

BOLETÍN TRIBUTARIO - 006/16

JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO

- 1. DECLARA LA NULIDAD DE LAS EXPRESIONES “EN TODOS LOS CASOS” Y “Y ES REQUISITO PARA EL PAGO O ABONO EN CUENTA AL CONTRATISTA”, DEL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO REGLAMENTARIO 3590 DE 2011, POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL ARTÍCULO 173 DE LA LEY 1450 DE 2011 (APLICACIÓN DE LA TABLA DE RETENCIÓN PARA TRABAJADORES INDEPENDIENTES)**

La Sala subrayó:

*“El artículo 173 de la Ley 1450 de 2011 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”, reglamentado mediante el decreto parcialmente demandado en este proceso, fue derogado por el artículo 15 de la Ley 1527 de 2012, “por medio de la cual se establece un marco general para la libranza o descuento directo y se dictan otras disposiciones”.*

*Esta última, a su vez, fue derogada por la Ley 1607 de 2012 (art. 198) “Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones”, que, a diferencia de las normas anteriores, no estableció una regla especial para la determinación de la retención en la fuente de los trabajadores independientes.*

(...)

*En esas condiciones, por efecto de la derogatoria de la norma objeto de reglamentación, desaparecen los fundamentos de derecho del Decreto 3590 y, en consecuencia, este último pierde fuerza ejecutoria (que no es más que una derogatoria implícita).*

*No obstante, la Sala abordará el análisis de la disposición acusada, por los efectos que pudo tener durante el tiempo que estuvo vigente, de acuerdo con la tesis jurisprudencial que de manera unánime ha sostenido esta Corporación, sobre la necesidad de pronunciarse sobre actos derogados para controlar sus efectos, “...en razón a que la derogatoria surte efectos hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado”.*

(...)



*En esas condiciones, le asiste razón a la demandante cuando afirma que el cumplimiento del requisito fijado para acceder al beneficio (la certificación) no puede ser obligatorio para **todos** los trabajadores independientes, pues **la medida es optativa**; luego, solo puede exigírsele la certificación a quienes estén interesados en que se les aplique dicho tratamiento preferencial.*

(...)

*En consecuencia, la Sala declarará la nulidad de la expresión “en todos los casos”.*

(...)

*En este caso, la expresión acusada condiciona el pago al cumplimiento de una obligación ajena a la naturaleza del negocio jurídico, modificando así, la relación contractual, sin estar autorizado para ello por el legislador, lo que distorsiona el principio de la autonomía de la voluntad, propio de un modelo económico fundado en la iniciativa particular y la libre empresa.*

*Así las cosas, la Sala declarará la nulidad de la expresión “y es requisito para el pago o abono en cuenta al contratista”, del inciso final del artículo 1° del Decreto 3590 de 2011, porque con su expedición, el gobierno nacional excedió la potestad reglamentaria”. (Sentencia del 10 de diciembre de 2015, expediente 19234).*

- 2. NIEGA PRETENSIÓN DE NULIDAD DE LOS ACUERDOS PROFERIDOS POR EL CONCEJO MUNICIPAL DE MEDELLÍN Y EL DECRETO PROFERIDO POR EL ALCALDE MUNICIPAL DE MEDELLÍN, MEDIANTE LOS QUE SE ESTABLECIÓ Y SE REGLAMENTÓ EL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO EN DICHO MUNICIPIO (ARTÍCULO 1° DEL ACUERDO MUNICIPAL NO. 76 DE 1998, ARTÍCULOS 1°, PARÁGRAFO 2° DEL ARTÍCULO 1°, ARTÍCULO 2° Y PARÁGRAFO DEL ACUERDO MUNICIPAL NO. 17 DE 1999, ARTÍCULOS 6 [NUMERAL 13], 96, 97, 98, 99, 100 Y 157 DEL ACUERDO MUNICIPAL NO. 57 DE 2003, DECRETO 2067 DE 2006, ARTÍCULOS 6 [NUMERAL 13], 108, 109, 110, 111 Y 112 DEL ACUERDO MUNICIPAL NO. 67 DE 2008)**

Manifestó la Sala:

*“En consecuencia, el Municipio de Medellín no violó el principio de legalidad ni de certeza tributaria pues, tal como lo ha precisado la Corte Constitucional<sup>1</sup>, tales principios se vulneran, cuando el Congreso, las asambleas departamentales o los concejos municipales o distritales omiten la determinación de los elementos*

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 594 de 2010



esenciales del tributo “y cuando en su definición se acude a expresiones ambiguas o confusas.”

Conforme con lo expuesto, la Sala denegará la pretensión de los apelantes, para confirmar, en su totalidad, la sentencia del 8 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia”. **(Sentencia del 10 de diciembre de 2015, expediente 19585).**

### **3. PROCEDE LA DEDUCCIÓN POR APORTES A FONDOS DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y VEJEZ**

La Sala recalcó:

“Para el caso particular, las pruebas permiten inferir que la deducción por aportes a fondos de pensiones, solicitada por la sociedad actora, es procedente, en tanto que cumple los requisitos del artículo 126-1 del Estatuto Tributario, esto es, se advierte el carácter de contribución del empleador para cumplir uno o varios planes de pensiones de jubilación e invalidez, y se encuentra acreditado quiénes son los partícipes y beneficiarios de la prestación”. **(Sentencia del 10 de diciembre de 2015, expediente 18531).**

### **4. PARA EL CASO EN DISCUSIÓN, SE RECONOCE AJUSTADA A DERECHO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DEMANDADA EN CUANTO RECHAZA LA DEDUCCIÓN POR PÉRDIDA GENERADA EN LA VENTA Y COMPRA DE TES**

Al respecto destacó:

“Es decir que la compra y venta de los TES que generaron la pérdida cuya deducción pretende la actora no obedeció al concepto de "necesidad", sino a una "estrategia" para generar un doble beneficio: De una parte, la renta exenta por la compra y venta de los TIP y, de otra, la pérdida por la compra y venta de los TES, conceptos que son bien distintos, pues la necesidad implica que sin la realización del gasto es imposible obtener la renta, mientras que la estrategia constituye un conjunto de acciones que de manera voluntaria y pensada permiten desarrollar un contexto determinado con el fin de lograr el fin propuesto.

En síntesis, la pérdida solicitada por la actora no cumple el requisito de la necesidad de que trata el artículo 107 del Estatuto Tributario, para que proceda su deducción.

Tampoco tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta, puesto que si bien la inversión en TES le permitió a la actora generar la pérdida, esto obedeció, no al desarrollo normal de su actividad productora de renta, sino al propósito de imputar dicha pérdida a la utilidad obtenida en la compra y venta de



*TIP, operación que hacía parte de la estrategia o modelo de optimización tributaria elaborado por Correval S. A., tal como se indica en el mismo documento". (Sentencia del 10 de diciembre de 2015, expediente 18928).*

5. **PRECISA QUE EL ARTÍCULO 732 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO SEÑALA QUE EL TÉRMINO PARA "RESOLVER" EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN ES DE UN AÑO, CONTADO A PARTIR DE LA INTERPOSICIÓN EN DEBIDA FORMA. LA SALA REITERA QUE EN ESE PLAZO SE DEBE PROFERIR EL ACTO Y SE DEBE DAR A CONOCER AL INTERESADO MEDIANTE LA NOTIFICACIÓN, PARA QUE EL ACTO SEA OPONIBLE. ESTO ES ASÍ PORQUE EL PLAZO DE "UN AÑO" PREVISTO EN EL ARTÍCULO 732 DEL E.T. ES UN TÉRMINO PRECLUSIVO, CUYO INCUMPLIMIENTO DA LUGAR A QUE SE CONFIGURE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO Y A QUE SE CONFIGURE LA CAUSAL DE NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA TEMPORAL. (Sentencia del 10 de diciembre de 2015, expediente 19415).**

SÍGUENOS EN [TWITTER](#)

FAO

19 de enero de 2016