

CONCEPTO 091432 DE 30 DE DICIEMBRE DE 2004 CONFORME AL CUAL EL VALOR DE LA INVERSION EN ACCIONES DE UNA COMPAÑÍA EN FUNCIONAMIENTO INCLUIDO EL VALOR DEL CREDITO MERCANTIL NO ES AMORTIZABLE - Anulado parcialmente / CONCEPTO 23795 DE 27 DE ABRIL DE 2005 QUE ACLARO EL CONCPETO 091432 Y PRECISO QUE EL CREDITO MERCANTIL ADQUIRIDO NO ES AMORTIZABLE FISCALMENTE - Anulado parcialmente / ACTO ADMINISTRATIVO QUE ESTUVO VIGENTE ANTES DE SU DEROGATORIA - Amerita que la jurisdicción contenciosa se pronuncie sobre su legalidad y la extiende a los actos particulares expedidos durante su vigencia

A pesar de que el concepto 091432 de 30 de diciembre de 2004 fue modificado por el 23795 de 27 de abril de 2005, y, por ende, al momento de solicitarse la nulidad del último (3 de agosto de 2005), parte del primer acto había dejado de regir, la Sala analizará legalidad de todo el concepto aclarado, pues, el mismo pudo haber producido efectos durante el lapso en que estuvo vigente en su integridad. Lo anterior obedece al criterio mayoritario tanto de la Sala Plena Contenciosa como de esta Sección, conforme al cual basta que un acto administrativo general haya tenido vigencia para que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se pronuncie sobre su nulidad, pues, durante el lapso en que rigió, pudieron producirse situaciones jurídicas particulares que ameritan reparación del daño y la restauración del derecho que eventualmente se haya afectado. Y, porque mientras tal pronunciamiento no se produzca, la norma, aunque haya sido derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando los efectos a aquellos actos de contenido particular que fueron expedidos durante su vigencia.

NOTA DE RELATORIA: Sobre sustracción de materia se reiteran sentencias de 14 de enero de 1991, exp. S-157 M.P Carlos Gustavo Arrieta Padilla, reiterada en sentencias de Sala Plena de 6 de marzo de 1991, exp. S - 148, M.P Jaime Abella Zárate, y de 23 de julio de 1996, exp. S-612, M.P. Juan Alberto Polo Figueroa; 5 de mayo de 2003, exp. 13080, M.P, María Inés Ortiz Barbosa y 9 de noviembre de 2006, exp. 14711, M.P. Héctor J. Romero Díaz.

AMORTIZACION - Concepto / INVERSIONES NECESARIAS - Concepto / INVERSIONES AMORTIZABLES - Son aquellas que según la técnica contable deban registrarse como archivos amortizables diferidos o intangibles

La amortización es el equivalente monetario del desgaste sufrido en un período por un bien de producción no susceptible de ser depreciado y consiste en distribuir el costo del activo intangible, anticipado o diferido, durante su vida útil o durante cualquier otro período de tiempo, fijado con base en criterios válidos. Según el artículo 142 del Estatuto Tributario, son deducibles las inversiones necesarias realizadas para los fines del negocio o la actividad. Y, son inversiones necesarias amortizables para los fines en mención, los desembolsos efectuados o causados que sean susceptibles de demérito y que según la técnica contable, constituyan: a) Partidas que deban ser registradas como activos para su amortización en más de un año o período gravable. b) Partidas que deban registrarse como diferidos. c) Activos intangibles susceptibles de demérito. Para determinar cuáles son las inversiones amortizables, la ley tributaria expresamente permite la aplicación de la técnica y de las disposiciones contables, por lo que no es cierto que, en esta materia, unos son los efectos tributarios y otros los contables. En consecuencia, son inversiones amortizables las que de acuerdo con la técnica contable deban registrarse como activos amortizables, diferidos o intangibles y que no tienen

regulación especial dentro del Estatuto (artículo 142 ib), por lo que no se incluyen los activos depreciables ni los inventarios.

CREDITO MERCANTIL ADQUIRIDO - Concepto / ACCIONES - Son inversiones cuya valoración patrimonial se hace conforme al artículo 272 del Estatuto Tributario / CREDITO MERCANTIL - Activo intangible distinto de las acciones / CREDITO MERCANTIL ADQUIRIDO - Se registra en la cuenta 1605 / INVERSION EN ACCIONES - Se registra en la cuenta 1205 o 1210

El crédito mercantil adquirido se conoce como prima de control, puesto que constituye un pago adicional al precio fijado para las acciones, como retribución por el control que se adquiere sobre una sociedad y que se determina por el reconocimiento de atributos especiales, como el buen nombre, personal idóneo, reputación de crédito privilegiado, prestigio por vender mejores productos y servicios y localización favorable. Tal erogación no hace parte del costo de las acciones (artículo 69 del Estatuto Tributario), sino de un intangible que como activo es distinto de las acciones que se adquieren. Cabe anotar que las acciones son activos que se clasifican como inversiones (artículo 61 del Decreto 2649 de 1993), cuya valoración patrimonial se hace conforme al artículo 272 del Estatuto Tributario y, el crédito mercantil adquirido si bien se origina en la adquisición de una inversión, es un activo intangible distinto de las acciones (artículo 66 del Decreto 2649 de 1993 y Circular Conjunta 006 de 2005 de la Superintendencia de Sociedades y 011 del mismo año de la Superintendencia de Valores -hoy Financiera-), que se valora patrimonialmente según las reglas del artículo 279 del Estatuto Tributario, norma que, a su vez, reconoce la amortización de los intangibles. En síntesis, cuando se efectúa una inversión que da lugar al crédito mercantil adquirido, el inversionista adquiere un activo tangible, que es la inversión representada en las acciones, cuotas o partes de interés social, que se registran en las cuentas 1205 (acciones) o 1210 (cuotas o partes de interés social) y el crédito mercantil adquirido, que en su calidad de intangible se registra en la cuenta 1605.

CREDITO MERCANTIL - Puede sufrir demérito por la desaparición o modificación de los hechos que le dieron origen / ACTIVOS INTANGIBLES - Son amortizables

En el caso del crédito mercantil adquirido, el solo paso del tiempo no genera la pérdida de valor; sin embargo, dicho activo puede sufrir demérito por la desaparición o modificación de los hechos que le dieron origen. Ello, porque el crédito mercantil se origina en el reconocimiento de atributos especiales como el buen nombre, personal idóneo, reputación de crédito privilegiado, prestigio por vender mejores productos y servicios y localización favorable (artículo 15 del Decreto 2650 de 1993); y, puede suceder que tales circunstancias se modifiquen o desaparezcan y, por tanto, el crédito mercantil adquirido pierda valor. Además, la técnica contable, que es el fundamento de la amortización en materia tributaria (artículo 142 del Estatuto Tributario), reconoce que los intangibles son amortizables. En efecto, el artículo 66 del Decreto 2649 de 1993, aplicable a los comerciantes, en general, dispone que “Para reconocer la contribución de los intangibles a la generación del ingreso, se deben amortizar de manera sistemática durante su vida útil”, la cual debe determinarse “tomando el lapso que fuere menor entre el tiempo estimado de su explotación y la duración de su amparo legal o contractual”. Por su parte, el Decreto 2650 de 1993, que contiene el PUC de los comerciantes, describe la cuenta de la amortización acumulada de los intangibles (1698) y precisa la dinámica de la misma. Y, los artículos 74 del Estatuto Tributario, referente al costo de los bienes incorporales; 279 ibídem, sobre el valor

patrimonial de los intangibles y 143 del mismo ordenamiento, que señalan el término de amortización de las inversiones, corroboran que en materia tributaria es viable la amortización de intangibles, como el crédito mercantil adquirido. En consecuencia, el crédito mercantil adquirido puede ser amortizable fiscalmente. Como la inversión en acciones que incluye el crédito mercantil adquirido, da lugar a la adquisición de un activo tangible (representado en las acciones propiamente dichas), y de un intangible (el crédito mercantil o good will), que por ser activos diferentes tienen tratamientos distintos tributaria y contablemente, el concepto es nulo en el aparte transcrito, por violación de los artículos 66 del Decreto 2649 de 1993, la Circular Conjunta 006 de 2005 de la Superintendencia de Sociedades y 011 de 2005 de la Superintendencia de Valores (hoy Financiera), que reconocen contablemente al crédito mercantil como activo intangible; los artículos 272 y 279 del Estatuto Tributario, que, respectivamente, señalan el valor patrimonial de las acciones y de los intangibles y el artículo 74 ibídem, relativo al costo de los intangibles adquiridos, como el good will. La Sala anulará el concepto, a partir de la conclusión de que el crédito mercantil adquirido sólo es un intangible amortizable para efectos contables; no anulará los párrafos que anteceden a esta afirmación, por cuanto, se recuerda, se limitan a definir el crédito mercantil adquirido según las normas contables.

AMORTIZACION DE INVERSIONES - Objeto. Tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta del contribuyente / AMORTIZACION DEL CREDITO MERCANTIL - Objeto. Cumple los requisitos de relación de causalidad / CREDITO MERCANTIL ADQUIRIDO - No hace parte del costo fiscal de la inversión en acciones y es amortizable / BIEN INTANGIBLE - Lo es el crédito mercantil adquirido

Dado que la deducción por amortización de inversiones e intangibles tiene por objeto proteger o reponer el capital destinado a la actividad económica, puesto que distribuye el costo del activo intangible, anticipado o diferido en un determinado lapso tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta del contribuyente, porque contribuye a protegerla. Como la prima de control se adquiere para que continúe la renta que venía generando la sociedad o que se incrementa a favor del nuevo inversionista, la amortización del crédito mercantil adquirido busca proteger la inversión efectuada para que siga aportando a la generación de la renta. Comoquiera que en la amortización del crédito mercantil adquirido se cumple el requisito de la relación de causalidad con la actividad productora de renta, se anulará el concepto 23795 en cuanto afirma lo contrario. Y, por cuanto el crédito mercantil adquirido es un intangible susceptible de demérito, no hace parte del costo fiscal de la inversión en acciones y es amortizable en los términos de los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario, como lo precisó la Sala al analizar estos aspectos frente al concepto 091432, se anularán los apartes del concepto 23795 conforme a los cuales, el crédito mercantil adquirido hacer parte del costo fiscal de la inversión en acciones de una sociedad, no es susceptible de demérito y no es amortizable fiscalmente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HECTOR J. ROMERO DIAZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-27-000-2005-00012-00(15311)F

Actor: CARLOS ARMANDO PARRA GÓMEZ

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

FALLO

En ejercicio de la acción del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, CARLOS ARMANDO PARRA GÓMEZ pidió la nulidad del concepto 091432 de 30 de diciembre de 2004, expedido por la DIAN.

En proceso acumulado 15662, el mismo actor pidió la nulidad del concepto de la DIAN 023795 de 27 de abril de 2005. Y, en otro proceso acumulado (expediente 16252), JAVIER HERNANDO MUÑOZ SEGOVIA solicitó la nulidad de los dos conceptos ya citados.

En virtud del concepto 91432 de 2004, la DIAN sostuvo que el valor de la inversión en acciones de una compañía en funcionamiento, incluido el valor del crédito mercantil, no es amortizable en los términos de los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario. Y, en el concepto 23795 de 27 de abril de 2005, precisó que el crédito mercantil adquirido no es amortizable conforme a los preceptos en mención.

LAS DEMANDAS

EXPEDIENTE 15311

CARLOS ARMANDO PARRA GÓMEZ solicitó la nulidad del concepto 091432 de 30 de diciembre de 2004 e indicó como violados los artículos 74, 142 y 279 del Estatuto Tributario y 66 del Decreto 2649 de 1993, por las siguientes razones:

El acto acusado sólo se refiere al valor nominal de la acción, que no es intangible ni amortizable, y no tiene en cuenta otros valores, como el nominal; el intrínseco; el pagado por la adquisición de acciones; el comercial; el resultante de la valoración de la empresa; el resultante de la fusión o escisión y el crédito mercantil formado.

Además, desconoce la noción de crédito mercantil adquirido, conocido como prima de control, que es un intangible amortizable comercial y fiscalmente y que es el mayor precio (superior al intrínseco y al de bolsa), que se estima por el hecho de tener el control de una empresa, lo cual se logra por poseer más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones.

El crédito mercantil adquirido es un intangible susceptible de demérito (artículo 66 del Decreto 2649 de 1993), puesto que puede agotarse en el tiempo si, por ejemplo, no se logran los fines de control de la empresa o se realizan ventas parciales, de modo que aunque se conserve la inversión, ésta no representa más del cincuenta por ciento (50%). En consecuencia, es amortizable en los términos de los artículos 74, 142 y 143 del Estatuto Tributario.

A pesar de que el concepto tiene apartes correctos en cuanto considera como no deducibles la amortización de lo pagado en la adquisición de acciones, diferente a la prima de control y la amortización del crédito mercantil formado, resulta perjudicial para la seguridad jurídica y atenta contra las normas fiscales.

Por auto de 12 de mayo de 2005 la Sala negó la suspensión provisional de los efectos del concepto acusado.

EXPEDIENTE 15662

CARLOS ARMANDO PARRA GÓMEZ pidió la nulidad del concepto 023795 de 27 de abril de 2005 por violación de los artículos 98 y 99 del Código de Comercio y 107 y 142 del Estatuto Tributario. Las razones de violación se sintetizan de la siguiente manera:

El crédito mercantil adquirido guarda relación directa con la actividad de la sociedad, puesto que existe relación entre ésta y la obtención del control, lo que se ve reflejado, en general, en el poder de decisión.

La adquisición de acciones y el crédito mercantil son inversiones necesarias en una empresa, porque la inversión en sociedades es una forma de hacer productivo el dinero y desarrollar el objeto social de las mismas. También es necesario el control sobre la sociedad, dado que genera beneficios adicionales

para el inversionista, como la dirección de la empresa e incluso el poder de decisión sobre la distribución y disposición de utilidades.

A su vez, el crédito mercantil adquirido es proporcional al beneficio que genera, puesto que en la medida en que haya mayor participación, existe mayor injerencia en la dirección de la sociedad y en sus órganos de administración, lo cual tiene efectos económicos de acuerdo con el desarrollo de la empresa.

Aun cuando la participación en una sociedad no es susceptible de deterioro, si ésta es mayoritaria y controlante, puede variar de acuerdo con las circunstancias económicas y sociales que rodean la sociedad. En casos como una capitalización, la venta parcial de la participación y la subordinación contractual, la situación de control del inversionista puede desaparecer.

Por auto de 8 de septiembre de 2005 la Sala negó la suspensión provisional de los efectos de la norma demandada.

EXPEDIENTE 16252

JAVIER HERNANDO MUÑOZ SEGOVIA solicitó la nulidad de los conceptos 91432 de 2004 y 23795 de 2005 por violación de los artículos 66 del Decreto 2649 de 1993; 25 del Decreto 2650 de 1993 y los numerales 15 a 21 de las Circulares 06 y 011 de 2005 de las Superintendencias de Sociedades y de Valores (hoy Financiera). Los motivos de la violación se sintetizan así:

De las normas contables citadas se desprende que cuando se adquieren activos que impliquen la compra de un ente económico, deben distinguirse los activos propiamente dichos y el intangible por el que se paga un valor adicional al que corresponde a los primeros. Los dos bienes deben registrarse en forma separada.

El adquirente de las acciones debe discriminar lo que corresponde al crédito mercantil, puesto que no forma parte del justo precio de las acciones, sino que constituye un pago que anticipa beneficios económicos futuros (oficio 100-49456 de 21 de agosto de 2002 de la Superintendencia de Sociedades). Lo invertido en la adquisición del crédito mercantil es amortizable (artículos 66 del Decreto 2649 y 15 del Decreto 2650, al igual que las circulares de las dos Superintendencias).

El concepto 91432 de 2004 es nulo porque no tiene en cuenta la noción de crédito mercantil, dado que prevé que el pago en la adquisición de acciones que excede el valor nominal no constituye un bien distinto a las acciones y no es un intangible.

Aunque el error interpretativo fue corregido en el concepto 23795, en dicho acto concluyó la DIAN que el tratamiento es exclusivamente contable y no tiene efectos en el impuesto sobre la renta.

Dado que las normas tributarias no definen las clases de intangibles que un contribuyente puede adquirir, debe acogerse la técnica contable. Y, como contablemente el crédito mercantil es un intangible, fiscalmente debe declararse como activo susceptible de amortización contable en un período no mayor a veinte años y fiscalmente no inferior a cinco.

Conforme al artículo 142 del Estatuto Tributario, el crédito mercantil es amortizable; sin embargo, la DIAN interpretó erróneamente el precepto en mención, dado que ubicó el crédito mercantil como inversión y le negó la deducción por no cumplir los requisitos que la norma prevé para las inversiones.

Si se acepta que el mayor valor pagado sobre el precio normal de las acciones hace parte del costo de éstas, o que puede ubicarse como inversión, no puede negarse de plano la deducibilidad de la amortización, porque debe analizarse en cada caso la necesidad y su relación con los fines del negocio, como lo señala el inciso 2 del artículo 142 del Estatuto Tributario.

El crédito mercantil está expuesto a sufrir demérito por la desaparición o modificación de los hechos que le dieron origen, puesto que es un activo que se origina por el reconocimiento de atributos especiales, como el buen nombre, personal idóneo, reputación del crédito privilegiado, hechos que pueden modificarse. Además, el artículo 142 del Estatuto Tributario dispone que el intangible sea susceptible de demérito, no que efectivamente se demerite, porque si así fuera, la norma reconocería como deducción, el valor en que el bien se hubiera demeritado.

A su vez, la exigencia de que el demérito ocurra por el paso del tiempo no tiene fundamento legal, no sólo porque la disposición en comentario no lo previó así, sino porque en los intangibles el solo paso del tiempo no tiene efecto alguno. Con la exigencia de la DIAN es imposible acceder a la deducción por amortización, dado que en la práctica no existen intangibles que se demeriten sólo por el paso del tiempo.

CONTESTACIONES DE LAS DEMANDAS

LA DIAN expuso en defensa de la legalidad de los actos acusados, lo que sigue:

EXPEDIENTE 15311

El concepto 91432 de 2004 hizo afirmaciones respecto a la definición y origen del crédito mercantil en las cuales el actor basa su demanda. No obstante, el acto fue aclarado mediante concepto 23795 de 2005, antes de que la demanda se admitiera, por lo que, por sustracción de materia, carece de fundamento la acción instaurada.

En el concepto 23795 de 2005 se define con claridad el crédito mercantil y precisa por qué en la adquisición de acciones, el crédito mercantil adquirido es costo fiscal y las razones para su no amortización en los términos de los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario.

Cuando el concepto 091432 de 2004 y su complementario 023795 de 2005 precisan que el crédito mercantil adquirido debe registrarse en la cuenta de intangibles, lo hace sólo para efectos contables. El contexto fiscal es totalmente distinto, dado que se aplica el artículo 142 del Estatuto Tributario, conforme al cual el crédito mercantil adquirido no puede amortizarse, puesto que no es una inversión necesaria para los fines del negocio y no es un intangible susceptible de demérito.

No es cierto que para establecer el valor del crédito mercantil, el concepto ignore valores distintos al nominal, porque el concepto aclaratorio reconoce que el crédito mercantil adquirido es el valor pagado por encima del valor intrínseco.

De todos modos, dicho aspecto no es el definitivo, puesto que el punto central es si se cumplen o no los requisitos de la norma tributaria, los cuales, según el concepto 23795 son precisamente los que no se cumplen en relación con el crédito mercantil.

El hecho de que el crédito mercantil surja del pago de sumas adicionales (primas) para adquirir el control de una empresa, corrobora que el crédito mercantil adquirido no es amortizable, porque no tiene relación de causalidad con la renta del inversionista, como lo precisa el concepto aclaratorio.

No tiene asidero la afirmación de que el crédito mercantil es agotable y, por tanto, susceptible de demérito, dado que la realidad demuestra que tiende a perdurar en el tiempo e inclusive a fortalecerse. El artículo 136 del Decreto 2649 de 1993 señala que en caso de contradicción entre la norma fiscal y la contable, prevalece la primera.

EXPEDIENTE 15662

La amortización de la deducción originada en el mayor valor pagado por concepto de crédito mercantil sólo tiene efectos en materia contable, pues, no se cumplen los requisitos generales para la procedencia de las deducciones y no se trata de un intangible susceptible de demérito, como lo exige el artículo 142 del Estatuto Tributario.

El crédito mercantil no es necesario en la producción de la renta, porque el tratamiento fiscal y la aplicación de la tarifa es la misma sobre cualquier suma. La ley tributaria no tiene en consideración aspectos subjetivos como los planteados por el demandante acerca de la conveniencia de obtener el control económico de una empresa.

No existe violación del artículo 279 del Estatuto Tributario, porque el mayor valor pagado en la adquisición no es independiente de los activos representados en acciones o aportes.

El hecho de que contablemente se permita la amortización de inversiones, no significa que tributariamente sea igual, puesto que según el artículo 136 del Decreto 2649 de 1993, las normas tributarias priman sobre las contables.

EXPEDIENTE 16252

LA DIAN reiteró, en esencia, los argumentos de la contestación del expediente 15311.

INTERVENCIÓN DE LOS COADYUVANTES

JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA solicitó la nulidad de los conceptos 91432 de 2004 y 23795 de 2005, por las razones que se resumen de la siguiente manera:

Según el artículo 142 del Estatuto Tributario, la técnica contable es un elemento esencial para calificar la inversión amortizable. Y, de conformidad con las normas contables vigentes (artículo 66 del Decreto 2649 de 1993, el Plan Único de Cuentas PUC y la Circular Externa 100 de 1995 de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), existen activos intangibles que son susceptibles de ser amortizados de acuerdo con las normas del derecho tributario.

La causa del sobreprecio de las acciones puede corresponder a un intangible que en el artículo 142 del Estatuto Tributario se llama inversión amortizable, la cual debe ser reconocida y registrada en la cuenta contable 1605. En el caso de las entidades financieras, el mayor valor pagado por las acciones o derechos debe registrarse como crédito mercantil en el código 192080 para ser amortizado.

En el concepto 23795 de 2005 la DIAN desconoce que el inversionista puede obtener beneficios como consecuencia del control sobre la compañía, puesto que al influir en la forma de ejercer las actividades, puede mejorar los rendimientos del conjunto de sus empresas, mediante mejoras económicas en la producción, administración y ventas.

También desconoce la Administración que el crédito mercantil es susceptible de demérito, puesto que la amortización desde el punto de vista contable, obedece a la necesidad de no mantener en los activos de una compañía,

bienes que puedan perder su valor como consecuencia del desarrollo normal de los negocios.

NIDIA PATRICIA NARVÁEZ GÓMEZ solicitó la nulidad de los conceptos 091432 de 2004 y 023795 de 2005 por los siguientes motivos:

En el caso del crédito mercantil se cumplen los presupuestos del artículo 142 del Estatuto Tributario, puesto que según el artículo 66 del Decreto 2649 de 1993 y el Decreto 2650 del mismo año (Plan Único de Cuentas), es un activo intangible necesario para la generación del ingreso y susceptible de amortización.

Un elemento esencial para que se reconozca el crédito mercantil y se le dé el tratamiento del artículo 142 del Estatuto Tributario, es el hecho de que como consecuencia de la inversión se adquiera el control del ente económico (Circular Conjunta 006 de 2005 Superintendencias de Sociedades y de Valores y Circular Básica 100 de 1995, actualizada mediante Circular Externa 34 de 2006).

Para efectos del artículo 142 del Estatuto Tributario, la inversión realizada debe tener una relación directa con el negocio o actividad del inversionista. La generalidad de las operaciones que generan crédito mercantil se realizan para los fines de los negocios, se desarrollan dentro de los objetos sociales de compañías y cuentan, en la mayoría de los casos, con la aprobación previa de los organismos de control.

Según la técnica contable y lo previsto en los artículos 74 y 279 del Estatuto Tributario, en materia tributaria se reconocen los efectos contables de la amortización en inversiones realizadas en intangibles, como el crédito mercantil.

El concepto 091342 de 2004 incurre en imprecisiones y errores, puesto que fundamenta su tesis de que la inversión en acciones no representa un gasto necesario para los fines del negocio ni es un activo susceptible de demérito, en el artículo 61 del Decreto 2649 de 1993, a pesar de que la norma contable que regula el crédito mercantil es el artículo 66 ibídem.

A pesar de que el concepto en mención no desconoce el carácter de intangible del crédito mercantil, no tiene en cuenta que al efectuar la inversión que

da origen a éste, se adquieren dos tipos de activos, las acciones y el intangible (crédito mercantil), los cuales deben registrarse separadamente.

Por su parte, el concepto 23795 de 2005 señala erróneamente que el tratamiento como intangible del crédito mercantil es sólo para efectos contables, pues, precisamente, el artículo 142 del Estatuto Tributario determina la procedencia de la deducción a que se ajuste a la técnica contable.

A su vez, el concepto sostiene, sin ningún análisis, que en este caso no procede la deducción por amortización de inversiones, dado que no se cumple el requisito de necesidad y las inversiones no son susceptibles de demérito. Sin embargo, las inversiones representadas en el crédito mercantil sí cumplen los requisitos del artículo 142 del Estatuto Tributario para ser amortizables.

Y, de manera errónea, afirma el citado acto que el crédito mercantil que se paga por el control de un ente económico, no guarda relación de causalidad con la renta del inversionista, pues éste ha pagado un precio por los ingresos que espera recibir al concretarse los beneficios que fueron considerados en la operación de compra del ente económico. Por lo tanto, en la medida en que se realizan los ingresos sobre los cuales ya se pagó un precio, se va generando la amortización del intangible adquirido, mediante la utilización de los métodos de reconocido valor técnico establecidos en la ley.

JUAN PAULO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ pidió la nulidad del concepto 23795 de 2005 por similares razones a las expuestas en la demanda contra el mismo acto y agregó:

El crédito mercantil no se calcula según el pago en exceso sobre el valor nominal de las acciones, como lo dice la DIAN, sino sobre la diferencia con el valor comercial o intrínseco de las mismas. Si se determinara como lo sostiene la Administración, la diferencia no sería intangible sino inversión.

El crédito mercantil sí es objeto de demérito, dado que puede agotarse en el tiempo, bien porque no se logren los fines de control de la empresa, ya porque se realicen ventas parciales, de manera que aunque se conserve la inversión, ésta no represente más del 50%. En consecuencia, el crédito mercantil adquirido puede

demeritarse y como es un intangible, puede amortizarse de acuerdo con el artículo 142 [3] del Estatuto Tributario.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

EXPEDIENTE 15662

El actor reiteró los argumentos de la demanda y la DIAN los de la contestación.

El Ministerio Público pidió no anular el concepto 23795 de 2005, por los siguientes motivos:

Conforme al artículo 66 del Decreto 2649 de 1993, el Plan Único de Cuentas para Comerciantes y las Circulares Conjuntas 007 y 004 de 30 de mayo de 1997, el crédito mercantil adquirido es tratado contablemente como un intangible que debe escindirse del valor total de la inversión en acciones, cuotas o partes de interés, para ser luego amortizado en un plazo que no exceda de diez años.

Sin embargo, no es una inversión necesaria, dado que no es indispensable para la generación de la renta y no guarda relación de causalidad con la renta del inversionista. Tampoco es proporcional, puesto que la inversión en las acciones es muy superior al beneficio obtenido y el control sobre la sociedad no es susceptible de ser valorado monetariamente para ser traducido en renta.

El crédito mercantil tampoco es un activo susceptible de demérito, pues, su valor no se reduce con el paso del tiempo, por lo cual no resulta factible su amortización tributaria (artículo 142 del Estatuto Tributario).

EXPEDIENTE 15311

El actor insistió en los planteamientos de la demanda.

JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA y NIDIA PATRICIA NARVÁEZ GÓMEZ reiteraron sus escritos de coadyuvancia.

La DIAN insistió en los argumentos de la contestación y añadió:

Según las normas fiscales que regulan el costo de activos fijos, es impropio descomponer el valor pagado en la compra de acciones con base en las normas contables que no son aplicables en materia fiscal.

La inversión en acciones no es amortizable en los términos del artículo 142 del Estatuto Tributario, puesto que las acciones son bienes corporales muebles, no intangibles. No es posible considerar que dentro del sobre costo del valor de las acciones se pueda aceptar fiscalmente la exigencia de un intangible incorporado a las mismas, dado que no se cumplen los requisitos de la medición y separación, lo que corrobora que toda prima de control debe llevarse al costo de adquisición de las acciones (artículo 69 del Estatuto Tributario).

El reconocimiento a los inversionistas controlantes de parte del costo de las acciones como intangible independiente y susceptible de amortización, propicia desigualdades y genera subvenciones a las matrices sin que exista certeza de la materialización de futuros ingresos, y, por lo tanto, de una mayor base para tributar.

El intento de regular el crédito mercantil como intangible susceptible de demérito, quedó frustrado al no aprobarse la proposición para modificar el artículo 142 del Estatuto Tributario.

El fin último de las acciones instauradas contra los conceptos acusados y de la intervención de los terceros, es sólo dar prevalencia a lo contable sobre lo fiscal para favorecer intereses particulares, puesto que de anularse los actos acusados las futuras transacciones de concentración de grupos empresariales tendrían como estímulo adicional el subsidio fiscal que por la vía de la deducción de parte del costo accionario pueda llegarse a reconocer, con lo que se fomenta la concentración del poder sobre las sociedades.

El Ministerio Público, solicitó anular el concepto 91432 de 2004 y aunque en el expediente 15662 pidió negar las pretensiones de la demanda, en este proceso replanteó su argumentación, así:

El artículo 142 del Estatuto Tributario tiene por objeto permitir la deducción de la amortización de inversiones que cumplan las condiciones de contabilización, necesidad y demérito, tanto de tangibles como de intangibles.

El tratamiento de intangibles no es sólo para efectos contables, pues, la norma en mención también permite la deducción por amortización de intangibles.

Si bien una negociación de acciones no reviste necesidad para una empresa que no esté dedicada a invertir en acciones, pues, constituye un hecho económico aislado que no es susceptible de deducción por amortización, si la inversión en acciones constituye una actividad, la necesidad del crédito mercantil se ve justificada en la incidencia que puedan tener los atributos que lo componen (v gr, buen nombre o personal idóneo), pues, éstos pueden resultar determinantes para la producción de la renta, por lo cual el crédito mercantil resulta ser un desembolso necesario.

Al no permitir la amortización del intangible y negar que la inversión en acciones y el crédito mercantil pueden separarse, el concepto 91432 de 2004 viola el artículo 66 del Decreto 2649 de 1993.

De otra parte, el crédito mercantil es susceptible de demérito, dado que los atributos que motivaron la inversión pueden modificarse con el tiempo.

EXPEDIENTE 16252

El actor insistió en los argumentos de la demanda y agregó:

La amortización del crédito mercantil no constituye un beneficio para los grupos económicos, sino la simple aplicación de la ley, que es general, y se aplica a todos los que se encuentren en las mismas condiciones. Además, dicha amortización no tiene por objeto disminuir la renta sino proteger el patrimonio del contribuyente.

LA DIAN reiteró los alegatos del expediente 15311 y añadió:

Mientras el demandante en los procesos 15311 y 15662 sostiene que fiscalmente se debe reconocer como deducción, la amortización correspondiente al sobreprecio que se paga por adquirir el control de la empresa, los coadyuvantes afirman que se debe deducir la amortización equivalente a la totalidad de la diferencia entre el valor en libros y el precio de adquisición, lo cual sólo tiene por

objeto favorecer los intereses de las entidades financieras, quienes con la excusa de solicitar una prima de control, pretenden una financiación estatal en la compra de un ente económico.

No existe uniformidad en los organismos de control frente al tratamiento del crédito mercantil, lo que corrobora que no puede aceptarse la remisión a las normas contables.

Además, de anularse los actos acusados, se otorgarían ventajas a quienes actuaron al margen de la ley tributaria y se generaría una subvaloración patrimonial de las empresas.

El Ministerio Público solicitó anular los actos acusados con base en los argumentos expuestos en el expediente 15311.

AUDIENCIA PÚBLICA

Se celebró el 24 de abril de 2008 y en ella los intervinientes se pronunciaron de la siguiente manera:

CARLOS ARMANDO PARRA GÓMEZ hizo un resumen de lo actuado en los tres procesos acumulados e insistió en los planteamientos de las demandas contra los conceptos 091432 de 2004 y 023795 de 2005 y en lo expuesto en los alegatos de conclusión.

JAVIER HERNANDO MUÑOZ SEGOVIA también reiteró lo expuesto en sus intervenciones a lo largo del proceso.

NIDIA PATRICIA NARVÁEZ GÓMEZ y JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA insistieron en los argumentos en contra de los actos acusados.

LA DIAN solicitó revisar los alegatos de conclusión en los cuales, a su juicio, se hacen importantes precisiones para definir la legalidad de los conceptos acusados.

El Ministerio Público reiteró que aun cuando en el proceso 15662 solicitó negar las pretensiones de la demanda, al reestudiar el asunto, y en aras de

defender el orden jurídico, en los restantes procesos pidió anular los actos acusados. En consecuencia, reiteró lo expuesto en los alegatos en los expedientes 15311 y 16252 y agregó que corresponde a la Administración determinar, en cada caso, si la deducción por amortización del crédito mercantil es procedente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Decide la Sala sobre la legalidad del concepto DIAN 091432 de 30 de diciembre de 2004, conforme al cual el valor de la inversión en acciones de una compañía en funcionamiento, incluido el valor del crédito mercantil, no es amortizable en los términos de los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario; y, el concepto DIAN 23795 de 27 de abril de 2005, en virtud del cual se aclaró el 091432 y se precisó que el crédito mercantil adquirido no es amortizable fiscalmente.

A pesar de que el concepto 091432 de 30 de diciembre de 2004 fue modificado por el 23795 de 27 de abril de 2005, y, por ende, al momento de solicitarse la nulidad del último (3 de agosto de 2005), parte del primer acto había dejado de regir, la Sala analizará legalidad de todo el concepto aclarado, pues, el mismo pudo haber producido efectos durante el lapso en que estuvo vigente en su integridad.

Lo anterior obedece al criterio mayoritario tanto de la Sala Plena Contenciosa¹ como de esta Sección², conforme al cual basta que un acto administrativo general haya tenido vigencia para que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se pronuncie sobre su nulidad, pues, durante el lapso en que rigió, pudieron producirse situaciones jurídicas particulares que ameritan reparación del daño y la restauración del derecho que eventualmente se haya afectado. Y, porque mientras tal pronunciamiento no se produzca, la norma, aunque haya sido derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la

¹ Sentencia de 14 de enero de 1991, expediente S-157 C.P doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, reiterada en sentencias de Sala Plena de 6 de marzo de 1991, expediente No. S - 148, C.P doctor Jaime Abella Zárate, y de 23 de julio de 1996, expediente S-612, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa, entre otras.

² Entre otras sentencias, ver la de 5 de mayo de 2003, expediente 13080, C.P, doctora María Inés Ortiz Barbosa y la de 9 de noviembre de 2006, expediente 14711, C.P. Héctor J. Romero Díaz.

ampara, alcanzando los efectos a aquellos actos de contenido particular que fueron expedidos durante su vigencia.

Como no existe sustracción de materia respecto del concepto 091342 de 2004, como lo planteó la DIAN, se analizará si éste y el concepto 23795 de 27 de abril de 2005 se ajustan a derecho.

1. Concepto 091342 de 2004

El acto acusado fue expedido en respuesta a la consulta formulada por un particular, acerca de si es posible amortizar **el crédito mercantil adquirido** en los términos de los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario (folios 107 a 111 exp. 15311).

El concepto precisó que el valor de la inversión en acciones de una compañía en funcionamiento, incluido el crédito mercantil, no es amortizable fiscalmente, esto es, conforme a los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario).

Los demandantes solicitaron la nulidad del acto sólo en cuanto niega la amortización del crédito mercantil, por lo que a dicho aspecto se limita la Sala. Cabe anotar que aunque el concepto 91432 no se refiere expresamente al **crédito mercantil adquirido** sino al crédito mercantil en general, debe entenderse que versa sobre aquél.

Lo anterior, por cuanto, de una parte, el objeto de la consulta fue **la amortización del crédito mercantil adquirido** en la compra de un negocio en marcha, y, de otra, la demandada se refirió a la situación en que el inversionista adquiere el crédito mercantil de una compañía en funcionamiento, o lo que es lo mismo, al crédito mercantil adquirido, que es el comprado a una empresa ya en marcha (tercero), quien forjó y desarrolló el buen nombre y el prestigio de la misma³.

³ Además del crédito mercantil adquirido, existe el crédito mercantil formado (artículo 15 del Decreto 2650 de 1993), que es aquél que la empresa ha forjado con el transcurso de los años, el cual es difícil de calcular, dado que no se ha invertido dinero en forma directa para su formación. Como el crédito mercantil formado no ha sido comprado, no implica la salida de dinero; además, se contabiliza en la cuenta 16 (intangibles) y su contrapartida no es ni un activo ni un pasivo, pues, se registra en la cuenta del patrimonio 3215 y no es objeto de amortización.

Pues bien, el artículo 142 del Estatuto Tributario, relativo a la deducción por amortización de inversiones, señala:

“Son deducibles, en la proporción que se indica en el artículo siguiente, las inversiones necesarias realizadas para los fines del negocio o actividad, si no lo fueren de acuerdo con otros artículos de este capítulo y distintas de las inversiones en terrenos.

Se entiende por inversiones necesarias amortizables por este sistema, los desembolsos efectuados o causados para los fines del negocio o actividad susceptibles de demérito y que, de acuerdo con la técnica contable, deban registrarse como activos, para su amortización en más de un año o período gravable; o tratarse como diferidos, ya fueren gastos preliminares de instalación u organización o de desarrollo; o costos de adquisición o explotación de minas y de exploración y explotación de yacimientos petrolíferos o de gas y otros productos naturales. También es amortizable el costo de los intangibles susceptibles de demérito.

PAR.—Derogado. L. 1111/2006, art. 78⁴.”

La amortización es el equivalente monetario del desgaste sufrido en un período por un bien de producción no susceptible de ser depreciado y consiste en distribuir el costo del activo intangible, anticipado o diferido, durante su vida útil o durante cualquier otro período de tiempo, fijado con base en criterios válidos⁵.

Según el artículo 142 del Estatuto Tributario, son deducibles las inversiones necesarias realizadas para los fines del negocio o la actividad. Y, son inversiones necesarias amortizables para los fines en mención, los desembolsos efectuados o causados que sean susceptibles de demérito y que según **la técnica contable**, constituyan:

- a) Partidas que deban ser registradas como activos para su amortización en más de un año o período gravable.
- b) Partidas que deban registrarse como diferidos.
- c) Activos intangibles susceptibles de demérito.**

Las inversiones a que se refiere el artículo 142 del Estatuto Tributario pueden amortizarse en un período no inferior a cinco (5) años, salvo que se demuestre que por la naturaleza o duración del negocio, la amortización debe

⁴ El párrafo derogado señalaba que a partir del año gravable 1992, los contribuyentes a quienes se aplicaba lo dispuesto en el título V del libro I del estatuto tributario, debían sujetarse adicionalmente a las normas allí previstas, en materia de ajuste a los activos amortizables.

⁵ *Diccionario Técnico Tributario*. Teresa Briceño de Valencia y Ramón Vergara Lacombe. Bogotá, Centro Interamericano Jurídico Financiero CIJUF 2002; pág 57.

hacerse en un plazo inferior (*artículo 143 ibídem*). Como, por regla general, el período mínimo de amortización es de cinco (5) años, la misma puede efectuarse, también, en un plazo superior⁶.

Para determinar cuáles son las inversiones amortizables, la ley tributaria expresamente permite la aplicación de la técnica y de las disposiciones contables, por lo que no es cierto que, en esta materia, unos son los efectos tributarios y otros los contables.

En consecuencia, son inversiones amortizables las que de acuerdo con la técnica contable deban registrarse como activos amortizables, diferidos o intangibles y que no tienen regulación especial dentro del Estatuto (*artículo 142 ib*), por lo que no se incluyen los activos depreciables ni los inventarios⁷.

De manera coherente, los artículos 65, 66 y 67 del Decreto 2649 de 1993 *"por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia"*, regulan, en su orden, los activos agotables, intangibles y diferidos, que corresponden a la clasificación de inversiones amortizables en materia tributaria.

El artículo 66 del Decreto 2649 define así los activos intangibles:

“Art. 66. Activos intangibles. Son activos intangibles los recursos obtenidos por un ente económico que, careciendo de naturaleza material, implican un derecho o privilegio oponible a terceros, distinto de los derivados de los otros activos, de cuyo ejercicio o explotación pueden obtenerse beneficios económicos en varios períodos determinables, tales como patentes, marcas, derechos de autor, **crédito mercantil**, franquicias, así como los derechos derivados de bienes entregados en fiducia mercantil.

El valor histórico de estos activos debe corresponder al monto de las erogaciones claramente identificables en que efectivamente se incurra o se deba incurrir para **adquirirlos**, formarlos o usarlos, el cual, cuando sea el caso, se debe reexpresar como consecuencia de la inflación.

[...]"

Cabe anotar que el precepto transcrito hace parte de las normas técnicas específicas del Decreto 2649 de 1993, por lo que es una norma de aplicación subsidiaria respecto de las disposiciones contables especiales que dicten autoridades distintas del Presidente de la República para regular la contabilidad de

⁶ *El Impuesto de Renta en Colombia. Parte General. Actualizado reforma tributaria Ley 1111 de 2006.* Jesús Orlando Corredor Alejo. Bogotá, Centro Interamericano Jurídico Financiero CIJUF. 2007; pág 413.

⁷ *Ibídem*, págs 412 y 413.

ciertos entes (artículo 137 del Decreto 2649 de 1993, sustituido por el artículo 5 del Decreto 2337 de 1995).

Por su parte, el Decreto 2650 de 1993, *“por el cual se modifica el Plan Único de Cuentas para los comerciantes”*, describe los activos intangibles en los siguientes términos:

“Comprende el conjunto de bienes inmateriales, representados en derechos, privilegios o ventajas de competencia que son valiosos porque contribuyen a un aumento en ingresos o utilidades por medio de su empleo en el ente económico; estos derechos se compran o se desarrollan en el curso normal de los negocios.

Dentro de este grupo se incluyen conceptos tales como: crédito mercantil, marcas, patentes, concesiones y franquicias, derechos, know how y licencias. Por regla general, son objeto de amortización gradual durante la vida útil estimada.

Los activos intangibles adquiridos deben ser ajustados por inflación conforme a las disposiciones legales vigentes.”

El artículo 14 del Decreto 2650 de 1993 ubica en la cuenta 1605 el activo intangible denominado “crédito mercantil”; en la subcuenta 160505, el crédito mercantil formado o estimado, y en la subcuenta 160510, el crédito mercantil adquirido o comprado.

A su vez, al describir la cuenta “crédito mercantil”, el artículo 15 del citado precepto señala:

CLASE	GRUPO	CUENTA
1. ACTIVO MERCANTIL	16 INTANGIBLES	CRÉDITO

DESCRIPCIÓN

Registra el valor adicional pagado en la compra de un ente económico activo, sobre el valor en libros o sobre el valor calculado o convenido de todos los activos netos comprados, por reconocimiento de atributos especiales tales como el buen nombre, personal idóneo, reputación de crédito privilegiado, prestigio por vender mejores productos y servicios y localización favorable.

También registra el crédito mercantil formado por el ente económico mediante la estimación de las futuras ganancias en exceso de lo normal, así como de la valorización anticipada de la potencialidad del negocio.”

El artículo 279 del Estatuto Tributario dispone que el valor patrimonial de los bienes incorporales, dentro de los cuales se encuentra el crédito mercantil, se establece por su costo de adquisición demostrado, menos las amortizaciones concedidas y la solicitada por el año o período gravable. Este valor difiere del

valor patrimonial de las acciones, aportes y demás derechos en sociedades (artículo 272 *ibídem*)⁸.

El artículo 74 *ibídem*, relativo al costo de los bienes incorporeales, señala **que el valor de los intangibles adquiridos a cualquier título**, como el good will, se estima por su costo de adquisición demostrado, menos las amortizaciones concedidas y la solicitada por el año o período gravable.

Por su parte, la Circular Conjunta 04 de 1997 de la Superintendencia de Sociedades y 07 del mismo año de la de Valores (hoy Financiera), **dirigida a los representantes legales y revisores fiscales de entidades sometidas a inspección, vigilancia y control de las Superintendencias de Valores o de Sociedades**, por la cual dichas Superintendencias impartieron instrucciones para efectos de la determinación, contabilización y amortización del crédito mercantil adquirido en la compra de inversiones en subordinadas, precisó qué debe entenderse por crédito mercantil adquirido (folio 112 exp 15311):

“Se conoce como **“crédito mercantil adquirido”**, el monto adicional pagado sobre el valor en libros en la compra de acciones o cuotas partes de interés social de un ente económico activo, si el inversionista tiene o adquiere el control sobre el mismo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, modificados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995”⁹.

⁸ **Artículo 272 del Estatuto Tributario. Modificado. L. 223/95, art. 108. Valor de las acciones, aportes, y demás derechos en sociedades.** Las acciones y derechos sociales en cualquier clase de sociedades o entidades deben ser declarados por su costo fiscal, *(ajustado por inflación cuando haya lugar a ello)*.

Para los contribuyentes obligados a utilizar sistemas especiales de valoración de inversiones, de acuerdo con las disposiciones expedidas al respecto por las entidades de control, el valor patrimonial será el que resulte de la aplicación de tales mecanismos de valoración. *(Este mismo valor constituirá la base para aplicar los ajustes por inflación)*.

* El artículo 78 de la Ley 1111 del 27 de diciembre de 2006 derogó la referencia que sobre el efecto del sistema de ajustes por inflación hace el artículo 272 del estatuto tributario, para armonizarlo con la eliminación de este sistema integral por mandato de la citada Ley.

⁹ **ART. 260.—Modificado. L. 222/95, art. 26. Subordinación.** Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria

ART 261. .—**Modificado. L. 222/95, art.27. Presunciones de subordinación.** Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.
2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.
3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

En Oficio 100-49456 de 21 de agosto de 1998 de la Superintendencia de Sociedades, en el cual se negó la modificación de la Circular Conjunta 04 de 1997 de la Superintendencia de Sociedades y 007 de 1997 de la Superintendencia de Valores (hoy Financiera), se insistió en que el crédito mercantil adquirido es un bien incorporal o intangible (folio 114 exp. 15311):

"[...]De acuerdo a lo manifestado en el Oficio 125-45863 de 4 de agosto del año en curso, relacionado con su solicitud de modificar la Circular Conjunta 007 y 004 del 30 de mayo de 1997, de las Superintendencias de Valores y de Sociedades, relacionadas con el crédito mercantil adquirido "... en el sentido de descartar su naturaleza de bien incorporal o intangible y, en su lugar reconocer expresamente que tiene la condición de simple gasto, y no de "bien", que, por su incidencia en varios años, debe diferirse para su amortización en más de un período o ejercicio financiero", este Despacho le manifiesta:

[...]

La normatividad antes referida [definición de intangibles del Decreto 2650 de 1993, artículo 66 del Decreto 2649 de 1993 y Norma Internacional de Contabilidad 22] permite concluir que:

[...]

- El intangible crédito mercantil adquirido, reviste una característica especial, que lo diferencia de otros intangibles tales como marcas, patentes, derechos de autor, franquicias, toda vez que su origen por corresponder al mayor valor pagado sobre el valor en libros de las acciones o cuotas partes de interés adquiridos para obtener el control por la inversión, hace parte integrante de la negociación, independientemente de que el valor total pagado quede reconocido dentro de la contabilidad en forma separada, esto es, parte como inversión y parte como intangible CRÉDITO MERCANTIL ADQUIRIDO.

- Los intangibles antes mencionados (marcas, patentes, derechos de autor, franquicias) por sí solos representan un derecho que puede ser negociado por el ente económico; en tanto que el crédito mercantil adquirido, por encontrarse estrechamente relacionado con la inversión que le dio origen, es inseparable de la entidad de negocio mientras se posea la inversión.

Por todo lo anterior y **teniendo en cuenta que el crédito mercantil adquirido corresponde a un activo intangible**, conforme a la normatividad contable nacional como internacional que se aplica en nuestro país, no resulta posible modificar la Circular Conjunta 007 y 004 del 30 de mayo de 1997 de las Superintendencias de Valores y de Sociedades."

A su vez, la Circular Conjunta 006 de 2005 de la Superintendencia de Sociedades y 011 de 2005 de la de Valores (hoy Financiera), que derogó la

PAR. 1º—Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

PAR. 2º—Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el párrafo anterior.

Circular Conjunta 007 y 004 de 1997, en relación con la contabilización del intangible y su amortización, precisó:

"[...]

Asunto: Método de Participación Patrimonial y Crédito Mercantil Adquirido.

Con el fin de lograr que la información suministrada por las entidades supervisadas al público en general cumpla con los objetivos básicos establecidos en los artículos 3 y 4 del Decreto 2649 de 1993, estas Superintendencias imparten las siguientes instrucciones, en uso de las facultades conferidas por la ley.

[...]

CAPÍTULO II

Crédito Mercantil Adquirido

15. Alcance

Para efectos de la presente circular el "crédito mercantil adquirido", **corresponde al monto adicional pagado sobre el valor en libros en la adquisición de acciones o cuotas partes de interés social de un ente económico activo, si el inversionista tiene o adquiere el control sobre el mismo**, de acuerdo con los presupuestos establecidos en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, modificados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

[...]

17. Reconocimiento

Los entes matrices o controlantes deben reconocer el crédito mercantil adquirido, en cada subordinada, en los siguientes casos:

- a) Al momento de efectuar la inversión, siempre y cuando con ella adquiera el control del ente económico;
- b) Al momento de incrementar su participación en el capital del ente económico, si el inversionista ya tenía el control del mismo.

En el evento de efectuar varias adquisiciones en una misma sociedad durante un período contable, el inversionista deberá totalizar el crédito mercantil originado desde la fecha en que adquirió el control en las mismas, a efectos de proceder a su amortización como si el intangible hubiere sido adquirido en un solo momento. Para determinar el número de meses de amortización durante el período inicial, debe ponderarse el monto del intangible originado en cada adquisición, de acuerdo con el número de meses transcurridos entre la fecha de ocurrencia de cada uno y el cierre del ejercicio.

18. Contabilización

Al momento de efectuar el registro de la inversión, debe procederse a clasificar el monto del desembolso **en lo que corresponda al valor de la inversión y al crédito mercantil adquirido**.

El crédito mercantil adquirido, debe registrarse en la cuenta de intangibles correspondiente, de acuerdo con el Plan Único de Cuentas que sea aplicable a cada ente económico.

Para efectos de determinar la suma que debe contabilizarse como crédito mercantil, al valor pagado por cada acción o cuota parte de interés social deberá restársele el valor intrínseco de las mismas, tomado al corte del mes inmediatamente anterior a la fecha de la transacción, el cual deberá ser informado al inversionista y estar debidamente certificado por el revisor fiscal o, en su defecto, por el contador público de la respectiva sociedad, en el

evento de no estar obligada a tener revisor fiscal.

No está sujeto a reconocimiento contable, como crédito mercantil negativo, cuando el inversionista tiene o adquiere el control pagando un precio inferior al valor intrínseco, en este caso el valor de la negociación se registrará como costo, y el ajuste de la inversión al valor intrínseco, en períodos subsiguientes, reflejará este efecto, el cual debe registrarse en cuentas cruzadas de valuación. Tampoco está sujeto a reconocimiento contable el crédito mercantil formado, así esté sustentado en estudios técnicos elaborados por profesionales idóneos.

[...]"

Cabe advertir que las circulares de los organismos de inspección, vigilancia y control son de obligatorio cumplimiento para las entidades vigiladas por éstos, por lo que la norma general del artículo 66 del Decreto 2649 de 1993, que se insiste, es de aplicación subsidiaria, no rige para dichas entidades, sino para los demás comerciantes que actúen como controlantes.

En la actualidad, con fundamento en **la Circular Externa 13 de 2008 de la Superintendencia Financiera, las entidades vigiladas por dicha Superintendencia** deben tener en cuenta, entre otras, las siguientes instrucciones para la correcta contabilización del crédito mercantil y su amortización:

1. El crédito mercantil adquirido debe originarse en las inversiones de capital que de acuerdo con las normas vigentes sean permisibles y conlleven el **control** en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio (modificados L. 222/95, arts. 26 y 27). Estas inversiones de capital corresponden al exceso del costo de adquisición frente al valor del patrimonio contable de la adquirida.
2. La determinación del valor del crédito mercantil adquirido se hace en el momento en el cual la entidad obtenga efectivamente el control sobre la adquirida y/o el control de los bienes y obligaciones objeto de la operación. **Dicho valor debe ser distribuido en cada una de las líneas de negocio**, las cuales deberán ser plenamente identificadas incluso a nivel contable. Las líneas de negocios sobre las cuales se debe asociar el crédito mercantil adquirido deben estar plenamente determinadas e identificadas dentro de los activos de la entidad adquirida en el momento cero o de adquisición. Las

líneas de negocio así determinadas se valorarán a precios de mercado en dicho momento y servirán de referencia para determinar a futuro si hay o no pérdida por deterioro de valor del crédito mercantil adquirido asociado a cada una de ellas (*Circ. Externa 100/95, Superbancaria, modificada por la Circular Externa 34/2006, Superfinanciera*).

3. Cuando una entidad ya tenga el control de otra y aumente su participación adquiriéndola de un tercero ajeno a su grupo (en el entendido que válidamente registró crédito mercantil adquirido por la operación de adquisición), el crédito mercantil adquirido resultante de la nueva inversión, se debe amortizar.

4. **No habrá lugar al reconocimiento del crédito mercantil adquirido** cuando se trate de adquisiciones entre entidades controlantes y controladas o subordinadas, o entre entidades que tengan un mismo controlante o controlantes en los términos de los artículos 260 y 261 de Código de Comercio, o entre aquellas entidades que conforman un grupo empresarial de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 y siguientes de la Ley 222 de 1995.

5. El crédito mercantil adquirido debe registrarse en los rubros del PUC habilitados para el efecto y se amortizará mensualmente afectando el estado de resultados durante un plazo de veinte (20) años, a menos que voluntariamente la vigilada opte por un período de amortización inferior.

Pues bien, el crédito mercantil adquirido se conoce como **prima de control**, puesto que constituye **un pago adicional** al precio fijado para las acciones, como retribución por el control que se adquiere sobre una sociedad y que se determina por el reconocimiento de atributos especiales, como el buen nombre, personal idóneo, reputación de crédito privilegiado, prestigio por vender mejores productos y servicios y localización favorable. Tal erogación no hace parte del costo de las acciones (artículo 69 del Estatuto Tributario), sino de un intangible que como activo es distinto de las acciones que se adquieren.

Cabe anotar que las acciones son activos que se clasifican como inversiones (artículo 61 del Decreto 2649 de 1993), cuya valoración patrimonial se

hace conforme al artículo 272 del Estatuto Tributario y, el crédito mercantil adquirido si bien se origina en la adquisición de una inversión, es un activo intangible distinto de las acciones (artículo 66 del Decreto 2649 de 1993 y Circular Conjunta 006 de 2005 de la Superintendencia de Sociedades y 011 del mismo año de la Superintendencia de Valores -hoy Financiera-), que se valora patrimonialmente según las reglas del artículo 279 del Estatuto Tributario, norma que, a su vez, reconoce la amortización de los intangibles.

En síntesis, cuando se efectúa una inversión que da lugar al crédito mercantil adquirido, el inversionista adquiere un activo tangible, que es la inversión representada en las acciones, cuotas o partes de interés social, que se registran en las cuentas 1205 (acciones) o 1210 (cuotas o partes de interés social) y el crédito mercantil adquirido, que en su calidad de intangible se registra en la cuenta 1605.

Cabe precisar que de conformidad con el principio de asociación o relación de causalidad¹⁰, los costos y gastos incurridos para producir los ingresos, deben asociarse con los ingresos devengados en cada período, registrando unos y otros simultáneamente en las cuentas de resultados.

Ahora bien, según el artículo 142 del Estatuto Tributario son amortizables los intangibles susceptibles de demérito o pérdida de valor.

En el caso del crédito mercantil adquirido, el solo paso del tiempo no genera la pérdida de valor; sin embargo, **dicho activo puede sufrir demérito por la desaparición o modificación de los hechos que le dieron origen**. Ello, porque el crédito mercantil se origina en el reconocimiento de atributos especiales como el buen nombre, personal idóneo, reputación de crédito privilegiado, prestigio por vender mejores productos y servicios y localización favorable (artículo 15 del Decreto 2650 de 1993); y, puede suceder que tales circunstancias se modifiquen o desaparezcan y, por tanto, el crédito mercantil adquirido pierda valor.

Además, la técnica contable, que es el fundamento de la amortización en materia tributaria (artículo 142 del Estatuto Tributario), reconoce que los intangibles son amortizables. En efecto, el artículo 66 del Decreto 2649 de 1993, aplicable a los comerciantes, en general, dispone que *“Para reconocer la*

¹⁰ D.R. 2649/93 art.13

contribución de los intangibles a la generación del ingreso, se deben amortizar de manera sistemática durante su vida útil, la cual debe determinarse *“tomando el lapso que fuere menor entre el tiempo estimado de su explotación y la duración de su amparo legal o contractual”*. Por su parte, el Decreto 2650 de 1993, que contiene el PUC de los comerciantes, describe la cuenta de la amortización acumulada de los intangibles (1698) y precisa la dinámica de la misma.

Y, la Circular Conjunta 006 de 2005 de la Superintendencia de Sociedades y 011 de 2005 de la Superintendencia de Valores (hoy Financiera), aplicable a las entidades vigiladas por dichas entidades, en relación con la amortización, señaló que:

“19. Amortización

Con el fin de reflejar la realidad económica de la operación y su asociación directa con los resultados que espera tenerse de la inversión, **el crédito mercantil debe ser amortizado en el mismo tiempo en que, según el estudio técnico realizado para la adquisición, espera recuperarse la inversión, sin que en ningún caso dicho plazo exceda de veinte (20) años**. Para la amortización se deben utilizar métodos de reconocido valor técnico acordes a la naturaleza del intangible.

Y, los artículos 74 del Estatuto Tributario, referente al costo de los bienes incorporales; 279 ibídem, sobre el valor patrimonial de los intangibles y 143 del mismo ordenamiento¹¹, que señalan el término de amortización de las inversiones, corroboran que en materia tributaria es viable la amortización de intangibles, como el crédito mercantil adquirido. **En consecuencia, el crédito mercantil adquirido puede ser amortizable fiscalmente.**

Ahora bien, los únicos apartes que se refieren al crédito mercantil adquirido, y, que por tal razón serán analizados con base en los criterios fijados por la Sala, son la tesis jurídica y los siguientes párrafos del concepto 91432:

“TESIS JURIDICA:

¹¹ **ART. 143 del E.T., modificado por el artículo 91 de la Ley 223 de 1995. Término para la amortización de inversiones.** Las inversiones a que se refiere el artículo precedente pueden amortizarse en un término no inferior a cinco (5) años, salvo que se demuestre que, por la naturaleza o duración del negocio, la amortización debe hacerse en un plazo inferior. En el año o período gravable en que se termine el negocio o actividad, pueden hacerse los ajustes pertinentes, a fin de amortizar la totalidad de la inversión.
[...]

El valor de la inversión en acciones de una compañía en funcionamiento, incluido el valor del crédito mercantil no es amortizable en los términos de los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario.

INTERPRETACIÓN JURÍDICA

[...]

Ahora bien, si en el valor de las acciones adquiridas por el inversionista existe un componente de crédito mercantil, es decir, un monto pagado por encima de su valor nominal como reconocimiento de atributos tales como el buen nombre, la reputación de crédito privilegiado o la idoneidad del personal de la empresa, dicho crédito mercantil es parte del costo de las acciones y, como tal, está incorporado en el valor de la inversión. No es viable desligar del valor de las acciones el monto correspondiente al crédito mercantil para darle un tratamiento contable y tributario distinto al que tiene la inversión como tal. En otras palabras, la ley se refiere a las acciones como inversión y no como inversión y crédito mercantil; las normas contables no le permiten al contribuyente que adquiere acciones registrar una inversión y un intangible. De otro lado, es claro, conforme lo establece el inciso tercero del artículo 142 del Estatuto Tributario, que los únicos intangibles amortizables para efectos tributarios son los intangibles susceptibles de demérito, condición que no se cumple en el caso del crédito mercantil, ya que el mismo está asociado a una serie de cualidades o ventajas no agotables en el tiempo.

Por lo anteriormente expuesto es del caso concluir que el valor de la inversión en acciones de una compañía en funcionamiento, incluido el valor del crédito mercantil, no es amortizable en los términos de los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario, para efectos de su deducción en el impuesto sobre la renta.”

Los restantes párrafos del concepto, no serán objeto de estudio, porque en ellos se reprodujo el texto del artículo 142 del Estatuto Tributario; se analizaron los artículos 61 y 66 del Decreto 2649 de 1993; se estudió **la inversión en acciones** y se concluyó que no era amortizable, aspectos, que, se insiste, no fueron cuestionados por ninguno de los demandantes, a pesar de que solicitaron la nulidad de todo el concepto¹².

¹² Los siguientes párrafos del concepto 91432 no fueron objeto de acusación concreta:

“El artículo 142 del Estatuto Tributario dispone:

[...]

Los incisos primero y segundo de la norma se refieren expresamente a las inversiones objeto de amortización para efectos de su deducción en el impuesto sobre la renta, señalando que se trata de las inversiones necesarias realizadas para los fines del negocio, que sean susceptibles de démerito y que, de acuerdo con la técnica contable, deban registrarse como activos o tratarse como diferidos. El Decreto 2649 de 1993, que representa el marco conceptual y normativo de la contabilidad, establece, en su artículo 61, los parámetros para el registro contable de las inversiones, incluyendo como tales los títulos valores y demás documentos que, como en el caso de las acciones, tienen por objeto el control de otros entes económicos. En estas condiciones, si bien la adquisición de acciones de una compañía en funcionamiento constituye una inversión temporal o permanente que, de acuerdo con las normas de contabilidad, hace parte del activo de la empresa, la misma no es amortizable para efectos fiscales por cuanto no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 142 del Estatuto Tributario. En efecto, la inversión en acciones no representa un gasto necesario para los fines del negocio ni un activo susceptible de demérito.

Pues bien, en los apartes transcritos, la DIAN sostiene que si dentro del valor de la inversión se incluye el crédito mercantil (entiéndase adquirido), el mismo hace parte del costo de las acciones, por lo que del valor total de las acciones no puede separarse el monto del crédito mercantil y darle un tratamiento contable y tributario distinto al de la inversión como tal. También afirma que en estos casos las normas contables no permiten el registro de la inversión y del intangible, y, que según el artículo 142 del Estatuto Tributario el crédito mercantil no es amortizable, dado que no se agota en el tiempo.

Por lo anterior, precisa en la tesis y al final del concepto, que la inversión en acciones de una compañía en funcionamiento, incluido el crédito mercantil, no es amortizable en los términos de los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario.

Como la inversión en acciones que incluye el crédito mercantil adquirido, da lugar a la adquisición de un activo tangible (representado en las acciones propiamente dichas), y de un intangible (el crédito mercantil o good will), que por ser activos diferentes tienen tratamientos distintos tributaria y contablemente, el concepto es nulo en el aparte transcrito, por violación de los artículos 66 del Decreto 2649 de 1993, la Circular Conjunta 006 de 2005 de la Superintendencia de Sociedades y 011 de 2005 de la Superintendencia de Valores (hoy Financiera), que reconocen contablemente al crédito mercantil como activo intangible; los artículos 272 y 279 del Estatuto Tributario, que, respectivamente, señalan el valor patrimonial de las acciones y de los intangibles y el artículo 74 *ibídem*, relativo al costo de los intangibles adquiridos, como el good will.

A su vez, es nulo el acto acusado, por cuanto sostiene que el crédito mercantil no es amortizable, dado que no es susceptible de demérito (artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario), comoquiera que no se agota con el tiempo. Lo anterior, porque si bien el solo paso del tiempo no da lugar a que se demerite este intangible, es viable su demérito porque, se reitera, es susceptible de que se modifiquen o desaparezcan los hechos que le dieron origen.

Y, es nula la expresión "*incluido el valor del crédito mercantil*", que hace parte tanto de la tesis, como de la conclusión del concepto 91432 de 2004, conforme a la cual no se permite la amortización del crédito mercantil adquirido. Lo anterior, porque viola el artículo 142 del Estatuto Tributario, que remite a las

normas contables, dado que, como se precisó, el crédito mercantil adquirido es un intangible susceptible de demérito y, por ende, amortizable.

Además, en los términos del artículo 142 del E.T. la amortización del crédito mercantil adquirido constituye un costo por corresponder a una erogación que se efectúa para su adquisición y como tal sólo puede disminuir los ingresos devengados en cada período que en este caso corresponden a la utilidad gravada¹³ generada por la línea de negocio que en el futuro pueda generar la inversión.

2. CONCEPTO 23795 DE 27 DE ABRIL DE 2005

El acto acusado es el siguiente:

"[...]

Tesis jurídica

El crédito mercantil adquirido, es decir, el mayor valor pagado por un inversionista en la compra de acciones o cuotas partes de interés social, por encima de su valor patrimonial, es parte del costo fiscal de la inversión y, como tal, no es amortizable en los términos de los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario.

Interpretación jurídica

El crédito mercantil adquirido es el monto adicional que paga un inversionista en la compra de acciones o cuotas partes de interés social, por encima de su valor patrimonial, como reconocimiento de atributos tales como el buen nombre, el personal idóneo, la reputación de crédito privilegiado o el control del ente económico, este último como resultado de una mayor participación en el negocio.

El artículo 66 del Decreto 2649 de 1993 se refiere al crédito mercantil como un intangible, entendiendo como tal un derecho o privilegio oponible a terceros. Por su parte, el Plan Único (sic) de Cuentas para Comerciantes (Decreto 2650 de 1993), en el Capítulo III de Descripciones y dinámicas, señala que en la Cuenta 1605 Activo Intangible Crédito Mercantil, en lo concerniente al adquirido, se registra *"el valor adicional pagado en la compra de un ente económico activo, sobre el valor en libros o sobre el valor calculado o convenido de todos los activos netos comprados, por reconocimiento de atributos especiales tales como el buen nombre, personal idóneo, reputación de crédito privilegiado, prestigio por vender mejores productos y servicios y localización favorable"*.

[...]

[Después de referirse al artículo 66 del Decreto 2649 de 1993, el PUC para comerciantes (Decreto 2650 de 1993) y la Circular Conjunta 007 de la

¹³ E.T. arts. 48,49; L. 383/97 art. 23

Superintendencia de Valores y 004 de la Superintendencia de Sociedades, sostuvo] [...] es claro el concepto de crédito mercantil y su tratamiento, para efectos estrictamente contables, como un intangible que se desliga o escinde del valor total de la inversión en acciones o cuotas de participación, para ser amortizado en un plazo no superior a diez años.

Ahora bien, para efectos tributarios y, concretamente, del impuesto sobre la renta, es imprescindible observar las normas que de manera especial se refieren a las inversiones amortizables. El artículo 142 del Estatuto Tributario trata el tema de la deducción por amortización de inversiones y establece como requisitos para que opere dicha deducción, en primer lugar, que se trate de inversiones necesarias realizadas para los fines del negocio y, en segundo lugar, específicamente para el caso de los intangibles, que los mismos sean susceptibles de demérito.

El crédito mercantil adquirido, es decir, el valor pagado por el inversionista por encima del valor intrínseco de las acciones o cuotas partes de interés, como reconocimiento de atributos especiales entre los cuales está el tener la mayor participación o control del ente económico, no cumple con estos requisitos por cuanto no se trata de una inversión necesaria para los fines del negocio y porque no es un intangible susceptible de demérito.

En efecto, ni la adquisición de acciones ni el crédito mercantil como parte de dicha adquisición son inversiones necesarias en una empresa; particularmente el crédito mercantil pagado por el control del ente económico, es decir, el que se deriva de una mayor participación accionaria, no guarda relación de causalidad con la renta del inversionista; la renta obtenida por el inversionista que adquiere el crédito mercantil, o sea, los dividendos o participaciones que en el futuro pueda generarle la inversión, es proporcional al monto de la misma pero no es mayor a la que proporcionalmente obtienen los socios minoritarios que no ejercen el control de la empresa. En este punto vale la pena destacar que el reconocimiento de la deducción por amortización de inversiones supone, como toda deducción en el impuesto sobre la renta, el cumplimiento de los requisitos generales consagrados en el artículo 107 del Estatuto Tributario, como son la relación de causalidad, necesidad y proporcionalidad del gasto con la actividad productora de renta, los cuales no se cumplen en el caso de la amortización del crédito mercantil adquirido a través de la inversión en acciones

Por otra parte, el crédito mercantil, por su naturaleza, no es un intangible que pueda ser considerado como susceptible de demérito; es decir, no se trata de un activo cuyo valor disminuya con el paso del tiempo, como ocurre, por ejemplo, con los activos depreciables, lo que impide que su amortización (autorizada para efectos contables) tenga efectos fiscales, debido a la restricción expresamente consagrada en el artículo 142 del Estatuto Tributario. En efecto, la citada disposición establece que solo es amortizable tributariamente el costo de los intangibles susceptibles de demérito

De acuerdo con lo anterior, sin perjuicio de la aplicación, para efectos patrimoniales, de las normas tributarias que remiten a los sistemas especiales de valoración de inversiones (E.T., art. 272 y D. R. 2336 de 1995, art. 1º), es del caso concluir que el crédito mercantil adquirido a través de una inversión en acciones de una sociedad es parte del costo fiscal de la inversión y no es amortizable en los términos de los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario. En otras palabras, el costo de las acciones no es susceptible de dividirse cuando estas se adquieren; lo que se obtiene es un mayor valor patrimonial de la inversión que no es susceptible de amortización.

Para efectos de la determinación de la utilidad en la enajenación de acciones, el costo de las mismas comprende tanto su costo, como títulos nominativos, como el crédito mercantil pagado en su adquisición.

En los anteriores términos se aclara el Concepto número 091432 del 30 de diciembre de 2004 y el Concepto número 029658 del 28 de abril de 1998”.

El problema jurídico que resuelve el concepto acusado, es si el crédito mercantil adquirido es amortizable fiscalmente (artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario).

La tesis jurídica del concepto es que dicho intangible forma parte del costo fiscal de la inversión, y, por lo tanto, no es amortizable tributariamente.

En la interpretación jurídica del acto acusado, la DIAN, define el crédito mercantil adquirido; se refiere al contenido de los artículos 66 del Decreto 2649 de 1993 y del Decreto 2650 del mismo año, que reconocen el carácter de intangible del citado activo y su registro contable, y transcribe apartes de la Circular Conjunta 007 de 1997 de la Superintendencia de Valores (hoy Financiera), y 004 de 1997 de la Superintendencia de Sociedades, que definen también el crédito mercantil adquirido.

Con base en las normas en mención, la demandada concluye **que sólo para efectos contables, el crédito mercantil adquirido es un intangible amortizable**. Y, que no es amortizable conforme a los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario, dado que no es una inversión necesaria para los fines del negocio; no guarda relación de causalidad con la renta del inversionista ni es proporcional con la actividad productora de renta y tampoco es un activo susceptible de demérito, porque, como lo sostuvo en el concepto 091432 de 2004, su valor no disminuye con el paso del tiempo.

Después de este análisis, la DIAN concluye que el crédito mercantil adquirido no es amortizable conforme a los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario, para lo cual reitera la tesis jurídica en el sentido de que éste hace parte del costo fiscal de la inversión, el cual no puede dividirse, pues, lo que se obtiene es un mayor valor patrimonial de la inversión, no susceptible de amortización.

La Sala anulará el concepto, a partir de la conclusión de que el crédito mercantil adquirido sólo es un intangible amortizable para efectos contables; no

anulará los párrafos que anteceden a esta afirmación, por cuanto, se recuerda, se limitan a definir el crédito mercantil adquirido según las normas contables.

Así pues, es nula la conclusión expuesta, por cuanto viola el artículo 142 del Estatuto Tributario, toda vez que, precisamente, la primera de las normas que se menciona, relativa a la amortización de inversiones, remite a la técnica contable, esto es, a las normas de contabilidad (Decretos 2649 y 2650 de 1993 y Circular Conjunta 04 de 1997 de la Superintendencia de Valores (hoy Financiera) y 07 de 1997 de la Superintendencia de Sociedades)¹⁴, conforme a las cuales el crédito mercantil adquirido es un activo intangible, que se registra contablemente de manera independiente a la inversión en acciones y que puede amortizarse. También desconoce los artículos 74 y 279 del Estatuto Tributario, relativos al costo de los intangibles adquiridos y al valor patrimonial de los bienes incorporales, pues, dichos preceptos reconocen la amortización de intangibles para efectos tributarios.

A su vez, el artículo 142 del Estatuto Tributario expresamente permite la amortización de intangibles para efectos tributarios, siempre que sean susceptibles de demérito, como sucede con el crédito mercantil adquirido.

También anulará el concepto en el párrafo siguiente, porque concluye, **sin fundamento ni análisis alguno**, que el valor pagado por concepto de crédito mercantil adquirido no cumple con los requisitos de necesidad y proporcionalidad, pues, en relación con el primero, se limita a decir que *“ni la adquisición de acciones ni el crédito mercantil como parte de dicha adquisición son inversiones necesarias en una empresa”*. Y, frente al segundo, sostiene que el reconocimiento de la deducción por amortización de inversiones supone el cumplimiento de los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario, *“como son la relación de causalidad, necesidad y **proporcionalidad del gasto** con la actividad productora de renta, los cuales no se cumplen en el caso de la amortización del crédito mercantil adquirido a través de la inversión en acciones”*.

Lo anterior significa que, en esos aspectos, el concepto es nulo por falta de motivación, dado que fue irregularmente expedido (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo), pues, la motivación del acto, así sea sumaria,

¹⁴ Derogada por la Circular Conjunta 06 de 2005 de la Superintendencia de Sociedades y 011 del mismo año de la Superintendencia de Valores (hoy Financiera).

(artículo 35 ibídem), es un elemento esencial de la decisión administrativa, cuya ausencia también implica la violación del debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política), por cuanto impide al administrado ejercer su derecho de defensa, por no conocer la causa de la decisión que le afecta.

De otro lado, para justificar que el valor pagado por el crédito mercantil adquirido no tiene relación de causalidad con “la renta” del inversionista, el acto acusado sostiene que *“la renta obtenida por el inversionista que adquiere el crédito mercantil, o sea, los dividendos o participaciones que en el futuro pueda generarle la inversión, es proporcional al monto de la inversión, pero no es mayor a la que proporcionalmente obtienen los socios minoritarios que no ejercen el control de la empresa”*.

A juicio de la DIAN, lo que paga un contribuyente (controlante de la sociedad), por el crédito mercantil adquirido, no tiene relación de causalidad con su actividad productora de renta, pues, proporcionalmente, no recibe ingresos mayores (dividendos) que los que obtiene un socio que no es controlante.

Esta conclusión carece de soporte jurídico y económico, lo que, de nuevo, significa que en lo que toca con la relación de causalidad, LA DIAN tampoco motivó la decisión.

Ahora bien, en relación con el requisito en mención, la Sala ha precisado que los gastos, erogaciones o salida de recursos del contribuyente, deben guardar una relación causal con la actividad u ocupación que le genera la renta. Sobre el particular ha dicho¹⁵:

“Esa relación, vínculo o correspondencia debe establecerse entre la expensa (costo o gasto) y la actividad que desarrolla el objeto social (principal o secundario) pero que en todo caso le produce la renta, de manera que sin aquella no es posible obtener ésta y que en términos de otras áreas del derecho se conoce como nexo causal o relación causa - efecto. Cabe anotar que la renta aquí mencionada (sic) por la norma tantas veces nombrada, no es lo mismo que ingresos, puesto que tal como se vió (sic) en la depuración del sistema ordinario previsto en el artículo 26 del Estatuto Tributario, los ingresos se obtienen por el solo ejercicio o desarrollo de la actividad empresarial, mientras que la renta es la parte de los ingresos que queda después de restar de los costos (renta bruta) y/o las deducciones (renta líquida) es decir dicho en términos contables la utilidad bruta y/o operacional del ente económico.”

¹⁵ Sentencia de 13 de octubre de 2005, expediente 13631 y acumulado, Consejero Ponente, doctor Juan Ángel Palacio Hincapié.

Dado que la deducción por amortización de inversiones e intangibles tiene por objeto proteger o reponer el capital destinado a la actividad económica, puesto que distribuye el costo del activo intangible, anticipado o diferido en un determinado lapso¹⁶, tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta del contribuyente, porque contribuye a protegerla. Como la prima de control se adquiere para que continúe la renta que venía generando la sociedad o que se incremente a favor del nuevo inversionista, la amortización del crédito mercantil adquirido busca proteger la inversión efectuada para que siga aportando a la generación de la renta.

Comoquiera que en la amortización del crédito mercantil adquirido se cumple el requisito de la relación de causalidad con la actividad productora de renta, se anulará el concepto 23795 en cuanto afirma lo contrario.

Y, por cuanto el crédito mercantil adquirido es un intangible susceptible de demérito, no hace parte del costo fiscal de la inversión en acciones y es amortizable en los términos de los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario, como lo precisó la Sala al analizar estos aspectos frente al concepto 091432, se anularán los apartes del concepto 23795 conforme a los cuales, el crédito mercantil adquirido hacer parte del costo fiscal de la inversión en acciones de una sociedad, no es susceptible de demérito y no es amortizable fiscalmente.

Por último, las opiniones de la DIAN en el sentido de que la nulidad de los conceptos favorece ciertos grupos económicos e intereses particulares, no pasan de ser apreciaciones subjetivas de la demandada que nada tienen que ver con el análisis de legalidad de los actos demandados.

En suma, se anularán la expresión *“incluido el valor del crédito mercantil”* de la tesis jurídica y del último párrafo del concepto 091432 de 2004, al igual que el aparte transcrito del citado acto y los párrafos transcritos del concepto 23795 de 2005.

Cabe precisar que el costo del crédito mercantil adquirido es amortizable fiscalmente, sólo si se demuestra que se trata de una **inversión necesaria** para los fines del negocio o actividad, conforme lo prevé el artículo 142 del Estatuto

¹⁶ Diccionario Técnico Tributario. Teresa Briceño de Valencia y Ramón Vergara Lacombe. Centro Interamericano Jurídico Financiero. 2002, pág 57.

Tributario, **que es la norma especial que regula la deducción por amortización de inversiones**, siempre que se realice dentro del término previsto en el artículo 143 *ibídem*, es decir, en un lapso **no inferior a cinco años**, salvo que **se demuestre** que por la naturaleza o duración del negocio, la amortización debe hacerse en un plazo inferior.

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

FALLA

ANÚLANSE la expresión **“incluido el valor del crédito mercantil”** contenida en la tesis jurídica y el último párrafo del concepto DIAN 91432 de 2004, al igual que el siguiente aparte del citado acto:

“CONCEPTO 091432 DE 2004

[...]

TESIS JURIDICA:

El valor de la inversión en acciones de una compañía en funcionamiento, **incluido el valor del crédito mercantil** no es amortizable en los términos de los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario.

INTERPRETACIÓN JURÍDICA

[...]

Ahora bien, si en el valor de las acciones adquiridas por el inversionista existe un componente de crédito mercantil, es decir, un monto pagado por encima de su valor nominal como reconocimiento de atributos tales como el buen nombre, la reputación de crédito privilegiado o la idoneidad del personal de la empresa, dicho crédito mercantil es parte del costo de las acciones y, como tal, está incorporado en el valor de la inversión. No es viable desligar del valor de las acciones el monto correspondiente al crédito mercantil para darle un tratamiento contable y tributario distinto al que tiene la inversión como tal. En otras palabras, la ley se refiere a las acciones como inversión y no como inversión y crédito mercantil; las normas contables no le permiten al contribuyente que adquiere acciones registrar una inversión y un intangible. De otro lado, es claro, conforme lo establece el inciso tercero del artículo 142 del Estatuto Tributario, que los únicos intangibles amortizables para efectos tributarios son los intangibles susceptibles de demérito, condición que no se cumple en el caso del crédito mercantil, ya que el mismo está asociado a una serie de cualidades o ventajas no agotables en el tiempo.

Por lo anteriormente expuesto es del caso concluir que el valor de la inversión en acciones de una compañía en funcionamiento, **incluido el valor del crédito mercantil**, no es amortizable en los términos de los artículos 142 y

143 del Estatuto Tributario, para efectos de su deducción en el impuesto sobre la renta.”

ANÚLANSE los siguientes apartes del Concepto DIAN 23795 de 2005:

“CONCEPTO 23795 de 2005

[...]

Tesis jurídica

El crédito mercantil adquirido, es decir, el mayor valor pagado por un inversionista en la compra de acciones o cuotas partes de interés social, por encima de su valor patrimonial, es parte del costo fiscal de la inversión y, como tal, no es amortizable en los términos de los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario.

Interpretación jurídica

[...] es claro el concepto de crédito mercantil y su tratamiento, para efectos estrictamente contables, como un intangible que se desliga o escinde del valor total de la inversión en acciones o cuotas de participación, para ser amortizado en un plazo no superior a diez años.

Ahora bien, para efectos tributarios y, concretamente, del impuesto sobre la renta, es imprescindible observar las normas que de manera especial se refieren a las inversiones amortizables. El artículo 142 del Estatuto Tributario trata el tema de la deducción por amortización de inversiones y establece como requisitos para que opere dicha deducción, en primer lugar, que se trate de inversiones necesarias realizadas para los fines del negocio y, en segundo lugar, específicamente para el caso de los intangibles, que los mismos sean susceptibles de demérito.

El crédito mercantil adquirido, es decir, el valor pagado por el inversionista por encima del valor intrínseco de las acciones o cuotas partes de interés, como reconocimiento de atributos especiales entre los cuales está el tener la mayor participación o control del ente económico, no cumple con estos requisitos por cuanto no se trata de una inversión necesaria para los fines del negocio y porque no es un intangible susceptible de demérito.

En efecto, ni la adquisición de acciones ni el crédito mercantil como parte de dicha adquisición son inversiones necesarias en una empresa; particularmente el crédito mercantil pagado por el control del ente económico, es decir, el que se deriva de una mayor participación accionaria, no guarda relación de causalidad con la renta del inversionista; la renta obtenida por el inversionista que adquiere el crédito mercantil, o sea, los dividendos o participaciones que en el futuro pueda generarle la inversión, es proporcional al monto de la misma pero no es mayor a la que proporcionalmente obtienen los socios minoritarios que no ejercen el control de la empresa. En este punto vale la pena destacar que el reconocimiento de la deducción por amortización de inversiones supone, como toda deducción en el impuesto sobre la renta, el cumplimiento de los requisitos generales consagrados en el artículo 107 del Estatuto Tributario, como son la relación de causalidad, necesidad y proporcionalidad del gasto con la actividad productora de renta, los cuales no se cumplen en el caso de la amortización del crédito mercantil adquirido a través de la inversión en acciones

Por otra parte, el crédito mercantil, por su naturaleza, no es un intangible que pueda ser considerado como susceptible de demérito; es decir, no se trata de un activo cuyo valor disminuya con el paso del tiempo, como ocurre, por ejemplo, con los activos depreciables, lo que impide que su amortización (autorizada para efectos contables) tenga efectos fiscales, debido a la restricción expresamente consagrada en el artículo 142 del Estatuto Tributario. En efecto, la citada disposición establece que solo es amortizable tributariamente el costo de los intangibles susceptibles de demérito

De acuerdo con lo anterior, sin perjuicio de la aplicación, para efectos patrimoniales, de las normas tributarias que remiten a los sistemas especiales de valoración de inversiones (E.T., art. 272 y D. R. 2336 de 1995, art. 1º), es del caso concluir que el crédito mercantil adquirido a través de una inversión en acciones de una sociedad es parte del costo fiscal de la inversión y no es amortizable en los términos de los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario. En otras palabras, el costo de las acciones no es susceptible de dividirse cuando estas se adquieren; lo que se obtiene es un mayor valor patrimonial de la inversión que no es susceptible de amortización.

Para efectos de la determinación de la utilidad en la enajenación de acciones, el costo de las mismas comprende tanto su costo, como títulos nominativos, como el crédito mercantil pagado en su adquisición.

[...]"

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIAHUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

