



BOLETÍN TRIBUTARIO - 150/17

NORMATIVA MINHACIENDA/DIAN - JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO

I. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

- **PROYECTOS NORMATIVOS**

El MinHacienda expidió y publicó en su página web, el proyecto normativo que a continuación se detalla:

- o **MODIFICA EL DECRETO 2555 DE 2010 EN LO RELACIONADO CON EL PATRIMONIO ADECUADO DE SOCIEDADES FIDUCIARIAS, SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS, SOCIEDADES COMISIONISTAS DE BOLSA, SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE INVERSIÓN Y ENTIDADES ASEGURADORAS - [Proyecto de Decreto](#)**

Recibirá comentarios hasta el 18 de septiembre de 2017 al link: [Comentarios Proyecto Decreto](#).

II. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

- **PROYECTOS NORMATIVOS**

La DIAN emitió y divulgó en su página web, el proyecto normativo que a continuación se relaciona:

- o **REQUISITOS MÍNIMOS PARA SOLICITAR Y MANTENER LA AUTORIZACIÓN COMO OPERADOR ECONÓMICO AUTORIZADO PARA INSTALACIONES PORTUARIAS (ADICIONA LA RESOLUCIÓN 00015 DEL 17 DE FEBRERO DE 2016) - [Proyecto de Resolución](#)**



Recibirá comentarios, observaciones y sugerencias hasta el 15 de septiembre de 2017, en el correo electrónico: oeacolombia@dian.gov.co.

III. CONSEJO DE ESTADO

3.1 SENTENCIA DEL 2 DE AGOSTO DE 2017, EXPEDIENTE 20701

3.1.1 **SUBRAYA QUE SI LA ADMINISTRACIÓN, EN EL PROCESO DE FISCALIZACIÓN, ENCUENTRA SERIOS ELEMENTOS DE JUICIO QUE LE PERMITEN INFERIR QUE UN CONTRATO, QUE EN APARIENCIA CORRESPONDE AL DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL, EN REALIDAD, CONCIERNE A UNO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, SE INVIERTE LA CARGA DE LA PRUEBA, CORRESPONDIÉNDOLE AL CONTRIBUYENTE PROBAR LA REALIDAD CONTRACTUAL**

Destacó la Sala:

“Analizadas las pruebas que obran en el expediente, en especial, el anexo al requerimiento especial, se advierte que el 2 de enero de 2007, la sociedad actora suscribió un contrato con D&D CONSULTORES Y ASESORES S.A, denominado CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL.

(...)

El contrato de cuentas en participación, regulado en el Código de Comercio, es un “contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”.

Aunque se trata de un contrato que no está sometido a solemnidades en cuanto a su formación y, por ende, el objeto, la forma, el interés y las demás condiciones se regirán por el acuerdo de los partícipes, es incuestionable que en este tipo de contratos se requiere que el gestor reparta a sus copartícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

En cuanto al reparto de las ganancias o de las pérdidas, esta Corporación ha dicho que “sostener que deben distribuirse utilidades y no ingresos y que éstos no deben repartirse cuando se perciben, o que no sea una actividad comercial la que desarrollan, son objeciones que atentan contra el principio de la autonomía de la voluntad que rige la contratación entre particulares”;



por ende, lo primordial, en esta clase de contrato, es que se pruebe el reparto de las ganancias o pérdidas, independientemente del mecanismo de reparto que hayan acordado las partes y de su periodicidad.

(...)

Así las cosas, le correspondía a la parte actora controvertir los argumentos expuestos por la DIAN y aportar los medios de prueba que condujeran a tener certeza de que el contrato celebrado por las partes sí corresponde al denominado de colaboración empresarial, porque “tratándose de los pactos o convenciones de los particulares y, en especial de los contribuyentes frente a un tercero de buena fe, como lo sería en el caso la Administración, el efecto de dichas convenciones, aun las que se hagan constar por escritura pública es susceptible de valorarse “conforme a las reglas de la sana crítica”, según el inciso final del artículo 264 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en el contexto de otras pruebas, lo cual quiere decir que no es forzosa para la Administración, en cualquier caso, la aceptación incondicional de la apariencia o formalidad de los actos o contratos de los contribuyentes, cuando quiera que de otras pruebas surja la verdad real o verdadera”, de lo contrario, resultaría ineficaz la acción fiscalizadora.

En efecto, en esta oportunidad, la Sala reitera que no es forzoso para la Administración aceptar de manera incondicional la apariencia de los contratos suscritos por los contribuyentes, cuando de las pruebas aportadas en el trámite administrativo surge que en realidad, el acuerdo de las partes corresponde a un contrato diferente al señalado por el contribuyente.

(...)

En el caso sub examine la parte actora no logró desvirtuar los argumentos expuestos por la Administración para rechazar la erogación en discusión, correspondiéndole la carga de la prueba; por ende, al no presentarse la factura que soporta la erogación reclamada por el contribuyente, procedía el rechazo de la suma de \$415.000.000”.

3.1.2 IMPROCEDENCIA DE LAS DEDUCCIONES SOLICITADAS POR INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS EN EL ARTÍCULO 107 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO

Precisó la Sala:

o GASTOS DE VIAJE - PASAJES AÉREOS:



“La Sala ha sido enfática en señalar que “en materia tributaria no resulta suficiente la inclusión dentro del denunciado privado de una erogación para que esta sea deducible, pues de una parte, el gasto efectivamente debe realizarse dentro de la vigencia fiscal correspondiente y de la otra, reunir los requisitos exigidos por la disposición tributaria para la deducibilidad de las expensas que se dicen necesarias”.

Por esta razón, no es suficiente, para que se reconozca la deducción por este gasto, que se aporten las facturas o documentos soportes que den cuenta de la existencia del mismo, porque, en todo caso, es imprescindible que se acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 107 del ET para que proceda el beneficio.

En este caso, la parte actora omitió aportar y solicitar los medios de prueba que acreditaran que los gastos por concepto del transporte aéreo de las personas señaladas con anterioridad, además de ser forzosos para que se generara la actividad productora de renta, guardaban relación de causa-efecto con la actividad generadora de renta del contribuyente en la vigencia analizada.

Las facturas que obran en el expediente, dan cuenta de la existencia del gasto, es decir, del pago del pasaje aéreo, más no de la necesidad y del nexo de causalidad de la erogación en la que la sociedad actora incurrió; porque ni siquiera se aportó prueba del motivo del viaje.

En conclusión, no basta con que la sociedad afirme que los citados señores le “prestaban servicios” a la empresa, porque, en todo caso se necesita de la prueba que acredite qué clase de servicio se prestó y en qué condiciones, solo de esta manera se puede establecer la necesidad y la relación de causalidad del servicio prestado por un tercero (sin vínculo laboral), respecto de la actividad productora de renta”.

o **GASTOS DIVERSOS - CASINO, RESTAURANTE Y OTROS:**

“La sociedad demandante afirmó que estos gastos, vistos con criterio comercial, resultaban necesarios como “incentivo y reconocimiento a las labores desarrolladas en la empresa por estas personas que son las que permite (sic) el buen funcionamiento y continuidad de los negocios”, argumento, que por sí solo, no prueba el requisito de la necesidad y el nexo de causalidad con la actividad generadora de renta.



Aclara la Sala, que si el contribuyente determina una expensa con criterio comercial, por tratarse de aquellas que “son normalmente acostumbradas en cada actividad” (inc. 2 art. 107 ET), esta afirmación no es suficiente para que se acceda al beneficio, porque siempre se requerirá de los medios de prueba que acrediten de manera idónea que la expensa es necesaria, ya sea porque: (i) vista desde el entorno en el que se desarrolla la actividad productora de renta y en el marco del objeto social de la empresa, resulta ser de aquellas que son de usual, normal, común o de habitual aplicación por parte de otras empresas del sector en el que se desarrolla la actividad económica, para la generación de la renta o (ii) porque aunque no se trate de una conducta generalizada en el respectivo sector, el contribuyente prueba que al amparo de un criterio razonable y ostensible, la expensa en la que incurrió es de aquellas que resultan indispensables para el desarrollo de la actividad productora de renta.

En el caso concreto, la parte actora probó que incurrió en el gasto pero, no acreditó que todos los gastos a los que se ha hecho referencia, cumplieron con el criterio de necesidad al que se refiere el artículo 107 del ET, como tampoco al de causalidad.

(...)

En conclusión, la parte actora no probó que los gastos en los que incurrió, que fueron cuestionados por la Administración, fueron necesarios y guardaron relación de causalidad con la actividad productora de renta”.

SÍGUENOS EN [TWITTER](#)

FAO

05 de septiembre de 2017