

SEGURIDAD SOCIAL - Derecho irrenunciable y servicio público de carácter obligatorio a cargo del Estado / SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - Servicio público esencial sólo respecto a las actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones / RECURSOS DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD - Sus rendimientos financieros y los subsidios del Estado son aportes de los afiliados; una parte se capitaliza y la otra se destina al pago de primas de seguros / CUENTAS INDIVIDUALES DE AHORRO PENSIONAL - Constituye un patrimonio autónomo / ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES - Pueden encargar a los bancos para que paguen las pensiones a los beneficiarios

La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control están a cargo del Estado, que se presta en los términos y condiciones establecidos en la Ley 100 de 1993. Es un servicio público esencial en todo lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y respecto del Sistema General de Pensiones, sólo en las actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones (artículo 4 Ley 100). El Sistema General de Pensiones de la Ley 100, persigue garantizar a la población afiliada el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones consagradas en la ley; la afiliación al sistema es obligatoria tanto para los trabajadores dependientes como los independientes y sus regímenes pensionales son el solidario de prima media con prestación definida (que, en general, es administrado por el Seguro Social) y el de ahorro individual con solidaridad, a cargo, en general, de los fondos privados de pensiones (artículos 10, 12 y 13 de la Ley 100 de 1993). Por su parte, los recursos del régimen de ahorro individual con solidaridad son fundamentalmente los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar. Una parte de estos aportes se capitaliza en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado, y, la otra, se destina al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración del régimen (artículo 60 [lit a) y b)] de la Ley 100 de 1993). El conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora (artículo 60 [lit c] de la Ley 100). Ahora bien, el artículo 38 del Decreto en mención, dispuso que las sociedades que administren pensiones, pueden celebrar contratos con las instituciones financieras y con las entidades que señale el Gobierno Nacional, con cargo a sus propios recursos, con el objeto de que éstas se encarguen de las operaciones de recaudo, pago y transferencia de los recursos manejados por las administradoras, en las condiciones que determine la Superintendencia Bancaria. Así pues, las administradoras de los fondos de pensiones pueden encargar a los bancos para que paguen las pensiones a los beneficiarios de las mismas. El pago a los pensionados se sufraga con los recursos que manejan las administradoras, esto es, los que pertenecen al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Por su parte, la remuneración que pagan las administradoras a los establecimientos de crédito proviene del patrimonio propio de las primeras, no de los fondos de pensiones que administran. En consecuencia, los ingresos que reciben los bancos como retribución por la prestación del servicio financiero de pagar a los pensionados, por encargo de las administradoras, no forman parte de los recursos de la Seguridad Social, puesto que, además, no integran los rubros que componen los regímenes pensionales del Sistema General de Pensiones. Lo anterior, porque, se repite, en el régimen de prima media, los recursos son los aportes de los afiliados y sus rendimientos, que constituyen un fondo común de naturaleza

pública, y, en el de ahorro individual, los recursos están constituidos por los aportes y los rendimientos con los que se crea la cuenta individual. Dado que los ingresos que reciben los bancos de las administradoras como retribución por el servicio de pagar a los pensionados, no forman parte de los recursos de la Seguridad Social, el pago del IVA por concepto de dicho servicio no afecta los recursos en mención a fines distintos a la Seguridad Social, motivo por el cual el concepto acusado no vulnera el artículo 48 de la Constitución Política. En el mismo orden de ideas, el acto acusado no viola el artículo 135 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con el cual los recursos, entre otros, de los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad y los de los fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida, gozan de exención de toda clase de impuestos, tasas y contribuciones del orden nacional. Ello, porque los recursos que obtienen los bancos por el servicio de pagar a los pensionados, no provienen de los fondos de pensiones ni de los fondos de reparto del régimen de prima media, sino del patrimonio de las entidades administradoras, por lo que no gozan de la exención en comentario.

HECHO GENERADOR DEL IVA - Hechos sobre los que recae según el Estatuto Tributario / SERVICIOS VINCULADOS CON LA SEGURIDAD SOCIAL - Están excluidos de IVA / PAGO DE PENSIONES A TRAVÉS DE BANCOS - Dado que este servicio está vinculado con la seguridad social se encuentra excluido de IVA

Conforme al artículo 420 del Estatuto Tributario son hechos generadores del IVA las ventas e importaciones de bienes corporales muebles que no estén excluidas y la prestación de servicios en el territorio nacional. A partir de la Ley 6 de 1992 la regla general es que están gravados con IVA todos los servicios, salvo los que el legislador expresamente excluya (artículo 476 del Estatuto Tributario). El artículo 476 [3] del Estatuto Tributario excluyó del IVA los servicios vinculados con la Seguridad Social conforme a la Ley 100. En sentencia C-341 de 2007, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “de acuerdo con lo previsto en la Ley 100 de 1993”, de la norma en mención y precisó que las exclusiones del pago del IVA a las que se refieren los numerales 3 y 8 del artículo 476 del Estatuto Tributario “son de carácter objetivo, es decir, toman en consideración la naturaleza del servicio prestado y no la persona o entidad que lo realiza. En otras palabras, el legislador simplemente estructuró una exclusión a un gravamen remitiendo a unos servicios que aparecen consignados en la Ley 100 de 1993 [...]”. Dado que el pago de la pensión a los beneficiarios de los distintos regímenes pensionales, guarda estrecha y directa relación con el manejo de las pensiones, como parte de la Seguridad Social, pues, con éste se extingue la obligación periódica de las administradoras de pagar las pensiones a los beneficiarios y así permitirles los ingresos para tener una subsistencia digna, no existe ninguna duda de que el servicio que prestan los bancos está vinculado a la Seguridad Social. Por lo anterior, con fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política, procede inaplicar por inconstitucional el artículo 1 [lit. d] del Decreto 841 de 1998, reglamentario del artículo 476 [3] del Estatuto Tributario y citado como fundamento del acto acusado y de la contestación de la demanda, pues, mientras la norma superior excluye del impuesto a las ventas los servicios vinculados con la Seguridad Social de acuerdo con la Ley 100, el citado reglamento exceptúa del IVA “Los servicios prestados por las administradoras dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad y de prima media con prestación definida”, con lo cual modifica los requisitos de la exclusión y le quita el carácter de objetiva, facultad que sólo corresponde al legislador (artículo 338 de la Constitución Política). En consecuencia, en el asunto sub júdice no existe fundamento jurídico para sostener que la exclusión del IVA por la prestación de servicios vinculados con la

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

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HECTOR J. ROMERO DIAZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de febrero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-27-000-2006-00045-01(16201)

Actor: CARLOS ALFREDO RAMIREZ GUERRERO

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

FALLO

En ejercicio de la acción del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, CARLOS ALFREDO RAMÍREZ GUERRERO solicitó la nulidad del concepto de la DIAN 015470 de 20 de febrero de 2006, conforme al cual están gravadas con IVA las comisiones que perciben los bancos por la prestación del servicio de pago a los pensionados.

El concepto 015470 de 20 de febrero de 2006 de la Oficina Jurídica de la DIAN prevé:

“[...]”

TEMA: Impuesto sobre las Ventas

DESCRIPTORES: Servicios gravados. Comisiones bancarias.

En el escrito de la referencia consulta usted si las comisiones que percibe un Banco por la prestación del servicio de pago de pensionados, al amparo de los convenios celebrados con entidades como el Fodep, y el ISS, se encuentran excluidas del IVA.

Al respecto me permito manifestarle que de manera general el Despacho ya se ha pronunciado sobre el tema mediante el Oficio 022475 de 21 de abril de 2005, en el que se manifiesta: “/ ... la

excepción cobija únicamente a los servicios prestados por las sociedades administradoras de fondos de pensiones y no a los servicios recibidos, aun cuando estos gastos estén vinculados directa o indirectamente con las actividades propias de los servicios que ofrezcan, salvo las comisiones de intermediación por la colocación y renovación de planes del sistema de Seguridad Social en pensiones, que están exceptuadas expresamente por el parágrafo del artículo 1o del Decreto 841 de 1998..../”

De esta manera, considera el Despacho que las comisiones que reciben las entidades bancarias por la prestación del servicio del pago de pensionados, se encuentran gravadas con el Impuesto sobre las Ventas. Cabe anotar que en el evento analizado no se trata de administración de fondos del Estado, sino de la remuneración que reciben los bancos por uno de los servicios que prestan y que no está exceptuado legalmente del impuesto.
[...]"

DEMANDA

El actor indicó como violados los artículos 48 de de la Constitución Política; 476 [3] del Estatuto Tributario y 135 de la Ley 100 de 1993. Como concepto de violación, expuso, en síntesis, lo siguiente:

El artículo 48 de la Constitución Política prohíbe destinar o utilizar recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines distintos a ésta. Por tal razón, la Corte Constitucional ha dicho que los dineros de la Seguridad Social no pueden someterse a impuestos y el Consejo de Estado anuló un reglamento que gravó con un impuesto nacional los recursos de fondos de pensiones¹.

El concepto acusado desconoce el artículo 135 de la Ley 100 de 1993, dado que los recursos de los fondos de pensiones se encuentran exentos de IVA y una parte de los mismos se estarían destinando al pago del tributo.

También vulnera el artículo 476 [3] del Estatuto Tributario, conforme al cual están excluidos de IVA los servicios vinculados con la Seguridad Social de acuerdo con la Ley 100 de 1993.

Por auto de 25 de enero de 2007, confirmado en reposición, la Sala negó la suspensión provisional de los efectos del concepto acusado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La DIAN se opuso a las pretensiones por las razones que se sintetizan así:

El artículo 52 [2] de la Ley 100 de 1993 señala quiénes son las entidades administradoras de pensiones, dentro de las cuales no están los bancos. Entre las funciones de las administradoras, están las de recaudar las cotizaciones por los servicios a su cargo y el pago de pensiones, para las cuales pueden contratar con terceros, quienes no gozan de las prerrogativas de las administradoras de pensiones.

Conforme al artículo 38 del Decreto 656 de 1994, los contratos que celebren las administradoras con terceros, son con cargo a sus propios recursos, por lo que no se trata de recursos vinculados a la Seguridad Social excluidos de IVA; en consecuencia, no es un servicio de los previstos en el artículo 135 de la Ley 100 de 1993.

Los artículos 476 [3 y 8] del Estatuto Tributario y 1 del Decreto 841 de 1998 exceptúan del IVA los servicios vinculados con la Seguridad Social de acuerdo con la Ley 100 de 1993, si son prestados por las administradoras.; entonces, la exclusión no comprende los servicios que éstas reciban.

En consecuencia, las comisiones que perciben los bancos por la prestación del servicio de pago de pensionados están gravadas con IVA. Lo anterior, porque el servicio lo recibe la entidad con ocasión de un servicio prestado por el banco, en los términos del artículo 1 del Decreto 1372 de 1992.

El servicio que se considera vinculado a la Seguridad Social y que está cobijado por la exclusión del IVA es la administración de los aportes, no el pago a través de una entidad financiera.

Los bancos no hacen parte del Sistema General de Seguridad Social, aunque a través de éstos se realicen operaciones de pago a los pensionados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El actor insistió en los planteamientos de la demanda y concluyó:

¹ Sección Cuarta, sentencia de 29 de junio de 2006, exp. 13832. C P Héctor J. Romero Díaz.

El concepto viola los artículos 476 [3] del Estatuto Tributario; 135 de la Ley 100 de 1995 y 48 de la Carta Política, pues, el servicio que presta el banco por encargo de la entidad administradora del fondo de pensiones, de pagar a los pensionados su prestación, está vinculado de modo directo a la Seguridad Social, dado que el fondo de pensiones extingue su obligación de pagar, a través del banco. En consecuencia, la retribución del servicio por el mandato que cumple el banco está excluida del IVA conforme a las normas legales en mención.

Es inaplicable por inconstitucional (artículos 4 y 338 de la Carta), cualquier acto reglamentario que pretenda modificar las circunstancias de exención o exclusión que la ley ha previsto, con mayor razón, si se refiere al funcionamiento de entidades sujetas a vigilancia de la Superintendencia Financiera.

La DIAN reiteró los argumentos de la contestación.

El Ministerio Público pidió negar las súplicas de la demanda, por los motivos que siguen:

Los recursos que reciben los bancos por la prestación del servicio de pagar las pensiones no son de las instituciones de la Seguridad Social, por lo cual no gozan del beneficio tributario de los recursos de la Seguridad Social y no existe violación del artículo 48 de la Constitución Política.

El concepto tampoco desconoce el artículo 135 de la Ley 100 de 1993, dado que la exención de impuestos se aplica a los recursos de los fondos de pensiones, no de las comisiones pagadas a las instituciones financieras; además los pagos de la comisión deben efectuarse con cargo a los recursos propios de las administradoras de pensiones (artículo 38 del Decreto 656 de 1994).

Por último, el acto acusado no vulnera el artículo 476 [3] del Estatuto Tributario, comoquiera que, con fundamento en la sentencia C-341 de 2007, la labor de las entidades financieras no hace parte de los servicios a que se refiere la Ley 100 de 1993, ni se encuentra expresamente excluida del IVA.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Decide la Sala sobre la legalidad del concepto de la DIAN 15470 de 20 de

febrero de 2006 en el cual se precisó que las comisiones que reciben los bancos por la prestación del servicio de pago a los pensionados se encuentran gravadas con IVA, dado que la exclusión del artículo 476 [3] del Estatuto Tributario sólo es aplicable a los servicios prestados por las sociedades administradoras de fondos de pensiones.

El demandante alega que el concepto acusado viola el artículo 48 de la Constitución Política, porque somete al IVA los recursos de la Seguridad Social, a pesar de que la norma superior prohíbe destinar tales recursos para fines distintos a la Seguridad Social.

También sostiene el actor que el acto demandado vulnera los artículos 135 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con el cual los recursos de los fondos destinados a pensiones están exentos de todo tributo del orden nacional y 476 [3] del Estatuto Tributario, que excluye del IVA los servicios vinculados con la Seguridad Social.

La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control están a cargo del Estado, que se presta en los términos y condiciones establecidos en la Ley 100 de 1993. Es un servicio público esencial en todo lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y respecto del **Sistema General de Pensiones, sólo en las actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones** (artículo 4 Ley 100).

El Sistema General de Pensiones de la Ley 100, persigue garantizar a la población afiliada el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones consagradas en la ley; la afiliación al sistema **es obligatoria** tanto para los trabajadores dependientes como los independientes y sus regímenes pensionales son el solidario de prima media con prestación definida (que, en general, es administrado por el Seguro Social) y el de ahorro individual con solidaridad, a cargo, en general, de los fondos privados de pensiones (artículos 10, 12 y 13 de la Ley 100 de 1993).

Conforme al artículo 52 de la Ley 100, las entidades administradoras del régimen de prima media, son el Instituto de Seguros Sociales y, mientras

subsistan, las cajas, fondos o entidades de seguridad social de los sectores público o privado actualmente existentes, respecto de sus afiliados.

Y, las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, son las entidades de los sectores privado, público y social solidario, que se creen para administrar los fondos de pensiones, las cuales son vigiladas por la Superintendencia Bancaria² (artículos 59 y 60 [b), d) y j)] *ibídem*).

El artículo 1 del Decreto 656 de 1994 precisó que los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad serán administrados por las sociedades administradoras de fondos de pensiones y por las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, cuya creación fue autorizada por las Leyes 100 de 1993 y 50 de 1990, respectivamente.

Ahora bien, conforme al artículo 32 de la Ley 100, los recursos del régimen de prima media, son los aportes de los afiliados y sus rendimientos, que constituyen un **fondo común de naturaleza pública**, para garantizar el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los gastos de administración y la constitución de reservas previstas en la Ley ³.

Por su parte, los recursos del régimen de ahorro individual con solidaridad son fundamentalmente los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar. Una parte de estos aportes se capitaliza en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado, y, la otra, se destina al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración del régimen (artículo 60 [lit a) y b)] de la Ley 100 de 1993).

El conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado **fondo de**

² En virtud del Decreto 4327 de 25 de noviembre de 2005, se fusionó la Superintendencia Bancaria en la de Valores, con el nombre de Superintendencia Financiera de Colombia.

³ En sentencia C-378-98 la Corte Constitucional declaró exequible la expresión de naturaleza pública "... en el entendido que la naturaleza pública que se reconoce al fondo común que se constituye con los aportes de los afiliados en el régimen de prima media con prestación definida, dado su carácter parafiscal, en ningún caso, debe ser entendida en el sentido que los dineros que de él hacen parte pertenecen a la Nación".

pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora (artículo 60 [lit c] de la Ley 100).

Ahora bien, el artículo 38 del Decreto en mención, dispuso que las sociedades que administren pensiones, pueden celebrar contratos con las instituciones financieras y con las entidades que señale el Gobierno Nacional, **con cargo a sus propios recursos**, con el objeto de que éstas **se encarguen de las operaciones de recaudo, pago y transferencia de los recursos manejados por las administradoras**, en las condiciones que determine la Superintendencia Bancaria.

Así pues, las administradoras de los fondos de pensiones pueden encargar a los bancos para que paguen las pensiones a los beneficiarios de las mismas. El pago a los pensionados se sufraga con los recursos que manejan las administradoras, esto es, los que pertenecen al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Por su parte, la remuneración que pagan las administradoras a los establecimientos de crédito proviene del patrimonio propio de las primeras, no de los fondos de pensiones que administran.

En consecuencia, los ingresos que reciben los bancos como retribución por la prestación del servicio financiero de pagar a los pensionados, por encargo de las administradoras, **no forman parte de los recursos de la Seguridad Social**, puesto que, además, no integran los rubros que componen los regímenes pensionales del Sistema General de Pensiones. Lo anterior, porque, se repite, en el régimen de prima media, los recursos son los aportes de los afiliados y sus rendimientos, que constituyen un fondo común de naturaleza pública, y, en el de ahorro individual, los recursos están constituidos por los aportes y los rendimientos con los que se crea la cuenta individual.

Dado que los ingresos que reciben los bancos de las administradoras como retribución por el servicio de pagar a los pensionados, no forman parte de los recursos de la Seguridad Social, el pago del IVA por concepto de dicho servicio no afecta los recursos en mención a fines distintos a la Seguridad Social, motivo por el cual el concepto acusado no vulnera el artículo 48 de la Constitución Política.

En el mismo orden de ideas, el acto acusado no viola el artículo 135 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con el cual los recursos, entre otros, **de los fondos**

de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad y los de los fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida, gozan de exención de toda clase de impuestos, tasas y contribuciones del orden nacional. Ello, porque los recursos que obtienen los bancos por el servicio de pagar a los pensionados, no provienen de los fondos de pensiones ni de los fondos de reparto del régimen de prima media, sino **del patrimonio de las entidades administradoras**, por lo que no gozan de la exención en comentario.

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

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

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

De la misma providencia se concluye que los servicios vinculados con la Seguridad Social, en los términos de la Ley 100, son los que “[...] *guardan una relación directa y estrecha con el manejo de los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna*”⁴.

Dado que el pago de la pensión a los beneficiarios de los distintos regímenes pensionales, guarda estrecha y directa relación con el manejo de las

⁴ *Ibidem*

pensiones, como parte de la Seguridad Social, pues, con éste se extingue la obligación periódica de las administradoras de pagar las pensiones a los beneficiarios y así permitirles los ingresos para tener una subsistencia digna, no existe ninguna duda de que el servicio que prestan los bancos está vinculado a la Seguridad Social.

Cabe anotar que dicha vinculación no se pierde por el hecho de que los bancos efectúen el pago a los pensionados en desarrollo de algún convenio con las administradoras, sea cual fuere la denominación que se le dé al acuerdo, **pues, el pago de la pensión, en sí mismo, es el que está vinculado a la Seguridad Social** y, como lo precisó la Corte Constitucional, la exclusión del IVA a que se refiere el artículo 476 [3] del Estatuto Tributario, es objetiva, esto es, en atención a los servicios que se presten, no a quien los suministre.

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

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

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

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

ANÚLASE el concepto 15470 de 20 de febrero de 2006 de la Oficina Jurídica de la DIAN, que dispone:

[...]

TEMA: Impuesto sobre las Ventas

DESCRIPTORES: Servicios gravados. Comisiones bancarias.

En el escrito de la referencia consulta usted si las comisiones que percibe un Banco por la prestación del servicio de pago de pensionados, al amparo de los convenios celebrados con entidades como el Fodep, y el ISS, se encuentran excluidas del IVA.

Al respecto me permito manifestarle que de manera general el Despacho ya se ha pronunciado sobre el tema mediante el Oficio 022475 de 21 de abril de 2005, en el que se manifiesta: *"/ ... la excepción cubre únicamente a los servicios prestados por las sociedades administradoras de fondos de pensiones y no a los servicios recibidos, aun cuando estos gastos estén vinculados directa o indirectamente con las actividades propias de los servicios que ofrezcan, salvo las comisiones de intermediación por la colocación y renovación de planes del sistema de Seguridad Social en pensiones, que están exceptuadas expresamente por el parágrafo del artículo 1o del Decreto 841 de 1998...."*

De esta manera, considera el Despacho que las comisiones que reciben las entidades bancarias por la prestación del servicio del pago de pensionados, se encuentran gravadas con el Impuesto sobre las Ventas. Cabe anotar que en el evento analizado no se trata de administración de fondos del Estado, sino de la remuneración que reciben los bancos por uno de los servicios que prestan y que no está exceptuado legalmente del impuesto.

[...]"

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

EXPEDIENTE: 16201

ACTOR: CARLOS ALFREDO RAMÍREZ GUERRERO

Se demanda la nulidad del concepto 15470 de 20 de febrero de 2006 que dispone que está gravado con IVA el servicio que prestan los bancos de pagar a los pensionados, porque los recursos de la Seguridad Social sólo pueden destinarse a ésta (artículo 48 de la C.Política) y están exentos de tributos (artículo 135 de la Ley 100 de 1993). Además, porque los servicios vinculados a la Seguridad Social están excluidos del IVA (artículo 476 [3] del Estatuto Tributario).

PROYECTO: Anula porque la exclusión del IVA es para los servicios que están vinculados a la Seguridad Social (artículo 476 [3] del E.T), y el pago a los pensionados está vinculado a la Seguridad Social, independientemente de si lo hace la administradora o el banco, dado que la exclusión es objetiva.

Apoderados:

Actor: en nombre propio

DIAN: Nidia Amparo Pabón Pérez

Entró para fallo: 22 de agosto de 2007