

DEDUCIBILIDAD DE LA PROVISIÓN PARA PAGO DE JUBILACIONES

Por CARLOS RAMIREZ GUERRERO

La Ley 7ª de 1967 reprodujo en su Artículo 4º el 43, numeral 13, de la Ley 81 de 1960 y le incluyó un párrafo según el cual las sociedades vigiladas por las correspondientes superintendencias “podrán reservar y deducir cuotas anuales para el pago de futuras pensiones de jubilación e invalidez, en cuanto no estuvieren amparadas por seguros o por el ICSS, y siempre y cuando éstas resulten de la aplicación adecuada de un sistema de cálculo de reconocido valor técnico, calificado así previamente por el Gobierno”.

El 23 de Marzo de 1968 se expidió el Decreto 426 para reglamentar dicha ley y la número 171 de 1961, también sobre pensiones de jubilación. El artículo 7º de este reglamento fue acusado ante el Consejo de Estado, corporación que, desde la admisión de la demanda, suspendió sus efectos por Auto del 15 de Enero de 1970 y luego lo declaró nulo mediante sentencia proferida el 3 de Junio del mismo año. Había previsto que el sistema de cálculo lo elaborara la División de Impuestos Nacionales para someterlo después a la aprobación del Gobierno y que, mientras tanto, se aceptara “a partir del año gravable de 1967, como reserva deducible, el tres por ciento (3%) del valor anual de las pensiones causadas y que se están pagando”.

El punto por analizar ante esta situación es el de si los contribuyentes tienen derecho hoy por hoy a la deducción de la provisión para pagar las pensiones jubilatorias que se están causando, o si ese derecho sólo podrá reconocérseles cuando el Gobierno Nacional expida un nuevo reglamento que sustituya el que fue anulado.

Consecuencias de la nulidad.

La Nulidad declarada en vía contencioso-administrativa, produce, como se sabe, efecto general contra todos, es decir, tiene los mismos atributos de generalidad e impersonalidad de la regla de derecho materia de la anulación (Ley 167 de 1941, Artículo 70). De otro lado, como estas sentencias no están sujetas a revisión posterior alguna (Artículo 92 *ibídem*), se tiene como presunción de derecho la de que han sido dictadas de modo congruente con las peticiones de la demanda y en completa subordinación a las normas superiores cuyo imperio reafirman al declararlas infringidas por la inferior que anulan. Por consiguiente, produciendo el mismo efecto de toda regla de derecho objetivo, debe interpretárseles o aplicárseles con sujeción a los mismos criterios, uno de ellos, en el sentido que produzcan consecuencias y que guarden con esas normas superiores la debida correspondencia y armonía.

En el fallo de que se trata el Consejo de Estado hizo las siguientes declaraciones:

“Es evidente que la Ley quiso establecer un sistema de cálculo de “reconocido valor técnico” para efecto de las reservas y deducciones

DEDUCIBILIDAD DE LA PROVISION PARA PAGO DE JUBILACIONES

por cuotas anuales para el pago de futuras pensiones de jubilación e invalidez, sin embargo, el decreto reglamentario estableció cosa muy distinta pues fijó un porcentaje sobre pensiones causadas, lo que no obedece a ningún principio científico”.

Sobre la transitoriedad del sistema conceptuó:

“...por transitorio que sea desconoce la voluntad del legislador, por establecer un sistema mecánico y no científico, aún en el aspecto transitorio aparece la violación de la letra y del espíritu de la ley”.

Respecto del límite de la deducción, “...el tres por ciento (3%) del valor anual de las pensiones causadas y que se están pagando”, consideró:

“Con este sistema quedan por fuera (...) todas las sociedades que aún en pleno desarrollo de su vida jurídica no tienen pensiones de jubilación e invalidez consolidadas...”

“Indudablemente la ley, como una garantía de solidez del capital social, pero más que todo como una forma de asegurar a los trabajadores el pago oportuno de sus prestaciones sociales, en el caso concreto de las pensiones de jubilación o invalidez, estableció el sistema de la reserva para tal fin con un alto sentido social; en consecuencia, al dejar por fuera un número considerable de sociedades que aún no tienen consolidadas esas prestaciones, se violó la voluntad del legislador, pero no sólo ésta sino la letra clara de la ley porque ella habla simplemente de pensiones futuras no limitándolas, como lo hace el decreto reglamentario, a unos porcentajes sobre pensiones causadas y que se están pagando.

“...son precisamente las empresas nuevas, en vías de desarrollo, las que necesitan establecer las reservas para el pago de pensiones de jubilación o invalidez y no precisamente las que ya las están pagando, porque, como es obvio, las reservas carecen en absoluto de sentido cuando se refieren a gastos realizados, como es éste del pago de pensiones, cuando las empresas ya están atendiendo a dicha obligación legal”.

Aplicados a esta sentencia los principios generales de derecho antes apuntados, según los cuales va en ella implícita la ratificación, precisamente, de que está vigente la norma superior de la Ley 7ª de 1967, Artículo 4º, se extraen las siguientes reglas:

- a) Mientras el cálculo de la provisión resulte de aplicar un sistema de valor técnico reconocido por el Gobierno, es deducible de la renta la cuota o suma que se cargue a la cuenta de Pérdidas y Ganancias durante cada ejercicio fiscal, hasta cuando se complete el valor total de la provisión que así se haya establecido y que corresponde al actual de las pensiones futuras;
- b) Es ilegal cualquier restricción que se decrete al monto deducible anual resultante de dicho cálculo;
- c) La deducción debe aceptarse fiscalmente a partir del año gravable de 1967;

d) Como el artículo anulado atribuyó a la División de Impuestos Nacionales la determinación del sistema para calcular el valor actual de las pensiones futuras, la directriz que a ese organismo se impartió en el Artículo 8º del Decreto 426 de 1968 quedó sin ningún valor normativo;

e) Otro tanto ocurrió con el Artículo 9º, ordinal a), del mismo Decreto.

Aprobación gubernamental del cálculo actuarial.

Cómo entonces, dar operancia a la regla c) anterior? Por disponer el legislador que el Gobierno calificara el mérito técnico del sistema para calcular la cuota anual del valor actual de las pensiones futuras deducible en cada ejercicio y haber procedido el Gobierno a ello mediante un decreto reglamentario declarado nulo después, no es reconocimiento idóneo el que este mismo haya hecho o haga mediante providencias de carácter particular y también en ejercicio de sus atribuciones constitucionales ordinarias?

Por tratarse de una prescripción de la misma Carta, es de conocimiento general que, en guarda del principio fundamental en nuestra organización política sobre separación de poderes, la delegación de facultades legislativas en el Presidente de la República debe ser precisa y por un tiempo determinado (Artículo 76, ordinal 12). Cuando el legislador condiciona la vigencia y efectos de una ley a la ejecución de un acto del Gobierno, le señala el plazo dentro del cual éste debe proceder a realizarlo. Por ello y como lo que normalmente ocurre es que la ley se expide dentro del marco de la Constitución, no es dable interpretar el Artículo 4º de la Ley 7ª de 1967 como una delegación de las facultades del Congreso, pues no le señaló al Gobierno plazo alguno para que dictaminara qué procedimiento de cálculo actuarial tiene valor técnico para los fines de deducir de la renta la provisión que se apropie con destino a pagar pensiones de jubilación. Entonces, el acto ejecutivo estatuyente de tal procedimiento y que puede ser aplicable debe buscarse en las reglas que atribuyen esas competencias ordinarias al Gobierno.

Entre las funciones de la suprema autoridad administrativa que señala el Artículo 120 de la actual codificación están las de ejercer "como atribución constitucional propia, la intervención necesaria... en las actividades... que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado" (ordinal 14), y "la inspección necesaria sobre... las sociedades mercantiles, conforme a las leyes" (ordinal 15). Tales intervención e inspección tienen entre sus propósitos primordiales la protección de los sectores de la comunidad a los que interesa el desarrollo de las actividades mencionadas en estos ordinales y obedecen al deber fundamental que la misma Carta impone a las autoridades (Artículo 16). Una de las formas como se manifiesta ese propósito es pues, vigilando cómo las sociedades mercantiles cumplen las leyes laborales que amparan al trabajador y las de índole comercial que miran al interés del inversionista y de quienes contratan con ellas.

En el campo de la legislación social y concretamente respecto del pago futuro de las pensiones de jubilación que se están causando, las anteriores transcripciones de la sentencia del Consejo de Estado son suficientes para resaltar la importancia que tiene para los trabajadores que las empresas obli-

DEDUCIBILIDAD DE LA PROVISION PARA PAGO DE JUBILACIONES

gadas al pago de las pensiones de vejez e invalidez que se están causando, apropien periódicamente con cargo a las utilidades del giro de sus negocios las sumas necesarias para el pago futuro de dichas prestaciones. No es menor la importancia que ello mismo tiene para el accionista y en general, para quienes tengan alguna relación económica con las sociedades mercantiles, puesto que disposiciones imperativas imponen este tipo de medidas financieras en guarda de la solidez del capital de las empresas; obsérvese que “los dividendos se deducirán exclusivamente de los beneficios líquidos, justificados por los inventarios y balances aprobados por la asamblea general de accionistas” (C. de Co., Art. 588, in fine), que “la sociedad que no compute en sus costos y gastos las sumas necesarias para... garantía de su patrimonio, no podrá distribuir ni pagar dividendos” (Decreto 2521 de 1950, Artículo 183) y que “deberán calificarse, igualmente, como fondo para atender a contingencias por pérdidas, las sumas que las sociedades apropien... para el seguro de vida de sus empleados y obreros cuando las sociedades se constituyan en sus propios aseguradores” (Artículo 168 del mismo Decreto 2521).

En ejercicio de su función inspectora, el Gobierno, por intermedio de su delegado el Superintendente de Sociedades, se ha pronunciado sobre este tipo de provisiones en distintas oportunidades, como en el Oficio J/5568, del 27 de Abril de 1964, así:

“Nuestra legislación ha reconocido la necesidad de formar estas provisiones, tal como se desprende del Artículo 168 del Decreto 2521 de 1950....”

“Esta provisión para jubilación de empleados debe ser creada lógicamente con cargo al costo industrial, o a los gastos generales de la empresa, o a los gastos de operación como lo denominan en su comunicación. En efecto, si la sociedad como consecuencia del postulado de la empresa en marcha, padece un riesgo creado en el desarrollo de sus operaciones normales, las sumas que destina para hacer frente a ese riesgo, que no son más que el precio de éste, deben afectar los costos de tales operaciones. No se ve razón para dar un tratamiento contable diferente a la prima que se paga a una compañía aseguradora para que asuma el riesgo y a la suma con la cual crea una provisión para prevenir el acaecimiento de ese mismo riesgo, siendo así que una y otra se asemejan en cuanto constituyen una previsión de la ocurrencia del siniestro y una protección contra la realización de éste.

“Pero la cantidad con la cual ha de formarse o de incrementarse la provisión para jubilaciones, con cargo a costos o gastos de operación, no puede ser arbitraria; debe tener como base cálculos estadísticos....”

“En tal virtud, únicamente pueden cargarse a gastos de operación las sumas que equivalgan al precio del riesgo, es decir, la prima pura, calculada mediante procedimientos actuariales científicamente aceptables y debidamente aprobados por esta Superintendencia. Sólo a través de este medio puede cumplirse cabalmente el postulado de la veracidad en los gastos de operación, y por ende en el estado de pér-

idas y ganancias y en el balance". (He subrayado. Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas. Tomo XX, No. 36).

Con estas resoluciones vistas como desempeño de la función de vigilancia atribuida a la primera autoridad administrativa del Estado, a la vez que se protegen intereses de las fuerzas de producción —capital y trabajo— que convergen en la actividad de las sociedades mercantiles, se protegen también otros intereses superiores del mismo, concretamente aquellos cuyo cuidado encomienda el ordinal 11 del Artículo 120 de la Carta, a saber, "la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos"; en efecto, así como la provisión para pagar jubilaciones en el futuro debe tener una cuantía técnicamente calculada para evitar que con los respectivos cargos a la cuenta de resultados se burle a los accionistas al reducirseles así el monto de los dividendos reales a que tienen derecho, la misma cuantía debe tenerla para impedir la evasión fiscal que podría presentarse con deducciones irreales de la renta en perjuicio de los ingresos fiscales y los servicios públicos que con ellos se prestan. De modo que si producen consecuencias prácticas en uno y otro campo, no se ve cómo pueda considerárseles medidas para el cumplimiento de las leyes del trabajo y comerciales y no también para el cumplimiento de la ley tributaria. Por ello puede verse en estas providencias sobre la materia específica de provisión para jubilaciones, una manifestación del ejercicio de la función asignada por este otro canon constitucional.

Finalmente, pudiendo ejercerse la potestad reglamentaria del ordinal 3º del mismo Artículo 120, tanto mediante decretos como mediante "órdenes" o "resoluciones", la uniformidad en las providencias del Superintendente de Sociedades sobre el particular permite atribuir a éstas el mérito de normas reglamentarias, de manifestación del ejercicio de esa potestad.

De donde se concluye:

La calificación del valor técnico de un estudio o cálculo actuarial sobre el valor de las pensiones jubilatorias que se están causando, emanada de la suprema autoridad administrativa por intermedio de su delegado el Superintendente de Sociedades, por cualquiera de las tres fuentes constitucionales consideradas donde radica el poder o facultad de dictarla constituye aprobación gubernamental idónea para los fines de la deducción anual que estableció la Ley 7ª de 1967 en su Artículo 4º, mientras no se expida un reglamento que señale por vía general el sistema actuarial que deben seguir todos los contribuyentes para que se les reconozca dicha deducción. Se respeta así la voluntad del legislador y adquiere sentido y eficacia la sentencia del Consejo de Estado con la cual sancionó el intento de vulnerar esa voluntad.