



Documento **TRIBUTAR-io**

Septiembre 5 de 2024
Número 899

LA RETENCIÓN A FAVOR ES UN ACTIVO QUE SE SOMETE A REPARTO EN CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Acaba de publicarse la sentencia 26085 de agosto 30 de 2024 por medio de la cual el Consejo de Estado anula parcialmente una doctrina reiterada de la DIAN en la que sostenía que en los contratos de cuentas en participación, la retención en la fuente a favor que se hubiere descontado al partícipe activo (gestor) no podía ser trasladada en proporción a su participación en el negocio a los partícipes ocultos. Esencialmente, la DIAN había expuesto su doctrina, reiterada a pesar de la insistente solicitud de rectificación, que la ausencia de regla expresa que autorizara la traslación impedía doctrinariamente entender que el reparto de la retención a favor era posible. Por tal razón, en esa doctrina reiterada, la autoridad tributaria aseguraba que la retención descontada al gestor tenía que ser declarada e imputada en la declaración de renta de ese partícipe activo, sin posibilidad de trasladar una porción de la misma al partícipe oculto.

Pues bien, tras surtir el proceso de nulidad el Consejo de Estado en su sección cuarta, con el voto favorable de tres de sus cuatro miembros (la Dra. Myriam Stella Gutiérrez salvó el voto) anula la doctrina, bajo la consideración esencial de que la retención que se descuenta al partícipe gestor representa un activo que por mandato del artículo 18 del ET debe ser repartido entre todos los miembros de la alianza.

En efecto, señala la decisión del CE que el artículo 18 del ET ordena a los partícipes de los contratos de colaboración a declarar los "activos", pasivos, ingresos, costos y gastos, en proporción a su participación dentro de tales elementos. En consecuencia, si la retención a favor representa un "activo", tiene que ser repartido, de manera que el partícipe oculto puede imputar dentro de su declaración de renta la porción de retención que proporcionalmente le corresponda según su participación en el contrato.

Desde nuestro entendimiento, la postura del CE resulta más que acertada. De hecho, en el pasado tuvimos la oportunidad de participar en una solicitud de rectificación tramitada a instancias del ICDT, pero la DIAN, en lugar de rectificar, decidió ratificar su posición, que hoy, gracias a la decisión conocida, se retira del ordenamiento jurídico con los efectos propios de un fallo de esta naturaleza.

Precisamente, es aquí donde observamos una situación incómoda porque la sentencia no hace pronunciamiento ni modulación de sus efectos. Las decisiones de nulidad simple, como es el caso, tienen efecto retroactivo (ex tunc) y por ello están llamadas a deshacer las situaciones jurídicas no consolidadas. En este sentido, si un partícipe gestor actuó al amparo de la doctrina oficial, su conducta hoy queda en riesgo porque el aval legal desaparece por efectos de la sentencia. O sea, si su renta está abierta a revisión oficial, ese sujeto estará frente a una retención "inexistente" en la porción que al inactivo le corresponda. Y el partícipe inactivo toma el derecho a imputar esa porción de retención a favor.



Grave situación porque al tratarse de una retención excesiva, tomada al amparo de una doctrina que ahora se retira con efecto retroactivo, la calidad de inexistente respecto de esa porción genera efectos indeseados, como por ejemplo perder el derecho al beneficio de auditoría.

Pero, en cambio, los rebeldes, que actuaron por fuera del criterio de la DIAN, ven consolidada su situación y, en palabras nuestras, la sentencia aplaude esa rebeldía intelectual.

En fin, la decisión nos parece acertada y participamos del criterio mayoritario expresado en la sentencia; sin embargo, desde nuestra perspectiva, la sentencia debió modular sus efectos para evitar el efecto hacia el pasado, que puede poner en calzas prietas a aquellos contribuyentes que de buena fe, actuaron al amparo de esa doctrina. Debe la DIAN ahora redireccionar la situación para dar certeza aplicativa a la reciente decisión del CE. ¿Aló?

TRIBUTAR ASESORES SAS, Empresa Colombiana líder en soluciones y servicios tributarios, autoriza reproducir, circular y/o publicar este documento excepto con fines comerciales. La autorización que se otorga exige que se haga completa publicación tanto del contenido del documento como del logotipo, nombre y eslogan de la empresa que lo emite.

La redacción del documento es autoría de quien se expone arriba, pero cuenta con revisión por parte de un comité editorial de la firma.

Lo que se escribe en este documento es de carácter eminentemente analítico e informativo. Por tanto, de manera alguna comporta un asesoramiento en casos particulares y concretos ni tampoco garantiza que las autoridades correspondientes compartan los puntos de vista expuestos en el documento.