en colocación de acciones que se destine a enjugar pérdidas, queda gravada. Así lo indica el Consejo de Estado, en la sentencia 25000-23-37-000-2015-01615-01 (25125) de octubre del 2021, cuyos apartes más importantes se transcriben a continuación:

“Teniendo en cuenta estas consideraciones y el hecho mismo de que la prima en colocación de acciones sigue las reglas del capital social para su disposición, se concluye que, para el periodo gravable en discusión, la utilización de esta prima para enjugar pérdidas solo procedía siempre que la sociedad se encontrara en causal de disolución, como mecanismo para enervarla, una vez que las reservas creadas para solventar dichas pérdidas estuvieran agotadas, como de tiempo atrás ya lo había aclarado la Superintendencia de Sociedades”.

“Con todo, en su momento esta Superintendencia consideró que, como el artículo 36 del E.T. contemplaba la posibilidad de que la prima en colocación de acciones fuera repartida como dividendo, bien podían los accionistas optar por aplicarla a las pérdidas, en lugar de recibirla a título de dividendo. Esto, porque *“siendo un derecho económico, es susceptible de que los socios dispongan de él a favor de la propia compañía, permitiendo que esta partida sea utilizada para conjurar pérdidas. Si los socios pueden ser beneficiarios de recursos por causa de su distribución pueden renunciar a ellos y en forma definitiva, a favor de la compañía”*. Sin embargo, la Superintendencia no conceptuó que dicha operación estuviera desprovista de efectos tributarios, pues no tiene competencia para interpretar las normas tributarias. Por lo demás, el criterio antes citado fue luego reconsiderado y recogido por dicha entidad, a raíz de la expedición de la Ley 1607 de 2012”.

“Sin perjuicio de lo que, en su momento, consideró la Superintendencia de Sociedades sobre la posibilidad de enjugar pérdidas con la prima en colocación de acciones, de acuerdo con el tratamiento contable y tributario que debe darse a este superávit de capital, la Sección señaló que, para que esta prima conserve su condición de ingreso no gravado es necesario que se mantenga registrada en la cuenta de *“superávit de capital”*, pues, si con ella se enjugaran pérdidas sin antes haberlas capitalizado, constituirá ingreso gravado para la sociedad”.

“Lo anterior, porque la normativa contable y tributaria exigen que la prima en colocación de acciones se mantenga dentro del patrimonio de la sociedad (artículos 84 del Decreto 2649 de 1993 y 36 del ET). En el mismo sentido, la Sección ha precisado que *“la “prima” [en colocación de acciones] forma parte del patrimonio de la sociedad, pero en calidad de “superávit” (...) sin pasar por los ingresos del estado de resultados”* 30. Debido a lo anterior, si a esta prima se le da tratamiento distinto, como, distribuirla a los socios a título dividendo,

compensarla con créditos aplicables a cuentas de resultado, sumarla a las ganancias o enjugar pérdidas acumuladas, se le estaría dando a este superávit la calidad de utilidad, dado que estas operaciones solo pueden llevarse a cabo con utilidades”.

“Lo anterior, resulte acorde con el artículo 86 del Decreto 2649 de 1993, que prohíbe utilizar la prima en colocación de acciones para compensar cargos o créditos aplicables a cuentas de resultado o mezclarla con las ganancias o pérdidas acumuladas. Igualmente, con el PUC, que prevé que la prima en colocación de acciones, que se acredita en la cuenta 320505, solo se debita en caso de liquidación del ente económico (por el saldo registrado) y por su reparto a título de dividendos, cuando la prima es capitalizada. Y con el propio artículo 36 del ET, en cuanto señala que *“la prima por colocación de acciones no constituye renta ni ganancia ocasional si se contabiliza como superávit de capital no susceptible de distribuirse como dividendo”*, pero si se distribuye total o parcialmente a los socios, constituye *“renta gravable para la sociedad, sin perjuicio de las normas aplicables a los dividendos”* en el año en que tal distribución tenga lugar”.

“Teniendo en cuenta las precisiones anteriores, la Sala enfatiza que la condición establecida en el artículo 36 del ET para que la prima en colocación de acciones conserve su carácter de ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional es que se mantenga contabilizada en la cuenta de *“superávit de capital no susceptible de distribuirse como dividendo”*, no que no se distribuya como dividendo a los socio como sucede cuando se compensan de pérdidas, como erradamente lo consideró la demandante, pues, en el momento en que tal compensación tenga lugar, será considerado ingreso gravado en la medida en que es lo propio que las pérdidas acumuladas se compensen con las utilidades”. (Destacado nuestro)

2. El Consejo de Estado precisa que, para las entidades financieras, la deducibilidad de los reembolsos por fraudes mediante chequera y tarjetas, se debe analizar a la luz de los requisitos generales de las deducciones. El tribunal rectificó su jurisprudencia, la cual indicaba que la deducibilidad de esas expensas se debía juzgar bajo los parámetros del artículo 148 del Estatuto Tributario, el cual se refiere a la pérdida de activos fijos. A continuación, presentamos los apartes más relevantes de la sentencia 25000-23-37-000-2016-01860-01 [24828], del 21 de octubre de 2021:

“3. De la aplicación del artículo 148 del E.T. Rectificación de jurisprudencia”.

“En sentencia de 11 de mayo de 2017, esta Sección manifestó que el dinero depositado por los clientes en las entidades financieras constituye un activo disponible de estas entidades y que con ese activo realizan las operaciones financieras propias de su actividad generadora de renta”.

(...)

INFORME

“En el referido fallo, la Sección concluyó que tanto las deducciones solicitadas por fraudes en las tarjetas débito y crédito como por la pérdida de dinero en efectivo y canje, deben ser analizadas con fundamento en el artículo 148 del E.T, que regula la deducción por pérdida de activos, pues las operaciones en las que se presentan estas pérdidas recaen sobre activos del banco que utiliza en su actividad generadora de renta”.

(...)

No obstante, en esa ocasión, no se tuvo en cuenta que la **deducción por pérdida de activos**, prevista en el artículo 148 del E.T. solamente es aplicable cuando las pérdidas recaen sobre **activos fijos**, esto es, los bienes que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente (artículo 60 del E.T), pues, precisamente, se usan en el negocio con carácter de permanencia”.

“Al respecto, al analizar la procedencia del artículo 148 del E.T frente a las pérdidas en que incurrió un banco por la venta de un bien recibido en pago, en sentencia de 10 de junio de 2010, la Sección concluyó que dicha norma solo se aplica frente a activos fijos”.

(...)

“La Sala precisa que los **activos fijos** son bienes adquiridos por la empresa para asegurar el funcionamiento de esta y que tienen vocación de permanencia en su patrimonio, v gr, los edificios, muebles y terrenos”.

(...)

“En consecuencia, el artículo 148 del E.T, sobre deducción por pérdidas de activos solo se aplica frente a **activos fijos del contribuyente**, que en el caso de las entidades financieras se registran en la **Clase 1. Activo, Grupo 18- Propiedades y Equipo**”.

De modo que, si bien el **activo disponible** es usado por el banco para ejercer su actividad productora de renta, esto no lo convierte en activo fijo, pues, el dinero depositado no es un bien usado para la intermediación financiera con carácter de permanencia. Por el contrario, en la actividad de intermediación financiera ese dinero circula en el mercado, dado que se capta de unos clientes para luego ser colocado o prestado a otros, a cambio de un margen de intermediación para el banco. Entonces, en la actividad financiera el dinero depositado por los clientes no es un activo fijo para el banco, sino un activo disponible, como lo aceptan ambas partes”.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el dinero tiene carácter de bien fungible (artículo 663 del Código Civil) y, por esa razón, no puede ser catalogado como activo fijo”.

“De otra parte, frente al activo afectado por los créditos otorgados a los clientes mediante tarjeta de crédito, tampoco es aplicable el artículo 148 del E.T, pues esta norma se refiere a la **pérdida de activos fijos** y en este caso el activo pertenece al grupo **cartera de**

créditos y operaciones de leasing financiero, no a los activos fijos, pues, precisamente son, en general, créditos rotativos”.

“Además, según la Resolución 3600 de 1988, los desembolsos realizados por las entidades financieras a sus clientes por concepto de siniestros, tales como **efectivo**, canje, **cartera de créditos**, títulos valores, entre otros, deben registrarse en el Grupo 52, cuenta PUC 5217, que corresponde a la cuenta de **gastos**”.

(...)

“De acuerdo con lo expuesto, la Sala **rectifica** el criterio de la sentencia de 11 de mayo de 2017 y precisa que los reembolsos a cargo de las entidades financieras, cuando se reconocen siniestros por conceptos como efectivo y cartera de tarjetas de crédito, que en este caso correspondieron a reembolsos por fraudes mediante tarjetas débito y fraude con chequeras y tarjetas de crédito, no son deducibles con fundamento en el artículo 148 del E.T, porque no son pérdidas en activos fijos del banco. **Estos pagos son deducibles con base en el artículo 107 del E.T, siempre y cuando cumplan los** requisitos previstos en dicha norma”. (Destacado nuestro).

4. Las pérdidas de dinero y canje y por fraudes con tarjetas débito y crédito son gastos deducibles con base en el artículo 107 del E.T.”.

“Con fundamento en el artículo 107 del E.T, la Sala analiza si, por el año gravable 2011, deben aceptarse al actor deducciones por \$5.103.480.000, por “pérdida por siniestros efectivo y canje” y “efectivo y canje”, registradas en el renglón “otras deducciones”. Solo revisa si se cumplen los requisitos de causalidad y necesidad, pues para rechazar la deducción, la DIAN no cuestionó el requisito de proporcionalidad”.

(...)

“Para abordar el estudio de la relación de la causalidad, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con la regla prevista en la sentencia de unificación de 26 de noviembre de 2020, la generación de ingresos no es determinante al momento de estudiar el nexo causal entre el gasto y la actividad productora de renta, pues cumplen el requisito de causalidad *“todas las expensas realizadas por el contribuyente en desarrollo o ejecución de la actividad productora de renta”*.”

(...)

“Siendo así, el dinero que pagó (...) por los siniestros de “canje” y “efectivo y canje” relacionados con fraudes que afectaron las cuentas de ahorro de sus clientes y fraudes con tarjetas de crédito, guardan relación causal con la actividad productora de renta del demandante, esto es, la intermediación financiera, pues obedecen a riesgos inherentemente ligados a la actividad bancaria, y responder por los siniestros derivados de dicha actividad, le permiten la conservación de la actividad productora de renta del banco (intermediación financiera), máxime si se tiene en cuenta que la fuente principal de recursos proviene de los dineros que depositan los clientes”. (Destacado nuestro).

INFORME

“Por tanto, está probada la relación de causalidad”.

“En cuanto al requisito de necesidad, la demandante afirmó que, con el fin de mitigar el riesgo legal que podría acarrear asumir las sanciones impuestas por la Superintendencia Financiera por el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 7 de la Ley 1328 de 2009, entre ellas, la de emplear adecuados estándares de seguridad y calidad en el suministro de sus productos (literal b) y disponer de los controles idóneos para brindar seguridad a las transacciones (literal q), o la imposición de indemnizaciones por parte del Defensor del Consumidor Financiero, a favor de sus clientes, víctimas de fraudes, decidió asumir las pérdidas por el uso fraudulento de tarjetas débito y crédito. Lo anterior, teniendo en cuenta, además, que las decisiones del Defensor son vinculantes para el banco”.

“Así, para mitigar el riesgo legal y el reputacional, (...) reembolsó a sus clientes y asumió frente a terceros las pérdidas por el uso fraudulento de tarjetas débito y crédito por un valor total de \$5.103.480.425”.

“Es decir, los gastos en los que incurrió (...) no solo guardan relación con la intermediación financiera sino que se dirigen “*de manera real o potencial*” a impedir “*el deterioro de la fuente productiva, ya sea preservándola, adaptándola a una situación de mercado u optimizándola*” (segunda regla de unificación jurisprudencial), porque de no asumir el pago de dichos siniestros se afectarían la “*credibilidad y confianza de la entidad y, por ende, se perjudicaría el desarrollo de la actividad por la pérdida de clientes.*” Igualmente, el banco se vio expuesto al riesgo legal, en razón de las sanciones impuestas por la Superintendencia Financiera por el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 7 de la Ley 1328 de 2009”.

“Sobre el particular, en cuanto a la responsabilidad civil de las instituciones financieras en los contratos de depósito por incumplimiento de sus obligaciones, debe tenerse en cuenta que, en sentencia de 18 de diciembre de 2020, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia precisó que las entidades financieras deben cumplir con una serie de imposiciones legales y reglamentarias para evitar los riesgos “*morales, operativos, de crédito de seguridad, entre otros (...)*” y en caso de ocurrir alguno de esos riesgos “*serán aquellas quienes deben responder si estas se materializan, sin ninguna consideración adicional*”.

3. Para determinar el límite máximo de rentas exentas y deducciones en la depuración de la renta líquida gravable de las personas naturales, se deben considerar 5.040 UVT anuales y no 420 UVT mensuales. El Consejo de Estado, determinó que no era viable equiparar la cifra anual con la mensual y, por ello, anuló parcialmente un decreto reglamentario que así lo disponía. A continuación, presentamos los apartes relevantes de la sentencia 11001-03-27-000-2018-00041-00 (24047), del 28 de octubre de 2021:

“.... Además de precisar que las rentas exentas y las deducciones no podrían superar los límites particulares de cada uno de esos beneficios fiscales, ni el límite porcentual del

INFORME

cuarenta por ciento (40%) o el valor absoluto de cinco mil cuarenta (5.040) Unidades de Valor Tributario (UVT) anuales, **es decir**, cuatrocientos veinte (420) Unidades de Valor Tributario (UVT) mensuales, de conformidad con lo previsto en el artículo 336 del ET”.

“Dicha precisión fue hecha por el párrafo 3 del mencionado artículo 1.2.4.1.6, objeto del presente medio de control, cuyo texto comienza con la expresión *“para todos los fines previstos”*, entendiéndose por tales los involucrados en la regulación genérica del artículo como norma principal de la que hace parte el citado párrafo, en tanto fragmento regulador de un aspecto particular de aquella”.

“Bajo tal parámetro de estructura normativa, abordado desde la propuesta interpretativa que enfocan los cargos de nulidad, los fines respecto de los cuales opera la limitante de UVT prevista en el párrafo 3, no son otros distintos que los relacionados con la propia regulación del artículo 1.2.4.1.6 sobre depuración de la base de retención en la fuente de las rentas de trabajo que, si bien se relaciona con el impuesto de renta generado por estas, funge de manera autónoma frente a aquel, en tanto que solo constituye el mecanismo anticipado para recaudarlo, con elementos singulares e independientes de ese tributo recaudado y expresamente establecidos en la legislación tributaria, entre ellos, su causación mensual, ante el supuesto de pagos laborales durante el respectivo mes, sin perjuicio de que puedan tener una periodicidad diferente, acorde con los procedimientos establecidos en los artículos 385 y 386 del ET, en concordancia con el artículo 1.2.4.1.3. del DUR”

“En ese contexto material, en el que la norma legal que se predica violada regula la determinación de la renta líquida cedular de trabajo y el aparte normativo que se acusa como transgresor integra la reglamentación sobre la depuración de la base de retención en la fuente, legalmente establecida en el artículo 388 del ET, se echa de menos la similitud de presupuestos regulatorios entre la norma superior supuestamente transgredida y la norma inferior transgresora para efecto de realizar la confrontación directa que estructura el examen de validez respecto del principio de reserva de ley y exceso de la facultad reglamentaria”.

“Sin perjuicio de esa primera observación, aún en el caso de que la unidad material se cumpliera, lo cierto es que el texto de la norma reglamentaria acusada replicó el parámetro legal techo de UVT anual (5.040) y al aludir a las 420 UVT le antecedió la expresión “es decir”, conector gramatical usado para aclarar o explicar con mayor amplitud las palabras, frases o párrafos inmediatamente anteriores, cuyo enlace dota de significación a la idea que quiere presentarse”. (Destacado nuestro)

“En el caso, dicha aclaración respondió a la periodicidad de la retención en la fuente reglamentada, en tanto mecanismo de recaudo anticipado del impuesto anual de renta sobre los pagos laborales realizados a lo largo del año²⁸ y aplicado mensualmente a través de los procedimientos 1 y 2 descritos en los artículos 385 y 386 del ET. Para ello, aplicó una operación matemática básica de división que precisó la proporción de las 5.040 UVT anuales del impuesto de renta correspondiente a cada uno de los doce meses en los que se aplica la retención en la fuente sobre los ingresos laborales percibidos durante el año, arrojando un resultado de 420 UVT por mes”.

INFORME

“Desde tal perspectiva, la mención del párrafo 3 acusado, respecto del límite de 420 UVT mensuales, constituiría un complemento para la reglamentación de la depuración de la base de retención, porque la armoniza con su propio periodo de causación y con el cometido legal de conseguir en forma gradual que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio gravable en que se causa”.

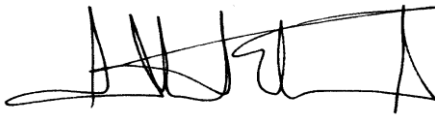
(...)

“En consideración a tal incidencia práctica transgresora del principio de equidad tributaria consagrado en el artículo 363 de la Constitución Política, se anulará el aparte normativo demandado”.

“Por lo demás, no hay lugar analizar los alegatos de conclusión que sobrepasan el concepto de violación inicial, so pena de quebrantar el debido proceso con la alteración del único fin legalmente asignado a la etapa de alegaciones, y el derecho de defensa de la parte demandada, cuya oposición se estructuró frente al texto mismo de la demanda”.

Esperamos que esta información les sea de utilidad.

Reciban un cordial saludo,



Alberto Echavarría Saldarriaga
Vicepresidente de Asuntos Jurídicos