



TRIBUTAR ASESORES LTDA

EMPRESA COLOMBIANA LIDER EN SOLUCIONES Y SERVICIOS TRIBUTARIOS

Documentos **TRIBUTAR-ios**

Septiembre 15 de 2009

FLASH 328

Redacción: J. Orlando Corredor Alejo

TRIBUTAR ASESORES LTDA, 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. Cualquier cita o uso del documento sin estos requisitos o finalidades, podrá ser denunciada a las autoridades de acuerdo con las reglas penales pertinentes.

CAMBIOS EN LA JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA

Durante este año la sección cuarta del Consejo de Estado ha reflejado cambio en tres de sus cuatro magistrados. A consecuencia de tales cambios, hemos venido percibiendo, leyendo y siguiendo con interés las nuevas posturas interpretativas y doctrinales expresadas a través de sus diversas sentencias. En especial, comporta interés la modificación a posturas que han sido tradicionales para esa Corporación, pero que ahora se deciden con criterios diametralmente opuestos a los utilizados en el pasado, dando cabida inclusive, a tesis que habían resultado derrotadas ante esa misma entidad. Nos referiremos a algunos de esos cambios:

Efectos de las sentencias: desde siempre la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en advertir sobre la diferencia entre la nulidad de un acto administrativo y la inexecutable de las leyes. La nulidad retrotrae los efectos (efectos *ex tunc*), que es tanto como si el acto anulado nunca hubiere existido; por ello, cualquier efecto producido por el acto que se anula, debe revertirse, salvo que se trate de lo que la misma jurisprudencia ha denominado “situaciones jurídicas consolidadas”. En el fallo con radicado 16086 de junio 4 de 2009, M.P. Dr. William Giraldo, dentro de un proceso de nulidad por concepto de estampillas en el departamento del Atlántico, el Consejo de Estado señaló que “[c]omo quiera que la nulidad declarada en esta sentencia recae sobre un acto de carácter general, sus efectos son ex nunc, es decir, hacia el futuro.” Se presentó así un drástico cambio de concepción a la tradicional postura de esa Corporación. Por fortuna el Dr. Héctor Romero, único magistrado que proviene de la anterior sala, aclaró su voto para manifestar su desacuerdo con la citada postura. Su salvamento de voto, quizá ha sido fundamental para preservar la posición tradicional que el Consejo de Estado ha tenido a lo largo de la historia, y así se refleja en la sentencia, con ponencia del mismo Dr. Giraldo, radicado 17403 de agosto 6 de 2009, en la que nuevamente se considera que los fallos de esa Corporación en materia de nulidad,



TRIBUTAR ASESORES LTDA

EMPRESA COLOMBIANA LIDER EN SOLUCIONES Y SERVICIOS TRIBUTARIOS

producen efectos retroactivos, excepto que la situación jurídica se haya consolidado.

Alumbrado público: de manera reiterada el Consejo de Estado había señalado que los Concejos Municipales no tenían potestad para desarrollar este tributo como quiera que en la ley no se habían señalado todos sus elementos. Empero, mediante sentencia 16315 de agosto 6 de 2009, con ponencia del Dr. Hugo Fernando Bastidas, esa Corporación ha adoptado postura contraria para dar a entender que la potestad de los Concejos Municipales es derivada y por tanto, tienen la posibilidad de señalar sus elementos, así no estén claros en la ley. A la luz de esta sentencia, los elementos del alumbrado público fueron desarrollados por decreto reglamentario gubernamental, y por resolución de la CREG, lo que, a su juicio, justifica la actuación de los Concejos Municipales en tal sentido. Es del caso señalar que el cambio de jurisprudencia se opera a partir de la sentencia 16544 de julio 9 de 2009, con ponencia de la Dra. Martha Teresa Briceño.

El Dr. Héctor Romero salva su voto para señalar que no se puede dejar el señalamiento de los elementos de un tributo a actos administrativos, ya que según la carta suprema, dicho señalamiento corresponde exclusivamente a la ley.

Reciclaje de pérdidas fiscales: por el año 1999 la DIAN había señalado que la amortización de pérdidas fiscales procedía como deducción, así con ellas se generara nueva pérdida. Sin embargo, ese criterio fue recogido por la DIAN a comienzos del año 2000, y en su lugar se dijo que la amortización de pérdidas fiscales no podría dar lugar a nuevas pérdidas.

Pues bien, hasta la fecha, el Consejo de Estado había venido fallando varios expedientes en los que los contribuyentes, al amparo del concepto de la DIAN, habían rejuvenecido sus pérdidas fiscales. El Consejo de Estado venía señalando que el rejuvenecimiento no era viable, no sólo porque no estaba permitido en la ley, sino porque el concepto de la DIAN que servía para amparar una actuación no debía ser el vigente al cierre del ejercicio gravable, sino el vigente en el momento de presentar la declaración de renta. Por ello, aunque a diciembre de 1999 estaba vigente el concepto que permitía el rejuvenecimiento, dicho criterio fue recogido por la DIAN en marzo de 2000, fecha anterior al vencimiento de las declaraciones de renta del ejercicio 1999.

Mediante sentencias 15914 y 15955, ambas de julio 31 de 2009, con ponencia del Dr. William Giraldo, el Consejo de Estado modificó su criterio para señalar que las actuaciones de los contribuyentes al amparo de doctrina de la DIAN, debe evaluarse con base en aquella vigente a la terminación del ejercicio gravable y no del momento de presentación de la declaración de renta. En tal sentido, admite, por primera vez, que las pérdidas eran reciclables. Con todo, frente a este último punto, es claro que el artículo 147 del ET en la versión vigente actualmente, prohíbe el



TRIBUTAR ASESORES LTDA

EMPRESA COLOMBIANA LIDER EN SOLUCIONES Y SERVICIOS TRIBUTARIOS

rejuvenecimiento, lo que deja por fuera de duda el tema. Lo interesante de la sentencia, en consecuencia, es la nueva forma de ver el sustento de las actuaciones de los contribuyentes con base en doctrina de la DIAN.

Los consorcios como sociedades de hecho: mediante sentencia de agosto 13 de 2009 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, expediente 07-00098-01, con ponencia de la Dra. Nelly Yolanda Villamizar, --tribunal que ahora actúa como segunda instancia en algunos procesos tributarios (según la cuantía)--, acoge la postura de que los consorcios o uniones temporales que se creen para desarrollar contratos privados, no se rigen por los lineamientos de la ley 80 de 1993, sino que se convierten en verdaderas sociedades de hecho. A consecuencia de este fallo, ese Tribunal confirmó como válidas las declaraciones de ICA que habían sido presentadas en Bogotá por un consorcio constituido para desarrollar un proyecto de construcción.

En cambio, en el Consejo de Estado se ha valorado el tema sin reparar en el objeto de los consorcios, para concluir solamente que los mismos no son sujetos pasivos del ICA y por ello, las declaraciones que presenten no tienen validez legal (sentencia de marzo 26 de 2009, expediente 16782 M.P. Dra. Ligia López Díaz)

Al final, en conclusión y resumen, el Derecho es tan apasionante que permite sustentar diferentes criterios, todos ellos respetables. El hecho de que el Consejo de Estado adopte una postura determinada, no es razón para considerar que esa sea una posición inmodificable. Lo anterior permite hacer un llamado de atención, especialmente a la Administración Tributaria, para que valore su concepción acerca de la imposición de sanción de inexactitud, que de manera constante se impone en los expedientes administrativos, por considerarse en la generalidad de los casos, que la postura de los contribuyentes carece de respaldo legal.

****** 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 nuestros puntos de vista.***