

Régimen tributario del sector cooperativo

Tax Regime for Cooperative Enterprises

Regime tributário do setor cooperativo

Jaime Castro Borrero*

Consultor Tributario Independiente

Artículo de Reflexión, no Derivado de Investigación/ Recibido: 18 de mayo de 2012/ Aceptado: 18 de octubre de 2012

Debemos estudiar, en primer lugar, la naturaleza jurídica del acuerdo cooperativo, para determinar qué tipo de ente es. ¿Es persona jurídica? ¿Es un contrato? En efecto, el artículo 3o. de la Ley 79 de 1998 lo define como:

(...) el contrato que se celebra por un número determinado de personas, con el objetivo de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro. Toda actividad económica, social o cultural puede organizarse con base en el acuerdo cooperativo...

De esta definición debemos destacar lo siguiente:

- *Las cooperativas son personas jurídicas de derecho privado.* Esto significa, entonces, que su régimen de contrata-

ción será el derecho privado y así será su campo de acción. Recordemos que un particular, al contrario de un ente estatal, puede hacer todo aquello que no le esté prohibido, en cambio la entidad estatal solo podrá hacer aquello que le está permitido.

- *Su actividad debe cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro.* Es decir que su actividad buscará la satisfacción del mayor número de miembros de la comunidad y en la medida en que logre involucrar a un mayor número de personas con su actividad, mayor será el cumplimiento de los fines cooperativos. En torno a la ausencia de lucro, significará que los excedentes que arrojen sus resultados económicos no se distribuirán entre sus asociados, sino conforme con la legislación cooperativa, según veremos más adelante.

* Abogado de la Universidad del Rosario, de Bogotá. Especializado en Derecho Tributario, en la misma Universidad. (castroborrerojaime@hotmail.com)

- *Las actividades que pueden desplegar son infinitas.* La norma, al darle un campo de actividad que involucre toda actividad económica, social o cultural, abarca todas las actividades legales que se pueden desarrollar en una comunidad. Si a este sinnúmero de actividades le agregamos que puede hacer todo aquello que no le está prohibido, necesario es inferir que el radio de acción del ente cooperativo es prácticamente ilimitado. De ahí su auge.

En este orden de ideas, debemos entonces mirar qué entiende la legislación cooperativa por interés general y qué por ausencia de lucro.

El artículo 4o. de la Ley 79 de 1998 señala que habrá interés general cuando la cooperativa ha sido "...creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y la comunidad en general...".

Sobre la definición de lucro, la misma norma plasma una presunción legal (admite prueba en contrario) en torno a la actividad de la empresa asociativa o cooperativa, cuando cumpla algunos requisitos, que, a nuestro juicio, deben ser observados en su totalidad para que opere la presunción y para que sea beneficiaria de la exención tributaria para el sector cooperativo, consagrada en el artículo 19 del Estatuto Tributario (ET). Estos requisitos son:

- Que establezca la irrepartibilidad de las reservas sociales y, en caso de liquidación, la del remanente patrimonial.
- Que destine sus excedentes a la presta-

ción de servicios de carácter social, al crecimiento de sus reservas y fondos y a reintegrar a sus asociados parte de los mismos en proporción al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de la empresa, sin perjuicio de amortizar los aportes y conservarlos en su valor real.

Del texto legal debemos recoger para efectos de nuestro estudio varios conceptos, los cuales son necesarios para abordar la tributación cooperativa.

En primer lugar, los conceptos de reservas, ingresos, egresos, excedentes, su determinación y su destinación, establecidos en los decretos reglamentarios de carácter fiscal. ¿Y por qué debemos estudiar estos conceptos? Estos conceptos deben ser estudiados porque la norma fiscal en sus artículos 19 y 356 y siguientes del ET nacional, dispone que el sector cooperativo está sometido al impuesto sobre la renta y complementarios sobre el beneficio neto o excedente a la tarifa única del 20%. Será entonces esa cita de los excedentes lo que lleva a la imperiosa necesidad de mirar su naturaleza jurídica tributaria.

Siendo así, el análisis se remite al artículo 357 del ET, que indica cómo es que se determina ese beneficio neto o excedente. Esta norma ordena que

Para determinar el beneficio neto o excedente se tomará la totalidad de los ingresos, cualquiera sea su naturaleza, y se restará el valor de los egresos de cualquier naturaleza, que tengan relación de causalidad con los ingresos o con el cumplimiento de su objeto social, de conformidad con lo dispuesto en este título, incluyendo en

los egresos las inversiones que hagan en cumplimiento del mismo. (Subrayado fuera de texto)

De la norma se infieren los siguientes aspectos:

- Al hablar de ingresos, necesariamente debemos estudiar el concepto que para el sector cooperativo establece la norma fiscal, según se había advertido atrás.
- De los egresos, la modificación que hizo la normatividad fiscal, al aceptarlos de conformidad con las disposiciones del estatuto que regulan las deducciones para todos los contribuyentes.

Sobre los ingresos, el Decreto 4400 de 2004, por medio del cual se reglamenta el artículo 19 y el título VI, libro I del ET, referente al régimen tributario especial, en su artículo 3o. señala que

(...) los ingresos son todos aquellos bienes, valores o derechos, en dinero o en especie, ordinarios y extraordinarios, cualquiera sea su naturaleza y denominación, que se hayan percibido en periodo gravable y susceptibles de incrementar el patrimonio neto de la entidad.

En torno a este concepto legal de ingreso, se debe poner de presente que sigue el mismo criterio de generación de riqueza que trae el régimen ordinario de renta: incremento del patrimonio neto del contribuyente.

La renta, como sistema de afectación del hecho imponible, es tratada por el profesor Ramírez (1982) cuando sostiene que

La renta como incremento neto del capital es afectada primordialmente con el impuesto general sobre la renta, es decir, sobre todos los ingresos ordinarios y extraordinarios (ganancia ocasional) realizados por el sujeto pasivo en un momento dado, independientemente de su origen o procedencia...

En la misma obra, el autor, al tratar el presupuesto de hecho en algunos impuestos, manifiesta que "la definición económica de renta comúnmente aceptada y acogida por las legislaciones tributarias dice que es *el consumo más el incremento neto del patrimonio*" (p. 139). En el artículo 26 del ET de 1989, aparece incompleta esta definición y mezclada a su vez con el concepto de renta como realización. De allí la importancia de distinguir el concepto económico de renta como hecho imponible y el concepto jurídico-contable de realización de la misma como hecho generador.

La legislación anterior (Ley 81 de 1960) definía la renta como el ingreso constitutivo de enriquecimiento. El decreto reglamentario 437 de 1961 dejó a su vez sin definir lo que se debería entender por enriquecimiento. Sin embargo, por ser este un concepto muy amplio de renta, siempre se entendió en la forma como luego vino a precisarlo la legislación de 1974 aunque sin referirse ya a él, sino directamente a la renta, como ingreso susceptible de incremento neto del patrimonio. En realidad, la acepción estrictamente económica de renta entraña la idea de enriquecimiento, es decir, de aumento, más que del patrimonio, del capital, como luego se precisará mejor.

El concepto de renta definido en la legisla-

ción vigente es incompleto al no referirse expresamente al consumo sino solo al incremento neto del patrimonio, no obstante que de este se infiere lógicamente aquel. Y, sobre todo, al referirse al patrimonio, no al capital, involucrado este en aquel.

En este orden de ideas, se analiza el concepto que de egreso trae la norma fiscal para el sector cooperativo. Este estudio es importante porque los egresos serán aquellos conceptos o erogaciones en que ha incurrido el contribuyente para el desarrollo del objeto social, los cuales son diferentes a los de una empresa ordinaria, dado el objeto social que desarrollan las cooperativas, y la finalidad del ente cooperativo, como es la ausencia de lucro y la satisfacción del mayor número de necesidades de la comunidad y los asociados a la cooperativa. Haciendo esta precisión miremos el tratamiento fiscal del concepto de egreso.

Sobre los egresos, estos son regulados por el artículo 4o. del Decreto 4400 ibídem, definiéndolos en los siguientes términos:

Se consideran egresos procedentes aquellos realizados y pagados efectivamente en el respectivo periodo gravable, que tengan relación de causalidad con los ingresos o con el mismo objeto social, incluidas las inversiones que se efectúen en cumplimiento del mismo.

Lo anterior sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos especiales previstos en el Estatuto Tributario, para la procedencia de costos y deducciones, como los señalados en los artículos 108, 114, 117, 177 - 2, 771 - 2 y 771 - 3. En ningún caso se podrá tratar como egreso procedente el gravamen a los movimientos financieros - GMF.

Se consideran egresos procedentes en desarrollo del objeto social, entre otros, los siguientes:

1. *Las inversiones que se realicen en cumplimiento del objeto social.*
2. *La adquisición de activos. En este caso, para efectos fiscales, no habrá lugar a la depreciación por cuanto se toma como egreso el valor total de la erogación en la adquisición del activo fijo...*

De la lectura de esta disposición se destacan dos aspectos:

1. Que estos egresos no son taxativos, por cuanto la norma cuando utiliza la expresión “entre otros”, plasma la posibilidad de admitir otros egresos como procedentes.
2. La norma pone en cintura este tipo de contribuyentes en cuanto es más rigurosa en la admisión o procedencia de egresos, al ordenar que deben tenerse en cuenta los criterios de admisión de costos y gastos establecidos en los artículos 108, 114, 117 177 - 2, 771 - 2 y 771 - 3 del Estatuto. Estos criterios son: El artículo 108 dispone que los aportes parafiscales son requisito para la deducción de salarios. Esto indica que así los gastos laborales estén asociados con la actividad o desarrollo de programas cooperativos, si no se cumple con el pago de la parafiscalidad, estos egresos no son procedentes. Sobre los pagos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y al SENA, el artículo 114 admite su procedencia. También se admite la deducción de intereses consagrada en

el artículo 117, en la medida en que se causen a entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y aquellos causados a favor de particulares, siempre y cuando no exceda la tasa más alta que se haya autorizado cobrar a los establecimientos bancarios, certificada por la Superfinanciera. También rige la prohibición consagrada en el artículo 177 - 2 del Estatuto de aceptar como costo o gasto los pagos de operaciones gravados con el IVA, realizados con personas no inscritas en el régimen común del impuesto sobre las ventas por contratos de valor individual y superior a 3.300 UVT; los realizados a personas no inscritas en el régimen común del impuesto sobre las ventas, efectuados con posterioridad al momento en que los contratos superen un valor acumulado de 3.300 UVT y los realizados a personas naturales no inscritas en el régimen común, cuando no conserven copia del documento en el cual conste la inscripción del respectivo vendedor o prestador de servicios en el régimen simplificado, exceptuándose de lo anterior las operaciones gravadas realizadas con agricultores, ganaderos y arrendadores pertenecientes al régimen simplificado, siempre que el comprador de los bienes y servicios expida el documento equivalente a la factura cuando éstos sean enajenados o prestados por personas naturales no comerciantes que no se hayan inscrito en el régimen común del impuesto sobre las ventas.

En relación con los requisitos del artículo 771 - 2 del Estatuto, para el sector cooperativo también aplica, y en conse-

cuencia, para la procedencia de costos y deducciones en el impuesto sobre la renta, así como de los impuestos descontables en el impuesto sobre las ventas, se requerirá que las facturas o los documentos equivalentes que expidan cumplan con los siguientes requisitos: a) Apellidos y nombre o razón y NIT del vendedor o de quien presta el servicio; b) Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado; c) Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de factura de venta; d) Fecha de expedición; e) Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados; f) Valor total de la operación. Así mismo, las cooperativas están obligados a exigir factura o documento equivalente en los eventos de adquisición de bienes corporales muebles o servicios, así como también a exhibirlos cuando funcionarios de la administración tributaria lo exijan.

Por último, las entidades del sector cooperativo no podrán tratar como egresos procedentes, el valor de los bienes introducidos en el territorio nacional sin el pago de los tributos aduaneros respectivos, o en los eventos en que de cualquier forma participe en la infracción o por quienes a sabiendas de tal hecho efectúan compras de estos bienes.

Si comparamos este tratamiento fiscal con el existente antes de la expedición del Decreto 4400 de 2004, es decir, el Decreto 124 de 1997, necesariamente se infiere una ma-

yor drasticidad en el tratamiento, pues anteriormente se admitían egresos que no tuvieran relación de causalidad con el ingreso, ni asociación ni proporcionalidad ni mucho menos necesidad de los mismos. Bastaba que se destinara conforme la legislación cooperativa.

Es así como el artículo 4o. del Decreto 124 de 1997, reglamentario del régimen tributario especial, señalaba que los egresos procedentes y las inversiones eran aquellos de cualquier naturaleza, realizados en el respectivo periodo gravable, siempre y cuando se destinaran a los programas que desarrollaran el objeto social y no contrariara lo dispuesto en la legislación cooperativa.

b) Que los egresos que no teniendo relación de causalidad con los ingresos, o que no sean necesarios y proporcionados de acuerdo con las demás actividades comerciales, se destinen directamente a las siguientes actividades: salud, educación formal, cultura, deporte aficionado, investigación científica y tecnológica, ecología y protección ambiental, o a programas de desarrollo social, siempre y cuando las mismas sean de interés general.

Dentro de los ingresos se incluyen las inversiones amortizables previstas en el artículo 142 del Estatuto Tributario y la adquisición de activos fijos que se hagan en cumplimiento de las actividades anteriormente señaladas. También se incluyen en los egresos los que se destinen indirectamente mediante donaciones efectuadas a otras instituciones sin ánimo de lucro que desarrollen tales actividades.

Para que proceda la deducción de los egresos por este último concepto, se requiere que la entidad donataria efectivamente haya realizado dichas actividades

y programas, hecho que se demostrará a través de certificado de contador público o revisor fiscal del donatario, según el caso.

Para las cooperativas les será aplicable lo dispuesto en el presente literal, en cuanto no sea contrario a la legislación cooperativa vigente.

El valor correspondiente a la ejecución de beneficios netos o excedentes de años anteriores no se considerará como egreso o inversión del ejercicio.

Aún más, referente a los egresos, la legislación tributaria anterior respetaba tanto la legislación cooperativa, que le daba prevalencia frente a la normatividad fiscal, pues en el inciso final del artículo 4o. del Decreto reglamentario 124 ibídem, disponía que “...para las cooperativas les será aplicable lo dispuesto en el presente literal, en cuanto no sea contrario a la legislación cooperativa vigente...” (Subrayado fuera de texto)

Esta situación fue ratificada por el Decreto reglamentario 1514 de 1998, cuando en su artículo 4o. estableció que “...serán egresos procedentes para las entidades cooperativas a las que se refiere el numeral cuarto del artículo 19 del Estatuto Tributario, todos aquellos que se realicen de conformidad con lo previsto en la legislación cooperativa vigente”.

De la anterior legislación se podía, en su momento, inferir tres cosas sobre los egresos:

- a) Que se aplicaban las normas tributarias siempre y cuando no eran contrarias a la legislación cooperativa vigente;
- b) Que se admitían los egresos siempre y

cuando se realizaran de conformidad con la normatividad cooperativa vigente.

- c) Contrariaba el esquema general de interpretación de la norma legal consagrada en la Ley 153 de 1887, que ordena la prevalencia de la norma especial sobre la general.

En buena hora el legislador, mediante la expedición del Decreto 4400 de 2004, vino a corregir esta situación, pues en su momento, el sector cooperativo fue utilizado como instrumento de evasión para muchos empresarios, por cuanto constituían cooperativas con la finalidad de beneficiarse del régimen tributario especial, que en el peor de los casos tributaban con una tarifa del 20%.

Un aspecto que se debe mirar, igualmente, es el relacionado con el registro de las asignaciones permanentes, que según el artículo 9o. del Decreto 4400 de 2004,

(...) están constituidas por el beneficio neto o excedente que se reserve para realizar inversiones en bienes o derechos, con el objeto de que sus rendimientos permitan el mantenimiento o desarrollo permanente de alguna de las actividades de su objeto social. La entidad podrá optar por invertir en diversos activos negociables, salvo las limitaciones legales o restricciones de los organismos de control.

Pues bien, el artículo 10o. ibídem ordena que

(...) en el evento que exista una asignación permanente constituida en años anteriores, y la entidad opte por incrementarla con nuevos beneficios netos, para efectos fiscales de deberá dejar constancia en la cuenta del patrimonio denominada “Asig-

nación Permanente”, de los valores parciales abonados por año y del valor total acumulado.

En este orden de ideas, ya vistos los ingresos, los egresos y las asignaciones permanentes, se debe estudiar el tema del beneficio o excedente. La determinación del beneficio o excedente del sector cooperativo tiene dos regulaciones. De un lado está la regulación cooperativa como tal y, de otro, la tributaria, los cuales, según se indicó anteriormente, se abordarán paralelamente.

¿Qué establece la regulación cooperativa para su determinación? Al respecto la Ley 79 de 1998, en su artículo 53, poco y nada dice sobre el particular y se limita a decir que “las cooperativas tendrán ejercicios anuales que se cerrarán el 31 de diciembre, al término de cada ejercicio se cortarán las cuentas y se elaborará el balance, el inventario y el estado de resultados”. No es muy precisa la disposición cooperativa al respecto.

En cambio, la norma tributaria sí es específica en este punto y en el artículo 357 del ET señala que:

(...) para determinar el beneficio neto o excedente se tomará la totalidad de los ingresos, y se restará el valor de los egresos cualquiera sea su naturaleza, que tengan relación de causalidad con los ingresos o con el cumplimiento de su objeto social de conformidad con lo dispuesto en este título, incluyendo en los egresos las inversiones que hagan en cumplimiento del mismo. (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el Decreto 4400 de 2004, sobre la reglamentación de la determinación de este

beneficio neto o excedente en materia tributaria por parte de las entidades del sector cooperativo y las asociaciones mutuales, se determinará siguiendo las regulaciones que para los ingresos, egresos y determinación del excedente consagra el mismo Decreto 4400. *Un aspecto que vino a regular concretamente fue lo relacionado con las reservas, provisiones y los fondos constituidos conforme con la legislación cooperativa, pues señaló que no se aceptaba como egresos procedentes, si no estaban aceptados expresamente en el estatuto.* (Castro, s.f.)

Con la nueva reglamentación se modifica totalmente el régimen tributario del sector cooperativo, invirtiendo la ecuación de dependencia. Inicialmente la legislación tributaria remitía a la legislación cooperativa para regular la determinación del ingreso, el egreso y el excedente, ahora la norma tributaria condiciona la constitución de fondos bajo la legislación cooperativa a su aceptación por parte del ET. Si los fondos cooperativos se constituyen cumpliendo con los requisitos de la legislación cooperativa pero desconociendo los tributarios, no serán aceptados como egresos procedentes por parte de la legislación fiscal.

Sobre la determinación del excedente gravado, el artículo 5o. del Decreto 4400 de 2004 señala lo siguiente:

El beneficio neto o excedente gravado será el resultado de tomar la totalidad de los ingresos, ordinarios y extraordinarios, cualquiera sea su naturaleza o denominación, que no se encuentren expresamente exceptuados de gravamen y restar de los mismos los egresos que sean procedentes de conformidad con el artículo 4o. de este

decreto. (Lo dispuesto en el artículo 4o. es lo que acabamos de estudiar sobre egresos)

Al determinarse estos excedentes se establece la existencia de pérdidas fiscales, al igual que ocurre con los contribuyentes del régimen tributario general, quienes podrán compensar con los beneficios netos de los periodos siguientes, conforme a lo establecido en el artículo 147 del Estatuto. Esto es, que las pérdidas del ente cooperativo no serán trasladables a los cooperados y el término de firmeza de las declaraciones de renta y sus correcciones en las que se determinen o compensen las pérdidas fiscales, será de cinco (5) años contados a partir de la fecha de su presentación.

De esta norma se resalta la modificación que del término de firmeza ordena la norma, al pasarla de dos (2) a cinco (5) años, consagrado en el artículo 714 del ET.

¿Pero quién decide sobre la compensación de pérdidas en las cooperativas? La compensación de pérdidas es una medida que adopta la Asamblea General o el máximo órgano directivo, para lo cual es indispensable consignar esta decisión en el acta respectiva, antes de presentar la declaración de renta de dicho año gravable, según lo ordena el artículo 6o. del Decreto 4400 de 2004.

Ahora, también puede suceder que el máximo órgano social disponga constituir reservas con estos excedentes, las cuales en las entidades con régimen tributario especial se denominan asignaciones permanentes.

La legislación cooperativa señala de manera taxativa cómo destinar o aplicar los excedentes, según se ordena en los artículos 54 y 55 de la Ley 79 ibídem, así:

Si del ejercicio resultaren excedentes, estos se aplicarán de la siguiente forma: un veinte por ciento (20%) como mínimo para crear y mantener una reserva de protección de los aportes sociales; un veinte por ciento (20%) como mínimo para el fondo de educación y un diez por ciento (10%) mínimo para un fondo de solidaridad.

El remanente podrá aplicarse, en todo o parte, según lo determinan los estatutos o la asamblea general, en la siguiente forma:

- 1. Destinándolo a la valorización de aportes, teniendo en cuenta las alteraciones en su valor real.*
- 2. Destinándolo a servicios comunes y seguridad social.*
- 3. Retornándolo a los asociados en relación con el uso de los servicios o la participación en el trabajo.*
- 4. Destinándolo a un feudo para amortización de aportes de los asociados.*

Por su parte, el artículo 55 *ibídem* ordena lo siguiente:

No obstante lo previsto en el artículo anterior, el excedente de las cooperativas se aplicará en primer término a compensar pérdidas de ejercicios anteriores.

Cuando la reserva de protección de los aportes sociales se hubiere empleado para compensar pérdidas, la primera aplicación para el excedente será la de establecer la reserva al nivel que tenía antes de su utilización.

En el campo tributario este tema es regulado por el artículo 9º del Decreto 4400 de 2004 que dispone:

Las asignaciones permanentes están constituidas por el beneficio neto o excedente que se reserve para realizar inversiones en bienes o derechos, con el objeto de que sus rendimientos permitan el mantenimiento o desarrollo permanente de alguna de las actividades de su objeto social. La entidad podrá optar por invertir en diversos activos negociables, salvo las limitaciones legales o restricciones de los organismos de control.

Ahora, como la disposición tributaria habla de restricciones legales, pertinente es mirar cuáles son las restricciones legales que establece la legislación cooperativa.

Desde luego, la Ley 79 de 1988, expedida el 23 de diciembre del mismo año, en su artículo 60. ordena que a ninguna cooperativa le será permitido:

1. Establecer restricciones o llevar a cabo prácticas que impliquen discriminaciones sociales, económicas, religiosas o políticas.
2. Establecer con sociedades o personas mercantiles, combinaciones o acuerdos que hagan participar a éstas, directa o indirectamente, de los beneficios o prerrogativas que las leyes otorgan a las cooperativas.
3. Conceder ventajas o privilegios a los promotores o fundadores, o preferencias a una porción cualquiera de los aportes sociales.
4. Desarrollar actividades distintas a las enumeradas en sus estatutos, y
5. Transformarse en sociedad comercial.

Hasta ahora se ha tratado acerca de los in-

grosos, qué egresos son aceptados por la legislación tributaria, la determinación del excedente y el destino que deben tener los mismos. Ahora, cabe estudiar qué destinación debe dársele al excedente cooperativo, para gozar de la exención y, en su defecto, qué pasa si no cumple con dichos requisitos. En primer lugar se debe advertir que en este campo también hubo un cambio en la regulación tributaria, pues inicialmente el Decreto 124 de 1997 condicionaba su exención a que se destinara en la forma prevista por la legislación cooperativa vigente, lo cual vino a modificarse y ajustarse a la legislación tributaria, como se nota a continuación.

Sin abandonar la precisión sobre el cambio en la legislación tributaria, se observa primero el régimen cooperativo, para reseñar los efectos de esta legislación cooperativa en la legislación fiscal. Siendo así, se debe señalar que el artículo 54 de la Ley 79 de 1998, ordena que:

Si del ejercicio resultaren excedentes, estos se aplicarán de la siguiente forma: un veinte por ciento (20%) como mínimo para crear y mantener una reserva de protección de los aportes sociales: un veinte por ciento (20%) como mínimo para el fondo de educación y un diez por ciento (10%) mínimo para un fondo de solidaridad.

El remanente podrá aplicarse, en todo o en parte, según lo determinan los estatutos o la asamblea general en la siguiente forma:

1. *Destinándolo a la revaloración de aportes, teniendo en cuenta las alteraciones en su valor real.*
2. *Destinándolo a servicios comunes y seguridad social.*
3. *Retornándolo a los asociados en re-*

lación con el uso de los servicios o la participación en el trabajo.

4. *Destinándolo a un feudo para amortización de aportes de los asociados.*

Si comparamos esta legislación con la legislación comercial establecida para las sociedades comerciales, en materia de reserva observamos las siguientes características:

1. En la legislación comercial se habla de utilidades, en la cooperativa de excedentes.
2. En la legislación cooperativa (pese a ser de naturaleza contractual el acuerdo cooperativo) su actividad es más reglada que autónoma. En cambio en las sociedades comerciales, para la constitución de reservas solamente son regladas las reservas legales, pues las estatutarias y las voluntarias las definen los socios o accionistas. (Arts. 371, 451 y 452 C. Co).
3. El porcentaje de repartición que pueden destinar libremente los socios o accionistas, es más probable que sea mayor en las sociedades comerciales que en las cooperativas, pues respetados los topes legales para las reservas legales (mínimo el 50%) y eventualmente las estatutarias, las sociedades pueden disponer libremente del saldo. En cambio, para las cooperativas, está reglado prácticamente el 100% de los excedentes.

Con respecto a la compensación de pérdidas, basta señalar que el artículo 55 de la Ley 79 de 1998, dispone que "el excedente de las cooperativas se aplicará en primer término a compensar pérdidas de ejercicios

anteriores”. Señala además que “cuando la reserva de protección de los aportes sociales se hubiere empleado para compensar pérdidas, la primera aplicación para el excedente será la de establecer la reserva al nivel que tenía antes de su aplicación”.

La legislación cooperativa plasma la opción de ordenar la constitución de reservas voluntarias por parte de los cooperados, pues el artículo 56 de la Ley 79 de 1998 indica que

(...) las cooperativas podrán crear por decisión de la asamblea general otras reservas y fondos con fines determinados. Igualmente podrán prever en sus presupuestos y registrar en su contabilidad incrementos progresivos de las reservas y fondos con cargo al ejercicio anual.

Visto hasta acá la determinación del excedente y su destinación conforme a la ley cooperativa, atrás el análisis señala que el régimen tributario para las cooperativas fue modificado y, en particular, no solo en lo relacionado con la determinación del excedente sino en la destinación del excedente. Ahora se estudiará qué destino debe dársele a ese excedente para gozar de la exención y qué pasa si no se cumplen los requisitos del beneficio tributario.

El artículo 358 del ET ordena que:

El beneficio neto o excedente determinado de conformidad con el artículo anterior, tendrá el carácter de exento cuando se destine directa o indirectamente, en el año siguiente a aquél en el cual se obtuvo, a programas que desarrollen dicho objeto social. El beneficio neto o excedente gene-

rado en la no procedencia de los egresos, no será objeto del beneficio de que trata este artículo. (Subrayado fuera de texto)

La parte del beneficio neto o excedente que no se invierta en los programas que desarrollen su objeto social, tendrá el carácter de gravable con el año en que esto ocurra.

Siendo así, del texto legal se infieren tres aspectos:

1. *Que el beneficio tributario está ligado a que el excedente se destine a programas que desarrollen su objeto social.* Cuando la disposición tributaria está hablando de programas que desarrollen su objeto social, remite directamente a la legislación cooperativa, y en la medida en que cambie esta legislación, necesariamente afecta la consecuencia o el efecto fiscal consagrado en la norma. Se crea una dependencia de la norma fiscal a la legislación cooperativa.
2. *Es fundamental determinar qué egresos son procedentes, son admitidos.* Los excedentes que no procedan de los egresos, serán gravados. Entonces, es fundamental mirar la norma que señala los criterios o requisitos para la procedencia de egresos, que según se señaló anteriormente, es regulado por el ET.
3. *La parte del beneficio que no se invierta en estos programas será gravada con la tarifa de renta.* Acá no se presenta una remisión a la legislación cooperativa, sino que basta establecer el destino del excedente.

Inicialmente el artículo 5o. del Decreto 124 de 1997 ordenaba que el excedente era exento del impuesto sobre la renta y com-

plementarios en la parte que se destinara en la forma prevista por la legislación cooperativa vigente. Seguía el mismo criterio que venía aplicando con los ingresos, egresos y la determinación del excedente.

Pero con la expedición del 4400 de 2004, se integró la norma fiscal con la cooperativa, en la medida en que dispuso que el beneficio estaría exento del impuesto de renta y complementarios, en la parte que cumpliera totalmente con las condiciones del régimen cooperativo y tributario. Y lo hizo cuando en su literal a) dispuso que el beneficio neto se estableciera observando la determinación del ingreso, egreso y determinación del excedente plasmada en el Decreto 4400 de 2004 y se destinara conforme al artículo 54 de la Ley 79 de 1988, atrás señalado.

Ordenó también que al menos el 4% del excedente o beneficio neto se destine a financiar cupos y programas de educación formal en los niveles preescolar, básico o medio aprobados por el ICFES. Y señala también la apropiación de estos recursos de los Fondos de Educación y Solidaridad de que trata el artículo 54 de la Ley 79 de 1998.

Ahora, ¿qué pasa si a ese excedente se le da una destinación distinta a la preceptuada por la norma fiscal, en especial el Decreto 4400 de 2004? Que la parte de este excedente estará gravado con el impuesto sobre la renta y complementarios a la tarifa del veinte por ciento (20%), sin que proceda deducción o descuento sobre este impuesto. También se podría preguntar ¿qué tratamiento ha dado la doctrina al evento en que la entidad cooperativa obtenga un excedente contable, pero liquida pérdida fiscal, y más concre-

tamente, si está obligado a destinar el 20% del beneficio neto o excedente contable en educación formal?

Antes que estudiar la respuesta dada por la doctrina, se debe hacer precisión en torno a la ganancia fiscal y la contable. La ganancia fiscal es aquella determinada conforme al ET y la ganancia fiscal, de conformidad con las normas que rigen la manera de llevar la contabilidad. Surgen de contabilizar o registrar las operaciones de acuerdo con las normas y técnicas de contabilidad generalmente aceptadas. Sobre la respuesta dada por la doctrina, la oficina jurídica conceptuó lo siguiente:

La destinación del beneficio neto o excedente contable, en los términos del artículo 12 del Decreto 4400 de 2004, es una condición para que el beneficio o excedente fiscal sea exento del impuesto sobre la renta; si este excedente (el fiscal) no se produce, sino que, por el contrario, se obtiene una pérdida, la destinación del excedente contable deja de ser obligatoria, pues no existe un beneficio fiscal respecto del cual deba solicitarse la exención.

Continuando con el régimen aplicable al impuesto sobre la renta, se avoca el conocimiento de las normas que regulan la retención en la fuente para este tipo de contribuyentes, no sin antes estudiar el concepto de retención en la fuente.

Como primer aspecto, se precisa que la retención en la fuente no es un impuesto sino una modalidad de recaudo del impuesto, que puede versar sobre el impuesto sobre la renta, IVA e Industria y Comercio.

¿Cuál es el fundamento legal de la reten-

ción en la fuente? La retención tiene su asidero legal en el artículo 365 del ET, el cual dispone:

El gobierno nacional podrá establecer retenciones en la fuente con el fin de facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del impuesto sobre la renta y sus complementarios, y determinará los porcentajes tomando en cuenta la cuantía de los pagos o abonos y las tarifas del impuesto vigentes, así como los cambios legislativos que tengan incidencia en dichas tarifas, las cuales serán tenidas como buena cuenta o anticipo.

Sobre el concepto de la retención se puede decir que es un mecanismo de recaudo del tributo, en aquellos gravámenes de periodo con el fin de acortar los plazos de causación o exigibilidad del impuesto y la fecha de pago del mismo. Es una manifestación de la facultad de cobro que tiene la administración tributaria, buscando la celeridad y la facilidad del gravamen.

Para cierto tipo de contribuyentes que no están obligados a presentar declaración de renta, los valores retenidos a título de impuesto vienen a configurar su impuesto a cargo. Es decir, que esta clase de sujetos pasivos están obligados al pago de la obligación tributaria principal y no al cumplimiento de obligaciones accesorias, como es la presentación de la declaración de renta. Surgen obligaciones de dar (pago de la prestación debida) y no obligaciones de hacer (presentar la declaración de renta). Así lo dispone el artículo 594 del ET cuando señala que: “Para los asalariados no declarantes, el certificado de ingresos y retenciones, con el cumplimiento de los requisitos señalados en las normas legales, remplaza para todos

los efectos, la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios.”

De otro lado, la retención en la fuente es un deber legal consagrado en el artículo 375 del ET, el cual señala que “están obligados a efectuar la retención o percepción del tributo, los agentes de retención que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar dicha retención o percepción”.

La retención en la fuente es un deber relacionado con el recaudo de la obligación tributaria. Al respecto el tratadista Juan Rafael Bravo Arteaga (1997) sostiene lo siguiente:

Los deberes tributarios que tienen por objeto facilitar la recaudación, están principalmente constituidos por los de retener en la fuente, hacer anticipos y percibir de terceros la recaudación.

Deber de retener en la fuente. *Este deber ha venido creciendo en importancia en los últimos años. Inicialmente con respecto a la renta de los contribuyentes, al terminar la década de los años sesenta. Posteriormente se estableció la llamada autoretención, a mediados de los años ochenta, que en realidad corresponde a un anticipo del impuesto de renta. Más adelante se consagró el timbre, al comenzar la década de los noventa. Finalmente, hacia la mitad de la misma década, se estableció para los impuestos de venta y para los impuestos locales de industria y comercio. La importancia de este deber en el derecho tributario moderno se debe a las enormes ventajas que representa para el manejo de las finanzas públicas, por la liquidez que ofrece a las tesorerías respectivas, y a la aceptación que tiene entre los contribuyentes, quienes prefieren acomodar sus gastos,*

al ingreso neto que les queda después de la retención, a cambio de verse sorprendidos con una obligación tributaria, para la cual no han hecho ahorros, cuando se presenta la declaración tributaria con la liquidación privada.

El deber de retener se puede descomponer en una serie de sub-deberes, claramente coordinados entre sí, que se pueden describir así:

1) En primer lugar, se presenta un deber de no hacer, consistente en abstraerse de pagar una parte de las obligaciones de derecho privado a cargo del agente retenedor.

2) En segundo lugar, existe un deber de hacer, consistente en informar al fisco sobre las retenciones practicadas, lo cual se realiza mediante la “declaración de retenciones”.

3) Luego aparece el deber de entregar las sumas retenidas al tesoro público, mediante la respectiva consignación, que debe estar acorde con el contenido de la declaración de retenciones. Este deber, si bien se miran las cosas, es una obligación de “hacer” y no de “dar”; pues el dinero respectivo no proviene del patrimonio del agente retenedor, sino del sujeto pasivo de la retención. En realidad es éste último quien realiza la prestación de “dar”, por conducto del agente de retención, quien lo representa ante el fisco para tal efecto.

4) Finalmente, se presenta el deber de expedir certificados a los sujetos pasivos de la retención, a fin de que puedan hacer valer ante el fisco el pago a buena cuenta de la obligación tributaria a su cargo.

El concepto verdadero de retención en la fuente, que consiste en la integración de los deberes que quedan enumerados, ha sido extendido analógicamente por el legislador

a otras situaciones que son llamadas así, pero que no corresponden a la esencia de la retención en la fuente. Tal es el caso de las siguientes instituciones:

1. En el caso de la retención del impuesto a las ventas, el adquiriente de bienes y servicios gravados, quien es el sujeto económico del impuesto y ha sido sustituido por el responsable en la sujeción pasiva del gravamen, viene a ser restituido en su posición original como titular de la capacidad económica, al ser obligado a pagar directamente al fisco la suma que está obligado a “retener” según las normas legales. Si la retención hace referencia a una parte de la obligación de derecho privado, según su clasificación original, aquí no hay propiamente “retención”, pues esta obligación se efectúa sobre el impuesto por pagar y no sobre el precio.
2. En el caso de la llamada “retención por ventas” del impuesto de industria y comercio en Bogotá, tampoco hay propiamente retención, sino “agencia de percepción”, pues el vendedor no puede retener sobre el precio, ya que no es su obligación, sino exigir que tal valor se incremente con el de la llamada “retención por ventas”.
3. En el caso de los funcionarios públicos, como los notarios, que intervienen en determinados contratos, la obligación que se les impone de exigir una determinada suma a las partes, como buena cuenta del impuesto a la renta, aunque se la llama “retención” no es en verdad esta clase de obligación, sino una agencia de percepción del tributo.

Es importante notar que este deber tiene como finalidad fundamental efectuar un abono anticipado a la obligación tributaria, que puede surgir a cargo del sujeto pasivo de la retención; por tal razón, el artículo 367 del ET establece que la retención “tiene por objeto conseguir en forma gradual que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio gravable en que se cause”.

Así, pues, el deber de retener nace antes que la obligación tributaria a cuya satisfacción está destinada la retención. Por consiguiente, el deber de retener no es accesorio de la obligación tributaria en el sentido técnico de la expresión, pues puede existir sin ésta (Art. 1499, C. Co.), pero obviamente su única finalidad es asegurar el cumplimiento de tal obligación.

Se ha pensado que el deber de retener es autónomo respecto de la obligación tributaria, hasta el punto de considerar que el fisco puede cobrar legítimamente el importe del tributo y el de la retención. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado, en sentencia del 5 de noviembre de 1993, dijo lo siguiente:

Como se puede apreciar, el asunto se circunscribe a dilucidar si el banco A dejó o no de cumplir con la obligación de retener que le imponía la ley sobre pagos o abonos en cuenta efectuados a terceros, independientemente de que el banco B esté o no a paz y salvo con sus obligaciones fiscales, aspecto sobre el cual la parte demandante ha insistido a través de toda actuación. En efecto, examinados los documentos que aparecen a través de toda la actuación se evidencia que el banco A en algunos casos incumplió con la obligación de retener el correspondiente porcentaje sobre pagos por servicios y honorarios; y, en otros,

apenas lo hizo parcialmente sobre los mismos conceptos sobre pagos o abonos efectuados a terceros, hecho que lo coloca en la situación prevista en el artículo 370 del Estatuto Tributario, según el cual “no realizada la retención o percepción, el agente responderá por la suma que está obligado a retener o percibir sin perjuicio de su derecho de reembolso contra el contribuyente, cuando aquél satisfaga la obligación. Las sanciones o multas impuestas al agente por incumplimiento de sus deberes serán de su exclusiva responsabilidad.

La autonomía del deber de retener no puede llevar hasta la conclusión de que no tiene una simple naturaleza instrumental, sino que es otra obligación tributaria independiente. Jamás debe perderse de vista que la retención tiene por objeto que el agente de retención pague una buena cuenta de la obligación tributaria del sujeto pasivo de la retención. Por consiguiente, el objeto del deber y de la obligación es uno solo. Hay dos objetos independientes entre sí. Por tal razón la retención no es otro tributo, sino un deber que sirve de instrumento de recaudación tributaria (Castro, s.f.). En caso de que el agente de retención no cumpla con su primer deber, cual es el de abstenerse de entregarle una parte del pago al beneficiario de la renta, el artículo 370 del ET señala que “el agente responderá por la suma que esté obligado a retener o percibir, sin perjuicio de su “derecho de reembolso”.

Otra manifestación del régimen tributario especial que rige para el sector cooperativo es el beneficio del que gozan, según el cual a este tipo de contribuyentes no les serán aplicables los sistemas de renta por comparación patrimonial y renta presuntiva

(Castro, s.f.). De igual modo, no están obligados al cálculo del anticipo, ni a efectuar ajustes integrales por inflación para efectos fiscales, según lo dispone el artículo 19 del decreto 4400 de 2004, el cual se ha venido estudiando.

¿Qué significa este beneficio? En primer lugar la renta presuntiva y la renta por comparación patrimonial son rentas líquidas especiales. Sobre el particular, la doctrina, en cabeza del tratadista Ramírez (1982), explica el concepto de rentas líquidas especiales en los siguientes términos:

Así como existen ciertas especies de ingresos que carecen de costo, y por lo tanto son de por sí rentas brutas (como las exclusivas de capital y de trabajo), lo que permite afectarlas con deducciones para obtener la respectiva renta líquida, existen también otras especies de ingresos que carecen tanto de costos como de deducciones y por consiguiente son de por sí rentas líquidas, tales como la recuperación de deducciones, la renta de goce y la renta presuntiva. En otros casos, se trata de sistemas especiales en la determinación tanto de costos como de deducciones, como en los contratos de servicios autónomos (Castro, s.f.).

Legalmente la figura o modalidad de determinación de la renta está consagrada en el artículo 188 de nuestro ET en los siguientes términos:

Para efectos del impuesto sobre la renta, se presume que la renta líquida del contribuyente no es inferior al tres por ciento (3%) de su patrimonio líquido, en el último día del ejercicio gravable inmediatamente anterior.

Al respecto se debe indicar que la renta presuntiva es un sistema alternativo de determinación de la renta del contribuyente que se aplica alternativamente con respecto al sistema de determinación ordinaria consagrado en el artículo 26 de nuestro estatuto para los contribuyentes con régimen tributario ordinario. Como el objeto de estudio es el régimen tributario de las cooperativas y se ha venido diciendo que éstas tienen un régimen especial, debemos concluir que el sector cooperativo tiene como sistema ordinario de depuración de la renta el consagrado en el artículo 357 del ET y que en virtud del beneficio legal de excluirlos de la renta presuntiva y del sistema de determinación de la renta por comparación, es necesario concluir que el único sistema de determinación de la renta o beneficio neto para el sector cooperativo es el consagrado en el artículo 357, el cual dice:

Para determinar el beneficio neto o excedente se tomará la totalidad de los ingresos, cualquiera sea su naturaleza, y se restará el valor de los egresos de cualquier naturaleza, que tengan relación de causalidad con los ingresos o con el cumplimiento de su objeto social de conformidad con lo dispuesto en este título, incluyendo en los egresos las inversiones que hagan en cumplimiento del mismo.

Ahora cabe estudiar el concepto del sistema especial de determinación de la renta denominado renta por comparación patrimonial. Doctrinalmente el tratadista Ramírez (1982) la explica en los siguientes términos:

Si es renta todo ingreso susceptible de destinarse al ahorro o inversión neta, quiere decir que también es susceptible de desti-

narse al consumo personal, o en parte a este y en parte a aquél; de donde resulta necesariamente que la renta líquida como renta personal, no puede ser inferior a la diferencia entre el patrimonio líquido gravable y del anterior. Si aquella renta líquida declarada es inferior a esta diferencia, ello significa que el sujeto capitalizó un ingreso constitutivo de renta superior al denunciado; y, por lo tanto, la ley presume que la diferencia, en tal caso, es renta líquida que es gravable.

En el campo legal, la renta por comparación patrimonial es consagrada y definida por el artículo 236 del ET en estos términos:

Cuando la suma de la renta gravable, las rentas exentas y la ganancia ocasional neta resultare inferior a la diferencia entre el patrimonio líquido del último periodo gravable y el patrimonio líquido del periodo inmediatamente anterior, dicha diferencia se considera renta gravable, a menos que el contribuyente demuestre que el aumento patrimonial obedece a causas justificativas.

Este es un beneficio que puede conllevar a incentivar aún más la capitalización del sector cooperativo, al no existir la eventual posibilidad de gravarlos mediante el sistema de comparación patrimonial.

Con respecto al procedimiento tributario, las disposiciones tributarias y en especial el Decreto 4400 de 2004, en su artículo 18, ordena la aplicación de las normas de procedimiento y sanción establecidas en el ET. Es decir, todas las obligaciones de hacer que también aplican para los contribuyentes con régimen ordinario.

REFERENCIAS

- Bravo, J. (1997). *Nociones fundamentales de derecho tributario*. (2a. ed.). Ediciones Rosaristas.
- Castro, (s.f). Portal, "Régimen Tributario del Sector Cooperativo". Grupo Editorial Nueva Legislación. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. Sección IV (1993). Bogotá.
- Dirección Distrital de Impuestos de Bogotá. Subdirección de Normatividad y Doctrina (2005). Concepto No. 64.449. Bogotá.
- Presidencia de la República, (2004). *Decreto Ley 4440, Ministerio de la Protección Social*. Diario oficial 45.777. Bogotá, Colombia.
- Ramírez, A. (1982). *Derecho tributario*. Bogotá: Editorial Temis.

