

COMISIONES POR LA PRESTACION DE SERVICIOS DE ADMINISTRACION DE FONDOS DEL ESTADO – No generan el impuesto sobre las ventas / PAGO DE PENSIONES REALIZADO POR LOS BANCOS EN VIRTUD DE LOS CONTRATOS Y CONVENIOS - No es un servicio vinculado a la seguridad social y no está gravado con el impuesto sobre las ventas

Las comisiones recibidas por la prestación de servicios de administración de fondos del Estado y por los vinculados a la seguridad social no generan el impuesto sobre las ventas; no obstante, para los segundos de ellos el legislador previó una remisión normativa expresa a la Ley 100 de 1993, entendiéndose, en consecuencia, que la vinculación se determina bajo los parámetros de dicho texto legal. Ahora bien, el Decreto 841 de 1998 reglamentó la ley señalada y el Estatuto Tributario, en los aspectos relacionados con el Sistema General de Seguridad Social. Los artículos 1 y 2 de ese cuerpo normativo enumeraron los servicios vinculados a la seguridad social y distinguieron los de Administración de Fondos del Estado del Sistema de Seguridad Social. Para la recurrente, el pago de pensiones realizado por el Banco Agrario en virtud de los contratos y convenios que celebró con el Consorcio Fopep, el ISS y el Ministerio de Protección Social, no es un servicio vinculado a la seguridad social en los términos de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 841 de 1998. Un vistazo a la enumeración que hace el artículo 1º del Decreto 841 de 1998 da cuenta de que, ciertamente, el pago de pensiones no fue contemplado como servicio vinculado a la seguridad social. Lo anterior, unido al parámetro legal previsto en el numeral 3º del artículo 476 del E. T. para determinar ese tipo de servicios, y a la claridad del reglamento señalado, de cara al principio de taxatividad de las exclusiones como tratamientos preferenciales que son, era lo propio tributar sobre los ingresos por comisiones derivadas de la prestación del servicio de pago de pensiones. la sentencia señaló que los ingresos referidos no formaban parte de los recursos de la Seguridad Social, ni integraban los rubros que componían los regímenes pensionales del Sistema General de Pensiones, dado que, en el caso del régimen de prima media, los recursos se constituyen por los aportes de los afiliados y sus rendimientos que conjuntamente crean un fondo común de naturaleza pública, y, en el caso del régimen de ahorro individual, los recursos los constituyen los aportes y los rendimientos con los que se crea la cuenta individual; de modo que el pago del IVA por concepto de dicho servicio no afecta ninguno de esos recursos a fines distintos de la Seguridad Social. De acuerdo con ello, se concluyó que el concepto acusado no vulneraba el artículo 48 de la C. P. y, dado que los recursos obtenidos por los bancos por el servicio de pago de pensiones no provenían de los fondos de pensiones ni de los fondos de reparto del régimen de prima media, sino del patrimonio de las entidades administradoras, se descartó la violación del artículo 135 de la Ley 100 de 1993 que exonera de toda clase de tributos a los recursos de dichos fondos. No obstante, el criterio de la Sala varió respecto de la violación del numeral 3º del artículo 476 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 36 de la Ley 788 de 2002, pues, a partir de la noción de “servicios vinculados a la seguridad social” que se indica en la sentencia C-341 del 2007, estimó que la exclusión establecida en dicho numeral cobijaba al servicio de pago de pensiones prestado por los bancos, en cuanto guardaba estrecha y directa relación con el manejo de pensiones como parte de la seguridad social; en ese sentido, inaplicó el literal d) del numeral 1º del Decreto 841 de 1998, por razones de inconstitucionalidad

FUENTE FORMAL: DECRETO 841 DE 1998 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 476 NUMERAL 3

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA

Consejera Ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

Bogotá D. C., diez (10) de mayo del dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-27-000-2009-00047 01 (18381)

Actor: BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

FALLO

Se decide la apelación interpuesta por la demandada, contra la sentencia del 20 de mayo del 2010, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de los actos administrativos que determinaron el impuesto sobre las ventas a cargo de la demandante, por los bimestres 1, 2, 5 y 6 del año 2004. Dicho fallo dispuso:

“Primero: SE DECLARA LA NULIDAD de las Liquidaciones Oficiales de Revisión Nos.:

| RESOLUCIÓN No. | CONCEPTO |
|---|--|
| <i>310642007000088 de 26 de marzo (sic) de 2007</i> | <i>Correspondiente al impuesto sobre las ventas del 1er bimestre de 2004</i> |
| <i>310642007000112 de 26 de marzo (sic) de 2007</i> | <i>Correspondiente al impuesto sobre las ventas del 2do bimestre de 2004</i> |
| <i>310642007000115 de 26 de marzo (sic) de 2007</i> | <i>Correspondiente al impuesto sobre las ventas del 5to bimestre de 2004</i> |
| <i>310642007000116 de 26 de marzo (sic) de 2007</i> | <i>Correspondiente al impuesto sobre las ventas del 1er (sic) bimestre de 2004</i> |

Todas proferidas por la División de Liquidación de la Administración Especial de Impuestos de los Grandes Contribuyentes de Bogotá, por medio de las cuales se modificaron y liquidaron oficialmente las liquidaciones privadas del impuesto sobre las ventas de los bimestres 1, 2, 5 y 6 del año gravable 2004.

Asimismo, SE DECLARA LA NULIDAD de las resoluciones que desataron los recursos de reconsideración contra las decisiones anteriores, las cuales se identifican de la siguiente manera:

| RESOLUCIÓN No. | CONCEPTO |
|---|---|
| 310662008000041 de 3 de octubre de 2008 | Correspondiente al impuesto sobre las ventas del 1er bimestre de 2004 |
| 310662008000042 de 3 de octubre de 2008 | Correspondiente al impuesto sobre las ventas del 2do bimestre de 2004 |
| 310662008000043 de 3 de octubre de 2008 | Correspondiente al impuesto sobre las ventas del 5to bimestre de 2004 |
| 310662008000044 de 3 de octubre de 2008 | Correspondiente al impuesto sobre las ventas del 1er (bis) bimestre de 2004 |

Todas proferidas por la División Jurídica Tributaria de la Administración Especial de Impuestos de los Grandes Contribuyentes de Bogotá, por medio de las cuales se confirmaron las liquidaciones oficiales citadas anteriormente.

COMO CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR Y A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO, DECLÁRANSE EN FIRME LAS DECLARACIONES PRIVADAS PRESENTADAS POR EL BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S. A. POR CONCEPTO DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS DE LOS BIMESTRES 1, 2, 5 Y 6 DEL AÑO GRAVABLE 2004”.

ANTECEDENTES

En el año 2004, el Banco Agrario de Colombia S. A. presentó las declaraciones Nos. 90000015676240, 90000016525318, 90000018285861 del 7 de abril, 10 de junio y 7 de diciembre, respectivamente, por el impuesto sobre las ventas correspondiente a los bimestres 1, 2 y 5 de dicha anualidad; y el 11 de febrero del 2005 radicó la declaración No. 90000019098515, correspondientes al mismo concepto y periodos.

Previa apertura de investigaciones fiscales independientes respecto de cada uno de los periodos señalados y con base en el análisis de la información que la demandante suministró, se advirtió que los ingresos generados en la prestación de servicios bancarios de la cuenta “Comisión Convenios Exentos”, por razón de los contratos celebrados con el Consorcio FOPEP, el Ministerio de Protección Social – Fondo de Solidaridad Pensional y el ISS, fueron declarados como excluidos en virtud del No. 3 del artículo 476 del E. T.

De acuerdo con ello, la Administración profirió requerimientos especiales respecto de cada bimestre investigado, que al unísono propusieron disminuir los ingresos brutos por operaciones excluidas y no gravadas e incrementar los derivados de operaciones gravadas junto con el impuesto a cargo por cada periodo, e imponer la respectiva sanción por inexactitud.

Lo anterior, por cuanto el objeto de los contratos en virtud de los cuales se generaron dichos ingresos no era la administración de fondos del Estado.

El 26 de noviembre del 2007 la Administración Especial de Impuestos de los Grandes Contribuyentes de Bogotá expidió las siguientes liquidaciones oficiales de revisión que aceptaron la propuesta de modificación en los valores que a continuación se detallan, y que fueron confirmadas en sede del recurso de reconsideración interpuesto contra cada una de ellas:

| LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN | CONCEPTO Y PERIODO | DECLARACIÓN PRIVADA QUE MODIFICA | VALORES MODIFICADOS POR LA LIQUIDACIÓN OFICIAL | RESOLUCIÓN QUE CONFIRMA LOS VALORES MODIFICADOS |
|--|---------------------------|---|--|--|
| 310642007000088 del 26 de noviembre del 2007 | IVA 1 bimestre del 2004 | 90000015676240 del 7 de abril del 2004 | <p>Ing. brutos por operaciones excluidas y no gravadas: \$130.428.174.000 (de \$131.913.438.000)</p> <p>Ing. brutos por operaciones gravadas: \$16.028.089.000 (de \$14.542.825.000)</p> <p>Impuesto a cargo: \$2.560.381.000 (de \$2.324.539.000)</p> <p>Sanción por inexactitud: \$380.227.000 (de \$0)</p> <p>Saldo a pagar: \$2.193.729.000 (de \$1.575.860.000)</p> | 310662008000041 del 3 de octubre del 2008 |
| 310648007000112 del 26 de noviembre del 2007 | IVA 2 bimestre del 2004 | 90000016525318 del 10 de junio del 2004 | <p>Ing. brutos por operaciones excluidas y no gravadas: \$129.974.080.000 (de \$131.612.803)</p> <p>Ing. brutos por operaciones gravadas:</p> | 310662008000042 del 3 de octubre del 2008 |

| | | | | |
|---|----------------------------|--|--|---|
| | | | <p>\$14.973.792.000 (de \$13.335.069.000).</p> <p>Impuesto a cargo: \$2.396.756.000 (de \$2.134.560.000)</p> <p>Sanción por inexactitud: \$419.514.000 (de \$0)</p> <p>Saldo a pagar: \$2.203.732.000 (de \$1.522.022.000)</p> | |
| 31642007000 115 del 26 de noviembre del 2007 | IVA 5 bimestre del 2004 | 9000001828 5861 del 7 de diciembre del 2004 | <p>Ing. brutos por operaciones excluidas y no gravadas: \$123.250.723.000 (de \$125.950.226.000)</p> <p>Ing. brutos por operaciones gravadas: \$14.782.053 (de \$12.082.550.000)</p> <p>Impuesto a cargo: \$2.418.788.000 (de \$1.986.868.000)</p> <p>Sanción por inexactitud: \$691.072.000 (de \$0)</p> <p>Saldo a pagar: \$2.653.368.000 (de \$1.530.376.000)</p> | 3106620080000 43 del 3 de octubre del 2008 |
| 31064200700 0116 del 26 de noviembre | IVA 6 bimestre del 2004 | 9000001909 8515 del 11 de febrero | <p>Ing. brutos por operaciones excluidas y no</p> | 3106620080000 44 del 3 de octubre del |

| | | | | |
|----------|--|----------|---|------|
| del 2007 | | del 2005 | gravadas: \$194.864.297.000 (de \$198.418.847.000) | 2008 |
| | | | Ing. brutos por operaciones gravadas: 21.932.324.000 (de \$18.377.774.000) | |
| | | | Impuesto a cargo: \$3.506.740.000 (de \$2.938.012.000) | |
| | | | Sanción por inexactitud: \$909.965.000 (de \$0) | |
| | | | Saldo a pagar: \$3.621.614.000 de \$2.142.921.000) | |

LA DEMANDA

El BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S. A. solicitó la nulidad de las Liquidaciones Oficiales de Revisión Nos. 310642007000088, 310648007000112, 31642007000115 y 310642007000116, expedidas el 26 de noviembre del 2007, y de las resoluciones Nos. 310662008000041, 310662008000042, 310662008000043 y 310662008000044, expedidas el 3 de octubre del 2008.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se declare improcedente el cobro del mayor valor del impuesto sobre las ventas a su cargo para los bimestres 1, 2, 5 y 6 del año gravable 2004, y de las sanciones impuestas por inexactitud. Igualmente, solicitó que se reconozca la firmeza de las declaraciones privadas Nos. 90000015676240, 90000016525318, 90000018285861 del 7 de abril, 10 de junio y 7 de diciembre del 2004, y 90000019098515 del 11 de febrero del 2005, correspondientes al mismo concepto y periodos.

Así mismo, pidió que se condene a la demandada a restituir al Banco todas las sumas de dinero que hubiese pagado o tenido que pagar respecto del impuesto o las sanciones impuestas por los actos demandados, más los intereses respectivos, desde la fecha del pago y hasta cuando tales dineros se le restituyan.

Estimó violados el artículo 338 de la Constitución Política; los artículos 476 numeral 3º, 647, 683, 705, 705-1 y 714 del Estatuto Tributario y el artículo 84 del

Código Contencioso Administrativo. Como concepto de violación expuso, en síntesis:

Los tributos sólo pueden ser dispuestos por los órganos de representación popular en los diferentes niveles, y sólo ellos están llamados a establecer sus elementos esenciales, exclusiones y exenciones.

El artículo 476 (No. 3º) del E.T. excluyó del impuesto sobre las ventas a los servicios vinculados a la seguridad social de los que hacen parte las comisiones que cobran los establecimientos de crédito. En consecuencia, los actos acusados vulneran el ordenamiento constitucional porque radican en cabeza del demandante una carga tributaria que no le corresponde asumir y desconocen los principios de justicia y de distribución de las cargas públicas.

Las resoluciones demandadas incurren en falta de motivación en cuanto aducen que los ingresos percibidos por el Banco demandante, como remuneración por el servicio de pago de mesadas pensionales, estaban sometidos al impuesto sobre las ventas, desconociendo su vinculación con la seguridad social, de acuerdo con la sentencia del 5 de febrero del 2009, que anuló el Concepto DIAN 015470 del 2006.

Las Resoluciones demandadas se fundamentan en una interpretación errónea que limitó el alcance del ya referido numeral 3º a los servicios prestados por las administradoras de pensiones dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad y de prima media con prestación definida, no obstante que la exclusión que allí se consagra cobija cualquier servicio relacionado con la seguridad social, sin importar quien lo preste, siempre y cuando se relacione con la seguridad social.

Los términos de firmeza de las declaraciones de impuesto sobre las ventas y de retención de la fuente, se subordinan a los de la declaración de renta respecto de los periodos que coincidan con el correspondiente año gravable. Así y toda vez que para el año 2004 el Banco Agrario se sometió al beneficio de auditoría, sus declaraciones de IVA quedaron en firme en el término anticipado del artículo 705-1 del E. T., es decir, desde octubre del 2005.

La inaplicación de la norma señalada conduciría a que la notificación del requerimiento especial fuera extemporánea, pues para el momento de realizarla (22 de marzo de 2007) había transcurrido un término superior al previsto en el artículo 705 ibídem, es decir: dos años desde el vencimiento del plazo para declarar.

La discusión por el mayor impuesto generado sobre las comisiones por servicios de pago de pensiones no obedece a un incumplimiento de las normas aplicables, sino a una diferencia interpretativa entre las partes, de modo que no se configuran los presupuestos del artículo 647 del E. T. para aplicar la sanción por inexactitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La DIAN se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

La Administración Tributaria aplicó correctamente el contenido de las normas que la actora considera violadas, y los argumentos de la resolución que resolvió el recurso de reconsideración demuestran la legalidad de los actos demandados.

De acuerdo con los artículos 703 y 705 del E.T., el término para notificar el requerimiento especial de las declaraciones de ventas y retención en la fuente es el mismo que corresponde a las declaraciones de renta del contribuyente respecto de aquellos periodos que coinciden con el correspondiente año gravable.

Así mismo, el término de firmeza que establece el artículo 714 ibídem (dos años siguientes a la fecha del vencimiento del plazo para declarar, o de su presentación si fuere extemporánea, o de la solicitud de devolución o compensación que se hubiese presentado) opera cuando el requerimiento especial de que trata el artículo 703 ejusdem no se ha notificado, o cuando vence el término para practicar liquidación oficial de revisión y ésta no se ha notificado.

La firmeza de las declaraciones de retención en la fuente e impuesto sobre las ventas está regulada por el artículo 705-1 del Estatuto Tributario. En ese sentido, precisa la DIAN que “la declaración de renta por la vigencia fiscal de 2004, identificada con el No. 9000001971399 fue presentada el 11 de abril del 2007 (sic) en la oportunidad establecida en el Decreto 3805 del 30 de diciembre del 2003, razón por la cual la Administración contaba para notificar los requerimientos especiales por los bimestres 1, 2, 5 y 6 de 2004, hasta el día 11 de abril de 2007, en consecuencia, no se configura la pretendida extemporaneidad de los actos administrativos”.

El requerimiento especial propuso adicionar ingresos brutos gravados provenientes de la prestación de servicios bancarios para el pago de pensiones por la suma de mil cuatrocientos ochenta y cinco millones doscientos sesenta y cuatro mil pesos (\$1.485'264.000.00), aduciendo que los contratos suscritos con el I.S.S y el Consorcio FOPEP y, en general, los que originaron los ingresos que se declararon como excluidos, no recaían sobre servicios de administración de fondos del Estado sino sobre servicios bancarios, de modo que, por lo mismo, no operaba la exclusión de IVA prevista en el numeral 3º del artículo 476 del E.T.

Dicha exclusión opera respecto de los servicios de administración de fondos del Estado y los servicios vinculados con la seguridad social. El Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional se creó como una cuenta de la Nación adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y cuyos recursos se administran por encargo fiduciario.

Así mismo y de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 488 de 1998 y el literal d) del artículo 1º del Decreto 841 de 1994, los servicios vinculados con la seguridad social refiere a servicios prestados por las administradoras dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad y de prima media con prestación definida.

La exclusión sobre dichos servicios exige que éstos concuerden con lo previsto en la Ley 100 de 1993, lo cual no ocurre respecto de los servicios bancarios de pago de mesadas pensionales prestados por las entidades financieras, cuyo objeto, naturaleza y finalidad difieren de los de los servicios de administración de fondos del Estado del sistema de seguridad social.

Los servicios bancarios relacionados con el pago de mesadas pensionales por parte de una entidad financiera y las comisiones percibidas por dicha prestación, no corresponden a los servicios de administración de fondos del Estado del

sistema de seguridad social excluidos del IVA, ni a los servicios vinculados a la seguridad social que establece la Ley 100 de 1993, esto es, los prestados por las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad y prima media con prestación definida.

Mediante Oficio No. 018392 del 8 de abril del 2003, la DIAN reconoció que los servicios de administración de fondos del Estado se encontraban excluidos de acuerdo con el Decreto 841 de 1998, pero ello fue complementado por el Oficio No. 071488 del 5 de noviembre del mismo año, que data de antes de los periodos investigados, en el sentido de que el IVA se aplica para las comisiones de servicios financieros no excluidas expresamente por el artículo 476, y que las entidades que prestan dichos servicios son responsables del impuesto conforme a lo preceptuado en el artículo 443-1 ibídem. En esos términos se unificó el criterio respecto de la no aplicación de la exclusión del IVA de los servicios financieros de pago de mesadas pensionales.

El artículo 48 de la Carta Política alude al carácter obligatorio e irrenunciable del servicio de seguridad social que se presta bajo la dirección y el control del Estado, no al servicio bancario cuya prestación tiene finalidad y naturaleza diferentes, de modo que los recursos destinados a pensiones no pueden destinarse a pagar servicios bancarios, ni a estos servicios puede extenderse la exclusión que opera sobre pagos de pensiones.

Las exclusiones son de creación legal y, por tanto, sólo pueden aplicarse aquéllas que estén taxativamente señaladas en la ley; no hay lugar a exclusiones por analogía. La exclusión de IVA consagrada en el No. 3º del artículo 476 del E. T. frente a servicios de administración de fondos del Estado y a servicios vinculados con la seguridad social de conformidad con la Ley 100 de 1993 es objetiva y sólo atiende a la naturaleza del servicio prestado, y no puede aplicarse a servicios distintos de los señalados en el artículo 135 ibídem.

La demandante declaró voluntariamente exclusiones inexistentes, omitiendo el valor correspondiente a los ingresos derivados de la prestación de servicios bancarios por el pago de pensiones que se encuentra gravado, y la declaración de impuestos por tales operaciones. Esta circunstancia constituye inexactitud sancionable.

No se configura diferencia de criterios en la interpretación del derecho aplicable; lo que se evidencia es una transgresión de las normas tributarias por el desconocimiento de las exclusiones del impuesto sobre las ventas que tienen carácter taxativo e interpretación restrictiva.

Por lo demás, la Administración actuó conforme a su doctrina oficial y no violó normas legales y constitucionales al momento de expedir los actos administrativos demandados.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró la nulidad de los actos demandados, de acuerdo con los siguientes razonamientos:

La Administración, por regla general, cuenta con un plazo máximo de dos años para proferir y notificar el requerimiento especial respecto de cualquier liquidación privada de los contribuyentes, de conformidad con el artículo 705 del E.T.; sin embargo, el numeral 1º de la misma norma permite que ese término concuerde

con el de la firmeza de la declaración de renta, respecto de aquellos periodos que coincidan con el correspondiente año gravable.

Dado que el artículo 714 de la misma legislación dispuso que la declaración tributaria queda en firme siempre y cuando dentro de los dos años siguientes a la fecha del vencimiento del plazo para declarar, no se haya notificado requerimiento especial, la DIAN contaba con ese plazo para notificar dicho acto respecto de las declaraciones de impuesto sobre las ventas de los bimestres 1, 2, 5 y 6 del año 2004.

En principio, el término de firmeza del beneficio de auditoría al que se acogió el demandante respecto de la declaración de renta del año gravable 2004 se extendió a las declaraciones de impuesto sobre las ventas y retención en la fuente; sin embargo, con la derogatoria del inciso 2º del artículo 689-1 del E.T. por parte del artículo 69 de la Ley 863 de 2003, se eliminó el beneficio de auditoría para las declaraciones del impuesto sobre las ventas y retención en la fuente, de manera que el término para notificar el requerimiento especial respecto de tales declaraciones privadas es de dos años, contados a partir del vencimiento del plazo para declarar el impuesto sobre la renta.

La Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante Resolución No. 00705 de 3 del febrero del 2004, concedió al actor el plazo previsto en el párrafo del artículo 21 del Decreto 3805 del 30 de diciembre del 2003 para presentar las declaraciones del impuesto sobre las ventas de los bimestres 1 a 6 de 2004.

La declaración privada del impuesto sobre la renta del año gravable 2004, presentada el 11 de abril del 2005, facultó a la DIAN para notificar requerimiento especial respecto de las declaraciones del impuesto sobre las ventas de los bimestres 1, 2, 5 y 6 del año gravable 2004 hasta el 11 de abril del 2007. El primero de dichos requerimientos fue notificado el 16 de marzo de 2007 y los tres últimos el 27 de marzo de la misma anualidad, lo que indica que la diligencia se realizó oportunamente.

El servicio que prestan las entidades financieras por el pago de mesadas pensionales se encuentra excluido de impuesto sobre las ventas, comoquiera que se trata de una actividad vinculada a la seguridad social según lo señaló el Consejo de Estado en sentencia del 5 de febrero del 2009, exp. 2006-00045, al considerar que esos pagos guardan estrecha relación con el manejo de las pensiones en dicho sistema y extinguen la obligación periódica de las administradoras de pagar las pensiones a sus beneficiarios.

Acorde con esa tesis, el pago de pensiones genera ingresos que permiten una subsistencia digna y, en sí mismo, se encuentra vinculado a la seguridad social. La exclusión de IVA del artículo 476 del E. T. es objetiva, pues se dirige a los servicios que se presten y no a quienes los suministran.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada apeló la sentencia del Tribunal. Al efecto, señaló:

El Tribunal inaplicó la ley y permitió que una jurisprudencia sustituyera la taxatividad del No. 3º del artículo 476 del E. T., sin tener en cuenta que los impuestos nacionales son de creación legal y que, en consecuencia, las excepciones y exclusiones deben estar consagradas en la ley como se infiere de

los artículos 154 y 338 de la Constitución Política, o previstas en convenios o tratados internacionales aprobados por el Congreso, y aplicarse taxativamente.

Sólo el legislador puede expedir normas que califiquen un servicio como excluido. El numeral en comento excluyó de IVA a los servicios vinculados con la seguridad social y prestados por las Administradoras de Pensiones, los cuales fueron determinados en la Ley 100 de 1993 y los respectivos reglamentos, y no comprenden los servicios prestados por las entidades financieras que se rigen por las disposiciones generales de IVA.

Las comisiones recibidas por las entidades bancarias por la prestación del servicio del pago de pensiones se gravan con el impuesto sobre las ventas, porque no se relacionan con la administración de fondos del Estado sino con la remuneración que reciben los bancos por la prestación de uno de sus servicios.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El demandante señaló que la sentencia apelada no violó los artículos 154 y 338 de la C. P., sino que aplicó correctamente el No. 3º del artículo 476 del E. T., precisando que la discusión del sub lite se restringe a una diferencia de criterios sobre dicha disposición.

De acuerdo con la sentencia C-341 del 2007, la mencionada exclusión es objetiva y responde a la naturaleza del servicio prestado, no a la persona que lo presta. Los servicios vinculados con la seguridad social, en los términos de la Ley 100, son los que guardan relación directa y estrecha con el manejo de los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna.

Según la tesis de la sentencia del 5 de febrero del 2009, exp. 2006-00045, el pago de la pensión a los beneficiarios de los distintos regímenes se relacionan con el manejo de las pensiones como parte de la seguridad social, y con ese servicio se extingue la obligación periódica que tienen las administradoras, dotando de ingresos a los beneficiarios para tener una subsistencia digna.

La sanción por inexactitud es improcedente, porque el Banco Agrario basó su actuación en una interpretación razonable de las normas vigentes, configurándose una diferencia de criterios excluyente de responsabilidad a la luz del artículo 647 del Estatuto Tributario.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público rindió concepto favorable a la apelación interpuesta por la demandada, de acuerdo con lo siguiente:

La exclusión de impuesto sobre las ventas para los servicios vinculados al Sistema de Seguridad Social es de carácter objetivo y opera independientemente de quién preste el servicio. Dicha exclusión sólo se sujeta a que el servicio esté directamente vinculado con la seguridad social, sin esa vinculación toda actividad relacionada con el sistema estaría excluida del impuesto sobre las ventas casi que anulando los servicios susceptibles de gravarse.

El servicio bancario no está excluido de IVA, porque el numeral 3º del artículo 476 del E.T. atañe exclusivamente a una de las actividades de la seguridad social, cual es el pago de pensiones, sin que por ello pueda concluirse que las operaciones o

servicios prestados por las entidades financieras se encuentren excluidas del impuesto, comoquiera que ese pago es una obligación exclusiva de las entidades administradoras que los bancos se limitan a materializar mediante la operación comercial de desembolso de dinero o recursos.

Los recursos que se pagan pertenecen a los afiliados al sistema de pensiones y son administrados por una entidad del Sistema de Seguridad Social; así, el servicio prestado por el Banco Agrario no puede considerarse como vinculado al concepto de seguridad social en los términos del Decreto 656 de 1994, ni la intermediación de aquél puede endilgarle obligación alguna para con el pensionado, pues la entidad financiera tiene un vínculo de tipo contractual con la administradora de pensiones, no con el Sistema de Seguridad Social.

Existe una diferencia de criterios entre las partes respecto de la norma aplicable a la exclusión declarada, de modo que la sanción por inexactitud no debe ser aplicada.

Por todo lo anterior, el Ministerio Público solicita que se revoque la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la nulidad parcial de los actos demandados, levantando la sanción impuesta por inexactitud.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Provee la Sala sobre la legalidad de los actos administrativos por los cuales la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales determinó el impuesto sobre las ventas a cargo del Banco Agrario de Colombia S. A. durante los bimestres 1, 2, 5 y 6 del año 2004.

En los términos del recurso de apelación, corresponde analizar si los ingresos percibidos durante los periodos señalados, por concepto de comisiones derivadas de la prestación del servicio de pago de pensiones se encuentran exceptuados del impuesto sobre las ventas como vinculado a la seguridad social, a la luz del numeral 3º del artículo 476 del E. T. que dispone:

“Se exceptúan del impuesto los siguientes servicios:

(...)

*3. Los intereses y rendimientos financieros por operaciones de crédito, siempre que no formen parte de la base gravable señalada en el artículo 447, las comisiones percibidas por las sociedades fiduciarias por la administración de los fondos comunes, las comisiones recibidas por los comisionistas de bolsa por la administración de fondos de valores, las comisiones recibidas por las sociedades administradoras de inversión, el arrendamiento financiero (leasing), los servicios de administración de fondos del Estado y **los servicios vinculados con la seguridad social de acuerdo con lo previsto en la Ley 100 de 1993.** Así mismo están exceptuadas las comisiones pagadas por colocación de seguros de vida y las de títulos de capitalización.”*

La sentencia C-341 del 2007 declaró exequible el aparte subrayado, de cara a los servicios prestados por las Cajas de Compensación Familiar. Al examinar la

violación del derecho a la igualdad, en cuanto la norma no incluyó expresamente a dichos organismos como beneficiarios de la exclusión de IVA, el fallo precisó que dicho beneficio era de tipo objetivo porque sólo respondía a la naturaleza del servicio prestado, independientemente de quien lo suministrara, así lo expresó:

“...en lo que atañe al régimen general del IVA, pueden crearse exenciones o gravámenes a tasa cero que dan derecho al descuento de los impuestos a las ventas pagados por el responsable; o exclusiones, es decir, exoneraciones imperfectas que implican la no causación del gravamen en la venta del bien o la prestación del servicio, sin lugar al derecho al descuento. En tal sentido, el legislador puede optar por diversas modalidades de exclusión: subjetiva, objetiva o mixta. La primera se presenta cuando determinado grupo de personas son excluidas del pago de tributo, como es el caso de ciertos bienes de los diplomáticos; la segunda, tiene lugar cuando determinados bienes o servicios quedan exentos del pago del impuesto, con independencia de la persona que lo adquiera; la última, tiene lugar cuando la exclusión se presenta por la calidad del bien o servicio y de la persona que lo adquiere o lo presta.

Así las cosas, las exclusiones del pago del IVA a las cuales aluden los numerales 3º y 8º del artículo 36 de la Ley 788 de 2002, son de carácter objetivo, es decir, toman en consideración la naturaleza del servicio prestado y no la persona o entidad que lo realiza. En otras palabras, el legislador simplemente estructuró una exclusión a un gravamen remitiendo a unos servicios que aparecen consignados en la Ley 100 de 1993, algunos de ellos, como se ha visto, prestados por las Cajas de Compensación familiar.

En este orden de ideas, la Corte encuentra que el legislador, actuando dentro del amplísimo margen de discrecionalidad con el que cuenta en materia de fijación de exclusiones tributarias, determinó que, dentro del universo de servicios prestados por las Cajas de Compensación Familiar, únicamente aquellos vinculados con la seguridad social, de acuerdo con Ley 100 de 1993, estuviesen excluidos del impuesto sobre las ventas.

(...)

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible la expresión “*de acuerdo con lo previsto en la Ley 100 de 1993*”, del tercer numeral del artículo 36 de la Ley 788 de 2002, al igual que el numeral 8º de la misma normatividad, por ausencia de violación del principio de igualdad.

(...)

Así mismo, en relación con el sentido y alcance de la noción de seguridad social en la Constitución, esta Corporación en sentencia C- 125 de 2000, referente a la revisión oficiosa de la ley 516 de 1999, por la cual se aprueba el Código Iberoamericano de Seguridad Social, estimó con que aquella se busca “no sólo la protección de la persona humana, cualquiera que sea su sexo, raza, edad, condición social, etc., sino también contribuir a su desarrollo y bienestar, con especial énfasis a las personas marginadas y a las de los sectores más vulnerables de la población para que puedan lograr su integración social.

En este orden de ideas, dentro del amplio universo de servicios que actualmente prestan las Cajas de Compensación Familiar en Colombia, la

Corte encuentra que, salvo aquellos vinculados con la Ley 100 de 1993, los demás no guardan una relación directa y estrecha con el manejo de los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna, y en consecuencia, la imposición de un gravamen sobre la prestación de los mismos, como lo es el impuesto sobre el valor agregado IVA, no constituye vulneración alguna a la prohibición constitucional de destinar o utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.”

Así pues, las comisiones recibidas por la prestación de servicios de administración de fondos del Estado y por los vinculados a la seguridad social no generan el impuesto sobre las ventas; no obstante, para los segundos de ellos el legislador previó una remisión normativa expresa a la Ley 100 de 1993, entendiéndose, en consecuencia, que la vinculación se determina bajo los parámetros de dicho texto legal.

Ahora bien, el Decreto 841 de 1998 reglamentó la ley señalada y el Estatuto Tributario, en los aspectos relacionados con el Sistema General de Seguridad Social. Los artículos 1 y 2 de ese cuerpo normativo enumeraron los servicios vinculados a la seguridad social y distinguieron los de Administración de Fondos del Estado del Sistema de Seguridad Social, en los siguientes términos:

“ARTICULO 1o. (Modificado por el artículo 1º del Decreto 2577 de 1999). De conformidad con lo previsto en los numerales 3 y 8 del artículo 476 del Estatuto

Tributario, están exceptuados del impuesto sobre las ventas los siguientes servicios vinculados con la seguridad social de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993:

A. Los servicios que presten o contraten las entidades administradoras del régimen subsidiado y las entidades promotoras de salud, cuando los mismos tengan por objeto directo efectuar:

1. Las prestaciones propias del Plan Obligatorio de Salud a las personas afiliadas al sistema de seguridad social en salud tanto del régimen contributivo como del subsidiado.

2. Las prestaciones propias de los planes complementarios de salud suscritos por los afiliados al Sistema General de Salud.

3. Las prestaciones propias de los planes complementarios de salud de que tratan el inciso segundo y tercero del artículo 236 de la Ley 100 de 1993.

4. La atención en salud derivada o requerida en eventos de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

5. La prevención y promoción a que hace referencia el artículo 222 de la Ley 100 de 1993 que sea financiada con el porcentaje fijado por el Consejo de Seguridad Social en Salud;

B. Los servicios prestados por la entidades autorizadas por el Ministerio de Salud para ejecutar las acciones colectivas e individuales del Plan de Atención Básica en Salud, a que se refiere el artículo 165 de la Ley 100 de 1993, definido por el Ministerio de Salud en los términos de dicha ley, y en desarrollo de los contratos de prestación de servicios celebrados por la entidades estatales encargadas de la ejecución de dicho plan;

C. Los servicios prestados por las instituciones prestadoras de salud y las empresas sociales del Estado a la población pobre y vulnerable, que temporalmente participa en el Sistema de Seguridad Social en Salud como población vinculada de conformidad con el artículo 157 de la Ley 100 de 1993;

D. Los servicios prestados por las administradoras dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad y de prima media con prestación definida;

E. Los servicios prestados por las administradoras del régimen de riesgos profesionales que tengan por objeto directo cumplir las obligaciones que le corresponden de acuerdo con dicho régimen;

F. Los servicios de seguros y reaseguros que prestan las compañías de seguros para invalidez y sobrevivientes contemplados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, riesgos profesionales y demás prestaciones del Sistema General de Seguridad Social;

G. Los servicios prestados por entidades de salud para atender accidentes de tránsito y eventos catastróficos.

PARAGRAFO. *<Parágrafo modificado por el artículo 1o. del Decreto 2577 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> Así mismo, de conformidad con lo previsto en el numeral 16 del artículo 476 del Estatuto Tributario, las comisiones de intermediación por la colocación y renovación de planes del Sistema de Seguridad Social en pensiones, salud y riesgos profesionales de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, están exceptuados del impuesto sobre las ventas.*

ARTICULO 2o. SERVICIOS DE ADMINISTRACION DE FONDOS DEL ESTADO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. *Se exceptúan del impuesto sobre las ventas, los servicios de administración prestados al Fondo de Solidaridad y Garantía, al Fondo de Solidaridad Pensional, al Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, a los Fondos de Pensiones del nivel territorial y al Fondo de Riesgos Profesionales.*

Es de anotar que en sentencia del 26 de enero del año en curso, exp. 17651, la sección negó la nulidad de literal d) del artículo 1º anteriormente transcrito, precisando que el hecho de que dicha norma no se subordinara al numeral 3º del artículo 476 del Estatuto Tributario, no implicaba restringir la exclusión prevista en ese numeral a los servicios prestados por las administradoras dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad y de prima media con prestación definida, precisamente porque el beneficio se había dispuesto en consideración a la naturaleza del servicio y no a la persona que lo prestara.

Igualmente, la Sala se abstuvo de anular la disposición reglamentaria por los motivos de ilegalidad expuestos en la sentencia del 5 de febrero de 2009 (exp. 16201) que aplicó la excepción de inconstitucionalidad respecto de la referida disposición.

Lo anterior porque, de una parte, ese fallo se había proferido dentro de un juicio con objeto diferente y, de otro lado, el control de constitucionalidad excepcional que hizo no tenía efectos generales sino inter partes - para quienes tuvieron interés en ese caso -, pues, en términos de la Sala *“La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquélla.”*¹

Para la recurrente, el pago de pensiones realizado por el Banco Agrario en virtud de los contratos y convenios que celebró con el Consorcio Fopep, el ISS y el Ministerio de Protección Social, no es un servicio vinculado a la seguridad social en los términos de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 841 de 1998.

Un vistazo a la enumeración que hace el artículo 1º del Decreto 841 de 1998 da cuenta de que, ciertamente, el pago de pensiones no fue contemplado como servicio vinculado a la seguridad social.

Lo anterior, unido al parámetro legal previsto en el numeral 3º del artículo 476 del E. T. para determinar ese tipo de servicios, y a la claridad del reglamento señalado, de cara al principio de taxatividad de las exclusiones como tratamientos preferenciales que son, era lo propio tributar sobre los ingresos por comisiones derivadas de la prestación del servicio de pago de pensiones.

Pero, más allá de ello, la ya aludida sentencia del 5 de febrero del 2009 se pronunció sobre la exclusión de IVA para ese tipo de comisiones, anulando el Concepto 015470 de 20 de febrero de 2006 de la Oficina Jurídica de la DIAN, en cuanto interpretaba que los ingresos recibidos por las entidades bancarias por la prestación del servicio del pago de pensiones, se encuentran gravados con el impuesto sobre las ventas.

Al respecto, la sentencia señaló que los ingresos referidos no formaban parte de los recursos de la Seguridad Social, ni integraban los rubros que componían los regímenes pensionales del Sistema General de Pensiones, dado que, en el caso del régimen de prima media, los recursos se constituyen por los aportes de los afiliados y sus rendimientos que conjuntamente crean un fondo común de naturaleza pública, y, en el caso del régimen de ahorro individual, los recursos los constituyen los aportes y los rendimientos con los que se crea la cuenta individual; de modo que el pago del IVA por concepto de dicho servicio no afecta ninguno de esos recursos a fines distintos de la Seguridad Social.

De acuerdo con ello, se concluyó que el concepto acusado no vulneraba el artículo 48 de la C. P. y, dado que los recursos obtenidos por los bancos por el servicio de pago de pensiones no provenían de los fondos de pensiones ni de los fondos de reparto del régimen de prima media, sino del patrimonio de las entidades administradoras, se descartó la violación del artículo 135 de la Ley 100 de 1993

¹ C-600 de 1998

que exonera de toda clase de tributos a los recursos de dichos fondos.

No obstante, el criterio de la Sala varió respecto de la violación del numeral 3º del artículo 476 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 36 de la Ley 788 de 2002, pues, a partir de la noción de “servicios vinculados a la seguridad social” que se indica en la sentencia C-341 del 2007, estimó que la exclusión establecida en dicho numeral cobijaba al servicio de pago de pensiones prestado por los bancos, en cuanto guardaba estrecha y directa relación con el manejo de pensiones como parte de la seguridad social; en ese sentido, inaplicó el literal d) del numeral 1º del Decreto 841 de 1998, por razones de inconstitucionalidad. Así lo precisó:

“(…)

Respecto de la violación del artículo 476 [3] del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 36 de la Ley 788 de 2002, la Sala precisa:

Conforme al artículo 420 del Estatuto Tributario son hechos generadores del IVA las ventas e importaciones de bienes corporales muebles que no estén excluidas y la prestación de servicios en el territorio nacional. A partir de la Ley 6 de 1992 la regla general es que están gravados con IVA todos los servicios, salvo los que el legislador expresamente excluya (artículo 476 del Estatuto Tributario).

*El artículo 476 [3] del Estatuto Tributario excluyó del IVA **los servicios vinculados con la Seguridad Social conforme a la Ley 100**. En sentencia C-341 de 2007, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “de acuerdo con lo previsto en la Ley 100 de 1993”, de la norma en mención y precisó que las exclusiones del pago del IVA a las que se refieren los numerales 3 y 8 del artículo 476 del Estatuto Tributario “**son de carácter objetivo**, es decir, toman en consideración la naturaleza del servicio prestado y **no la persona o entidad que lo realiza**. En otras palabras, el legislador simplemente estructuró una exclusión a un gravamen remitiendo a unos servicios que aparecen consignados en la Ley 100 de 1993 [...]”.*

De la misma providencia se concluye que los servicios vinculados con la Seguridad Social, en los términos de la Ley 100, son los que “[...] guardan una relación directa y estrecha con el manejo de los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna”².

Dado que el pago de la pensión a los beneficiarios de los distintos regímenes pensionales, guarda estrecha y directa relación con el manejo de las pensiones, como parte de la Seguridad Social, pues, con éste se extingue la obligación periódica de las administradoras de pagar las pensiones a los beneficiarios y así permitirles los ingresos para tener una subsistencia digna, no existe ninguna duda de que el servicio que prestan los bancos está vinculado a la Seguridad Social.

*Cabe anotar que dicha vinculación no se pierde por el hecho de que los bancos efectúen el pago a los pensionados en desarrollo de algún convenio con las administradoras, sea cual fuere la denominación que se le dé al acuerdo, **pues, el pago de la pensión, en sí mismo, es el que está***

² Ibidem

vinculado a la Seguridad Social y, como lo precisó la Corte Constitucional, la exclusión del IVA a que se refiere el artículo 476 [3] del Estatuto Tributario, es objetiva, esto es, en atención a los servicios que se presten, no a quien los suministre.

Por lo anterior, con fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política, procede inaplicar por inconstitucional el artículo 1 [lit. d] del Decreto 841 de 1998, reglamentario del artículo 476 [3] del Estatuto Tributario y citado como fundamento del acto acusado y de la contestación de la demanda, pues, mientras la norma superior excluye del impuesto a las ventas los servicios vinculados con la Seguridad Social de acuerdo con la Ley 100, el citado reglamento exceptúa del IVA **“Los servicios prestados por las administradoras dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad y de prima media con prestación definida”**, con lo cual modifica los requisitos de la exclusión y le quita el carácter de objetiva, facultad que sólo corresponde al legislador (artículo 338 de la Constitución Política).

En consecuencia, en el asunto sub júdice no existe fundamento jurídico para sostener que la exclusión del IVA por la prestación de servicios vinculados con la Seguridad Social sólo se aplica a las administradoras de los regímenes solidario y de prima media.

Dado que el servicio que prestan los bancos de pagar a los pensionados, está vinculado con la Seguridad Social de acuerdo con la Ley 100 de 1993, se encuentra excluido del IVA (artículo 476 [3] del Estatuto Tributario), motivo suficiente para anular el concepto acusado que previó que dicho servicio está gravado con el impuesto a las ventas, porque la exclusión sólo se aplica a los servicios prestados a las sociedades administradoras de fondos de pensiones.” (resaltados del texto original)

Por tanto, dado que la discusión jurídica del sub lite atañe a supuestos idénticos a los que motivaron la declaratoria de nulidad anteriormente reseñada, retoma la Sala el análisis realizado en dicha oportunidad y, de acuerdo con el mismo, procederá a confirmar la sentencia apelada por haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 20 de mayo del 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del Banco Agrario de Colombia S. A., contra LA DIAN.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Presidente

WILLIAM GIRALDO GIRALDO
RODRÍGUEZ

CARMEN TERESA ORTIZ DE