

**DEDUCIBILIDAD DE LAS DEUDAS MANIFIESTAMENTE PERDIDAS O SIN
VALOR DE CONFORMIDAD CON EL ANALISIS DE LA SENTENCIA NO. 17702
DEL 28 DE ENERO DE 2010 PROFERIDA POR EI H. CONSEJO DE ESTADO
M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA.**



**PRESENTADO POR:
ANDRÉS CERVANTES
ELIZABETH PARRA
RICARDO ARMANDO SÁNCHEZ CID**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO TRIBUTARIO
TRABAJO DE GRADO
2012**

**DEDUCIBILIDAD DE LAS DEUDAS MANIFIESTAMENTE PERDIDAS O SIN
VALOR DE CONFORMIDAD CON EL ANALISIS DE LA SENTENCIA NO. 17702
DEL 28 DE ENERO DE 2010 PROFERIDA POR EL H. CONSEJO DE ESTADO
M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA.**

**PRESENTADO POR:
ANDRÉS CERVANTES
ELIZABETH PARRA
RICARDO ARMANDO SÁNCHEZ CID**

**DIRECTOR DE TRABAJO DE GRADO:
WILSON JOSÉ MORA SANJUÁN**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO TRIBUTARIO
TRABAJO DE GRADO
2012**

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO

1. JUSTIFICACIÓN.....	Pág. 5
2. OBJETIVOS.....	Pág. 6
2.1. Objetivos generales.....	Pág. 6
2.3. Objetivos específicos.....	Pág.6
3. ASPECTOS PRINCIPALES DE LA SENTENCIA No. 17703 DEL 28 DE ENERO DE 2010 PROFERIDA POR EL H. CONSEJO DE ESTADO, M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA.....	Pág.7
3.1. Hechos de la demanda.....	Pág.7
3.2. Normas violadas.....	Pág.8
3.3. Concepto de violación de la parte demandante.....	Pág.9
3.4. Oposición planteada por parte de la DIAN.....	Pág.13
3.5. Sentencia de primera instancia.....	Pág.14
3.6. Consideraciones de la Sala.....	Pág.15
4. DOCTRINA OFICIAL Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA.....	Pág.18
4.1. Jurisprudencia.....	Pág.18
4.1.1. Sentencia del 12 de noviembre de 2003, Exp. 13492.....	Pág.18
4.1.2. Sentencia del 21 de junio de 2011, Exp. 17383.....	Pág.19
4.1.3. Sentencia del 17 de noviembre de 2011, Exp. 18100.....	Pág.19
4.1.4. Sentencia del 12 de mayo de 2011, Exp. 16448.....	Pág.20

5. COMENTARIOS ACERCA DEL TEMA ANALIZADO.....	Pág.20
5.1. Diferencias entre la práctica contable y las normas fiscales sobre las provisiones de cartera.....	Pág.20
5.2. ¿Es necesario un documento en particular, para catalogar una deuda como manifiestamente perdida?.....	Pág.22
5.3. Análisis de la sentencia No. 17702 del 28 de enero de 2010 proferida por el H. Consejo de Estado; M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.....	Pág.23
6. CONCLUSIONES.....	Pág.26
7. BIBLIOGRAFÍA.....	Pág.28

1. JUSTIFICACIÓN

Este trabajo se realiza con el propósito de profundizar sobre las exigencias establecidas en los artículos 72 y siguientes del Decreto 187/75 y el artículo 145 del E.T., requisitos que se deben cumplir para poder solicitar como deducciones los castigos de cartera realizados por los diferentes contribuyentes de renta, ya que estas situaciones no solo pueden afectar el flujo de efectivo de las empresas, sino adicionalmente imponer un mayor tributo a las rentas que no generaron un verdadero beneficio económico para los contribuyentes.

2. OBJETIVOS

2.1. Objetivo General

El Objetivo general de este trabajo es realizar un análisis de la sentencia No. 17702 del 28 de enero de 2010 proferida por el H. Consejo de Estado; M.P. Martha Teresa Briseño de Valencia; en los que se revisan las posiciones expuestas por cada una de las partes y las consideraciones del H. Consejo de Estado, con el propósito de emitir una opinión jurídica frente a los mismos.

2.2. Objetivos específicos

- Analizar la Jurisprudencia relevante que el H. Consejo de Estado ha emitido frente a este tema.
- Estudiar si en la sentencia objeto de estudio, la corporación realiza una interpretación a normativa que tengan en cuenta las características y el dinamismo **de los mercados en Colombia.**

3. ASPECTOS PRINCIPALES DE LA SENTENCIA No. 17703 DEL 28 DE ENERO DE 2010 PROFERIDA POR EL H. CONSEJO DE ESTADO, M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA.

El desarrollo de la sentencia está orientado al análisis de la deducibilidad de los montos generados por el cálculo de las provisiones de cartera y el castigo de la misma, por lo que es necesario conocer los antecedentes que le dieron origen, a continuación se hará una síntesis sobre los mismos.

Es de señalar que la Sala procedió a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (DIAN) contra la sentencia de 3 de abril del 2008 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección "B", proferida dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra los actos que modificaron la liquidación privada del impuesto de renta del año gravable 2001 presentada por la sociedad FIRMENICH S.A.

El desarrollo de la sentencia de segunda instancia está enfocado a determinar si era procedente como deducción el castigo de cartera solicitado por la sociedad FIRMENICH S.A., frente a la deuda de la sociedad Llorede S.A., máxime que esta última entró en proceso de reestructuración y en virtud de ello canceló la acreencia a la demandante con acciones nominativas ordinarias.

3.1. Hechos de la demanda

Estos fueron los hechos mencionados por la sociedad FIRMENICH S.A. en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo:

- El 27 de marzo de 2002 la sociedad FIRMENICH S.A. presentó la declaración de renta del año gravable 2001, con un saldo a favor de

\$1.032.301.000. posteriormente la declaración fue corregida el 20 de junio de 2002 en la que se disminuyó el saldo a favor a la suma de \$979.789.000.

- Por medio de la Resolución No. 608-01326 de 29 de agosto de 2002 se ordenó la devolución por parte de la Administración a la actora del saldo a favor corregido.
- Mediante Requerimiento Especial No. 310632004000322, la Administración propone modificar el renglón 47 CX Otras Deducciones – Provisión Clientes, por la suma de \$724.998.000 e imponer sanción por inexactitud de \$398.360.000.
- La sociedad actora dió respuesta oportuna al anterior requerimiento en el que se opuso a la glosa propuesta y a la sanción impuesta.
- El 25 de agosto de 2005 la Administración profiere Liquidación Oficial de Revisión No. 310642005000074 en la que confirma la glosa inicialmente planteada, acto contra el cual la sociedad contribuyente interpuso recurso de reconsideración.
- Mediante la Resolución No. 310662006000005 del 31 de agosto de 2006, la Administración modifica el acto recurrido en el sentido de acceder a disminuir los ingresos en cuantía de \$211.660.207.

3.2. Normas violadas

El apoderado de la sociedad demandante señaló como normas violadas las siguientes:

- Artículos 6, 338 y 363 de la Constitución Política;
- Artículos 145, 146, 147, 148, 270, 647, 688, 691, 703, 705, 711, 730, 857, 857-1 del Estatuto Tributario;
- Artículos 78, 79, 80 y 82 del Decreto 187 de 1975;
- Artículos 14, 17, 34 y 37 de la Ley 550 de 1999.

3.3. Concepto de violación de la parte demandante

El apoderado de la sociedad FIRMENICH S.A., dividió el concepto de violación en dos aspectos uno procedimental y otro sustancial.

Aspectos procedimentales.

- **Fecha de notificación – Silencio positivo.**

La sociedad actora solicitó un saldo a favor el 22 de mayo de 2002 el que una vez verificado por la Administración, se le sugirió al contribuyente que corrigiera la declaración de renta; invitación que fue acogida por el demandante corrigiendo su declaración privada de su impuesto de renta el 20 de junio de 2002, con base en dicha corrección el 25 de junio del mismo año solicitó el contribuyente el saldo a favor generado con la anuencia de los funcionarios de la DIAN.

Agrega que de conformidad con el artículo 857 del E.T. no trae causal de rechazo o inadmisión de la corrección provocada, de manera que el trámite se sigue con la solicitud inicial que es la de obtener un reembolso de dineros.

Menciona que los dos años para notificar el requerimiento han debido contarse desde la primera solicitud del saldo a favor, estos es, desde el 22 de mayo de

2002 por cuanto nunca se renunció a la misma, así exista una segunda solicitud el 25 de junio como antes se mencionó.

Falta de identidad

Por otra parte, la sociedad demandante señala la falta de identidad por parte de la administración, al equivocarse en la argumentación, puesto que desde el inicio lo glosado fue la pérdida de activos con la exigencia de una prueba diferente, cuyas causales de ocurrencia deben demostrarse como de fuerza mayor o caso fortuito.

En tanto, en la Liquidación Oficial la demandada argumenta no solo la provisión de cartera como prueba de antigüedad, sino el castigo de la misma, para lo que exige pronunciamiento de la autoridad competente.

Acota que el Requerimiento Especial tomó la cartera pero respecto de la provisión, y en la Liquidación Oficial efectúa el rechazo por una motivación nueva exigiendo la prueba de la procedencia del castigo, por lo que se configura la omisión del Requerimiento Especial prescrita en el numeral 2 del artículo 730 E.T.

Argumenta que en el Requerimiento emitido por la Administración se debió plantear todos los puntos que pretendía modificar o cambiar de la declaración del Impuesto de Renta por cuanto después de proferido dicho requerimiento se señaló la provisión de la cartera.

Aspectos sustanciales.

- **Procedencia del castigo de cartera.**

En relación con los aspectos sustanciales, habla de dos motivaciones diferentes una la de rechazar la provisión y otra el castigo de cartera.

En primera instancia, la demandante en el año 2000 en materia contable reconoció la calidad de deuda sin valor que tenía la sociedad Lloreda S.A., cuando se provisionó al 100% (efecto similar al castigo). Para el año 2001 la imposibilidad de cobrar la acreencia al ser considerada como una deuda mala o sin valor se procede a castigarla fiscalmente en la liquidación privada de ese año gravable. Se produce una conciliación, registrando una provisión del 100% contra el estado de resultados contable, por efecto de los límites de los porcentajes aplicables en materia fiscal, dando como resultado la deducción del gasto contable en el futuro, de lo que ya fue gasto contable total en el pasado.

La administración no puede pretender dar una definición al gasto fiscal y contable, ya que el gasto solicitado como deducible no es del año anterior, pues fiscalmente no fue pedido por efecto de las limitaciones porcentuales a las provisiones fiscales. Como se puede observar en el siguiente cálculo:

El castigo posterior al año 2001, objeto de la glosa es por valor de \$724.998.000, cuyo rubro principal es el castigo fiscal de una cifra que fue objeto de reconocimiento en el año anterior, lo que da mayor sustento al castigo por el valor \$662.373.000, al cual se agrega al faltante fiscal por \$22.256.000 para castigar todo el valor de la cartera más el gasto deducible de la provisión general para el año 2001 por el valor de \$40.369.000.

Alega que Lloreda S.A., desde vigencias anteriores mostraba dificultad para cumplir con sus compromisos de pagos, tanto que llegó a acogerse a la Ley 550 de 1999 (Acuerdo de reestructuración), por lo que como contingencia del no pago, fue prudente proceder a su castigo, independientemente de la recuperación de la deuda en un futuro.

La Jurisprudencia en Sentencia de 12 de noviembre de 2003, Exp. 13492, afirma que no se requiere dar cumplimiento a exigencias particulares de la DIAN, sino que por el contrario tan solo es necesario demostrar que se han desarrollado las

gestiones al interior de la empresa para cobrar la deuda y que a su vez estas justifiquen su registro como dudosa e incobrable.

Otros aspectos:

Provisión general – gasto del año

Señala que todas las partidas glosadas no corresponden solo a la cartera de la sociedad Lloreda como quiera que la provisión es general y no individual.

Agrega que la provisión general solo procede por efecto de antigüedad de la deuda como lo dispone el Decreto 187 de 1975 lo que en el presente caso no fue objeto de glosa y conlleva a una falta de motivación que produce la nulidad del acto administrativo.

Recuperación de deducciones

Indica que este tema solo fue tratado en un recurso de la Administración, y no en las demás instancias de la vía gubernativa por lo que para justificar el rechazo del castigo de cartera decidió excluir la recuperación del rubro de ingresos lo que genera la nulidad por falta de correspondencia con el requerimiento especial.

Expone que la vigencia fiscal es una sola por lo que el castigo es una circunstancia que se reconocía desde el inicio de la vigencia fiscal del año 2001 sin poder afirmar que sea una deuda sin valor como lo señala la DIAN.

Arguye que el valor nominal de las acciones no puede tomarse como precio de venta de cartera ya que esto no lo tiene por cuanto se trata de una capitalización o cambio de deuda por unas acciones las que se registraron tanto contable como fiscalmente por su valor nominal y se hizo la provisión por no tener un valor en el mercado.

Reitera que el tema de recuperación no fue tratado en la fiscalización por tanto no se puede modificar al contribuyente en la recuperación de deducciones.

Finalmente el demandante menciona que los datos son verdaderos, que no existe fraude o falsedad procesal en su declaración por lo que no hay lugar a la imposición de la sanción por inexactitud.

3.4. Oposición planteada por parte de la DIAN

La apoderada de la parte demandada se opuso a las pretensiones de la sociedad actora argumentando que no hubo inadmisión de la solicitud, sino desistimiento del contribuyente, lo que originó el auto de archivo, por lo que la fecha tomada para proferir el requerimiento especial fue la de la solicitud de devolución presentada en debida forma el 25 de junio de 2002 y la fecha de notificación del Requerimiento Especial fue oportuna, es decir el 17 de junio de 2002.

Frente a las diferencias de criterio entre el Requerimiento Especial y la Liquidación Oficial, sustenta que ello no es una causal contemplada en el artículo 730 del E.T., ya que las nulidades son de carácter taxativo.

Al exponer los fundamentos de hecho argumenta que la sociedad FIRMENICH durante el año gravable 2001, dio de baja la cartera con otros clientes en cuantía de \$84.004.000 y con el cliente Lloreda S.A. por \$812.384.000, contabilizando el pago de esta obligación como incobrable, perdido o sin valor, teniendo en cuenta que el deudor se encontraba en proceso de reestructuración. Que como alternativa de capitalización la empresa recibió, poseía y tenía suscritas en el año 2001, 2.930.476 acciones ordinarias de capital de la sociedad Lloreda S.A., por valor cada una de \$100, con las cuales, según oficio del 26 de octubre de 2001, se canceló la acreencia por valor de \$809.485.307, por lo que antes de propiciar la pérdida de la cartera, tenía como fin facilitar su recuperación.

A pesar de la certificación del revisor fiscal de fecha 27 de marzo de 2006, en la que se certifica el título de las acciones nominativas ordinarias en el activo patrimonial de la sociedad, en la declaración de renta del año 2001, no se registró ningún valor de acciones en valores fiscales contables, como si se hizo en la

subcuenta de pérdida de inversiones, en la que se observa registrado el valor contable \$293.047.600. Agrega que en la declaración de renta del año gravable 2002 la demandante si declaró las mencionadas acciones.

Expresa que no son aplicables al caso concreto el concepto No. 061540 del 6 de septiembre de 2005, ni la sentencia de 12 de noviembre de 2003 Exp.13492, por tratarse de supuestos de hecho que no coinciden con los que se analizan.

Manifiesta que en la sanción por inexactitud la actora solicitó como deducible en la declaración, la provisión clientes por valor de \$724.998.000 hecho con el cual disminuyó el impuesto de renta, y se concreta en un castigo de cartera, lo que para la administración no resulta procedente por cuanto la deuda no es incobrable, por haber sido capitalizada la acreencia del deudor.

3.5. Sentencia de primera instancia

En la parte resolutive de la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subdirección "B", del 3 de abril del 2008, declaró la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 310642005000074 del 25 de agosto de 2005, expedida por la División de Liquidación de la Administración Especial de Grandes Contribuyentes de Bogotá y la Resolución de Reconsideración No. 310662006000005 del 31 de agosto de 2006, expedida por la División Jurídica Tributaria de la misma administración.

En consecuencia y como restablecimiento del derecho, se declaró en firme la liquidación privada del 27 de marzo de 2002.

En la parte considerativa el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló que la administración notificó el Requerimiento Especial, dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al de la presentación en debida forma de la solicitud de devolución del saldo a favor fechada el 25 de junio de 2002 y como consecuencia de ello sólo tenía hasta el 25 de junio de 2004 para expedir dicho requerimiento.

En cuanto a la diferencia de hechos expuestos en el Requerimiento Especial, como en la Liquidación Oficial de Revisión, hizo un análisis tomando como referencia apartes de la sentencia 14635 de 6 de octubre del 2005, C.P. Dra. Ligia López Díaz, y concluye que la Liquidación Oficial no introduce hechos nuevos, sino que amplía los argumentos sobre los hechos expuestos en el Requerimiento Especial, ya que se trataba de la pérdida de un activo, como también al incumplimiento de los requisitos de los artículos 72, 74 y 80 del Decreto 187 de 1975 para la procedencia de la deducción de deudas manifiestamente perdidas.

Afirma que las normas tributarias, indican la forma y el modo en el que fiscalmente deben tratarse la deducción de deudas de dudoso cobro o deudas manifiestamente perdidas o sin valor, pero en materia contable el ente económico tiene derechos por cobrar y en consecuencia puede hacer uso de las provisiones en un 100% con el fin de proteger sus activos y actividades económicas.

Señalo que la empresa FIRMENICH S.A., incluyó como deducción el castigo de cartera por valor de \$794.998.000 y declaró como ingreso un mayor valor como resultado de la diferencia glosada por la Administración en el rubro de las deducciones por la pérdida de cartera provisionada por la empresa. Es decir, que la sociedad recaudó el valor adeudado por concepto del impuesto de renta, sin afectar las arcas del Estado, que hubiera originado liquidar un mayor impuesto e imponer una sanción.

3.6. Consideraciones de la sala

Las consideraciones de la Sala se resumen en determinar si era procedente como deducción el castigo de cartera solicitado por la actora, frente a la deuda de la sociedad Lloreda S.A., teniendo en cuenta que esta última entró en proceso de reestructuración, razón por la cual canceló parte de la acreencia a la demandante con acciones nominativas ordinarias.

Evidencia el rechazo de la Administración ante la deducción del castigo de la deuda que Lloreda S.A., tenía con la actora, tanto en vía gubernativa como jurisdiccional, por lo que considera que no existen fundamentos ni fácticos ni jurídicos que controviertan los demás valores que integran la deducción rechazada.

Señala la corporación que de conformidad con las pruebas obrante en el expediente la suma de \$662.373.300 corresponde a saldo de provisión de cartera del año 2000 la que no se solicitó como deducción en el mismo año.

Además a junio 19 del 2000 la sociedad Lloreda le adeudaba al demandante la suma de \$1.081.036.201 con un valor vencido de \$1.050.508.858, sin embargo, la demandante adelantó gestiones de cobro para el 31 de diciembre del 2000 cuando la acreencia ascendía a \$874.132.000 lo que hizo que se le diera la denominación de deuda de difícil cobro y en consecuencia registrar un provisión contable.

El cuestionamiento de la DIAN, se fundamenta en el hecho que la actora haya castigado la cartera contra la provisión y no contra el gasto.

El H. Consejo de Estado se remite a los artículos 145¹ y 146² del Estatuto Tributario Nacional, para señalar que existen dos formas diferentes para realizar

¹ **Artículo 145. Deducción de deudas de dudoso o difícil cobro.** Son deducibles, para los contribuyentes que lleven contabilidad por el sistema de causación, las cantidades razonables que con criterio comercial fije el reglamento como provisión para deudas de dudoso o difícil cobro, siempre que tales deudas se hayan originado en operaciones productoras de renta, correspondan a cartera vencida y se cumplan los demás requisitos legales. No se reconoce el carácter de difícil cobro a deudas contraídas entre sí por empresas o personas económicamente vinculadas, o por los socios para con la sociedad, o viceversa. PARAGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 131 de la Ley 633 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> A partir del año gravable 2000 serán deducibles por las entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, la provisión individual de cartera de créditos y la provisión de coeficiente de riesgo realizadas durante el respectivo año gravable. Así mismo, serán deducibles de la siguiente manera las provisiones realizadas durante el respectivo año gravable sobre bienes recibidos en dación en pago y sobre contratos de leasing que deban realizarse conforme a los normas vigentes: a) El 20% por el año gravable 2000; b) El 40% por el año gravable 2001, c) El 60% por el año gravable 2002;d) El 80% para el año gravable 2003; e) A partir del año gravable 2004 el 100%.

2 Artículo 146.- Deducción por deudas manifiestamente perdidas o sin valor. Son deducibles para los contribuyentes que lleven contabilidad por el sistema de causación, las deudas manifiestamente perdidas o sin valor que se hayan descargado durante el año o período gravable, siempre que se demuestre la realidad de la deuda, se justifique su descargo y se pruebe que se ha originado en operaciones productoras de renta. Cuando se establezca que una deuda es cobrable sólo en parte, puede aceptarse la cantidad correspondiente a la parte no cobrable. Cuando los contribuyentes no lleven la

una deducción por cartera morosa, pero, de ninguno de los dos preceptos puede establecerse que el contribuyente adopte la provisión por deudas de difícil cobro y luego no pueda castigar esas mismas acreencias.

De manera que para la Sala el procedimiento adoptado de la cancelación directa contra la provisión de deudas incobrables que tenía la sociedad Lloreda S.A no hace perder el Derecho a la deducción máxime que no existe impedimento legal para hacerlo y además no existió un doble beneficio por cuanto el valor total de la deuda era de \$874.132.000, lo solicitado como deducción por deuda perdida en el año 2011 fue de \$662.373.000 lo que no incluye lo deducido por el año 2000 por el contribuyente, esto es, 211.759.000.

Para poder determinar que la cartera deducida era incobrable o manifiestamente perdida debieron analizarse los requisitos del artículo 146 del E.T. y los artículos 79 y 80 del Decreto 187 del año 1975.

En consecuencia las deudas perdidas o sin valor deben ser consideradas actuales desde el punto de vista de “una sana práctica comercial” , lo cual permite la definición condiciones específicas que deben ser consideradas en cada caso concreto, pues, en el presente caso en el mismo año en que la actora decidió realizar fiscalmente el castigo de cartera glosada recuperó el valor de la deuda a través de Lloreda S.A., lo que desvirtúa las razones para considerar la deuda como manifiestamente perdida.

De manera que no puede exigírsele al contribuyente que tenga como recuperada una deuda con las acciones recibidas cuando en realidad las acciones no cubren el valor de la deuda.

contabilidad indicada, tienen derecho a esta deducción conservando el documento concerniente a la deuda con constancia de su anulación.

Por último el Consejo de Estado analiza el tratamiento dado a las acciones recibidas de la sociedad Lloreda S.A., sobre estas hace énfasis en el artículo 82 E.T., el cual establece la renta por recuperación de deducciones por cuentas manifiestamente perdidas o sin valor, y determina que la sociedad FIRMENICH reconoció este efecto en su declaración y solo tomo como deducción el restante de descontar la renta por recuperación a la deducción por el castigo de cartera. Confirmando con esto que la sociedad no obtuvo una doble deducción producto de los hechos presentados con el castigo de la cartera y las acciones recibidas de la sociedad Lloreda SA.

Por lo anterior, el H. Consejo de Estado falla a favor de la actora y confirma parcialmente la sentencia apelada en el sentido que declara la nulidad del acto administrativo y por otra parte, declara en firme la declaración de renta del año gravable 2001 presentada en el año 2002.

4. Doctrina oficial y jurisprudencia sobre la materia

Con el ánimo de realizar un análisis más amplio e integral es importante estudiar la jurisprudencia y doctrina relevante sobre el tema, para ello a continuación presentamos el siguiente resumen:

4.1. Jurisprudencia

Con relación al tema abordado en este análisis el Consejo de Estado se ha pronunciado en las siguientes sentencias, sobre las cuales haremos una breve descripción:

4.1.1. Sentencia de 12 de noviembre de 2003, Exp. 13492.

La Jurisprudencia afirma que no se requiere el cumplimiento de exigencia alguna formulada por la DIAN, sino que es necesario demostrar que se han desarrollado

las gestiones al interior de la empresa que justifiquen calificar el registro de la deuda como dudosa e incobrible.

4.1.2. Sentencia del 21 de junio de 2011, Exp. 17383.

Conforme con el artículo 146 del Estatuto Tributario, para los contribuyentes que lleven contabilidad por el sistema de causación, son deducibles las deudas manifiestamente perdidas o sin valor que se hayan descargado durante el año o período gravable, siempre que se pruebe la realidad de la deuda, se justifique su descargo y se haya originado en operaciones productoras de renta.

4.1.3. Sentencia del 17 de noviembre de 2011, Exp. 18100.

En esta sentencia el Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Compañía de Promociones Internacionales de Servicios de la Salud. – SOPRINSA S.A., se analizan los requisitos que se deben cumplir para que las deudas manifiestamente perdidas o sin valor puedan ser tomadas como deducciones, en especial el requisito contemplado en el artículo 79 del decreto 187 de 1975, en el cual se debe probar que el deudor no puede dar cumplimiento efectivo a sus obligaciones. Frente a éste requisito el Consejo de Estado confirma que para ello no existe una “regulación específica” y por tanto es posible allegar diferentes pruebas, las cuales puedan constatar que la deuda no va a poder ser recuperada porque el deudor se encuentra en una situación económica que le imposibilita cancelar el pasivo. El resultado adverso del proceso no es la única prueba pertinente, conducente y útil, los informes suscritos por el Representante Legal de la empresa demandante y el informe de la abogada de la actora donde constan las diversas gestiones directas y legales, da cuenta sobre las gestiones fallidas realizadas para buscar el reintegro de las deudas y la recomendación expresa de su castigo, causas que permiten considerarlas como actualmente perdidas de acuerdo con una sana práctica comercial. Finalmente, la sala conduce a concluir que a la demandante le asistía el derecho de hacer efectiva la

deducción por castigo de cartera y que además se encontraban satisfechas todas las exigencias legales para ello, por lo que es viable aceptar la pretensión.

4.1.4. Sentencia del 12 de mayo de 2011, Exp 16448.

Analiza los requisitos y las formalidades que exige la ley para la deducibilidad de las deudas manifiestamente pérdidas o sin valor.

Sobre el particular la DIAN cuestionaba el hecho que la empresa Editorial Globo haya castigado la cartera sin que para dicho proceso se haya obtenido una orden judicial, exigiendo este trámite como fundamental para poder dar el tratamiento descrito en el artículo 146 del E.T., y solicitar el valor de la cartera como deducción.

Por otra parte la empresa Editorial Globo, aporto al proceso, los certificados del revisor fiscal, en donde se describía la gestión hecha tendiente a recuperar la cartera. Igualmente la empresa tenía clasificada la cartera de acuerdo a la situación de cada uno de los clientes morosos. De esta clasificación se podía observar que la cartera castigada cumplía con los requisitos señalados en el artículo 46 del E.T. y los artículos 79 y 80 del decreto reglamentario 187 de 1975.

La sala falla a favor de la Empresa Editorial Globo, argumentando que no solo los fallos judiciales son el medio para demostrar que una deuda es manifiestamente perdida o sin valor, ya que se estaría limitando al contribuyente, con requisitos adicionales a los exigidos por la ley.

5. Comentarios acerca del tema analizado

Una vez revisado el contenido de la sentencia objeto de estudio y la jurisprudencia asociada a este tema, es importante efectuar las siguientes observaciones:

5.1 Diferencias entre la práctica contable y las normas fiscales sobre las provisiones de cartera.

Vale la pena resaltar que de acuerdo a las normas fiscales en Colombia es posible realizar cálculos de provisiones contables de cartera para los estados financieros que no necesariamente deban ser equivalentes a los cálculos de provisiones de cartera aceptados fiscalmente como deducciones, en orden a lograr un mayor entendimiento de lo anotado, es necesario tener claro el contenido de los artículos 145 del E.T., 74 y 75 del decreto 187 de 1975, los cuales establecen lo siguiente:

“ARTICULO 145. DEDUCCIÓN DE DEUDAS DE DUDOSO O DIFÍCIL COBRO. <Fuente original compilada: D. 2053/74 Art. 60> Son deducibles, para los contribuyentes que lleven contabilidad por el sistema de causación, las cantidades razonables que con criterio comercial fije el reglamento como provisión para deudas de dudoso o difícil cobro, siempre que tales deudas se hayan originado en operaciones productoras de renta, correspondan a cartera vencida y se cumplan los demás requisitos legales.

No se reconoce el carácter de difícil cobro a deudas contraídas entre sí por empresas o personas económicamente vinculadas, o por los socios para con la sociedad, o viceversa”.

“Art. 74.- Como deducción por concepto de provisión individual para deudas de dudoso o difícil cobro fijase como cuota razonable hasta un treinta y tres por ciento (33%) anual del valor nominal de cada deuda con más de un año de vencida.”

“Art. 75.- Los contribuyentes que lleven contabilidad de causación y cuyo sistema de operaciones origine regular y permanentemente créditos a su favor tendrán derecho a que se les deduzca de su renta bruta, por concepto de provisión general para deudas de dudoso o difícil cobro, un porcentaje de la cartera vencida, así:

El cinco por ciento (5%) para las deudas que en el último día del y ejercicio gravable lleven más de tres meses de vencidas sin exceder de seis (6) meses.

El diez por ciento (10%) para las deudas que en el último día del ejercicio gravable lleven más de seis (6) meses de vencidas sin exceder de un (1) año.

El quince por ciento (15%) para las deudas que en el último día del ejercicio gravable lleven más de un (1) año de vencidas.

Parágrafo 1. Esta deducción sólo se reconocerá cuando las deudas y la provisión estén contabilizadas y el contribuyente no haya optado por la provisión individual.

Parágrafo 2. El contribuyente que en años anteriores haya solicitado la provisión individual para deudas de dudoso o difícil cobro y opte por la provisión general de que trata este artículo, deberá hacer los ajustes correspondientes.”

De la lectura de los artículos anteriores podemos resaltar en primer lugar que el artículo 145 del E.T., condiciona la aceptabilidad de las deducciones de provisiones a los contribuyentes que lleven *“contabilidad por el sistema de causación”*, adicionalmente en el reglamento se exige para la provisión general que las deudas y la provisión estén registradas contablemente. Pero no se podría confundir este último requisito con la exigencia de hacer equivalentes el cálculo de las provisiones contables a las fiscales, ya que las primeras se realizan teniendo en cuenta los principios propios de la técnica contable; en tanto que en las otras, la normatividad tributaria reglamenta el tratamiento que se debe dar a las provisiones sobre la cartera para que sean aceptadas como deducción fiscal y para ello plantea dos opciones para dicho calculo.

5.2 ¿Es necesario un documento en particular, para catalogar una deuda como manifiestamente perdida?

El Artículo 79 del de decreto 187 de 1975 señala que *«se entiende por deudas manifiestamente perdidas o sin valor aquellas cuyo cobro no es posible hacer efectivo por insolvencia de los deudores y de los fiadores, por falta de garantías reales o por cualquier otra causa que permita considerarlas como actualmente perdidas, de acuerdo con una sana práctica comercial»*

Con base en el artículo transcrito, una deuda es manifiestamente perdida o sin valor, cuando el cobro de la misma no se puede hacer efectivo debido a la

situación económica de deudor, así mismo cuando no se tengan garantías reales u otra causa por la cual se consideren perdidas. Es de resaltar que en éste artículo no se hace mención expresa del medio por el cual se deba demostrar alguna de las situaciones o causales señaladas anteriormente por algún medio de prueba específico.

De igual forma el Consejo de Estado ha interpretado la norma, tal y como se observa en la siguiente jurisprudencia:

[...]

No es viable limitar el derecho a la deducción con el argumento de que la única prueba contundente para considerar una deuda como manifiestamente perdida o sin valor eran los fallos judiciales proferidos por la jurisdicción competente. Si la norma otorga la posibilidad de aducir y probar cualquier causa justificable dentro de una sana práctica comercial, necesariamente se deben valorar esas circunstancias y las pruebas que las respalden

[...]³

Así mismo, el Consejo de Estado manifestó: «[...] *que para la Administración Tributaria y el Fallador de primera instancia, la única razón válida que justifica el descargo de las deudas y que permite que se les considere irrecuperables, es la constancia de un proceso judicial archivado que diera fe de la pérdida de la deuda, porque según ellos la ley consagra una “regulación específica”. Sin embargo, en ninguna de las normas tributarias existentes sobre el tema se consagra tal exigencia [...]*»⁴.

5.3 Análisis de la sentencia No. 17702 del 28 de enero de 2010 proferida por el H. Consejo de Estado M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia

³ Consejo de Estado; Sección Cuarta; sentencia del 12 de mayo de 2010; Expediente [16448]; C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁴ Consejo de Estado; Sección Cuarta; sentencia del 17 de noviembre de 2011; Expediente [18100]; C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

El Consejo de Estado realizando un análisis fáctico, normativo y probatorio del caso, concluye la legalidad del actuar del contribuyente y por ende, confirma parcialmente la sentencia del tribunal ratificando así la nulidad de las actuaciones administrativas realizadas por la DIAN. A continuación se procederá a realizar un análisis de los argumentos esbozados por el alto tribunal para sustentar la declaratoria de nulidad:

En primer lugar es necesario señalar que las normas objeto de análisis, no califican la prueba o señalan una tarifa legal⁵ en materia probatoria; por el contrario el artículo 145 del E.T., habla de “cantidades razonables” y “criterio comercial” con lo cual se evidencia que el espíritu de la norma, consiente del dinamismo de las relaciones comerciales y empresariales le otorga la posibilidad al contribuyente, para que bajo los criterios señalados, determine el carácter de dudoso o de difícil cobro de la deuda.

La sentencia bajo análisis, en relación con lo expresado en el punto anterior acota lo siguiente: «[...] Para la Sala, el artículo 79 del Decreto 187 de 1975 define las deudas manifiestamente perdidas o sin valor, concepto dentro del cual se destaca el aparte final en cuanto señala que permita considerarlas como actualmente perdidas, de acuerdo con una sana práctica comercial, lo cual le da a la definición condiciones especiales que deben ser consideradas en cada caso concreto [...]».

Para en concreto la carga de la prueba⁶ recae sobre el contribuyente, en el sentido que es a éste a quien le asiste demostrar el carácter de la deuda. En ese sentido, con buen criterio el Consejo de Estado considera que la administración no puede

⁵ JAIRO PARRA QUIJANO; Manual de Derecho Probatorio; Bogotá; Editorial ABC; 2009; Pág. 215: “Si el juez puede y debe libremente valorar la prueba, estamos frente al sistema de la libre valoración (o libre convicción); cuando el legislador señala el valor de la prueba estamos frente al sistema de la tarifa legal”.

⁶ Ibídem Pág. 232: “La Carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirvan de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”.

entrar a determinar la idoneidad de una determinada prueba puesto que la ley no le otorga dicha posibilidad.⁷

Al respecto el Honorable Consejo de Estado manifiesta en la sentencia lo siguiente:

“Además se observa que a junio 19 de 2000 la sociedad Lloreda S.A. le adeudaba a la demandante la suma de \$1.081.036.201, con un valor vencido de \$1.050.508.858. Sin embargo, afirma la actora, que adelantó gestiones de cobro y para el 31 de diciembre de 2000 la acreencia ascendía a \$874.132.000, todo lo cual hizo que le diera a esta cartera el tratamiento de deuda de dudoso o difícil cobro y, en virtud de ello, decidió registrar una provisión contable por el total de la acreencia”.

Por otra parte, en cuanto al análisis de la deducibilidad de la deuda El Consejo de Estado, en una interpretación lógica de la situación fáctica y aplicando los principios de equidad y justicia, avala el proceder del contribuyente, en cuanto a la forma en la que solicitó la deuda como deducción, fraccionando la misma sin generar un doble beneficio. En consecuencia El Consejo de Estado, al no encontrar contravención normativa que proscribiera el actuar de la empresa, ni abuso de la disposición jurídica (Art. 145 E.T), concluye lo siguiente:

“En tales condiciones, el procedimiento adoptado por la demandante en cuanto hizo la cancelación directamente contra la provisión de deudas incobrables que tenía de la sociedad Lloreda S.A., no hace perder el derecho a la deducción, porque, se reitera, no existe impedimento para hacerlo y además no existió un doble beneficio, por cuanto si bien el valor total de la deuda que tenía Lloreda S.A., era de \$874.132.000, lo solicitado como deducción por deuda manifiestamente perdida o sin valor en el año gravable 2001 (\$662.373.000), no incluye lo que la demandante ya había deducido en el año gravable 2000 como deuda de dudoso o difícil cobro (\$211.759.000)”.

Como corolario, se observa que el fallo de la alta corporación en cuanto confirma el numeral primero de la sentencia apelada, se encuentra debidamente sustentado en

⁷ Consejo de Estado; Sección cuarta; sentencia del 28 de enero de 2010; Expediente [17702]; C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia. *“No obstante, desde el punto de vista de una “sana práctica comercial”, no puede exigirse al contribuyente, como lo pretende la DIAN, que tenga como recuperada la deuda con las acciones recibidas, cuando en realidad éstas no cubren el valor total de la acreencia”.*

la normatividad aplicable y en una interpretación lógica de las normas; por lo cual compartimos el mismo.⁸

6. Conclusiones

Después de haber analizado la sentencia y la jurisprudencia referente al problema jurídico, creemos importante referenciar nuestro punto de vista sobre las características o requisitos que se deben cumplir para que se pueda descargar una deuda manifiestamente perdida o sin valor.

Para este efecto haremos un comentario para cada uno de los requisitos exigidos por la ley, pero nos centraremos en el elemento que evalúa si existían razones para considerar la deuda como manifiestamente perdida, tal y como se observa a continuación:

➤ Que la obligación se haya adquirido con justa causa y a título oneroso

Sobre este punto es importante señalar que la deuda que la sociedad Lloreda S.A. adquirió con la Sociedad Firmenich S.A., fue producto de las relaciones comerciales existentes entre las dos sociedades, razón por la cual se da cumplimiento a este requisito.

➤ Que se haya tomado en cuenta al computar la renta declarada en años anteriores o que se trate de créditos que hayan producido rentas declaradas en tales años

⁸ HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO; Procedimiento Civil Tomo 1; Bogotá; Dupre Editores; 2009. Pág 618: *“Viene enseguida la fundamentación del fallo; el juez debe señalar las razones por las cuales acoge esta o aquella disposición y determinar su alcance. Cumple aquí una de las misiones fundamentales encomendadas al órgano jurisdiccional: la interpretación de la ley, con respecto a la cual el funcionario no está obligado a someterse a decisiones que él haya tomado anteriormente o proferidas por funcionario de mayor jerarquía, pues, indudablemente, con ello se atentaría contra su libertad de juzgador, tanto más si se recuerda que el artículo 20 de la C.P. destaca que “lo jueces en sus providencias sólo esta sometidos al imperio de la ley”.*

Aunque en efecto para referirnos al cumplimiento de este requisito, en la sentencia no se señalan expresamente los antecedentes, si podemos inferir por el tratamiento que se ha dado en las declaraciones de renta de los años 2000 y 2001, en las cuales se tomó como deducción la provisión y el castigo respectivamente, que este requisito fue cumplido por el contribuyente.

➤ **Que se haya descargado en el año gravable de que se trata, mediante abono a la cuenta incobrable y cargo directo a pérdidas y ganancias**

Sobre el particular se presenta una situación, la cual radica en que en el año 2000 la sociedad Firmenich S.A., realizo contablemente una provisión del 100% de la cuenta por cobrar, pero tributariamente solo solicito como deducción el valor de la provisión aceptado por las normas fiscales, posteriormente en el año 2001 el contribuyente solicito la deducción de la diferencia por el concepto de deudas manifiestamente perdidas, registrando contablemente el descargo de la misma.

El registro contable realizado representaba el alto riesgo de incobrabilidad de la cuenta adeudada por la sociedad Lloreda S.A., pero por prudencia contable no se le dio el tratamiento de castigo sino hasta el año 2001, año en el cual se consolido la situación que configuraba las situaciones expresadas en el artículo 79 del decreto 187 del año 1975.

➤ **Que la obligación exista al momento del descargo**

Como se mencionó en el punto anterior es preciso indicar que aunque la cuenta estaba provisionada al 100% contablemente, respetando los limites señalados por las normas fiscales, esta se mantenía registrada en el activo de dicha compañía en el año 2001, año en que realiza el castigo, se traslada al estado de resultados y se solicita la respectiva deducción.

- **Que existan razones para considerar la deuda manifiestamente perdida o sin valor.**

Es en este punto donde se centra la discusión principal de la sentencia pues aunque la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales señala que la sociedad Lloreda S.A., no se encontraba insolvente y no existía otra causal para que esta no pudiera cumplir con el pago efectivo de la deuda. Es importante resaltar la aclaración que realiza el Consejo de Estado, cuando señala que la situación del deudor debe ser evaluada desde el punto de vista de la “*sana práctica comercial*”, condición expresada en las normas tributarias; perspectiva que lleva a valorar la situación del deudor y analizar con más detalle el hecho que a la fecha del castigo de la cartera éste se encontrara adelantando un acuerdo de reestructuración.

Como conclusión final, debemos manifestar que el análisis jurídico efectuado por el Consejo de Estado en la sentencia No. 17702 de 2010, se ajusta a los lineamientos establecidos por los principios del derecho tributario y a las variantes que rodean la práctica empresarial en Colombia.

7. Bibliografía

- Consejo de Estado; Sección Cuarta; Sentencia del 28 de enero de 2010; Expediente [17702]; C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.
- Consejo de Estado; Sección Cuarta; Sentencia del 12 de noviembre de 2003; Exp. [13492]; C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.
- Consejo de Estado; Sección Cuarta; Sentencia del 21 de junio de 2011; Exp. [17383]; C. P. William Giraldo Giraldo.
- Consejo de Estado; Sección Cuarta; Sentencia del 17 de noviembre de 2011; Exp. [18100]; C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

- Consejo de Estado; Sección Cuarta, Sentencia del 12 de mayo de 2011; Exp. [16448]; C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.
- Estatuto Tributario Nacional
- Jairo Parra Quijano. Manual de Derecho Probatorio. Editorial ABC. 2009.
- Hernán Fabio López Blanco. Procedimiento Civil Tomo 1. Dupre Editores. 2009.