



BOLETÍN TRIBUTARIO - 068/18

JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO

- 1. PARA EL CASO EN DISCUSIÓN, LA DIAN CONCLUYÓ QUE EL CONTRIBUYENTE PRETENDIÓ EL RECONOCIMIENTO DEL IMPUESTO DESCONTABLE Y DEL DERECHO A LA DEVOLUCIÓN CON “MEDIOS FRAUDULENTOS Y OPERACIONES ENGAÑOSAS” (CREACIÓN DE COSTOS Y GASTOS FICTICIOS)”, POR LO QUE PROCEDIÓ A SU RECHAZO, DECISIÓN QUE EL TRIBUNAL ENCONTRÓ AJUSTADA A DERECHO**

Al respecto precisó:

“En el recurso de apelación, la parte actora se limitó a afirmar que lo manifestado por la DIAN era falso, sin hacer mayor esfuerzo probatorio en el curso de la actuación administrativa y judicial, sustentando su afirmación en que tanto sus proveedores como clientes están registrados en la Cámara de Comercio y en el RUT.

El argumento que sustenta el recurso de apelación no es suficiente para desvirtuar las razones expuestas por la DIAN en los actos administrativos demandados. Recuérdese que el propósito principal del RUT es el de identificar, ubicar y clasificar, en general, a los sujetos de obligaciones administradas por la DIAN, respecto de los cuales esta requiera su inscripción (art. 555-2 ET), en tanto que el registro mercantil tiene por objeto fundamental llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exige esa formalidad (art. 26 C. de Co.).

Por eso la inscripción en el RUT y en la Cámara de Comercio no es prueba suficiente para acreditar la existencia de las operaciones que la parte actora dice haber realizado con terceros (proveedores y compradores) y la cuantía de las mismas, que es la cuestión que se discute en este proceso.



En este orden de ideas, como la parte actora no cumplió con la carga de la prueba y omitió aportar elementos de juicio que probaran que las operaciones con los clientes y proveedores eran reales, los actos administrativos demandados están ajustados a derecho.

Para que el demandante tenga derecho a las prerrogativas de que tratan los artículos 481 literal b) y 488 del ET es indispensable que la operación sea real y que se acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley.

No obstante lo anterior, se declarará la nulidad parcial de los actos demandados, porque aunque la parte actora no cuestionó la procedencia de la sanción por inexactitud impuesta en los mismos, la Sala advierte que al igual que en otros casos, se debe aplicar el principio de favorabilidad. En consecuencia, la sanción por inexactitud será equivalente al 100% sobre la base señalada por la DIAN, y no del 160% como se liquidó en los actos enjuiciados". (Sentencia del 5 de abril de 2018, expediente 21811).

- 2. REITERA QUE LO DETERMINANTE PARA ESTABLECER SI LAS BONIFICACIONES QUE UN EMPLEADOR LE PAGA A SU TRABAJADOR CONSTITUYEN SALARIO PARA EFECTOS DE CALCULAR EL APOORTE PARAFISCAL AL ICBF, NO ES CONSTATAR SI EL PAGO SE REALIZÓ DE MANERA OCASIONAL O HABITUAL. LO QUE LA ADMINISTRACIÓN DEBE VERIFICAR ES SI LAS BONIFICACIONES NO SON EXTRALEGALES Y CONSTITUYEN SALARIO, YA SEA POR ESENCIA O PORQUE NO EXISTE PACTO ENTRE LAS PARTES INTERVINIENTES EN LA RELACIÓN LABORAL DE EXCLUIRLAS DEL SALARIO (PACTO DE EXCLUSIÓN SALARIAL)**

Agregó la Sala:

"En contraposición, el contribuyente deberá probar que en la liquidación de los aportes parafiscales propuesta por la Administración, no se podrá tener en cuenta el pago por concepto de bonificaciones, porque además de extralegales, ya sean ocasionales o habituales, las partes acordaron que su reconocimiento no constituye salario, en la medida en que no tienen por finalidad retribuir el servicio prestado.

Esta carga, le incumbe al contribuyente, porque se encuentra en una posición privilegiada respecto de la posibilidad de acreditar la desalarización de las bonificaciones.

En el caso concreto, la parte actora, para controvertir la legalidad de los actos administrativos demandados, aportó copia de siete (7) contratos de trabajo.



Analizadas estas pruebas documentales, no encuentra la Sala que le asista razón a la demandante, porque en ninguno de los contratos de trabajo consta que entre la sociedad PROYECCIÓN LABORAL LTDA., en su calidad de empleadora, y los trabajadores temporales o de planta, se haya pactado que las bonificaciones reconocidas y pagadas por esta, no constituían salario.

Por el contrario, en dichos contratos se evidencia que la alusión a la desalarización de las bonificaciones se hizo en relación con aquellas que la empresa usuaria de los servicios temporales le pagara a los trabajadores en misión, es decir, la parte actora pretende valerse de una cláusula de exclusión que no le aplica.

En consecuencia, las sumas de dinero pagadas a los trabajadores de la sociedad demandante (en misión o en planta), por concepto de bonificaciones, que fueron objeto de adición por el ICBF a la base gravable por concepto de aportes parafiscales en discusión, se debe mantener, porque la parte actora no probó el pacto de exclusión salarial que le aplique en su relación con los trabajadores". (Sentencia del 5 de abril de 2018, expediente 21598).

3. RECUERDA QUE EL ESTATUTO TRIBUTARIO PREVÉ QUE SEA LA ADMINISTRACIÓN LA QUE DE OFICIO O A PETICIÓN DE PARTE DECLARE LA OCURRENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO. ESO SIGNIFICA QUE EL ACTO FICTO SURTE EFECTOS, IGUALMENTE, A PARTIR DEL DÍA SIGUIENTE A LA CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO, SIN PERJUICIO DEL RECONOCIMIENTO QUE DE ESA SITUACIÓN HAGA, MEDIANTE ACTO EXPRESO DECLARATIVO, LA ADMINISTRACIÓN

Manifestó la Sala:

"Sobre el particular, la Sala debe precisar, con fundamento en las pautas expuestas en el punto 2) de esta providencia, que la demanda estuvo siempre dirigida a que se anularan los actos cuestionados por efectos de la pérdida de competencia de la Administración.

Ese supuesto -pérdida de competencia-, se repite, no está en discusión, amén de que el recurso de reconsideración fue presentado el 7 de junio de 2011 y la notificación de la resolución se surtió por edicto fijado el 19 de junio de 2012 y desfijado el 3 de julio del mismo año; esto es, por fuera del término de un año que concede la ley para ese propósito.

En esas condiciones, es claro que se configura la causal de nulidad contemplada en el artículo 730-3 del E.T., razón suficiente para anular los actos cuestionados.



De ahí que no resulta relevante para el caso concreto la presunta omisión de protocolización del silencio administrativo positivo, pues la nulidad se deriva directamente del incumplimiento del plazo contemplado por la ley para la resolución del recurso.

En todo caso, no puede perderse de vista que la regla general es que el silencio de la administración opera de pleno derecho, por el mero transcurso del tiempo.

(...)

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, que declaró la nulidad de los actos demandados con fundamento en la causal de nulidad del artículo 730-3 del E.T., y ordenó la devolución de las sumas cuyo reintegro fue negado en tales decisiones". (Sentencia del 5 de abril de 2018, expediente 21550).

4. CONDENA EN COSTAS

La Sala reitera su jurisprudencia resaltando:

"En ese orden de ideas, la DIAN no está exonerada de la condena en costas por el hecho de que la función de gestión de recaudo de los tributos tenga implícito un interés público, pues "el pago de las agencias en derecho está destinado a restablecer la equidad perdida por causa del Estado y no constituye una dádiva o un privilegio a favor de quien tuvo que acudir a un proceso para defender sus derechos o intereses", como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia parcialmente transcrita por la Sala, que en esta oportunidad reitera¹.

(...)

*En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) para la procedencia de la condena en costas contra la DIAN, pues fue la parte vencida en el proceso. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala², esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "**Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación**".*

Se advierte que una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas a cargo de la demandada.

¹ Sentencia de 6 de julio de 2016, exp. 20486, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez

² Se reitera el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, exp. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia



Lo anterior es suficiente para revocar el numeral tercero de la parte resolutoria de la sentencia apelada y en su lugar negar la condena en costas. En lo demás, se confirma la sentencia apelada". (Sentencia del 5 de abril de 2018, expediente 21873).

SÍGUENOS EN [TWITTER](#)

FAO
25 de abril de 2018