

SEGURIDAD SOCIAL – Es un servicios público de carácter obligatoria / SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL – Objetivo. Regímenes que lo conforman / SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – Objeto social. Características

Antes de iniciar el correspondiente análisis, es conveniente precisar que según el artículo 48 de la Constitución Política, la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y sus recursos no podrán destinarse ni utilizarse para fines diferentes a ella. El sistema general de pensiones tiene como objetivo asegurar a la población el cubrimiento de los riesgos o contingencias derivados de la vejez, la invalidez y la muerte por medio del reconocimiento de pensiones y prestaciones determinadas por la ley. Este sistema busca también la ampliación de la cobertura a segmentos de la población no cubiertos por el sistema anterior. Está compuesto por dos regímenes solidarios, excluyentes, pero que coexisten: El régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. El régimen solidario de prima media con prestación definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas. El régimen de ahorro individual con solidaridad es aquel mediante el cual los afiliados tendrán derecho a una pensión de vejez a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993. Las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías son sociedades de servicios financieros vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, constituidas con el objeto social exclusivo de administrar Fondos de Pensiones Obligatorios, Fondos de Cesantías y Fondos de Pensiones Voluntarias y están encargadas de administrar y gestionar en forma eficiente los fondos mencionados

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 48

NORMA DEMANDA: CONCEPTO 018050 DE 2006 (1 de marzo) DIAN – (No Anulado)

RESERVA DE ESTABILIZACION DE RENDIMIENTOS – Rentabilidad mínima de los fondos. Constitución / IMPUESTO SOBRE LA RENTA – Grava los rendimientos generados por la reserva de estabilización, que se conforma con recursos propios de la entidad administradora / RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL – Lo constituyen los aportes de los afiliados y tienen el carácter de parafiscal / RECURSOS DE LA RESERVA DE ESTABILIZACION DE RENDIMIENTOS - Son recursos de propiedad de las Sociedades Administradoras de los Fondos de Pensiones y Cesantías. Están gravados con el impuesto sobre la renta / APORTES OBLIGATORIOS PARA PENSION – Son parafiscales y no pueden ser gravados / RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL – Enunciación taxativa de los que no están gravados con ningún tributo

Reserva de Estabilización de Rendimientos: establecida en el artículo 1° del Decreto 721 de 1994, con el fin de garantizar el cumplimiento de la rentabilidad mínima de los Fondos que administran. La reserva de estabilización de rendimientos de cada fondo se constituye con recursos propios de la Sociedad Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías y representa el 1% del valor de cada fondo que administra. En caso de incumplimiento de la garantía de

rentabilidad mínima, los recursos necesarios para cubrirlas se obtendrán de dicha reserva. El Decreto 721 del 6 de abril de 1994 fija como monto mínimo de la reserva de estabilización de rendimientos, que deben mantener este tipo de sociedades, el uno por ciento (1%) del valor del respectivo fondo, y se conformará con recursos propios de cada entidad administradora, representadas en unidades del fondo respecto del cual se constituyen. Los recursos del sistema general de la seguridad social provienen de una contribución obligatoria que deben hacer tanto los trabajadores dependientes e independientes como los empleadores, con un fin específico: que el trabajador obtenga una pensión, después del cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador. Lo anterior significa que tales recursos no pertenecen ni a la Nación, ni a los entes territoriales, ni a las entidades administradoras, ni al empleador. Es claro entonces, que en el caso de los Fondos de Pensiones, los recursos que tienen estatus constitucional de parafiscales son los provenientes de las cotizaciones de los afiliados, pues es respecto de éstos que se cumplen las características antes mencionadas de obligatoriedad, singularidad y destinación sectorial, como quiera que se trata de aportes obligatorios, afectos a un determinado grupo: el de los futuros pensionados, quienes mensualmente cotizan lo señalado por la ley para garantizar su pensión por vejez, invalidez o muerte y están destinados a lograr este fin. No sucede lo mismo con los recursos que constituyen la reserva de estabilización de los Fondos de Pensiones, puesto que, como antes se vio, son recursos (utilidad con fin específico) de propiedad de las Sociedades Administradoras de los Fondos de Pensiones y Cesantías, por lo que puede afirmarse que los rendimientos que producen, por efectos de la inversión que de ellos hagan las Administradoras, también son de su propiedad. De acuerdo con lo anterior están exentos de impuestos, tasas y contribuciones del orden nacional los recursos de: i) los Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ii) los fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida; iii) los fondos para el pago de los bonos y cuotas partes de bonos pensionales; iv) el fondo de solidaridad pensional; v) los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987; y vi) las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, junto con sus rendimientos

FUENTE FORMAL: DECRETO 841 DE 1998

NORMA DEMANDA: CONCEPTO 018050 DE 2006 (1 de marzo) DIAN – (No Anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

Bogotá D.C; treinta y uno (31) de mayo de dos mil doce (2012).

Radicación numero: 11001-03-27-000-2007-00036-00(16723)

Actor: JESÚS ORLANDO CORREDOR ALEJO

Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

FALLO

Decide la Sala la acción pública de nulidad simple instaurada por el abogado Jesús Orlando Corredor Alejo contra el Concepto 018050 del 1 de marzo de 2006 proferido por la Oficina Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, relacionado con el tratamiento que deben darle las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías a los rendimientos generados por la reserva de estabilización.

La demanda

El abogado Jesús Orlando Corredor Alejo solicita la nulidad del Concepto de la DIAN No. 018050 del 1° de marzo de 2006¹, que expresa:

“Concepto 018050 del 1° de marzo de 2006

Problema jurídico:

¿QUÉ TRATAMIENTO RESPECTO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DEBE DARLE LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS, A LOS RENDIMIENTOS GENERADOS POR LA RESERVA DE ESTABILIZACIÓN?

Tesis jurídica:

LOS RENDIMIENTOS GENERADOS POR LA RESERVA DE ESTABILIZACIÓN, CONSTITUYEN INGRESO EN CABEZA DE LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS Y DEPENDIENDO DE LA FORMA QUE HAYA ADOPTADO, RECIBEN EL TRATAMIENTO TRIBUTARIO QUE CORRESPONDE A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS O A LAS INSTITUCIONES SOLIDARIAS.

Interpretación jurídica

Mediante el escrito de la referencia manifiesta, que tiene conocimiento que la División de Doctrina Tributaria de la Oficina Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales emitió el Concepto N° 006252 del 8 de febrero de 2005, relacionado con el régimen aplicable a los rendimientos generados por la reserva de estabilización por parte de las Sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, en el que indicó, que los rendimientos generados por la reserva de estabilización, que se conforma con recursos propios de la entidad administradora, constituyen ingreso en cabeza de ésta sujeto a retención en la fuente.

Pero que existe criterio distinto que considera, que los aumentos de valor de las unidades en que está representada la reserva, no

¹ Folios 1 al 10

constituyen ingreso por carecer de exigibilidad, realización y no producir un enriquecimiento, por que el artículo 101 de la Ley 100 1993 estableció que las Sociedades Administradoras, con el fin de garantizar a sus afiliados una rentabilidad mínima, deberán responder con sus propios recursos, afectando inicialmente la reserva de estabilización de rendimientos. Reserva cuyo monto, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto Reglamentario 721 de 1994, fue fijado en el 1% del respectivo fondo, se conforma con recurso propios de cada Sociedad Administradora y está representada en unidades del fondo respectivo.

Y al estar la reserva representada en unidades del fondo, es por naturaleza movable, es decir, sube y baja de acuerdo con el comportamiento de las tasas de valoración del mercado financiero, lo que permite en parte concluir, la no causación ni realización del ingreso, en la medida en que los ingresos no son "materializables" sino hasta el momento en que se retiren efectivamente del fondo, lo que se da cuando la dinámica de retiros por pagos de mesadas pensionales generen excesos; situación que no se presenta con los fondos de cesantías en cuanto que, por la naturaleza del mismo y el comportamiento histórico de retiros indican que en el año se retiran aproximadamente el 90% del recaudo, por lo que las administradoras de los fondos de cesantías deben gravar con el impuesto de renta, tanto los rendimientos de la reserva obtenidos en el fondo de cesantías, como el exceso del 1% en el Fondo de pensiones obligatorias. No sucede lo mismo con los rendimientos obtenidos hasta el 1% en pensiones obligatorias como lo señala inicialmente.

Señala, que en apoyo al criterio anterior se manifiesta, que atendiendo la definición de ingreso y los requisitos que lo caracterizan como son el de realización, el de potencialidad de producir enriquecimiento y la disponibilidad del mismo como elemento de la tributación, respecto de los rendimientos de la reserva de estabilización no se configuran, por cuanto, para que un ingreso deba ser declarado debe tener la potencialidad de aumentar el patrimonio neto de la entidad en el momento de su percepción. Que la falta de enriquecimiento se predica por doble vía: por un lado, cuando hay reposición patrimonial (tal como sucede con las indemnizaciones de daño); y, por el otro, cuando hay indisponibilidad de la partida.

Que la indisponibilidad de las partidas, como elemento de la tributación nacional, ha sido reconocida doctrinariamente por la DIAN y como la reserva de estabilización participa de la anterior característica por estar afecta a la garantía de la rentabilidad del fondo, la Administradora no puede disponer de las unidades en que está representada; y es por lo anterior que la ley 100 de 1993 en su artículo 9º indica que los recursos del sistema de seguridad social no se podrán destinar ni utilizar para fines diferentes a éste; y que igualmente en el literal m) del artículo 13 de la misma Ley 100 se señala, que una de las características del Sistema General de Pensiones es que sus recursos están destinados exclusivamente a dicho sistema, por lo que la reserva de estabilización entran a él y por tanto quedan destinados exclusivamente a servir de garantes para la rentabilidad mínima de los fondos.

Y como quiera que no hay realización porque la Sociedad Administradora nunca tiene el derecho a exigir el pago de los rendimientos imputables a la reserva, carecen de realización y por el solo hecho de que potencialmente la Administradora pueda retirar los excesos (cuando la reserva está por encima del 1%), no es razón para determinar que los rendimientos que se vayan originando deban entenderse realizados por la Administradora. Tampoco hay enriquecimiento porque la Administradora carece de disponibilidad de la reserva, razón por la cual los crecimientos de valor de las unidades en que se representa, no generan un beneficio del cual pueda aprovecharse. Y habrá realización únicamente cuando la Administradora retire los rendimientos por superar el monto de la reserva del 1% exigido como mínimo por la Ley.

Al respecto se considera:

Sea primero indicar, que en efecto, los aspectos o características fundamentales que implican la noción de ingreso para efectos impositivos, se concretan en que deben corresponder a ingresos ordinarios y/o extraordinarios, que se hayan realizado en el respectivo año o periodo gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio y que no estén exceptuados expresamente como constitutivos de renta. Y para que el ingreso llegue a constituir renta, además de ser susceptible de capitalizarse, es necesario que se haya realizado, es decir que se haya recibido efectivamente en dinero o en especie, en forma que equivalga legalmente a un pago, o cualquier otro modo legal de extinción de las obligaciones.

Existen sin embargo formas especiales de realización del ingreso en las cuales no es necesario que el pago se haya efectuado para que se entienda realizado; tal es el caso, entre otros, de los ingresos de contribuyentes que lleven contabilidad de causación, salvo en los negocios con sistemas regulares de ventas a plazos o por instalamentos.

El artículo 28 del Estatuto Tributario relativo a la causación del ingreso prescribe, que se entiende causado un ingreso cuando nace el derecho a exigir su pago, aunque no se haya hecho efectivo el cobro. Y de acuerdo con el artículo 17 del Decreto 187 de 1975 y para efectos de lo previsto en el artículo 26 del Estatuto Tributario, se entiende que un ingreso puede producir incremento neto del patrimonio cuando es susceptible de capitalización, aún cuando ésta no se haya realizado efectivamente al fin del ejercicio gravable. Por tanto en este contexto es cierto que no son susceptibles de producir incremento neto del patrimonio los ingresos por reembolso de capital o indemnización por daño emergente

Ahora bien, si se aplican las disposiciones precedentes respecto de los rendimientos generados por la reserva de estabilización que se conforma con recursos propios de la entidad administradora, por corresponder a ingresos ordinarios del respectivo periodo gravable susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio, en la medida en que se hayan causado, al no estar exceptuados

expresamente como no constitutivos de renta, configuran ingreso según la acepción impositiva.

Es principio general implícito en nuestro régimen impositivo, que salvo para aquellos que expresamente se consagran tratamientos exceptivos -los mayores valores producto de sistemas especiales de valoración de inversiones y los ingresos relativos a los no constitutivos de renta ni ganancia ocasional o a las rentas exentas-, ningún ingreso puede capitalizarse sin que se haya sometido a imposición en el periodo de su percepción, por lo que no hay duda que respecto de todo lo que quede reflejado como incremento patrimonial del respectivo periodo, y entre ello lo correspondiente a la diferencia positiva entre valor presente y valor futuro de las unidades en que está representada la reserva de estabilización, se configuran los requisitos de realización y enriquecimiento exigidos para que configuren ingreso desde el punto de vista fiscal. Mas aún, cuando por su realización se da efectivamente el incremento neto del patrimonio, en cuanto que la disposición legal que prevé la noción de ingreso, simplemente exige como requisito la vocación de capitalizable, así el incremento patrimonial no se haya dado efectivamente al fin del ejercicio gravable.

No cabe duda de que las unidades del respectivo fondo en que está representada la inversión obligatoria de la reserva de estabilización de rendimientos, son propiedad de la Sociedad Administradora y de contera parte de su patrimonio, pues así lo señala expresamente el artículo 4° del Decreto 721 de 1994, por el cual se dictan normas en materia de reservas de estabilización de rendimientos:

"Artículo 4 Para efectos del cumplimiento de lo previsto en el presente Decreto, se tomará en consideración el valor total de cada uno de los fondos de pensiones y del fondo de cesantía al cierre de cada mes calendario. Para estos efectos se descontarán las unidades de propiedad de la respectiva administradora.

En el caso en el cual el valor de la suma de las unidades de propiedad de la administradora en cada fondo sea inferior al valor de la reserva requerida, las administradoras deberán adquirir dentro de los cinco (5) primeros días del mes inmediatamente siguiente las unidades necesarias para cubrir el defecto. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.
..." (Subrayado fuera de texto).

La anterior conclusión es ratificada por el artículo 6° del Decreto 1592 de 1994, al decir:

Cuando la rentabilidad acumulada efectiva anual obtenida por el Fondo de Pensiones durante el período de cálculo correspondiente sea inferior a la rentabilidad mínima obligatoria, las sociedades administradoras deberán responder con sus propios recursos, afectando en primer término la reserva de estabilización de rendimientos, aportando la diferencia entre el valor del fondo al

momento de la medición y el valor que éste debería tener para alcanzar la rentabilidad mínima. (Subrayado fuera de texto).

A la luz de estas disposiciones no resulta coherente, la afirmación en el sentido, de que de los aumentos de valor de las unidades del fondo en que esta representada la reserva, solamente constituye ingreso gravable con el impuesto sobre la renta el exceso del uno por ciento (1%) y no los rendimientos obtenidos hasta el uno por ciento (1%) en el Fondo de Pensiones Obligatorias.

En cuanto al presupuesto de exigibilidad debe decirse, que si el rendimiento se materializa en el mayor valor de las unidades en que está representado el activo patrimonial correspondiente a la reserva de estabilización del fondo, en la medida en que está incorporado al activo porque hace parte del mismo, es claro que fiscalmente se verifica este requisito en cabeza de la sociedad administradora beneficiaria del rendimiento. Si ello no fuera así, no se reflejaría su efecto al final del periodo en el patrimonio de la sociedad que percibe el rendimiento. Y no por el hecho de la movilidad del activo que los genera puede dejarse de aplicar el tratamiento fiscal que exigen las normas a esa clase de ingresos.

Respecto de la mención que se hace de la disposición del artículo 100 del Decreto 2649 de 1993 en aras de su aplicación con efectos fiscales, debe precisarse que no se advierte conflicto frente a esta disposición porque los rendimientos generados por la reserva de estabilización que se conforma con recursos propios de la entidad administradora deben registrarse como ingreso sobre el supuesto de su causación en el periodo correspondiente, ya que incrementan las utilidades del ejercicio y , por ende, tienen la virtud de incrementar el patrimonio de la sociedad administradora.

Es por lo anterior que mediante el concepto N° 006252/05 se manifestó, que los rendimientos generados por la reserva de estabilización, que se conforma con recursos propios de la entidad administradora, constituyen ingreso en cabeza de ésta y dependiendo de la forma que haya adoptado, reciben el tratamiento tributario que corresponde a las sociedades anónimas o a las instituciones solidarias (artículo 91, ley 100 de 1993 y artículo 2° decreto ley 1063 de 1991).

En cuanto a la ausencia de la facultad de disposición de los ingresos que esgrime como elemento fundamental del criterio de no realización del ingreso fiscal, tal posición comporta un contrasentido en la medida en que al estar incorporados en las unidades en que está representada la reserva de estabilización y ésta a la vez por hacer parte del patrimonio, es forzoso concluir que, respecto de los rendimientos relativos a las unidades en que está representada la reserva para efectos fiscales se configura la noción de ingreso.

Por lo expuesto, este Despacho confirma en su integridad el Concepto N° 006252 del 8 de febrero de 2005”.

El demandante consideró que el concepto antes anotado violó los artículos 26, 27 y 28 del Estatuto Tributario.

Sobre el concepto de violación, expuso, en síntesis, lo siguiente:

Precisó el accionante que los rendimientos generados por la reserva de estabilización no reúnen los requisitos previstos en los artículos 26, 27 y 28 del Estatuto Tributario, para que sean considerados como ingresos constitutivos de renta; dicha reserva y sus rendimientos se encuentran afectos al cumplimiento de una disposición legal para el cumplimiento del propósito de garantizar a los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad una rentabilidad mínima en el manejo de sus aportes y de sus rendimientos.

Requisitos de los ingresos para que sean constitutivos de renta.

Señaló que, según el artículo 26 del Estatuto Tributario, son tres los requisitos que se deben verificar para establecer si una partida debe integrarse dentro del proceso ordinario de depuración de la renta: *i) la realización; ii) que el ingreso sea susceptible de producir un incremento neto en el patrimonio; y iii) que no haya sido expresamente exceptuado.*

Indicó que el ordenamiento tributario define de manera expresa, en los artículos 27 y 28, la realización de los ingresos y la causación. Para los sujetos no obligados a llevar contabilidad el ingreso se realiza cuando se recibe efectivamente en dinero o en especie en forma que equivalga legalmente a un pago, mientras que para los obligados a llevarla tienen el deber de denunciar los ingresos causados, es decir, todos aquellos sobre los cuales ha nacido el derecho a exigir su pago. Por tanto, si respecto de una partida no ha nacido el derecho a exigir el pago, no hay causación y, consecuentemente, no hay realización, ni ingreso base de la renta líquida.

Agregó que, conforme con el artículo 1494 del Código Civil, una obligación nace cuando se consolidan los extremos del convenio o de la disposición legal de la cual se deriva; así las obligaciones pueden ser puras y simples, condicionales, modales o sujetas a plazo. La obligación pura y simple es aquella cuyo vínculo existe y produce efectos desde el mismo momento en que ocurren los actos o hechos de donde emana la obligación; lo que significa que, en materia tributaria,

en las obligaciones puras y simples el ingreso se realiza en el instante mismo en que ocurre el hecho o acto que sirve de fuente a la obligación, mientras que en la obligaciones condicionales, modales y sujetas a plazos, el derecho a exigir el pago surge solamente cuando ocurre la condición, el modo o se cumple el plazo.

De lo expuesto surge que un elemento fundamental para la realización del ingreso es la disponibilidad del recurso; la no disponibilidad puede provenir de disposición legal como ocurre con la reserva de estabilización de rendimientos, lo que impide el nacimiento del derecho a exigir el pago y conduce a que no haya realización del ingreso.

La reserva de estabilización y sus rendimientos están legalmente vinculados al cumplimiento de una condición suspensiva como es la de garantizar la rentabilidad mínima de los rendimientos y mantener un porcentaje de nivelación dentro del fondo, lo que hace que ni la reserva ni sus rendimientos puedan ser exigidos por parte de la sociedad administradora, porque dependen del hecho futuro e incierto cual es el logro de la rentabilidad mínima ordenada por la ley.

En consecuencia, respecto de la reserva de estabilización y sus rendimientos, el derecho de la sociedad administradora a exigir el pago nace sólo cuando se cumple la condición señalada por la ley, esto es, la obtención de los rendimientos mínimos garantizados a favor de los afiliados al fondo y el mantenimiento de un nivel de reserva equivalente al 1% del valor del fondo.

Como soporte de sus afirmaciones transcribe apartes del Concepto de la DIAN 8755 del 17 de febrero de 2005, en el que se precisa que cuando se trata de aportes obligatorios, el afiliado carece de facultad de goce y disposición de los recursos del Sistema General de Pensiones, al igual que sus rendimientos, por lo que no forman parte del patrimonio bruto del contribuyente.

Indicó que el artículo 60 de la Ley 100 de 1993 señaló las características del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dentro de las que se destaca que las entidades administradoras deberán garantizar una rentabilidad mínima del fondo de pensiones que administran y, acorde con ésta, el artículo 101 señala que en aquellos casos en los cuales no se alcance la rentabilidad mínima, las sociedades administradoras deberán responder con sus propios recursos,

afectando inicialmente la reserva de estabilización de rendimientos que se defina para estas sociedades.

Refirió que el inciso segundo del artículo 111 de la misma ley consagra una multa para las Sociedades Administradoras de los Fondos de Pensiones cuando el monto de la reserva de estabilización sea menor al mínimo establecido, de lo que concluye que la reserva de estabilización es un mecanismo para garantizar la rentabilidad mínima de los Fondos de Pensiones y para proteger a los afiliados de posibles contingencias del mercado financiero.

Afirmó que, de acuerdo con el Decreto 721 del 6 de abril de 1994, norma reglamentaria de la Ley 100 de 1993, dicha reserva se conformará con recursos propios de la entidad administradora y estará representada en unidades del fondo respectivo, y que cuando sea necesario afectarla para garantizar el cumplimiento de la rentabilidad mínima, la Administradora deberá restablecerla.

Advirtió que la Ley 100, en su artículo 9°, determina que los recursos del sistema de seguridad social no se podrán destinar ni utilizar para fines diferentes a éste, disposición acorde con lo señalado por el artículo 48 Constitucional.

Explicó que la reserva se constituye mediante la compra de unidades del fondo y permanece representada en unidades del mismo, que crecen y decrecen de la misma manera en que lo hace el valor de las unidades de los afiliados; que la conformación con recursos propios significa que es obligación de la Administradora disponer de recursos de su tesorería para entregarlos al fondo para cumplir el fin de adquirir unidades del mismo monto para que el de la reserva equivalga siempre al 1% del valor del Fondo.

Precisó que la sociedad administradora carece de facultad para exigirle al fondo obligatorio el pago de los rendimientos derivados de la reserva de estabilización; que, en ausencia de realización, tampoco hay capitalización y, por ende, tampoco se produce un incremento neto del patrimonio.

Manifestó que el aparte del Concepto en que se precisa que los rendimientos generados por la reserva de estabilización constituyen ingreso en cabeza de la Sociedad Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías y dependiendo de

la forma que haya adoptado, reciben el tratamiento tributario que corresponde a las sociedades anónimas o a las instituciones solidarias, resulta violatorio de las normas señaladas porque los rendimientos generados por la reserva de estabilización de rendimientos tienen una finalidad legal.

Manifestó que es contrario a los artículos 26, 27 y 28 del Estatuto Tributario, considerar, como lo hace la DIAN en el concepto que se demanda, que el aumento de valor de las unidades del fondo representa un aumento patrimonial para la sociedad administradora y por ende, produce realización del ingreso, lo que no puede suceder cuando el recurso no está disponible para el sujeto porque sobre él pesa una condición que suspende el derecho a exigirlo.

Agregó que el concepto parte de la premisa errada de que el aumento de valor de las unidades del fondo debe ser declarado por la sociedad administradora como mayor valor del activo patrimonial y que ese aumento patrimonial conduce inexorablemente al cumplimiento del requisito de exigibilidad.

Expone que aunque es cierto que la reserva de estabilización de rendimientos se constituye con recursos propios de la sociedad administradora, el concepto pierde de vista que el artículo 261 del Estatuto Tributario señala que el patrimonio de los contribuyentes está constituido por el total de bienes y derechos apreciables en dinero, en cuanto sean susceptibles de ser utilizados en cualquier forma para la obtención de la renta.

En la demanda se pidió la suspensión provisional del acto demandado, exponiendo los mismos argumentos presentados para sustentar el concepto de violación de las normas. Mediante auto del 11 de diciembre de 2007, esta Sección negó la medida cautelar solicitada porque no era evidente la violación de los artículos 26, 27 y 28 del Estatuto Tributario.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada se opone a las pretensiones de la demanda²; para el efecto, manifiesta lo siguiente, en relación con el cargo planteado:

² Folios 58 a 67

Elaboró, en primer lugar, una reseña general de la Ley de Seguridad Social que, al regular los Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dispone que sean administrados por las sociedades administradoras de fondos de pensiones facultadas.

Anotó que las administradoras, según la Ley 45 de 1990, deben constituirse bajo la forma de sociedades anónimas o instituciones solidarias y disponer de un patrimonio igual al 50% del exigido para la constitución de una corporación financiera.

Que los fondos de pensiones están conformados por el conjunto de cuentas individuales de ahorro pensional; por los planes alternativos de capitalización o de pensiones y por los intereses, dividendos o cualquier otro ingreso generado por los activos que los integren y constituyen patrimonios autónomos propiedad de los afiliados; que sus recursos se destinarán única y exclusivamente a la inversión en valores de adecuada rentabilidad, seguridad y liquidez, en las condiciones y con las limitaciones señaladas en el Decreto 2049 de 2001.

Indicó que las administradoras y aseguradoras deben constituir garantías para responder por el correcto manejo de las inversiones de los recursos administrados, en desarrollo de los planes de capitalización y pensiones, y deben garantizar a sus afiliados una rentabilidad mínima y cuando ésta no se alcance, deben responder con sus propios recursos, afectando en primer lugar la reserva de estabilización de rendimientos, que se define.

El hecho de que los rendimientos recaigan sobre dineros que forman parte de la reserva constituida como garantía de los recursos que a título de pensiones y cesantías manejan las administradoras, no desnaturaliza el carácter de ingreso; por el contrario todo rendimiento que produzcan las inversiones autorizadas por la Superintendencia Financiera es ingreso para todos los efectos tributarios y por consiguiente capitalizable.

Agregó que la realización está ligada a la causación; que, en cuanto a la capitalización del ingreso, el artículo 17 del Decreto 187 de 1975, reglamentario de la disposición hoy compilada en el artículo 26 del Estatuto Tributario, establece que un ingreso puede producir incremento neto del patrimonio cuando es susceptible de capitalización, aún cuando ésta no se haya realizado efectivamente

al final del ejercicio, lo que resta credibilidad al argumento del demandante sobre la imposibilidad de considerar como ingreso las sumas que perciban las administradoras de los Fondos de Pensión y Cesantías, como resultado de la colocación de los valores de la reserva de estabilización.

Al no existir excepción alguna respecto de estos ingresos y siendo susceptibles de producir un incremento en el patrimonio, aunque éstos no se hayan realizado o causado, los rendimientos así obtenidos son de propiedad de la administradora del fondo, de acuerdo con la ley y, como tales, sujetos a tributación.

Confirma lo anterior el artículo 39 del Estatuto Tributario que indica que las utilidades que los fondos mutuos de inversión, los fondos de inversión y los fondos de valores distribuyan o abonen en cuenta a sus afiliados, no constituyen renta ni ganancia ocasional en la parte que corresponda al componente inflacionario de los rendimientos financieros recibidos por el fondo, cuando éstos provengan de entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera que tengan por objeto propio intermediar en el mercado de recursos financieros.

Concluyó que de esa disposición se deriva la inequívoca calificación de ingreso de los rendimientos generados por la reserva de estabilización.

Aseguró que los rendimientos que forman parte de la reserva de estabilización no se pueden exigir porque son propiedad de la administradora y no de terceros y es ella quien los puede utilizar una vez tenga asegurado el porcentaje de protección exigido por la ley; que no tiene sustento afirmar que estas entidades no perciben utilidades dadas las proporciones de los dineros que administran pues en la práctica, aún en períodos de *pre-liquidación* superan el porcentaje exigido como reserva.

Indicó, frente a la disponibilidad de los rendimientos, que el fondo constituido por las administradoras es una cuenta del patrimonio de ésta y que es claro que la disponibilidad no puede recaer sobre el tope máximo señalado en la ley para la reserva pero que los rendimientos que sobrepasen aquél no tienen restricción de ninguna naturaleza.

Advirtió que no es cierto que los recursos de la reserva de estabilización pertenecen al sistema de seguridad social, pues el artículo 3° del Decreto 721 de

1994, dispone que las reservas de estabilización de rendimientos se conformarán con recursos de cada entidad administradora y están representadas en unidades del fondo respecto del cual se constituyen.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Tanto el **demandante** como la **demandada** reiteraron los argumentos expuestos de la demanda y en la contestación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Sexto Delegado ante esta Corporación rindió concepto³ en el que solicitó acoger las súplicas de la demanda.

Después de referirse al marco del sistema de seguridad social transcribió apartes de la Sentencia C-086 de 2002, de la Corte Constitucional, que define el régimen de ahorro individual con solidaridad como un sistema de ayuda mutua entre las personas, en el que las pensiones se financian con el ahorro proveniente de las contribuciones hechas por los trabajadores, que en su conjunto forman un capital autónomo que es administrado por los fondos privados de pensiones.

Seguidamente aludió al artículo 90 de la Ley 100 de 1993 que establece que los fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad serán administrados por las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, la que deben garantizar una rentabilidad mínima a sus afiliados y que, en caso de no alcanzarle, las sociedades administradoras deben responder con sus propios recursos, afectando inicialmente la reserva de estabilización de rendimientos.

Indicó que el artículo 1° del Decreto 721 de 1994 dispuso que las Sociedades Administradoras deben mantener una reserva de estabilización de rendimientos del uno por ciento (1%) del valor del fondo que administren, reserva que debe conformarse con recursos propios de cada entidad administradora, las cuales estarán representadas en unidades del fondo de que se trate.

³ Folios 101 a 110

Que, de conformidad con el artículo 9° de la Ley 100 de 1993, los recursos de las instituciones de la seguridad social no podrán destinarse para fines diferentes a ella, por lo que se asume que la prohibición recae sobre los recursos pertenecientes a las instituciones de la seguridad social.

Considera que como el artículo 59 ibídem, en la definición del régimen de ahorro individual con solidaridad, involucra como pertenecientes a dicho régimen, entre otras, a las entidades a través de las cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pensiones y prestaciones que deban pagarse a sus afiliados, resulta claro, que si bien es cierto los recursos con los cuales se conforma la reserva de estabilización son privados, por pertenecer a la administradora del fondo de pensiones, también lo es, que los mismos se encuentran destinados al cumplimiento de una exigencia legal contenida en el artículo 1° del Decreto 721 de 1994, para el cumplimiento de sus funciones.

Transcribe apartes de la sentencia de la Corte Constitucional C-824 de 2004, que analizó los postulados que orientan la naturaleza parafiscal de los recursos que hacen parte del Sistema de Seguridad Social y expuso que independientemente de que provengan de los aportes de los afiliados o que hagan parte de aquellos que permiten su funcionamiento; no pueden destinarse a fines distintos y menos al pago de impuestos por no hacer parte del presupuesto nacional.

Insistió en que el artículo 48 Superior y el 9° de la Ley 100 de 1993 consagran una prohibición en relación con la utilización y destinación de los recursos de las instituciones de la seguridad social, es decir, aquellos afectos al cumplimiento del objeto que cada una de éstas cumplen, sin que pueda inferirse que los recursos a los que alude deban tener un origen determinado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir sobre la legalidad del Concepto Tributario 018050 del 1° de marzo de 2006, proferido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que establece que los rendimientos generados por la reserva de estabilización constituyen ingreso en cabeza de la Sociedad Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías, y dependiendo de la forma que haya adoptado,

reciben el tratamiento tributario que corresponde a las sociedades anónimas o a las instituciones solidarias.

Las razones de la ilegalidad alegadas se concretan en afirmar que el concepto vulnera los artículos 26, 27 y 28 del Estatuto Tributario, porque dichos rendimientos no constituyen un ingreso por no reunir las características de realización y capitalización y no producen un incremento del patrimonio.

Antes de iniciar el correspondiente análisis, es conveniente precisar que según el artículo 48 de la Constitución Política, la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y sus recursos no podrán destinarse ni utilizarse para fines diferentes a ella.

El Sistema de Seguridad Social Integral fue creado por la Ley 100 de 1993, con el objeto de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y de la comunidad a obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

El Sistema de Seguridad Social Integral está conformado por cuatro sistemas, a saber:

- 1.- Sistema general de pensiones.
- 2.- Sistema general de seguridad social en salud.
- 3.- Sistema general de riesgos profesionales.
- 4.- Servicios sociales complementarios.

El sistema general de pensiones tiene como objetivo asegurar a la población el cubrimiento de los riesgos o contingencias derivados de la vejez, la invalidez y la muerte por medio del reconocimiento de pensiones y prestaciones determinadas por la ley. Este sistema busca también la ampliación de la cobertura a segmentos de la población no cubiertos por el sistema anterior.

Está compuesto por dos regímenes solidarios, excluyentes, pero que coexisten: El régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad.

El régimen solidario de prima media con prestación definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas.

El régimen de ahorro individual con solidaridad es aquel mediante el cual los afiliados tendrán derecho a una pensión de vejez a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993⁴.

Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el artículo 59 de la citada Ley 100, disposición a través de la cual se establece que el régimen de ahorro individual con solidaridad es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad, se constituye una cuenta individual en la cual se abona el valor de las cotizaciones obligatorias y voluntarias más los rendimientos financieros que genere la cuenta individual. En este régimen, una parte de los aportes se capitaliza en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado y otra se destina al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes; a la asesoría para la contratación de la renta vitalicia; a financiar el Fondo de Solidaridad Pensional o cubrir el costo de administración del Régimen.

El conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional compone un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora. La administración de los recursos de los afiliados a los Fondos de Pensiones y de Cesantías está a cargo de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones.

Las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías son sociedades de servicios financieros vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, constituidas con el objeto social exclusivo de administrar Fondos de Pensiones Obligatorios, Fondos de Cesantías y Fondos de Pensiones Voluntarias

⁴ Artículo 64 de la Ley 100 de 1993

y están encargadas de administrar y gestionar en forma eficiente los fondos mencionados⁵.

Características⁶:

- Las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías deberán garantizar a sus afiliados una rentabilidad mínima determinada.
- Son vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia; con su patrimonio protegen el pago de dicha rentabilidad.
- Deben constituir garantías para responder por el manejo de las inversiones de los recursos.
- Se constituyen bajo la forma de sociedades anónimas, o de instituciones solidarias.
- Deben disponer de un patrimonio igual al cincuenta por ciento (50%) exigido para la constitución de una corporación financiera.
- Cuentan con la garantía del Fondo de Garantía de Instituciones Financieras.

Reserva de Estabilización de Rendimientos: establecida en el artículo 1° del Decreto 721 de 1994, con el fin de garantizar el cumplimiento de la rentabilidad mínima de los Fondos que administran.

La reserva de estabilización de rendimientos de cada fondo se constituye con recursos propios de la Sociedad Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías y representa el 1% del valor de cada fondo que administra. En caso de incumplimiento de la garantía de rentabilidad mínima, los recursos necesarios para cubrirlas se obtendrán de dicha reserva.⁷

El Decreto 721 del 6 de abril de 1994 fija como monto mínimo de la reserva de estabilización de rendimientos, que deben mantener este tipo de sociedades, el

⁵ Artículo 90 de la Ley 100 de 1993

⁶ Artículo 91 de la Ley 100 de 1993

⁷ **ARTICULO 1o.** Las sociedades que administren fondos de pensiones deben mantener una reserva de estabilización de rendimientos respecto de cada fondo que administren, destinada a garantizar el cumplimiento de la rentabilidad mínima exigida por la ley para los mismos.

El monto mínimo de la reserva de estabilización de rendimientos que deberán mantener las sociedades que administren fondos de pensiones será del uno por ciento (1%) del valor del respectivo fondo. Sin embargo la reserva no podrá ser inferior a la suma mensual a abonar para estar cumpliendo permanentemente con la rentabilidad mínima provisional que para cada período vaya calculando la Superintendencia Bancaria de conformidad con lo previsto sobre el particular por el Gobierno Nacional.

uno por ciento (1%) del valor del respectivo fondo, y se conformará con recursos propios de cada entidad administradora, representadas en unidades del fondo respecto del cual se constituyen⁸.

La DIAN, en el Concepto demandado, indicó que las unidades del respectivo fondo, en que está representada la inversión obligatoria de la reserva de estabilización de rendimientos, son de propiedad de la sociedad administradora y hacen parte de su patrimonio, y que los rendimientos generados por la reserva de estabilización, que se conforma con recursos propios de la entidad administradora, constituyen ingreso en cabeza de ésta.

El demandante, en su intervención, afirmó que el hecho de que los recursos que hacen parte de la reserva de estabilización pertenezcan a la sociedad administradora del fondo, no es suficiente razón para que se les trate como ingreso constitutivo de renta, en principio, por no cumplir con las condiciones exigidas en los artículos 26, 27 y 28 del Estatuto Tributario, en materia de depuración de la renta, esto es, la realización y causación del ingreso. Además, porque dichos recursos cumplen una función legal, que las releva de cualquier gravamen.

Sobre el particular, la Sala precisa:

El artículo 9° de la Ley 100 de 1993 dispone que *“No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”*.

En este contexto, es necesario determinar si los recursos de la reserva de estabilización de rendimientos que deben constituir las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías hacen parte de la seguridad social.

El artículo 48 de la Constitución Política consagra el sistema de seguridad social como un servicio público, de carácter obligatorio, que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. En este contexto, la Ley 100 de 1993 define la

⁸ **ARTICULO 3o.** *Las reservas de estabilización de rendimientos se conformarán con recursos propios de cada entidad administradora y estarán representadas en unidades del fondo respecto del cual se constituyen. La Superintendencia Bancaria impartirá las instrucciones que considere pertinentes sobre el particular.*

seguridad social como “el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida y en general las que afectan la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional”.

La Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral (SSSI), como el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley.

El Sistema de Seguridad Social Integral ordenará las instituciones y los recursos necesarios para alcanzar los siguientes objetivos:

1. Garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema.
2. Garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios en los términos de la Ley 100.
3. Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza el servicio de salud a los trabajadores, a un nuevo sector subsidiado y la posibilidad para todos los trabajadores de elegir la entidad prestadora de salud.

El Sistema General de Pensiones asegura a la población el cubrimiento de los riesgos o contingencias derivados de la vejez, la invalidez y la muerte, por medio del reconocimiento de pensiones y prestaciones determinadas por la ley.

El Sistema de Riesgos Profesionales regula la atención de los eventos derivados de los riesgos ocupacionales de manera independiente de los eventos por enfermedad general.

Los Servicios sociales complementarios son aquellos mediante los cuales se presta auxilios a los ancianos indigentes y tiene como objetivo apoyar a quienes estén en estas condiciones económicas.

Los recursos del sistema general de la seguridad social provienen de una contribución obligatoria que deben hacer tanto los trabajadores dependientes e independientes como los empleadores, con un fin específico: que el trabajador obtenga una pensión, después del cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador.

Lo anterior significa que tales recursos no pertenecen ni a la Nación, ni a los entes territoriales, ni a las entidades administradoras, ni al empleador.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-711 de 2001, señaló que los recursos de la seguridad social tienen la condición de parafiscales por tener los siguientes elementos:

- **Obligatoriedad:** El recurso parafiscal es de observancia obligatoria por quienes se hallen dentro de los supuestos de la norma creadora del mencionado recurso, por tanto, el Estado tiene poder coercitivo para garantizar su cumplimiento.
- **Singularidad:** En oposición al impuesto, el recurso parafiscal tiene la característica de afectar un determinado y único grupo social o económico.
- **Destinación sectorial:** los recursos extraídos del sector o sectores económicos o sociales determinados se reinvierten en beneficio exclusivo del sector o sectores.

Es claro entonces, que en el caso de los Fondos de Pensiones, los recursos que tienen estatus constitucional de parafiscales son los provenientes de las cotizaciones de los afiliados, pues es respecto de éstos que se cumplen las características antes mencionadas de obligatoriedad, singularidad y destinación sectorial, como quiera que se trata de aportes obligatorios, afectos a un determinado grupo: el de los futuros pensionados, quienes mensualmente cotizan lo señalado por la ley para garantizar su pensión por vejez, invalidez o muerte y están destinados a lograr este fin.

No sucede lo mismo con los recursos que constituyen la reserva de estabilización de los Fondos de Pensiones, puesto que, como antes se vio, son recursos (utilidad con fin específico) de propiedad de las Sociedades Administradoras de los Fondos de Pensiones y Cesantías, por lo que puede afirmarse que los rendimientos que producen, por efectos de la inversión que de ellos hagan las Administradoras, también son de su propiedad.

El artículo 135 de la Ley 100 de 1993 dispone que los recursos de los Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los recursos de los Fondos de Reparto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, los recursos de los Fondos para el pago de los bonos y cuotas partes de los bonos pensionales y los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional, gozan de exención de toda clase de impuestos del orden nacional.

Lo anterior significa que los aportes obligatorios para pensión tienen naturaleza parafiscal y, en consecuencia, no pueden ser gravados con ningún impuesto.

El artículo antes mencionado fue reglamentado por el 4° del Decreto 841 de 1998, que dispone en el mismo sentido, lo siguiente:

"Artículo 4°. Exención de impuestos. De conformidad con el artículo 135 de la Ley 100 de 1993, gozarán de exención de impuestos, tasas y contribuciones del orden nacional, los recursos de los Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de los fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida, de los fondos para el pago de los bonos y cuotas partes de bonos pensionales, del fondo de solidaridad pensional, de los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987, y las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos.

(...)

Parágrafo 1°. Las sociedades administradoras de los fondos de pensiones y cesantías, las sociedades administradoras de fondos de pensiones, las sociedades fiduciarias y las compañías de seguros continuarán sometidas al régimen previsto en el Estatuto Tributario y demás normas concordantes, en lo que se refiere a retención en la fuente.

(...)"

De acuerdo con lo anterior están exentos de impuestos, tasas y contribuciones del orden nacional los recursos de: i) los Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ii) los fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida; iii) los fondos para el pago de los bonos y cuotas partes de bonos pensionales; iv) el fondo de solidaridad pensional; v) los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987; y vi) las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, junto con sus rendimientos

Advierte la Sala que el legislador fue expreso en señalar cuales recursos de los Fondos de Pensiones estaban exceptuados de toda clase de impuestos; así pues, y de acuerdo con el principio de legalidad en materia de impuestos, según el cual, las exenciones son de interpretación restrictiva y se centran en las exclusivamente señaladas por la ley, no es posible derivar beneficios o tratamientos especiales a otra clase de recursos no previstos en la misma ley.

Bajo el criterio expuesto, la exención se aplica solo para los recursos a los que se refiere el Decreto 841 de 1998, por ser los afectos al Sistema General de Pensiones ya que, como antes se anotó, los recursos de la reserva de estabilización de rendimientos son de propiedad de las Sociedades Administradoras debido a que se conforman con recursos propios de ellas y, por consiguiente, los rendimientos generados por dicha reserva, contrario a lo afirmado por el accionante, se consideran ingresos ordinarios gravables del respectivo año, en la medida que no fueron excluidos por el legislador.

El Concepto de la DIAN 8755 del 17 de febrero de 2005, a que se alude en la demanda, no es pertinente en este caso en que se trata de recursos propios de la Sociedad Administradora del Fondo de Pensiones, pues en aquel se precisa que el afiliado carece de facultad de goce y disposición de los recursos sobre los aportes obligatorios que efectúa y que hacen parte de los recursos del Sistema General de Pensiones, por lo que no forman parte de su patrimonio bruto.

Así lo admite el propio accionante en las aseveraciones de la demanda, que en la página 8 se subrayaron, en las que afirma que la reserva está conformada con recursos propios de la entidad administradora.

Por otro lado, el demandante considera que existe violación de los artículos 26, 27 y 28 del Estatuto Tributario porque al no haber realización del ingreso tampoco hay capitalización ni se produce incremento neto en el patrimonio, lo que impide que los rendimientos generados por la reserva de estabilización se puedan gravar.

Advierte la Sala que para constituir dicha reserva, la Sociedad Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías parte de los ingresos obtenidos, los que al ser depurados producen una utilidad, de la cual una porción se destina a conformar la reserva de estabilización de rendimientos a que se refiere el artículo 3° del Decreto 721 del 6 de abril de 1994.

Por lo tanto, si la reserva se constituye con las utilidades obtenidas por las Sociedad Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías, después de efectuar la depuración de la renta, esto es, después de analizar los conceptos que constituyen ingresos considerando su realización y causación, no es cierto que el concepto demandado viole los artículos 26, 27 y 28 del Estatuto Tributario puesto que tal análisis ya fue realizado.

Se analizan tangencialmente los artículos referidos en razón de la naturaleza del ingreso, pues las reservas son utilidades apropiadas para garantizar el cumplimiento de la rentabilidad mínima de los Fondos que administran, que ya han sido consideradas como ingreso y por la definición legal de constituir la reserva con la destinación específica antes descrita.

Así las cosas, la decisión de la Sala está fundamentada, como antes se precisó, en que los rendimientos de la reserva de estabilización sean o no destinados a los recursos del Sistema General de Pensiones porque no se obtuvo el rendimiento mínimo determinado legalmente.

Las anteriores razones son suficientes para concluir que el Concepto 018050 del 1° de marzo de 2006 expedido por la Oficina Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales no contradice las normas superiores en que se fundamenta la tesis jurídica propuesta, por lo cual se negarán las súplicas de la demanda.

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,

F A L L A

1. DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Cúmplase.

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

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ