

COLECCIÓN CRÍTICA TRIBUTARIA

NARRATIVAS TRIBUTARIAS

Eleonora Lozano Rodríguez
(compiladora)

4

John Helbert Ayala Hernández

Erika Díaz Silva

Juan Carlos Durán Uribe

Brandon Steven Espinel Laverde

Diego Mauricio Gómez Díaz

David Alejandro Mejía Bonilla

Gloria Johana Morales Osorio

Ricardo Pava Martínez

Alejandra Sarmiento Rojas

Ruby Esperanza Yaya Escobar



COLECCIÓN CRÍTICA TRIBUTARIA

NARRATIVAS TRIBUTARIAS

4

COLECCIÓN CRÍTICA TRIBUTARIA

NARRATIVAS TRIBUTARIAS

Eleonora Lozano Rodríguez
(compiladora)

4

John Helbert Ayala Hernández

Erika Díaz Silva

Juan Carlos Durán Uribe

Brandon Steven Espinel Laverde

Diego Mauricio Gómez Díaz

David Alejandro Mejía Bonilla

Gloria Johana Morales Osorio

Ricardo Pava Martínez

Alejandra Sarmiento Rojas

Ruby Esperanza Yaya Escobar



Universidad de
los Andes
Colombia

Facultad
de Derecho

Nombres: Lozano Rodríguez, Eleonora, compiladora, autora. | Ayala Hernández, John Helbert, autor. | Díaz Silva, Erika, autora. | Durán Uribe, Juan Carlos, autor. | Espinel Laverde, Brandon Steven, autor. | Gómez Díaz, Diego Mauricio, autor. | Mejía Bonilla, David Alejandro, autor. | Morales Osorio, Gloria Johana, autora. | Pava Martínez, Ricardo, autor. | Sarmiento Rojas, Alejandra, autora. | Yaya Escobar, Ruby Esperanza, autora.

Título: Narrativas tributarias 4 / Eleonora Lozano Rodríguez (compiladora).

Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2023. | 483 páginas : ilustraciones ; 14 × 21 cm | Colección Crítica Tributaria

Identificadores: ISBN 9789587983685 (rústica) | ISBN 9789587983692 (electrónico)

Materias: Impuestos | Derecho fiscal

Clasificación: CDD 343.04–dc23

SBUA

Primera edición: enero del 2023

© Eleonora Lozano Rodríguez
(compiladora)

© John Helbert Ayala Hernández,
Erika Díaz Silva, Juan Carlos Durán
Uribe, Brandon Steven Espinel Laverde,
Diego Mauricio Gómez Díaz,
David Alejandro Mejía Bonilla, Gloria
Johana Morales Osorio, Ricardo Pava
Martínez, Alejandra Sarmiento Rojas,
Ruby Esperanza Yaya Escobar

© Universidad de los Andes,
Facultad de Derecho
Ediciones Uniandes
Carrera 1.ª n.º 18A-12
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: 601 339 4949, ext. 2133
<http://ediciones.uniandes.edu.co>
ediciones@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-798-368-5
ISBN e-book: 978-958-798-369-2

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.561>

Corrección de estilo:

Marcela Garzón Gualteros

Diagramación interior: Vicky Mora

Diagramación de cubierta:

Angélica Ramos

Imagen de cubierta: Mike Chai,

Pexels: <https://bit.ly/3TGPzkh>

Impresión:

Editorial Nomos S. A.

Diagonal 18 Bis n.º 41-17

Teléfono: 601 208 6500

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in
Colombia*

Universidad de los Andes | Vigilada
Mineducación.

Reconocimiento como universidad:

Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964.

Reconocimiento de personería jurídica:

Resolución 28 del 23 de febrero de 1949,

Minjusticia.

Acreditación institucional de alta calidad,

10 años: Resolución 582 del 9 de enero

del 2015, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta
publicación no puede ser reproducida ni
en su todo ni en sus partes, ni registrada
en o transmitida por un sistema de
recuperación de información, en
ninguna forma ni por ningún medio,
sea mecánico, fotoquímico, electrónico,
magnético, electro-óptico, por fotocopia o
cualquier otro, sin el permiso previo por
escrito de la editorial.

CONTENIDO

A MANERA DE INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO

Eleonora Lozano Rodríguez

9

¿CÓMO ENSEÑAR Y APRENDER LA COMPLEJA TRIBUTACIÓN COLOMBIANA?

El caso de la narrativa tributaria como propuesta pedagógica para enseñar y aprender tributación

Juan Carlos Durán Uribe, Eleonora Lozano Rodríguez,
Gloria Johana Morales Osorio y Ruby Esperanza Yaya Escobar

15

IMPUESTO AL CONSUMO SOBRE BIENES INMUEBLES: ¿UN IMPUESTO INCONSTITUCIONAL CON UNA ALTERNATIVA DE DEVOLUCIÓN?

Alejandra Sarmiento Rojas

87

ROBOT TAX: PROBLEMÁTICAS TRIBUTARIAS GENERADAS POR LA IMPLEMENTACIÓN DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA GESTIÓN INDUSTRIAL

Brandon Steven Espinel Laverde

145

LOS IMPUESTOS EN LA VIDA DE PAREJA: DE LA SEPARACIÓN Y LOS GANANCIALES

Estructuras contra yernos creativos

David Alejandro Mejía Bonilla

219

**¡OH! Y AHORA, ¿QUIÉN PODRÁ GRAVARNOS?
INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS,
UN ACERCAMIENTO A SU TRIBUTACIÓN**

Diego Mauricio Gómez Díaz

279

**ASEGURAR LA VANIDAD SIN QUEBRARSE
EN EL INTENTO: EL MANEJO CONTABLE
Y TRIBUTARIO DEL SEGURO DE GASTOS MÉDICOS**

Erika Díaz Silva

317

**LA ODISEA DE CRISTALIZAR UN DERECHO
TRIBUTARIO: EL VIACRUCIS DE LAS SOLICITUDES
DE SALDO A FAVOR**

John Helbert Ayala Hernández

377

**¡DINERO ES LO QUE HAY! ¿INVERTIMOS
EN INMUEBLES COLOMBIANOS?**

Ricardo Pava Martínez

417

SOBRE LOS AUTORES

479

A MANERA DE INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO

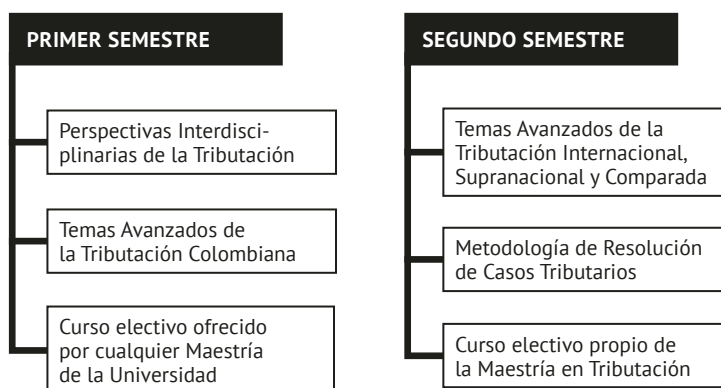
Mediante la Resolución 1274 del 28 de enero del 2016, el Ministerio de Educación Nacional otorgó el registro calificado por siete años a la Maestría en Tributación de la Universidad de los Andes. Desde su concepción como maestría de profundización¹, este programa tiene especial énfasis en el estudio y la solución de casos y problemas avanzados relacionados con la tributación nacional, subnacional, internacional, supranacional y comparada.

En consecuencia, sus materias han sido especialmente diseñadas para que el estudiante reconozca las problemáticas tributarias más importantes y, de esa manera, esté en capacidad de proponer alternativas de solución. Como resultado, en el curso Perspectivas Interdisciplinarias de la Tributación los estudiantes logran identificar las principales tensiones en la relación entre la tributación y otras disciplinas, pertenecientes o no al área jurídica, lo cual les permite establecer un mejor diálogo con profesionales de materias afines a la tributación. En el curso Temas Avanzados de la Tributación Colombiana, por su parte, se analizan las problemáticas (normativas, doctrinales y jurisprudenciales)

- 1 El artículo 24 del Decreto 1295 de 2010 (nuevo artículo 2.5.3.2.7.5. del Decreto Único Reglamentario del Sector Educación, Decreto 1075 del 26 de mayo del 2015) distingue las maestrías de profundización de aquellas de investigación al establecer que: “La maestría de profundización busca el desarrollo avanzado de competencias que permitan *la solución de problemas o el análisis de situaciones particulares de carácter disciplinar, interdisciplinario o profesional, por medio de la asimilación o apropiación de saberes, metodologías* y, según el caso, desarrollos científicos, tecnológicos o artísticos. La maestría de investigación debe procurar el desarrollo de competencias científicas y una formación avanzada en investigación o creación que genere nuevos conocimientos, procesos tecnológicos u obras o interpretaciones artísticas de interés cultural, según el caso” [énfasis añadido].

más relevantes de los tributos nacionales y subnacionales, así como del procedimiento tributario, teniendo siempre en mente propuestas de mejora para el débil sistema tributario del país. En la asignatura Temas Avanzados de la Tributación Internacional, Supranacional y Comparada, los estudiantes profundizan en las tensiones interpretativas y aplicativas de las normas internas e internacionales con implicaciones fiscales en las distintas operaciones transfronterizas. Finalmente, los estudiantes cuentan con dos materias electivas: una de cualquier programa de maestría de la Universidad, para promover así el análisis interdisciplinar y la flexibilidad curricular, y otra propia de nuestra maestría, para buscar mayor especialidad. En estos cursos los alumnos, siguiendo sus propios intereses académicos y profesionales, perfilan aún más su profundización. En la figura 1 se visualiza mejor la estructura académica del segundo año de la maestría, pues el primero es la Especialización en Tributación de la Universidad de los Andes.

Figura 1. Estructura curricular del segundo año de la Maestría en Tributación



Fuente: elaboración propia.

El diseño y la puesta en práctica de las anteriores materias y su metodología, básicamente de seminario, han sido retadores. Sin embargo, consideramos que el mayor aporte a la literatura tributaria lo constituye sin lugar a dudas el trabajo de grado de nuestra maestría, que ambiciosamente hemos denominado narrativa tributaria y cuyos primeros resultados presenta esta publicación. El trabajo de grado de la Maestría en Tributación (profundización), siguiendo la distinción que ha realizado la normativa nacional entre maestrías de profundización y de investigación, está dirigido al diseño y estudio de un caso de naturaleza tributaria².

Para explicar la metodología del trabajo de grado, este aparte de la publicación hablará a cuatro voces y queremos que sea precisamente una narrativa. Esto quiere decir que la metodología de la narrativa tributaria se explicará a partir de la escritura misma de una narrativa. El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española define *narrativa* como el “género literario constituido por la novela, la novela corta y el cuento”³, por lo que esta parte metodológica tendrá, siguiendo a Philip N. Meyer⁴,

2 El artículo 24 del Decreto 1295 del 2010 (nuevo artículo 2.5.3.2.7.5 del Decreto Único Reglamentario del Sector Educación, Decreto 1075 del 26 de mayo del 2015) diferencia las modalidades de trabajo de grado de las maestrías de profundización y de investigación, respectivamente, así: “El trabajo de investigación de la primera, podrá estar dirigido a la investigación aplicada, al estudio del caso, o la creación o interpretación documentada de una obra artística, según la naturaleza del programa. El de la segunda debe evidenciar las competencias científicas, disciplinares o creativas propias del investigador, del creador o del intérprete artístico” [énfasis añadido].

3 *Diccionario de la lengua española*, acceso el 26 de mayo del 2017, <http://dle.rae.es/?id=qgmJhdd>.

4 Philip N. Meyer, *Storytelling for Lawyers* (Nueva York: Oxford University Press, 2014), 4.

una escena (la Universidad de los Andes), un reparto (una profesora y académica tributarista, un exalumno de la Facultad de Derecho, una asesora pedagógica versada en tecnología y una experta en acompañar procesos de escritura académica), una trama (una serie de eventos), una línea de tiempo (un recuento ordenado, o no, cronológicamente) y una situación humana apremiante (las dificultades de enseñar y aprender tributación). Esta es entonces nuestra narrativa. ¡Qué mejor para enseñar y aprender, que hacer!

Eleonora Lozano Rodríguez

febrero del 2020

¿CÓMO ENSEÑAR Y APRENDER LA COMPLEJA TRIBUTACIÓN COLOMBIANA?

El caso de la narrativa tributaria
como propuesta pedagógica para
enseñar y aprender tributación*

Juan Carlos Durán Uribe
Eleonora Lozano Rodríguez
Gloria Johana Morales Osorio
Ruby Esperanza Yaya Escobar

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.220>

Francesca Lopera, reconocida tributarista de una de las mejores universidades del país, profesora de Tributación del pregrado y directora de la maestría y especialización en Tributación, tiene varias inquietudes sobre cómo mejorar la educación en las áridas temáticas tributarias. Dado que reconoce sus debilidades pedagógicas y tecnológicas, consulta a Clementina del Valle, experta en innovación en tecnología y educación. Ambas, en compañía de un exalumno de Francesca, construyen una nueva técnica pedagógica para enseñar y aprender tributación con un importante componente de escritura creativa.

PALABRAS CLAVE

Enseñanza de la tributación, aprendizaje de la tributación, narrativa o *storytelling*, narrativa tributaria, maestría en investigación, maestría en profundización, trabajo de grado, tributación para todos.

GLOSARIO

Aprendizaje de la tributación: Proceso mediante el cual el estudiante y las personas en general asimilan el conocimiento tributario, a la vez que desarrollan competencias para aplicarlo en sus respectivos campos de estudio o laborales, o en su cotidianidad.

Enseñanza de la tributación: Proceso mediante el cual se diseñan, ejecutan y evalúan intervenciones pedagógicas cuya finalidad es el aprendizaje de los estudiantes en materia tributaria.

Estrategias de solución: Alternativas de respuesta a la problemática.

Historia: Narración de una situación fáctica que envuelve una problemática o tensión en materia tributaria.

Maestría en investigación: Tipo de maestría creado por el Decreto 1295 del 2010, mediante el cual se busca que el estudiante elabore un trabajo de grado creador de nuevo conocimiento jurídico, a partir de estudios teóricos, debates doctrinales o asunción de posturas determinadas.

Maestría en profundización: Tipo de maestría creado por el Decreto 1295 del 2010, mediante el cual se busca que el estudiante elabore un trabajo de grado que involucre un estudio de caso, encuentre la solución a un

problema concreto o analice una situación en particular de carácter disciplinar.

Metodología: Conjunto de reglas, conductas y estándares que se deben seguir de forma ordenada para obtener un producto o un resultado esperado.

Narrativa o *storytelling*: Metodología de aprendizaje y enseñanza que se basa en la narración de historias o recursos literarios, cuyo objetivo es acercar a los estudiantes a contenidos tributarios de una manera no convencional, pero a la vez íntimamente relacionada con el ejercicio del consultor o asesor tributario.

Narrativa tributaria: Metodología propia de la Maestría en Tributación de la Universidad de los Andes, basada a su vez en la metodología de la narrativa o *storytelling*, la cual fomenta el estudio y aprendizaje de la tributación mediante la narración de una historia que plantee y resuelva una problemática disciplinar o interdisciplinar.

Problemática: Pregunta que sintetiza un estado de cosas en el que aún no se ha encontrado una respuesta concreta, pacífica o uniforme.

Propuesta de impacto o mejora: Producto que busca materializar la solución a la problemática.

Solución: La alternativa más sólida para responder a la problemática.

Trabajo de grado: Producto final que todo estudiante de una maestría, ya sea de investigación o de profundización, debe entregar como requisito para obtener su título de magíster.

Tributación: Disciplina que estudia los tributos y su relación con el derecho, la economía, la contaduría, entre otras.

¿CÓMO ENSEÑAR Y APRENDER LA COMPLEJA TRIBUTACIÓN COLOMBIANA?

La profesora y su ideal retador

Francesca Lopera siempre fue una “devoralibros”. Sus compañeros de clase la recuerdan por cursar doble programa de Derecho y Economía en la universidad. Fue precisamente por esa formación interdisciplinar que terminó en las áridas materias tributarias. Sin embargo, con el paso del tiempo, se ha dado cuenta de que estos dos saberes no son suficientes, más aún cuando múltiples disciplinas confluyen en su comprensión.

Nuestra protagonista siempre tuvo vocación docente. Inicialmente fue monitora y tutora de ilustres hacendistas públicos y tributaristas, luego fue profesora de su *alma mater*. Cada semestre académico que imparte el curso de Tributación en el pregrado comprende que si entender los fenómenos tributarios es complejo, enseñarlos es aún más difícil. Esta dificultad se exagera cuando el auditorio que se debe entrenar también es interdisciplinar.

Además de ser profesora del pregrado, desde hace varios años Francesca es la directora del programa de Especialización en Tributación de la misma universidad. Allí también enfrenta constantemente diversas dificultades en relación con la enseñanza de la tributación, como la precisión y especialidad terminológica, la extensión de la materia, sus diferentes subespecialidades, la heterogeneidad del alumnado y el perfil que se desea del egresado. Sumado a esto, no es fácil encontrar profesores en el área, pues aunque existen excelentes profesionales tributaristas, pocos están formados en pedagogía, o no cuentan con el tiempo que amerita una buena preparación de clase. Para ahondar en las dificultades, recientemente ha descubierto que la tecnología desempeña un rol fundamental en el

proceso tanto de enseñanza como de aprendizaje, por lo que siente que es urgente incorporar este tipo de ayudas a las clases.

Precisamente por las anteriores problemáticas, Francesca escribió hace algunos años un texto en homenaje a su gran maestro Estanislao Castellón, en el que reflexionaba sobre la enseñanza de la tributación. Allí disertó sobre sus dificultades y tensiones y formuló algunas propuestas pedagógicas para que los estudiantes adquirieran competencias indispensables para su ejercicio profesional. Una de ellas es el desarrollo de simulaciones tributarias en clase (por ejemplo juicios o procesos legislativos simulados), el estudio de la tributación a partir de categorías no tradicionales (por ejemplo desde perspectivas de sociología y género) y el uso de otras técnicas, como el estudio de casos, la elaboración de clínicas jurídicas, el aprendizaje basado en problemas (más conocido como PBL, por su nombre en inglés, *problem-based learning*) y la narrativa en tributación. Algunas de las anteriores propuestas metodológicas las ha puesto en práctica en el pregrado y en la especialización, y otras quedaron en el tintero como buenas aproximaciones pedagógicas, que están pendientes de ser llevadas a la práctica.

Surge ahora un evento aún más retador. Recientemente, junto con su decana Beatriz Estupiñán, ven la necesidad de crear e implementar una maestría en Tributación, que amplíe y fortalezca a la comunidad académica en esta área. El proyecto tiene muy ilusionada, pero también inquieta, a Francesca, pues al crear la maestría bajo la modalidad de profundización, el trabajo de grado de los estudiantes no debe ser la típica monografía de un programa en investigación, sino que además de afianzar los conocimientos y metodologías aprendidos a lo largo de sus estudios, debe servir de material pedagógico para usarlo luego en clases de pregrado y posgrado, y los textos deben ser fuente de

futura consulta para interesados en esta área del conocimiento. La idea, en últimas, es acercar la tributación a *todos*, otro de los grandes desafíos de la profesora.

La asesora pedagógica y su guía optimista

Francesca había trabajado con algunas personas, entre ellas Sebastián Donoso, exalumno del curso de Tributación del pregrado. Entre otras cuestiones, habían conversado acerca de cómo enfrentar los retos que planteaba la educación en esta área. Sin embargo, reconociendo que siempre se puede ser mejor docente, buscó ayuda. Así pues, consultó a Clementina del Valle, joven profesora experta en innovación en tecnología y educación, con quien hubo “química laboral” instantánea.

Hasta ese momento, el área de interés de Clementina había sido la relación de las tecnologías de información y comunicación (TIC) con la educación. Siempre le había gustado el diseño de programas y cursos en modalidad semipresencial (*blended learning*); este justamente había sido su tema de trabajo durante los últimos años y la pasión de su vida. Luego de terminar su pregrado, Clementina se dio cuenta de que su futuro estaba en la educación, por lo que sin pensarlo dos veces hizo una especialización y una maestría en Educación en una de las mejores universidades del país. Estos programas cambiaron todas sus concepciones sobre la enseñanza y el aprendizaje, y fue precisamente en esa universidad donde Clementina inició su trabajo académico como investigadora júnior en temas de educación. Después de ocho años en cargos relacionados, ahora dirige uno de los grupos que innova en educación y tecnología en los programas y cursos de posgrado.

En este último cargo directivo Clementina se encontró con Francesca, quien estaba llena de inquietudes pedagógicas que podrían resolverse desde la relación entre

educación y TIC. Es por esto que tuvo mucho sentido su química laboral. Clementina piensa que una gran problemática en materia educativa se ve dentro del salón de clases, pues, por un lado, es un lugar en el que el profesor tiene un rol fundamental en la enseñanza, pero, por otro, es allí donde las TIC son cada vez más un vehículo que permite repensar esas habituales formas de enseñanza. Dado que las prácticas docentes no han cambiado, en los salones de clase hay un profesor al frente que simplemente transmite conocimiento a unos estudiantes pasivos que lo absorben. Por eso, para ella lo importante en un profesor no es saber transmitir conocimiento, sino mucho más. “Se debe capacitar a los profesores para enseñarles a sus estudiantes a aprender a aprender y a construir el conocimiento y aplicarlo en contextos reales; el profesor debe crear un ambiente que favorezca el desarrollo de competencias sociales, de comunicación y de trabajo colaborativo en sus alumnos”, decía apasionadamente Clementina en las reuniones que sostenía con Francesca y Sebastián.

Asimismo, Clementina afirma que el problema de una educación que no se conecte con la realidad digital es mundial, a pesar de que la tecnología ofrece enormes oportunidades a la sociedad y se ha demostrado de diversas maneras que es posible apoyar el aprendizaje con medios tecnológicos con resultados significativos en todos los niveles educativos. En general, este cambio es una deuda global. En últimas, lo que ella y su dependencia hacen es ayudar a los profesores a innovar en sus concepciones y prácticas educativas con la inclusión de la tecnología.

El exalumno y su experiencia curiosa

Francesca y Clementina concluyeron que para entender mejor la problemática era importante vincular al grupo de trabajo a Sebastián Donoso, quien con su experiencia

como exalumno y como persona interesada en la educación enriquecería las discusiones pedagógicas para mejorar la enseñanza del área tanto en el pregrado como en el posgrado.

Desde pequeño, Sebastián sabía que lo suyo era la educación. En el colegio se imaginaba en el papel del profesor y se abstraía pensando cómo podría mejorar las clases de sus maestros. Cuestionaba los métodos educativos y proponía, incluso, lecturas y actividades. Él era estudioso y a la vez crítico. “Rebelde”, decían algunos profesores; “no deja títere con cabeza”, decían otros. Lo cierto es que en su mente, antes de decidirse por el derecho, él sabía que las aulas eran su pasión. En la universidad, Sebastián aprovechó la oportunidad de ser monitor de dos materias, lo cual le ayudó a seguir explotando su vocación docente, a la vez que iba conociendo más y más sobre el derecho. Al igual que Francesca, trabajó de la mano de varios profesores ilustres de la Facultad de Derecho. Se enfrentó a la experiencia de un aula de clase, a las preguntas difíciles, a estudiantes retadores y a la corrección y retroalimentación de trabajos. Todo esto le gustó tanto que, después de su grado, continuó trabajando como profesor asistente.

Transcurría el 2014 cuando Sebastián, en octavo semestre de Derecho, tomó la materia de Tributación con Francesca. Su experiencia en la clase fue agridulce, pues sintió que, a pesar de experimentar las valiosas metodologías de aprendizaje propuestas por su profesora, el tema era árido e indescifrable. Era una materia muy compleja, técnica y excesivamente reglamentada. Incluso, él se atrevía a pensar que era una de las áreas más difíciles del derecho. Sin embargo, esto no fue impedimento para que él, una persona enormemente curiosa, estudiara como ratón de biblioteca y sacara adelante la materia con muy buen desempeño, lo que hizo que Francesca lo considerara un estudiante aplicado.

A medida que se acercaba la fecha de su grado, Sebastián tenía clara en su cabeza la voluntad de no desvincularse de la universidad y aceptó la invitación de Francesca para trabajar con ella en la coordinación de los posgrados en Tributación. Fue en la Maestría en Tributación donde pudo explorar las problemáticas de la educación en posgrados, en general, y en derecho y tributación, en particular; toda una experiencia que requirió horas y horas de reflexión, montañas de apuntes y una buena dosis de creatividad.

El problema del trabajo de grado

El equipo integrado por Francesca, Clementina y Sebastián le dio muchas vueltas al asunto. Creían que la normatividad que definía lo que era una maestría en profundización carecía de precisión y establecía una línea divisoria muy poco nítida con las maestrías en investigación. Lo único que podían ver con claridad era que en estas últimas el objetivo fundamental era la creación de nuevo conocimiento, mientras que en las primeras era desarrollar un estudio de caso, resolver un problema concreto o analizar una situación en particular. Pero, ¿cómo es que al resolver un problema concreto o al analizar una situación en particular no se está creando nuevo conocimiento?

A medida que fue pasando el tiempo, las reuniones del equipo se hicieron más constantes. Las mañanas se habían convertido en un espacio de pensamiento y de reflexión, amenizadas con café y palitos de queso de la cafetería Großmutter. En estos encuentros surgieron muchas ideas para hacer del trabajo de grado de la maestría un producto realmente innovador y enriquecedor para estudiantes, tutores y la comunidad académica en general. Sin embargo, la pregunta que se planteaban los protagonistas de esta historia era ¿puede crearse una metodología

del trabajo de grado que responda a *un estudio de caso, la solución de un problema concreto o al análisis de una situación en particular*, metas a las cuales apunta la normativa vigente sobre este tipo de maestrías, y que a la vez acerque la tributación a todos los ciudadanos? Las fechas de admisiones estaban cerca y el equipo aún tenía un largo camino por recorrer...

Lo que sigue cuenta con la estructura que tiene el trabajo de grado que construyeron Francesca, Sebastián y Clementina después de mucha reflexión pedagógica y mucho lápiz y papel.

PROBLEMÁTICA

¿Existe una metodología de trabajo de grado para la Maestría en Tributación que sea pedagógicamente sólida y permita realizar un estudio de caso, resolver un problema concreto y analizar una situación en particular y, a la vez, acercar la tributación a todos?

ESTRATEGIAS DE SOLUCIÓN

Francesca, Clementina y Sebastián tenían claro que la normativa colombiana, concretamente el artículo 24 del Decreto 1295 del 2010^[1], permite que el trabajo de grado de una maestría en profundización sea un estudio de un caso, la solución a un problema concreto o el análisis de una situación en particular. Sin embargo, a los tres les parecía que estas opciones eran un ejercicio habitual de la

1 Nuevo artículo 2.5.3.2.7.5. del Decreto Único Reglamentario del Sector Educación, Decreto 1075 del 26 mayo del 2015.

profesión de los abogados. Igualmente, pensaban que estas alternativas eran solo una primera acción en la alineación curricular con el objetivo de la maestría, que consiste en que el maestrando, al finalizar el programa, sea capaz de: (1) profundizar en temas sobre tributación, desarrollar estudios de caso, identificar, analizar y solucionar un problema concreto y analizar una situación particular en materia tributaria; (2) crear y perfeccionar habilidades y competencias relevantes para el desempeño profesional y académico; y (3) fomentar la publicación de casos especializados en materia tributaria que, indiscutiblemente, nutrirán los materiales de estudio de esta área del conocimiento. De esa manera, el equipo encontró las siguientes estrategias de solución a la problemática.

Primera estrategia: el estudio de caso

Esta metodología de enseñanza se centra en los participantes, y los sumerge en una situación real, de tal manera que deban entenderla, determinar el problema y resolverlo, mediante la guía del profesor y el apoyo de sus compañeros². Se ha utilizado con frecuencia en el proceso de enseñanza y aprendizaje de la administración de empresas en universidades como Harvard.

Sin embargo, luego de un análisis que el equipo realizó, llegaron a la conclusión de que esta estrategia no era la más apropiada, dado que no hay referentes de casos en

2 Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, *Las técnicas didácticas en el modelo educativo del Tec de Monterrey: el estudio de casos como técnica didáctica* (México: Dirección de Investigación y Desarrollo Educativo, 2000), <http://tecnologiaedu.us.es/cuestionario/bibliovir/309.pdf>, acceso el 7 de julio del 2017.

materia tributaria que permitan a la dirección de la maestría usarlos como trabajo de grado, lo cual indiscutiblemente también es problemático para el aprendizaje de la tributación pues se desliga la teoría de la práctica. Francesca, Clementina y Sebastián hicieron una búsqueda exhaustiva e infructuosa de casos en materia tributaria, tanto en la literatura nacional como internacional, y se dieron cuenta de que existe un vacío importante en la casuística de esta disciplina.

Segunda estrategia: la monografía de grado o el artículo académico

La *monografía* es el trabajo de grado por excelencia en la mayoría de facultades de derecho en el país, y se refiere al desarrollo de un tema concreto a partir de la revisión de fuentes bibliográficas relevantes. Para efectos de la Maestría en Tributación, esta podría tratar sobre el análisis de temas avanzados de la tributación nacional, internacional, supranacional o comparada, en el que se expusieran los lineamientos teóricos, las posturas doctrinales, las evidencias empíricas o las recensiones pertinentes para sostener una posición propia.

El *artículo académico*, por su parte, es un producto más breve que la monografía de grado y puede adoptar una de las siguientes tres tipologías, de acuerdo con las categorías del Departamento Administrativo de Ciencia y Tecnología (Colciencias): (1) artículo de investigación científica y tecnológica, (2) artículo de reflexión, y (3) artículo de revisión. La primera tipología se refiere a aquellos escritos que presentan los resultados originales de un proyecto de investigación. La segunda tiene que ver con aquellos resultados de una investigación en los que se involucra el análisis, la interpretación y la crítica del autor. Finalmente, la tercera tiene que ver con la revisión bibliográfica de al

menos cincuenta referencias, con el fin de analizar, sistematizar o integrar el estado del arte sobre alguna materia.

Al analizar las dos anteriores formas de trabajo de grado, Francesca, Clementina y Sebastián concluyeron que estas no podrían ser las metodologías por aplicar en la Maestría en Tributación. Al respecto, coincidieron en tres argumentos para rechazarla. Primero, estas metodologías no tendrían un impacto suficiente en la medida en que generalmente están dirigidas a un público especializado y, por tanto, se estaría dejando por fuera la necesidad de acercar la tributación a todos. Segundo, no se refieren al estudio de caso, a la resolución de un problema concreto o al análisis de una situación en particular, lo que hace que no sean productos ideales para ser exigidos en una maestría en profundización. Tercero, estas metodologías no harían que la Maestría en Tributación de la Universidad de los Andes se diferenciara de otras maestrías existentes en Colombia.

Tercera estrategia: la narrativa o storytelling

En un momento de desespero por no encontrar el rumbo, Francesca dedicó una tarde a la lectura, lo que le sirvió como modo de escapatoria y relajación. En una de sus búsquedas, encontró documentos sobre metodologías pedagógicas, en general, y particularmente sobre el método de casos; también recordó que, años atrás, ella había escrito sobre una metodología innovadora denominada *narrativa*. Según lo que había investigado, esta es casi inexistente en el campo de la tributación y tiene como objetivo despertar en los estudiantes el interés por el estudio de casos de las altas cortes por medio del análisis histórico. Esto fue lo que escribió Francesca:

Desde hace varios años se viene hablando en la educación legal de la necesidad de estudiar la tributación por medio de casos, clínicas jurídicas y *relatos de la vida real*. Es así como E. GONZÁLEZ GARCÍA reconoció que para estudiar los aspectos jurídicos de los impuestos es muy recomendable el sistema de casos. Así las cosas, se ha reconocido la casuística como recurso de aprendizaje jurídico.

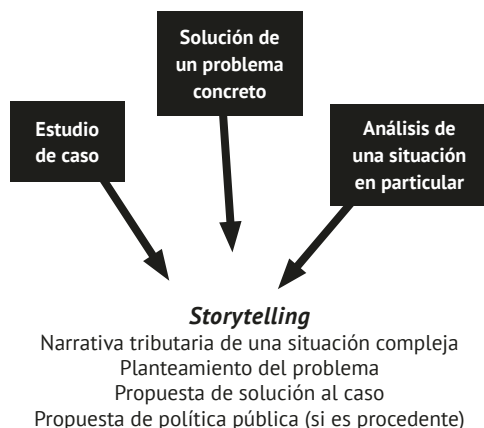
También se ha discutido mucho la posibilidad de aplicar la técnica del aprendizaje basado en problemas (*problem-based learning*, más conocido como PBL) a la enseñanza de la tributación, técnica que aunque similar al estudio de casos o clínicas jurídicas posee una metodología propia. Así las cosas, para algunos —grupo en el cual me incluyo— no es posible demostrar la comprensión de las temáticas tributarias y sus principios sin una buena estrategia de resolución de problemas.

Algunas de las más innovadoras aproximaciones a la enseñanza de la tributación, y concretamente del derecho tributario, es la publicación de libros como *Tax Stories*, que buscan enganchar a los estudiantes en esta área del conocimiento y destacar la importancia de los impuestos en la educación legal por medio del *relato de historias* (storytelling). *A pesar de que el uso de narrativa en las escuelas de derecho y en la enseñanza no es nuevo, en el ámbito de la tributación era inexistente. El storytelling tiene principalmente dos objetivos no excluyentes. El primero, y más explícito, es usar la vigorosidad de esta técnica para atraer el interés de los estudiantes en los casos de las Altas Cortes como el centro de un curso introductorio de tributación. Para P. L. CARON los estudiantes sienten el derecho tributario como un camino en continua formación, donde la jurisprudencia muestra los más recientes desarrollos en el ámbito tributario. El segundo, es demostrar la importancia del análisis histórico en el estudio del derecho tributario, así*

*como de la doctrina y de las lecciones institucionales del pasado para el presente [énfasis añadido]*³.

Después de releer estos párrafos, Francesca se preguntó si sería posible que fueran los estudiantes quienes elaboraran los casos, los resolvieran y, a partir de estos, propusieran mejoras al sistema tributario. Fue en ese momento cuando les planteó la siguiente propuesta a Clementina y a Sebastián (véase la figura 1).

Figura 1. Propuesta metodológica inicial para el trabajo de grado de la Maestría en Tributación



Fuente: elaboración propia (junio, 2016).

3 Eleonora Lozano, “Enseñanza de la tributación”, en *Lecciones de derecho tributario inspiradas en un maestro* (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario y Universidad del Rosario, 2010), 1435.

Los compañeros de Francesca se ilusionaron con su propuesta y pensaron que estas narrativas iban a ser muy útiles para enseñar tributación en el pregrado y el posgrado. ¡Moñona! En ese momento de alegría, Clementina recordó que en la Facultad de Administración los docentes elaboraban casos para que la comunidad académica los debatiera: de seguro podrían apoyarlos en esta iniciativa, precisando la metodología por seguir.

El líder del Centro de Casos de esta facultad era Daniel Vidal, ilustre profesor italiano que emigró a Colombia por circunstancias de la vida. Días después de conversar sobre la propuesta, el equipo de trabajo se reunió con Vidal en su despacho. Allí intercambiaron ideas pedagógicas y material de lectura, pero lo que no intuyeron nuestros protagonistas era que Daniel no era tan optimista con su revolucionaria idea. Su hipótesis era contundente y desalentadora: los estudiantes no podrían escribir esos casos, pues se trataba de una labor compleja que solo podían realizar profesores debidamente capacitados en la metodología para tal fin.

Francesca, Clementina y Sebastián, frustrados con los resultados de la reunión, decidieron ir a tomar café con palito de queso —combinación infalible para levantar el ánimo y lograr la inspiración—, que, una vez metabolizados en los organismos de cada uno, dieron un renovado ímpetu a nuestro equipo para decidir continuar con su iniciativa. La “narrativa tributaria” sería el trabajo de grado de los estudiantes de la Maestría en Tributación. Pero, ¿cómo lograrlo? ¿Requerirían apoyo adicional? La idea estaba cruda, los obstáculos eran grandes y cada día que pasaba se acercaba más la fecha de inicio de la maestría... ¿Sería esto una locura?

Una noche de inspiración, Sebastián tomó la propuesta de Francesca y elaboró un esquema en el que detallaba paso a paso el diseño y la planeación de la narrativa. Para él, esto era apenas un borrador producto de sus divagaciones,

pero en cuanto Francesca y Clementina lo vieron, estuvieron de acuerdo en que era una idea interesante y convinieron en que el esquema era el comienzo de un arduo trabajo para poner en marcha la innovadora propuesta. El primer paso era narrar un caso hipotético que planteara una problemática en el campo de la tributación. No obstante, ¿cómo iban a hacer para que los estudiantes comprendieran qué es narrar? Las admisiones a la maestría estaban cerca y los aspirantes presentaban proyectos con cara de una típica monografía de grado.

En esos momentos, Clementina, siempre creativa, buscó a Marcela de la Ossa, literata y experta en apoyar procesos de escritura académica en la Universidad. Indiscutiblemente, si los estudiantes iban a *narrar* historias, deberían hacerlo con un muy buen uso del vocabulario y con una adecuada estructura de las oraciones y los párrafos. Así sería más fácil transmitir a *todos* estas complejas temáticas tributarias. La química del equipo con ella fue inmediata.

Marcela pensó que el proceso pedagógico que estaba pensando el equipo era digno de mostrar: otros programas, facultades y equipos de trabajo deberían proponer más a sus estudiantes este tipo de retos, es decir, una tarea propia de la disciplina y un diseño pedagógico por procesos, en donde se pudiera ayudar a cada estudiante-escritor a lograr cada parte con éxito y con información suficiente sobre cómo seguir adelante.

Así, tras un café, llegaron a acuerdos inmediatos y también a ideas que se podrían seguir trabajando: (1) las instrucciones de escritura y sus criterios de evaluación deberían ser públicos y explicar detenidamente lo que deseaba el equipo en cada entrega; (2) se podría pensar en hacer un taller con los estudiantes para que se acercaran a los elementos básicos de una buena narración (ofrecer toda la información a un lector nuevo, decidir una cronología y seguirla, conectar las partes del relato y usar un lenguaje grato y sencillo, por

ejemplo); (3) lo más importante para un escritor es constatar si todo su trabajo se entiende —que es la única forma en que la escritura tiene sentido, si logra lo que quería lograr— y el mejor escenario para conseguirlo es con un lector atento que le cuente a ese escritor en entrenamiento cómo se va construyendo su texto. Con estos elementos sobre la mesa, el primer compromiso fue: en lo que fuera que resultara este proceso pedagógico, Marcela comentaría al margen las narrativas, de modo que cada estudiante tuviera información suficiente sobre qué estaba bien en sus textos, qué podrían mejorar y cómo podrían hacerlo para que otros lectores los entendieran. También se usaría tiempo de una clase para conversar con los estudiantes sobre cómo percibieron los comentarios y sobre algunas recomendaciones generales para continuar su trabajo.

Entonces, Francesca, Clementina, Sebastián y ahora Marcela creen que la *narrativa tributaria* es el camino pedagógico. ¿Será esta una senda exitosa o será uno más de los caminos explorados por Francesca, pero que le siguen generando dudas para una enseñanza y un aprendizaje óptimos de la tributación? Ese es su gran dilema.

Es entonces cuando el equipo, con diferentes acciones, comienza a plantear la propuesta de narrativa tributaria. Esta consta de una descripción de una situación real, una problematización de esta, unas posibles estrategias de solución, entre las cuales se identifica la más apropiada y se resuelve. Además, la narrativa incorpora una propuesta de impacto o mejora que permitirá que los maestrands, además de generar un caso tributario para que otros puedan usarlo como material pedagógico, trasciendan a propuestas como política pública, proyecto de ley, un *amicus curiae* (o intervención amigable) ante una alta Corte, una demanda de inconstitucionalidad, un código de ética, entre otras, que aporten a sus disciplinas profesionales y que permitan acercar la tributación a todos.

La narrativa tributaria deja de ser un tipo de trabajo de grado de una maestría en profundización para vincular las formas expuestas en el decreto e incluso generar casos que les evitarían a otros programas encontrar los vacíos metodológicos que se encontraron en este.

SOLUCIÓN

Sí existe una metodología pedagógicamente sólida que permite realizar un estudio de caso, resolver un problema concreto y analizar una situación en particular, a la vez que acerca la tributación a todos: la narrativa tributaria. *Francesca Lopera y su equipo pueden estar tranquilos y confiados en que ese es el mejor camino.* Los argumentos para tan contundente afirmación son los siguientes:

1. **La narrativa tributaria logra que el estudiante sea capaz de explicar (narrar) una cadena de eventos a sus interlocutores.** Como lo plantea Ph. N. Meyer⁴, el lenguaje se convierte, por lo tanto, en la principal arma del abogado, y creemos que también lo es para otros profesionales afines a las temáticas tributarias, dado que como operadores jurídicos deben aplicar y discutir la compleja normativa tributaria. Para Meyer, “los abogados gastan su tiempo contando historias [...] Son narradores éticos y verídicos [...] Buscan elaborar argumentos vívidos, persuasivos e irresistibles [...] Los argumentos legales son historias disfrazadas”⁵.

4 Philip N. Meyer, *Storytelling for Lawyers* (Nueva York: Oxford University Press, 2014).

5 *Ibid.*, 1-3.

Es así como en este proceso explicativo el estudiante adquiere y afianza unas habilidades que resultan fundamentales para su ejercicio profesional como tributarista. En consecuencia, antes de narrar, debe *escuchar*. Es común que los tributaristas tengan que prestar cuidadosa atención a sus clientes, a la contraparte, al juez, al administrador tributario, a colegas de la misma u otras disciplinas, entre otros. Como lo afirman J.A. Tyler y F. Mullen⁶, el relato de historias permite que las personas naveguen por la enredada y compleja red de la experiencia humana, lo cual lo vuelve un proceso netamente “instintivo”. De esa manera, y siguiendo a Meyer, en la transversalidad de la narrativa existen fuertes componentes emocionales que se deben tener en cuenta. No olvidemos que, en últimas, el tributarista es una especie de terapeuta que debe calmar a sus intranquilos interlocutores, para lo cual *escuchar* resulta fundamental.

Luego de *escuchar*, el tributarista debe *reconocer* y *organizar* los hechos relevantes, así como las preconcepciones de los actores respecto de la realidad.

2. **La narrativa tributaria logra que el estudiante sea capaz de plantear una problemática o tensión, así como resolverla.** Una vez que el estudiante *escucha*, *reconoce* y *organiza* la información, *plantea la problemática* e inicia su *análisis*. En este proceso resulta esencial *identificar* las instituciones tributarias aplicables, *comprenderlas* y *aplicarlas* a las tensiones que surgen al “aterrizar” los conceptos generales al caso en particular.

6 Jo A. Tyler y Faith Mullen, “Telling Tales in School: Storytelling for Self-Reflection and Pedagogical Improvement in Clinical Legal Education”, *Clinical Law Review* 18, n.º 1 (2011): 283.

3. **La narrativa tributaria puede lograr la generación de nuevo conocimiento.** Un proceso narrativo bien llevado puede, incluso, conducir a la creación de significado⁷ y a la formulación de recomendaciones, propuestas de impacto o sugerencias de mejora respecto de la situación analizada.

En últimas, el proceso narrativo permite alcanzar los siguientes objetivos pedagógicos: conocimiento, comprensión, aplicación, análisis, síntesis y evaluación⁸ (B. S. Bloom, 1956). Así, el estudiante logra *conocer*, *comprender* y *aplicar* los conceptos necesarios para resolver los problemas en torno a los hechos narrados, así como *analizarlos* y *sintetizarlos*, es decir, resumir los hechos relevantes. Si el proceso es exitoso, puede *evaluar*, etapa última que resulta fundamental para integrar el aprendizaje con la posterior práctica, así como para crear nuevo conocimiento y retornar a la base de la taxonomía⁹.

4. **La narrativa tributaria permite la interacción entre la teoría y la práctica.** Una de las principales dificultades en el aprendizaje de la tributación es la aparente desconexión entre los conocimientos teóricos y su aplicación. La narrativa tributaria subsana esa problemática al permitir que el estudiante reconozca los hechos y preconcepciones, identifique la problemática, plantee las estrategias de solución y, luego de una ponderación entre pros y contras, elija la mejor. Igualmente, como ya lo mencionamos, si el proceso narrativo es exitoso, los estudiantes

7 Tyler y Mullen, *Telling Tales*, 291.

8 Benjamin S. Bloom, *Taxonomy of Educational Objectives; the Classification of Educational Goals* (Nueva York: Longmans, Green, 1956).

9 Tyler y Mullen, *Telling Tales*, 290.

pueden formular propuestas de perfeccionamiento e impacto. ¿Qué mejor aplicación práctica de lo aprendido que desarrollar todo este proceso?

Meyer y Tyler y Mullen reconocen esta cualidad. Por ejemplo, Tyler y Mullen plantean tres ideas contundentes por las cuales la conexión entre teoría y práctica mejora la educación: (1) la narrativa permite a las facultades capacitar a sus estudiantes para estar listos para la práctica (*practice-ready*); (2) esa conexión coadyuva a que las facultades entiendan mejor a sus estudiantes y los casos que en la práctica enfrentan, lo cual crea un puente entre la experiencia clínica en la educación superior y la posterior práctica; por último, (3) permite a los miembros de la facultad comprender e informar su enfoque pedagógico: el rol del profesor como quien imparte el conocimiento se redefine y se pone especial énfasis en la experiencia y en la inmediatez de la aplicación del contenido aprendido.

En el capítulo “Bridges to practice, from ‘Thinking like a lawyer’ to ‘Lawyering’”, W. Sullivan, Colby, Welch Wegner, Bond y Shulman consideran que la mejor forma de crear puentes entre la teoría y la práctica es introducir a los estudiantes a la *teoría de caso*¹⁰. Para estos autores, esta pedagogía consta de tres etapas analíticas: (1) el abogado (en nuestro caso, el tributarista) debe determinar cuál es el problema del cliente (retomando a Amsterdam y Bruner¹¹, es la etapa de la categorización legal); (2) el estudiante debe analizar los principios legales (o de otras disciplinas afines

10 William M. Sullivan, *Educating Lawyers. Preparation for the Profession of Law* (San Francisco: Jossey-Bass, 2007), 87-125.

11 Anthony G. Amsterdam y Jerome S. Bruner, *Minding the Law* (Cambridge: Harvard University Press, 2000).

a la tributación) aplicables; y, finalmente, (3) el estudiante debe construir una narrativa mediante la cual se solucione la problemática del cliente.

5. **La narrativa tributaria sirve de material pedagógico para luego enseñar la tributación.** Por todo lo anterior, no solo los maestrandos se enriquecen elaborando sus narrativas. Futuros estudiantes también aprenderán por medio del estudio de estas en clases de pregrado y posgrado, pues además de tener un documento que registre el proceso de discernimiento y de solución de un caso, estarán cerca de un modelo de escritura retador y divulgativo. Así, los lectores estarán en capacidad de conectar también la teoría y la práctica en un solo lugar, un texto.
6. **La narrativa tributaria contribuye al aprendizaje y la enseñanza interdisciplinar de la tributación.** En su elaboración es muy posible que los estudiantes deban comprender los diálogos entre actores pluridisciplinarios (abogados, financieros, contadores, economistas, entre otros) así como ahondar en el análisis de conceptos de diferentes áreas del conocimiento. La metodología que se aplica en la elaboración de la *narrativa* debe, por lo tanto, ser flexible en cuanto al posible uso de métodos cuantitativos y cualitativos, propios de distintas disciplinas.

PROPUESTA DE IMPACTO O MEJORA

Nuestra propuesta de impacto o mejora consta de dos documentos: (1) una guía para la elaboración de la narrativa tributaria (véase el anexo 1 en la página 41) y (2) una guía de citación de fuentes (véase el anexo 2 en la página 65). El primer documento contiene los pasos metodológicos para que los maestrandos diseñen una historia creíble, atractiva

y coherente, de la cual extraigan una problemática, las estrategias de solución y su solución. El segundo es la guía de citación que los estudiantes emplearán para elaborar su narrativa tributaria.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. *Manual para el aprendizaje basado en problemas*, PBL. Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1998.
- AA. VV. *Pautas para la elaboración de estudios de caso*. BID: Departamento de Conocimiento y Aprendizaje, Estudios de caso, marzo del 2011.
- Álvarez-Correa D., Eduardo. *Cursos de Metodología Jurídica I y II*. Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1988.
- Amsterdam, Anthony G. y Jerome Bruner. *Minding the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- Blaxter, Lorraine, Christina Hughes y Malcolm Tight. *Cómo se hace investigación*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1996.
- Bloom, Benjamin S. *Taxonomy of Educational Objectives; the Classification of Educational Goals*. Nueva York: Longmans, Green, 1970.
- Caron, P. E. *Tax Stories: An In-Depth Look at Ten Leading Federal Income Tax Cases*. Nueva York: Foundation Press, 2003.
- Christensen, Roland C., David A. Garvin y Ann Sweet. *Education for Judgment*. Boston, MA: Harvard Business School Press, 1991.
- Cifuentes Muñoz, Eduardo (director del proyecto). *Manual de hipertextos jurídicos*. Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2009.
- Escallón Largacha, Eduardo y Andrés Forero Gómez. *Aprender a escribir en la Universidad*. Bogotá: Universidad de los Andes, Centro de Investigación y Formación en Educación CIFE, 2015.
- Giraldo Ángel, Jaime. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2002.
- Grossman, John. *The Chicago Manual of Style*. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1993.
- Guerrero, Víctor Manuel. *Estadística básica para estudiantes de economía y otras ciencias sociales*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

- Hernández Sampieri, Roberto, Carlos Fernández Collado y Pilar Baptista Lucio. *Metodología de la investigación. Enfoques cuantitativo, cualitativo y mixto*. México, D. F.: McGraw-Hill/Interamericana, 2006.
- Hess, Gerald y Steven Friedland. *Techniques for Teaching Law*. Durham, NC: Carolina Academic Press, 1999.
- Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. *Las técnicas didácticas en el modelo educativo del Tec de Monterrey: el estudio de casos como técnica didáctica*. México: Dirección de Investigación y Desarrollo Educativo, 2000, <http://tecnologiaedu.us.es/cuestionario/bibliovir/309.pdf>.
- Jones, Carolyn C. "Mapping Tax Narratives". *Tulane Law Review*, n.º 73 (1998-1999).
- Kornblit, Ana Lía. *Metodologías cualitativas en ciencias sociales. Modelos y procedimientos de análisis*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2004.
- López, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2009.
- López Medina, Diego E. *Las fuentes del argumento*. Bogotá: Legis, 2010.
- Lozano, Eleonora. "Enseñanza de la tributación", en *Lecciones de derecho tributario inspiradas en un maestro*, 1410-1443. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario y Universidad del Rosario, 2010.
- Lozano, Eleonora. *Justicia tributaria. Jurisprudencia tributaria del Consejo de Estado, 2005-2016*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2017.
- Meyer, Philip N. *Storytelling for Lawyers*. Nueva York: Oxford University Press, 2014.
- Neale, Palena. *Preparing a Case Study: A Guide for Designing and Conducting a Case Study for Evaluation Input*. Massachusetts: Pathfinder International, 2006.
- Sautu, Ruth. *Todo es teoría. Objetivos y métodos de investigación*. Buenos Aires: Ediciones Lumiere, 2003.
- Sullivan, William M., Anne Colby, Judith Welch Wegner, Lloyd Bond y Lee S. Shulman. *Educating Lawyers. Preparation for the Profession of Law*. San Francisco: Jossey-Bass, 2007.
- Tyler, Jo A. y Faith Mullen. "Telling Tales in School: Storytelling for Self-Reflection and Pedagogical Improvement in Clinical Legal Education". *Clinical Law Review* 18, n.º 1 (2011).
- Zweigert, Konrad y Hein Kötz. *Introducción al derecho comparado*. México, D. F.: Oxford University Press, 2002.

ANEXO 1
GUÍA PARA LA ELABORACIÓN
DE LA NARRATIVA TRIBUTARIA*

* © Maestría en Tributación, Facultad de Derecho,
Universidad de los Andes.

JUSTIFICACIÓN

La elaboración de una narrativa tributaria es la modalidad de trabajo de grado en la Maestría en Tributación. Este tipo de trabajo responde a las necesidades de: (1) suplir un vacío existente en la literatura jurídica en relación con la casuística tributaria, y (2) tratar de acercar a la ciudadanía a la tributación, con el fin de que esta deje de ser percibida como un área compleja y excesivamente técnica, para reconocerse como una disciplina presente en el día a día de las personas.

Para comprender lo que se entiende por *narrativa tributaria*, esta guía definirá qué es, qué la compone y qué se espera que los estudiantes sean capaces de hacer para llegar al producto final.

OBJETIVOS

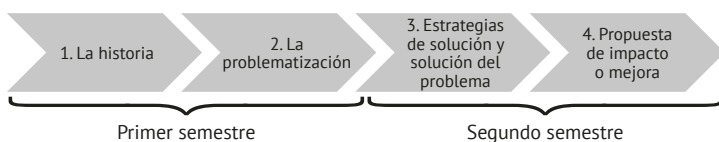
Se espera que el estudiante, durante la elaboración y al finalizar su trabajo de grado, esté en la capacidad de:

1. *Solucionar* situaciones problemáticas que requieren de una propuesta de impacto, solución o mejora en temas tributarios mediante la comprensión de los conceptos y metodologías adquiridos a lo largo de la maestría y de la carrera profesional.
2. *Desarrollar y consolidar* habilidades de escritura narrativa y casuística, con el fin de estructurar un caso comprensible y susceptible de ser empleado como material pedagógico y de consulta.
3. *Desarrollar y consolidar* habilidades orales, con el fin de comunicar de manera adecuada la *narrativa tributaria*.

ETAPAS DE LA NARRATIVA TRIBUTARIA

La elaboración de una narrativa tributaria es una metodología de enseñanza centrada en los estudiantes, que busca que estos alcancen objetivos de aprendizaje mediante la inmersión en una situación problemática aplicable, ya sea real o ficticia. Para alcanzar dichos objetivos, el estudiante deberá: (1) describir a fondo una situación y sustentarla con evidencias; (2) identificar el problema presente en la situación; (3) plantear estrategias de solución y resolver el problema; y (4) formular una propuesta de impacto o mejora que trascienda el ordenamiento jurídico tributario o las realidades económicas y financieras (por ejemplo, una propuesta de política pública, una demanda de inconstitucionalidad, una propuesta de ajuste contable o financiero, una recomendación de postura jurisprudencial, entre otros). En la figura A1 se muestran estas etapas.

Figura A1. Etapas de la narrativa tributaria



Fuente: elaboración propia.

La historia: descripción de la situación problemática

Esta primera etapa contiene la historia o descripción de la situación problemática, el título, el *hook* (gancho), las palabras clave y el glosario.

La historia o descripción de la situación problemática es una *narración* detallada de unos hechos. Para lograrla, el estudiante debe emplear una redacción sencilla, un hilo conductor definido y un lenguaje claro, concreto y sin

tecnicismos, soportado en evidencias que ofrecen relevancia (¿por qué la situación es un problema?), ilustración o ayudan a narrar la historia. Mediante esta descripción se busca que el estudiante narre historias únicas, especiales y relevantes en materia tributaria. Esta debe captar la atención de cualquier lector inquieto por temas tributarios.

En la figura A2 se presenta un flujograma de subetapas que permiten idear una situación problemática y describirla.

Figura A2. Subetapas para idear y describir una situación problemática



Fuente: elaboración propia.

Del mismo modo, la historia debe incluir toda la información relevante que permita enriquecerla y entenderla (datos, evidencias, experiencias, perspectivas, valores, entre otros). Para obtener esta información, se hará uso de las *metodologías propias de investigación en las ciencias sociales*, es decir, de los métodos *cualitativos* y *cuantitativos* (véase la figura A3).

Métodos cualitativos

Son aquellos que no requieren de medición numérica o análisis estadístico para la recolección de datos o información de interés. En la etapa de la historia, estos métodos se pueden emplear para obtener testimonios, observaciones, documentos, opiniones, percepciones o archivos de prensa. La elección de este método depende, en gran medida, del hecho particular o conjunto de hechos que se quieran ilustrar. Por ejemplo, si se quiere obtener un testimonio de un contribuyente acerca de la propuesta de incrementar la tarifa del impuesto del IVA al 19 %, lo más adecuado será el empleo de un método cualitativo para lograrlo¹.

Algunos ejemplos de métodos cualitativos son: entrevistas, análisis de documentos y archivos, observaciones y trabajos de campo, entre otros.

Métodos cuantitativos

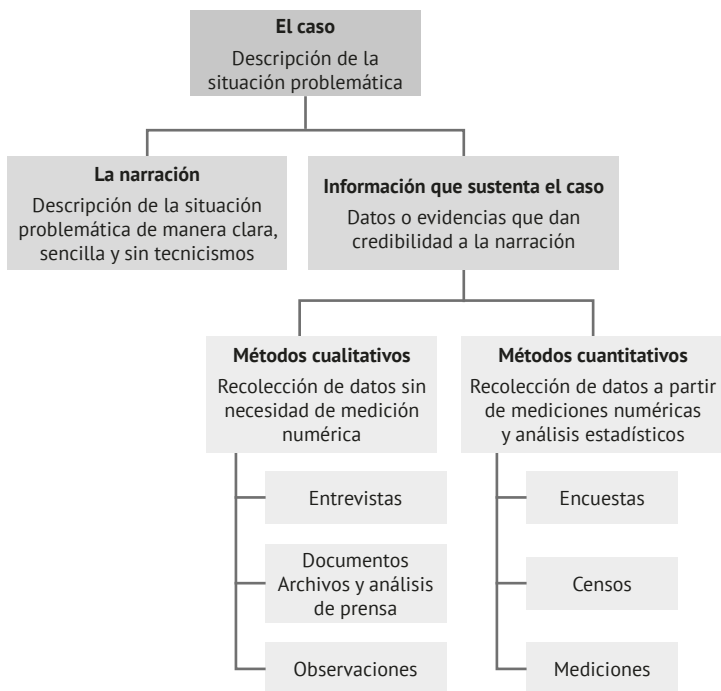
Son aquellos que requieren de medición numérica o análisis estadístico para recolectar datos o información de interés. En la narrativa, los métodos cuantitativos pueden emplearse para obtener cifras, porcentajes, variables, índices

1 Roberto Hernández Sampieri, Carlos Fernández Collado y Pilar Baptista Lucio, *Metodología de la investigación: enfoques cuantitativo, cualitativo y mixto* (México D. F.: McGraw-Hill/ Interamericana, 2006), 7 y ss.

o indicadores. La elección de este método depende, en gran medida, del hecho particular o conjunto de hechos que se quieran ilustrar. Por ejemplo, si se quiere ilustrar el hecho de que en el 2014 la empresa A tuvo un descenso dramático en el precio de sus acciones en el mercado de valores, lo más adecuado sería emplear un método cuantitativo para dar respaldo a tal afirmación².

Algunos ejemplos de métodos cuantitativos son: encuestas, censos, mediciones, tabulaciones, regresiones, entre otros.

Figura A3. Metodologías en la narrativa tributaria



Fuente: elaboración propia.

2 Hernández Sampieri, *Metodología*, 4.

El título

A partir de la construcción de la historia, se identifica un título llamativo para esta. Los títulos deben tener un componente concreto y otro creativo. A continuación, se expone la definición de cada uno de los elementos que deben constituir el título ideal de la narrativa tributaria.

Título creativo

Se vale de juegos de palabras, preguntas, oximorones, metáforas u otros recursos literarios para hacer referencia a la temática de la historia o a los sujetos involucrados en esta y generar interés en el lector. Se caracteriza por impactar al lector y se puede catalogar como ingenioso.

Ejemplos

- ▶ “La última tarjeta roja de Zidane”³ [*Zidane’s Last Red Card*]. Este caso trata sobre la gerencia de la ética y los controles disciplinarios en el fútbol internacional.
- ▶ “¿Quién es este tipo?” [*Who Is This Guy?*]. Este caso trata de las complejidades de la gestión humana cuando no se tienen las calidades académicas que se esperan de un nuevo empleado.
- ▶ “Motores de búsqueda en búsqueda de juego limpio” [*Search Engines in Search of Fair Play*]. Este caso analiza las repercusiones en materia de competencia de los servicios de búsqueda que ofrece Google en India.
- ▶ “Una carta desde la prisión” [*A Letter from Prison*]. Este caso trata de la responsabilidad en la gerencia financiera.

3 Nota de los autores. Las traducciones de los títulos son propias.

Título concreto

Es una referencia explicativa o enunciativa de los hechos reales o ficticios del caso y su temática. Se utiliza por lo general en los estudios de caso de situaciones reales ocurridas en el pasado. Además, facilita la búsqueda del caso en bases de datos y dejan muy claro para el lector su alcance.

Ejemplos

- ▶ “Oferta de Dow Chemical para la privatización de PBB en Argentina” [*Dow Chemical’s Bid for the Privatization of PBB in Argentina*]. Este caso trata de la oferta de Dow Chemical para comprar la empresa PBB de Argentina después de su privatización.
- ▶ “¿Contrato de licencia o de riesgo compartido? (4). Un caso *ex post* sobre Disneyland Tokio” [*Licensing Arrangement or Joint Venture (4). An Ex Post Case Study of Tokyo Disneyland*]. Este es un caso sobre la decisión de adquirir una licencia de uso o iniciar un proyecto colaborativo entre Disney y una compañía japonesa.
- ▶ “Precios de transferencia en Cameco Corp.” [*Transfer Pricing at Cameco Corporation*]. Este caso analiza los precios de transferencia en una empresa llamada Cameco.

Títulos para la narrativa tributaria

Se espera que estos tengan un componente creativo y uno concreto.

Ejemplos

- ▶ “Divididos venceremos: sentencias sobre matrimonio gay y desobediencia oficial” [*Divided we Stand: Gay Marriage Rulings and Official Disobedience*]. Este caso trata sobre las diferencias culturales y las implicaciones

legales del matrimonio gay en Estados Unidos. “Divididos venceremos” (creativo); “sentencias sobre matrimonio gay y desobediencia oficial” (concreto).

- “*Willkommen* a Europa: la economía política de la política migratoria alemana” [*Willkommen to Europe: The Political Economy of Migration Policy in Germany*]. Este es un caso sobre la política migratoria contemporánea en Alemania. “*Willkommen* a Europa” (creativo); “la economía política de la política migratoria alemana” (concreto).
- “¡Pero usted lo prometió! Gestionar la psicología del consumidor” [*But you Promised! Managing Consumers’ Psychological Contracts*]. Este caso analiza la gerencia de las expectativas de los consumidores en las empresas. “¡Pero usted lo prometió!” (creativo); “Gestionar la psicología del consumidor” (concreto).

Tenga en cuenta que en español, a diferencia del inglés, solo debe escribirse con mayúscula inicial la primera palabra de un título (y los nombres propios que contenga). Además, recuerde que los títulos y los subtítulos no llevan punto al final.

Hook

El *hook* de la narrativa tributaria es un párrafo de introducción que despierta el interés del lector y le sugiere, a grandes rasgos, las tensiones que se van a plantear en el caso.

El *hook* incluye al menos dos elementos: por un lado, los sujetos de la narrativa y, por otro, la tensión que se plantea. La inclusión de los sujetos implica involucrar a los protagonistas de la narrativa tributaria y la tensión indica las dificultades o la situación problema a la que se

enfrentan los sujetos del caso. Es importante plantear la tensión desde la perspectiva del sujeto.

Ejemplo 1

Harriet Cornwall, socia de la firma Kensington Palmer LLP, es elegida líder de un equipo de abogados. Mientras los lidera para alcanzar las metas anuales, identifica cuatro miembros del equipo que necesitan especial atención. Cornwall debe enfocarse en mejorar el bajo rendimiento de sus compañeros como colega en vez de asumir la posición de jefe.

El *hook* incluye al sujeto (en el caso anterior, Harriet Cornwall) y plantea la tensión, pues sin necesidad de formular una pregunta explícita, es fácil intuir que lo que le interesa a Harriet es encontrar una manera de liderar a sus antiguos compañeros de trabajo, quienes ahora son sus subordinados y, por lo tanto, no es sencillo interactuar con ellos como lo haría habitualmente un superior.

Ejemplo 2

Los precios de transferencia usados por compañías multinacionales para aliviar su carga tributaria, además de aumentar sus ingresos netos, pueden tener implicaciones serias para los accionistas, tal y como lo constató el administrador del fondo Saskhedge por experiencia propia. Una inversión suya en acciones de Cameco Corp. ha arrojado pérdidas del 20 %. Además, la Agencia de Impuestos de Canadá ha interpuesto una demanda contra la firma por evasión fiscal mediante el uso de precios de transferencia por medio de su subsidiaria en Suiza. El administrador debe explicarle a la junta directiva las implicaciones de la demanda en el precio de la acción y conceptuar sobre si el precio estimado de 800-850 millones de dólares es razonable.

El *hook* incluye al sujeto, en este caso el gerente de un fondo llamado Saskhedge. Además, se presenta la tensión del caso desde la perspectiva del gerente; se introduce la tensión al decir que él aprendió, de la manera más difícil, las implicaciones de los precios de transferencia en el ingreso de las empresas. También se plantea la tensión desde la perspectiva del gerente porque del *hook* se desprende la problemática a la que se debe enfrentar el sujeto, en este caso, explicarle a la junta de inversión las implicaciones de la demanda.

Las palabras clave

Las palabras clave son los conceptos que permiten relacionar la narrativa tributaria al hacer una búsqueda en una base de datos o un sistema informático. Es el conjunto de términos que tienen relación directa con el caso de la narrativa tributaria y que deben señalarse para que se destaquen en una búsqueda relativa a la temática abordada. Tenga en cuenta el uso de las mayúsculas en las palabras clave: no todas las requieren, solo aquellos nombres de instituciones o personas, por ejemplo⁴.

Ejemplo

En un caso de tributación internacional algunas palabras clave podrían ser:

Convenios de doble imposición, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, conflictos de calificación, procedimiento amistoso, Convenio de Doble Imposición entre el Reino de España y la República de Colombia, servicios de consultoría, tributación de las regalías, interpretación de tratados tributarios internacionales.

4 Para mayor información, revise este enlace: <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?id=BapzSnotjD6n0vZiTp>.

El glosario

El glosario incluye el conjunto de acrónimos y palabras que son especialmente relevantes para el caso, o conceptos que es necesario definir para que la temática resulte fácilmente comprensible para cualquier público lector. Para el glosario tenga en cuenta también que la mayúscula después de dos puntos es necesaria.

Ejemplo de un glosario de un caso de tributación internacional:

BEPS: Siglas en inglés para *Base Erosion and Profit Shifting* o erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Iniciativa global liderada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), con la cual se pretende reformular los principios reinantes en la tributación internacional actual.

Conflicto de calificación negativo: Se presenta cuando, por motivos de diferenciación entre las legislaciones impositivas internas de los Estados contratantes de un tratado tributario, un ingreso es calificado de manera distinta por cada autoridad tributaria, lo cual genera un no gravamen fiscal.

Conflicto de calificación positivo: Se presenta cuando, por motivos de diferenciación entre las legislaciones impositivas internas de los Estados contratantes de un tratado tributario, un ingreso es calificado de manera distinta por cada autoridad tributaria, lo que genera un doble gravamen fiscal.

Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados: Tratado internacional de índole multilateral mediante el cual se codificó la costumbre internacional en lo referente a la aplicación, la regulación, los efectos y la interpretación de los tratados internacionales.

Convenio de doble imposición: Instrumento internacional principalmente de naturaleza bilateral por el cual se establece un conjunto de normas tributarias con las que se pretende eliminar o atenuar la doble imposición internacional, tanto jurídica como económica, frente a las transacciones transfronterizas que tienen lugar entre residentes de las partes contratantes.

Establecimiento permanente: Elemento de la tributación internacional dirigido a regular la tributación de las rentas activas de los no residentes fiscales que desarrollan su actividad de manera sustanciosa, con presencia física y con grado de permanencia.

Procedimiento amistoso: Trámite previsto en los tratados tributarios que pretende un acercamiento entre las autoridades fiscales de los países signatarios para solucionar controversias referidas a la aplicación del tratado.

Regalía: Contraprestación económica derivada del licenciamiento o derecho de uso de derechos intangibles o conocimiento adquirido dentro de los cuales se encuentran el *know-how*, las patentes, marcas, entre otros.

LA PROBLEMATIZACIÓN: IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA EN MATERIA TRIBUTARIA A PARTIR DE LA NARRATIVA

La identificación del problema en materia tributaria es el segundo gran paso dentro de la elaboración y resolución de la narrativa tributaria, que puede ser concomitante desde el inicio de la redacción de esta. Este paso es fundamental para determinar la relevancia del trabajo de grado en la literatura tributaria. En otras palabras, una narrativa que no contenga un problema en materia tributaria no

será un trabajo que alcance los objetivos que persigue la Maestría en Tributación.

Durante la construcción de la narrativa, y luego de ella, el estudiante debe identificar, a partir de los hechos clave o determinantes, cuál es el problema central que plantea la narrativa tributaria. En el evento en que la narrativa plantee dos o más problemas complejos, se sugiere revisarla para simplificarla y omitir los detalles correspondientes. Un estudio de caso con varias problemáticas puede resultar inviable en términos de tiempo, recursos y espacio, por ello es aconsejable que la narrativa contemple una sola.

Cómo identificar y formular el problema

Lo primero que se debe tener en cuenta para identificar el problema es que este implica una tensión evidente entre dos o más posturas frente a una situación en particular, un vacío normativo o técnico, una contradicción normativa o técnica o una innovación en materia tributaria (la narrativa). Este problema debe ser *fácticamente posible*, es decir, debe ser susceptible de presentarse en la realidad. En segundo lugar, el problema que se identifique debe guardar relación con los objetivos de la maestría (figura A4).

Para identificar y formular el problema a partir de la narrativa, se sugiere seguir estas indicaciones⁵:

- *Identifique el problema.* Para identificar el problema, se sugiere que el estudiante relea el caso construido, realice una línea de tiempo de los hechos problemáticos y establezca relaciones de causalidad que

5 Palena Neale, *Preparing a Case Study: A Guide for Designing and Conducting a Case Study for Evaluation Input* (Massachusetts: Pathfinder International, 2006).

permitan definir cuál de todos esos hechos fue el desencadenante de los demás. Puede haber varios hechos desencadenantes.

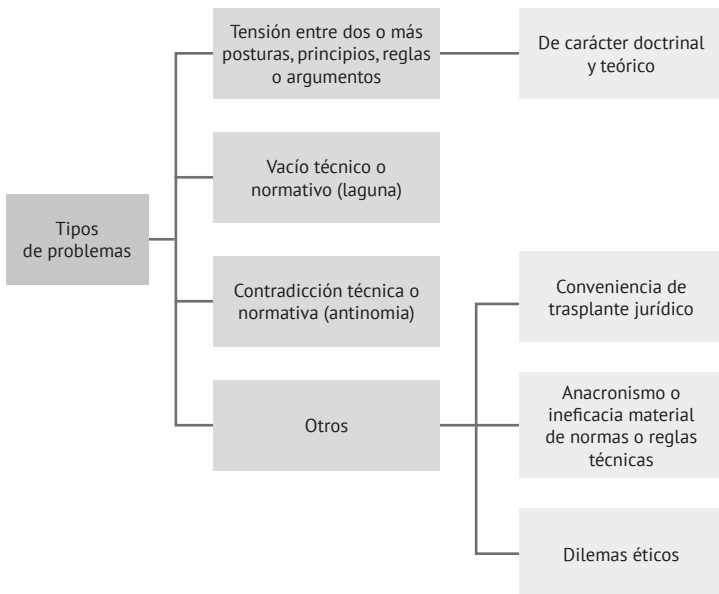
- ▶ *Formule el problema en forma de pregunta.* Esta labor implica un trabajo de abstracción por parte del estudiante, quien debe contemplar en dicha pregunta todos los elementos clave de la situación problemática descrita en el (los) hecho(s) desencadenante(s), de una manera clara y coherente. Ejemplos: ¿Son las transacciones electrónicas efectuadas mediante criptomonedas situaciones que configuran el hecho generador del impuesto sobre las ventas? ¿Se ajusta a la Constitución Política, y particularmente a los principios de progresividad y equidad horizontal, el hecho de que a contribuyentes morosos se les imponga un impuesto complementario de normalización tributaria?
- ▶ *Identifique si su problema representa una tensión entre dos o más posturas, principios, reglas, argumentos, etc.* Si el problema se ajusta a lo anterior, debe identificar claramente los extremos de dicha tensión. Ejemplo: ¿Debe adoptarse en Colombia un modelo de federalismo fiscal, en el que los entes subnacionales determinen los elementos de la obligación tributaria ante el silencio de la ley, en contraposición a un modelo de centralismo tributario, basado en la premisa de *no taxation without representation*?
- ▶ *Identifique si su problema representa un vacío técnico o normativo.* Si su problema representa un vacío normativo o técnico, debe describir de la manera más clara y sintética la situación que se está dejando de regular o contemplar.
- ▶ *Identifique si su problema representa una contradicción técnica o normativa.* Al igual que en el caso anterior, el

problema debe contemplar claramente en qué consiste la contradicción.

- Si su problema es de otro tipo, fórmelo de modo que quede claro en qué consiste.

Se sugiere que el problema quede definido de manera tal que sea posible para el estudiante formular respuestas tentativas claras, cortas y contundentes. Asimismo, se recomienda que al finalizar esta etapa plantee al menos dos respuestas tentativas.

Figura A4. Tipos de problemas derivados del caso



Fuente: elaboración propia.

Otros elementos para tener en cuenta en esta etapa

Se espera que en esta etapa el estudiante tenga en cuenta las siguientes preguntas: (1) ¿Por qué el problema es importante? (2) ¿Cómo se identificó el problema? y (3) ¿El proceso para identificar el problema fue efectivo?

ESTRATEGIAS DE SOLUCIÓN Y SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

La tercera etapa consiste en definir cómo se va a solucionar el problema y solucionarlo. En esta, se espera que el estudiante aplique todos los conocimientos adquiridos en la maestría, incluyendo los conocimientos interdisciplinarios de sus materias electivas, para la resolución del caso y la confirmación de la respuesta tentativa (hipótesis) que debió prever en la problematización.

Durante esta etapa, los estudiantes tendrán que acercarse a las *metodologías propias de la investigación jurídica, de la contabilidad o de las finanzas*, con el fin de resolver el problema de la manera más rigurosa y completa.

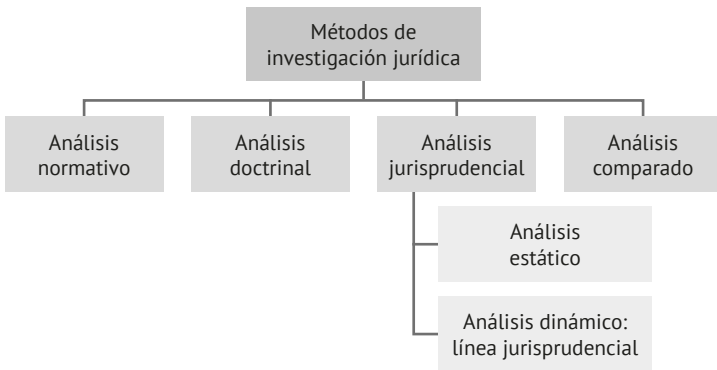
Metodologías propias de la investigación jurídica

En esta categoría se encuadran, entre otras, las siguientes metodologías (véase la figura A5):

- ▶ *Análisis normativo*. Interpretación de normas jurídicas con el fin de establecer su significado, sus efectos o sus virtudes o defectos.
- ▶ *Análisis doctrinal*. Selección y revisión de textos especializados sobre la materia, en los planos nacional e internacional.

- *Análisis de jurisprudencia.* Selección, lectura e interpretación de sentencias de altos tribunales nacionales o comparados, así como de tribunales de arbitramento. Dentro de esta categoría, se han planteado dos tipos de análisis⁶:
 - Estático: aquel que se centra en una sentencia en particular.
 - Dinámico (línea jurisprudencial): aquel que se centra en dos o más sentencias, con lo cual se establece la línea jurisprudencial de un alto tribunal sobre una materia específica.
- *Análisis comparado.* Selección, análisis, crítica y posibilidad de trasplante de una institución jurídica extranjera dentro del ordenamiento jurídico colombiano⁷.

Figura A5. Los métodos de investigación jurídica



Fuente: elaboración propia.

6 Diego López, *El derecho de los jueces* (Bogotá: Legis, 2009).

7 Para conocer más aspectos del método del análisis comparado en derecho, véase Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introducción al derecho comparado* (México D. F.: Oxford University Press, 2002).

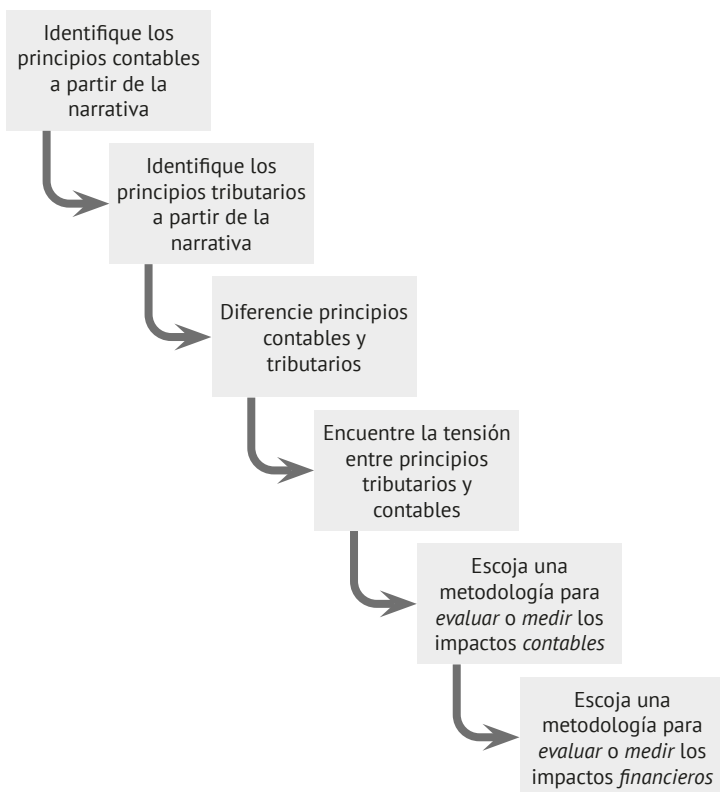
Metodologías propias de la contabilidad y de las finanzas

Estas metodologías guardan relación con las empleadas en las ciencias sociales (cualitativa y cuantitativa). La escogencia de uno u otro enfoque dependerá de los efectos o impactos que se puedan producir por decisiones contables o financieras: si estos son susceptibles de medirse numéricamente, se empleará un enfoque cuantitativo; si no lo son, se empleará uno cualitativo.

En el campo de la tributación, el análisis contable y financiero consta de tres momentos o etapas: (1) la identificación de una tensión entre principios contables, financieros y tributarios; (2) la medición de los efectos o impactos contables (por ejemplo, representación de la tensión en la información financiera, balances e impacto en activos y pasivos); (3) la medición de los efectos o impactos financieros que dicha tensión provoca (por ejemplo: liquidez, rentabilidad, capacidad de endeudamiento). Dentro de la evaluación de las tensiones, el impacto de la decisión empresarial se puede medir en diferentes escenarios por medio de la metodología de flujos de caja descontados a valor presente. Del mismo modo, es usual que los cambios en la medición contable influyan en la estructura de capital de la empresa, por lo que es imprescindible dentro de este análisis considerar los efectos en el escudo fiscal y en el riesgo de apalancamiento.

En la figura A6 se encuentra un flujograma de pasos del método contable y financiero que se sugiere con miras a abarcar las tres etapas anteriores.

Figura A6. Pasos del método contable y financiero



Fuente: elaboración propia.

¿Cómo se lleva a cabo esta etapa?

Metodológicamente, esta etapa –al igual que la primera: el caso– se divide en dos subetapas, de acuerdo con las actividades que deben llevar a cabo los estudiantes:

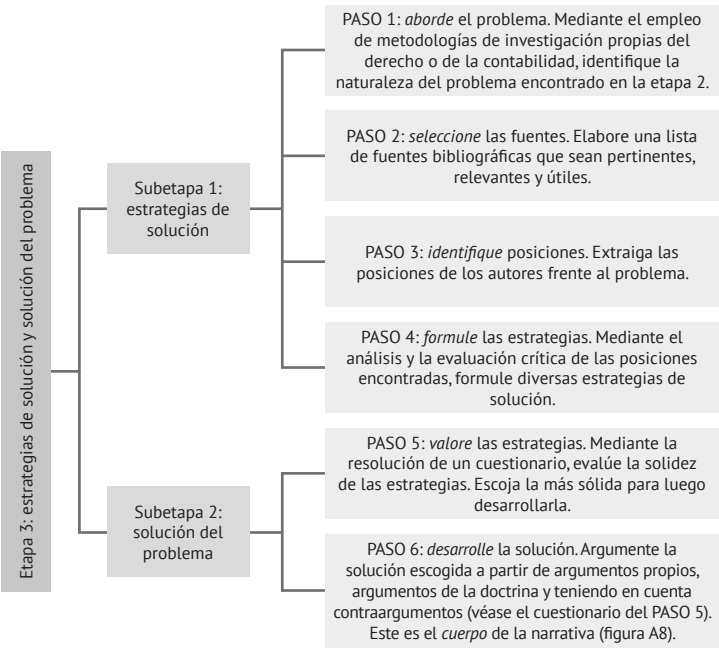
- *Estrategias de solución del problema.* En esta subetapa, los estudiantes deberán abordar el problema

formulado en la etapa 2 (Problematización), seleccionar fuentes que servirán de insumo, identificar posiciones encontradas en las fuentes y, finalmente, formular estrategias de solución sólidas y viables.

- *Solución del problema.* En esta subetapa, los estudiantes deberán elegir una de las estrategias formuladas. Además, deben argumentarla de forma tal que sea sólida, convincente y viable para luego plantear una propuesta de impacto o mejora (etapa 4) con base en ella.

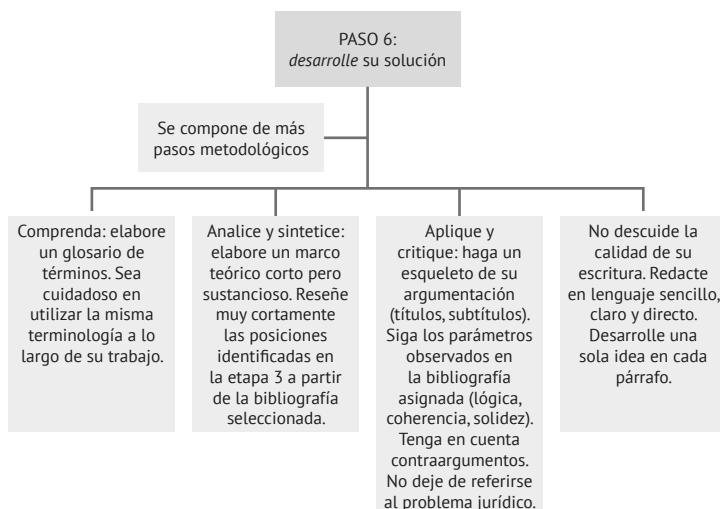
Las subetapas con sus respectivos pasos metodológicos se ilustran en la figura A7.

Figura A7. Subetapas y pasos de la etapa 3: estrategias de solución y solución al problema



Fuente: elaboración propia.

Figura A8. Pasos metodológicos para desarrollar la solución al problema



Fuente: elaboración propia.

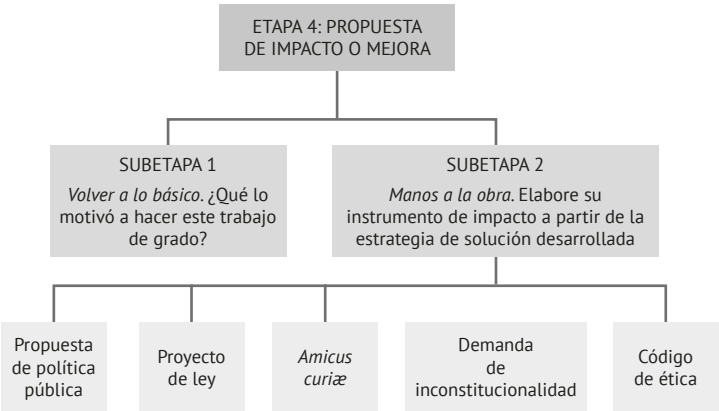
PROPUESTA DE IMPACTO O MEJORA

Una de las metas de la narrativa tributaria es que tenga un impacto efectivo en el sistema tributario colombiano y que sea un semillero de propuestas y soluciones a las problemáticas que se encuentran en la cotidianidad. Por esa razón, la propuesta de impacto o mejora es, tal vez, la etapa más importante para que la narrativa tributaria adquiriera una utilidad práctica.

Para realizarla, es preciso que el estudiante haga un ejercicio de retrospectiva en el que se pregunta por sus motivos o finalidades para ser tributarista, para cursar la Especialización y la Maestría en Tributación de la Universidad y para elaborar la narrativa que está escribiendo. Igualmente, se debe preguntar qué busca cambiar y qué

instrumento es el más idóneo para alcanzar ese cambio. Entre los instrumentos que pueden ser más apropiados están: (1) una propuesta de política pública; (2) un proyecto de ley; (3) un *amicus curiæ*, o intervención amigable, ante una alta Corte; (4) una demanda de inconstitucionalidad; y (5) un código de ética, entre otros (véase la figura A9).

Figura A9. Propuesta de impacto o mejora



Fuente: elaboración propia.

PUBLICACIÓN DEL TRABAJO DE GRADO

Aquellos trabajos de grado sobresalientes podrán formar parte de una publicación dirigida a suplir el vacío existente en la literatura tributaria en materia de casos. Con la publicación se busca, además, que los trabajos de grado sirvan como material pedagógico y como modo de difusión de la tributación como una disciplina transversal a la vida cotidiana de las personas.

ANEXO 2

GUÍA DE CITACIÓN DE FUENTES*

* © Maestría en Tributación, Facultad de Derecho,
Universidad de los Andes.

INTRODUCCIÓN

Por medio de la citación se reconoce la autoría de las ideas y argumentos que se plasman en un documento. Esto quiere decir que los lectores y pares identifican las ideas que se desarrollan en los textos, sus fuentes y la investigación que ha llevado a los autores a sus conclusiones. Así, la citación es un mecanismo útil para promover la transparencia académica.

Los estudiantes de la Maestría en Tributación deben realizar un trabajo denominado *narrativa tributaria*, el cual pretende, por un lado, llenar un vacío existente en la literatura en materia de casos tributarios y, por otro, llevar los temas tributarios al público general, mediante el empleo de casos de estudio que contengan tensiones que se puedan analizar, discutir y resolver.

A partir de estos objetivos, se pretende que la narrativa tributaria tenga un alcance tanto nacional como internacional; está dirigida a un público amplio, no solo a los expertos en tributación. Es por esto que la citación de las fuentes en este documento debe tener un enfoque transnacional que permita su fácil comprensión y tratamiento por lectores colombianos y extranjeros.

Esta guía está elaborada con el fin de implementar el anterior enfoque a partir del formato de citación del manual de estilo Chicago desarrollado por la imprenta de la Universidad de Chicago¹. Además, se construye con base en la propuesta de citación de fuentes jurídicas colombianas del profesor Diego Eduardo López Medina en el

1 John Grossman, ed., *The Chicago Manual of Style* (Chicago: University of Chicago Press, 1993).

libro *Las fuentes del argumento*². Para todo lo que no esté comprendido en esta guía es posible remitirse a las obras mencionadas.

LAS DIEZ REGLAS GENERALES DE CITACIÓN CHICAGO

Citas directas

Es posible hacer citas directas de las ideas de los autores, caso en el cual estas deberán estar encerradas entre comillas (“”). Al cerrar las comillas, se realiza la anotación a pie de página, la cual debe ir antes de cualquier signo de puntuación.

Ejemplo: Al hablar de la citación jurídica, Diego López considera que es “conveniente adoptar como Formato Estándar de Citación Doctrinal, FED, para el caso colombiano, las reglas generales postuladas en *The Chicago Manual of Style*”¹.

En el pie de página:¹ Diego Eduardo López Medina, Renata Amaya-González, Ana María Beltrán-Torres, María Lorena Slebi-Asela y Jorge González Jácome, *Las fuentes del argumento* (Bogotá: Legis, 2010), 71.

Cuando se hace una cita directa de más de cinco líneas, esta debe ir con sangría y sin comillas, además se debe dejar un espacio entre el comienzo de la cita y el texto principal. De igual forma, se debe dejar un espacio entre el

2 Diego Eduardo López Medina, Renata Amaya-González, Ana María Beltrán-Torres, María Lorena Slebi-Asela y Jorge González Jácome, *Las fuentes del argumento* (Bogotá: Legis, 2010), 71.

final de la cita y el texto que continúa. Si se pretende continuar una idea, el comienzo de la cita debe ir precedido de dos puntos, excepto si la idea anterior termina en las conjunciones *que* o *como*, o en las preposiciones *por*, *para*, *con* y *de*. Si se pretende introducir una nueva idea, se debe usar un punto final antes de iniciar la cita.

Ejemplo: Al hablar de la citación jurídica, Diego López considera que

[E]l estilo de Chicago está presente en la mayor parte de *software* de referencia actualmente existentes en el mercado y que son ampliamente utilizados por los profesionales del derecho, incluyendo las así llamadas *reference tools* (herramientas de referencia) de las varias versiones comerciales de Office® 2007 de Microsoft o los *software* de “administración de citas” (*citation management software*) que se ofrecen, por ejemplo, bajo los nombres comerciales de *Endnote*® o *Reference Manager*®¹.

Precisamente por esta versatilidad tecnológica, consideramos útil usar el formato de citación Chicago.

En el pie de página: ¹ Diego Eduardo López Medina, Renata Amaya-González, Ana María Beltrán-Torres, María Lorena Slebi-Asela y Jorge González Jácome, *Las fuentes del argumento* (Bogotá: Legis, 2010), 71.

En caso de que se haga una paráfrasis de lo expuesto por un autor, no se necesitan comillas. Basta con incluir el pie de página al terminar de exponer la idea.

Ejemplo: Para Diego López, el uso del formato Chicago de citación es particularmente útil por su compatibilidad con diferentes *softwares*¹.

En el pie de página: ¹ Diego Eduardo López Medina, Renata Amaya-González, Ana María Beltrán-Torres, María Lorena Slebi-Asela y Jorge González Jácome, *Las fuentes del argumento* (Bogotá: Legis, 2010), 71.

La primera vez que se cita una obra se utiliza en el pie de página una citación extensa.

Ejemplo: Para Diego López, el uso del formato Chicago de citación es particularmente útil por su compatibilidad con diferentes *softwares*¹.

En el pie de página: ¹ Diego Eduardo López Medina, Renata Amaya-González, Ana María Beltrán-Torres, María Lorena Slebi-Asela y Jorge González Jácome, *Las fuentes del argumento* (Bogotá: Legis, 2010), 71.

Por el contrario, si se trata de una citación *consecutiva* de la misma obra y la misma página se utiliza *Ibid.* en el pie de página. Si se cita la misma obra, pero otra página, se añade una coma y el número de página o rango así: *Ibid.*, 72 o bien *Ibid.*, 72-73.

Ejemplo: Para Diego López, el uso del formato Chicago de citación es particularmente útil por su compatibilidad con diferentes *softwares*².

En el pie de página: ¹ Diego Eduardo López Medina, Renata Amaya-González, Ana María Beltrán-Torres, María Lorena Slebi-Asela y Jorge González Jácome, *Las fuentes del argumento* (Bogotá: Legis, 2010).

² *Ibid.*

Siempre que ya se haya citado una obra y el pie de página no sea consecutivo se utiliza una citación abreviada, que incluye el apellido del autor, una abreviación del título en cursiva o entre comillas, según se verá, y el número de la página que se cita.

Si son dos autores, se incluyen los dos apellidos separados por una y, si son tres, los primeros dos apellidos se separan por una coma y el último por una y así: Lozano y Durán o bien Lozano, Durán y Gómez. Si son cuatro o más autores, se utiliza *et al.* después del apellido del primero.

También se puede referenciar una nota al pie anterior con *véase la nota* y el número del pie de página que se quiere referenciar.

Ejemplo: Para Diego López, el uso del formato Chicago de citación es particularmente útil por su compatibilidad con diferentes *softwares*³.

En el pie de página: ¹ Diego Eduardo López Medina, Renata Amaya-González, Ana María Beltrán-Torres, María Lorena Slebi-Asela y Jorge González Jácome, *Las fuentes del argumento* (Bogotá: Legis, 2010).

² Kate L. Turabian, *A Manual for Writers of Research Papers, Theses, and Dissertations: Chicago Style for Students and Researchers* (Chicago: University of Chicago Press, 2013).

³ López *et al.*, *Las fuentes*, 71.

o también

³ Véase la nota 1.

Cuando en una cita textual se modifique una letra, palabra o frase; cuando se añada algún comentario y cuando se añadan cursivas se deben usar corchetes para aclarar.

Según sea el caso, puede escribirse *[énfasis añadido]*, *[cursivas añadidas]*, *[traducción propia]*, etc. Si está al final de una frase o párrafo, el *[énfasis añadido]* va por fuera de las comillas, de lo contrario va por dentro.

Siempre es posible añadir información en un pie de página. Si este también lleva una referencia, primero se incluye esta y después del punto final se escribe la información adicional.

Texto sin modificaciones: Al hablar de la citación jurídica Diego López considera que es “conveniente adoptar como Formato Estándar de Citación Doctrinal, FED, para el caso colombiano, las reglas generales postuladas en *The Chicago Manual of Style*”¹.

Ejemplo 1: Al hablar de la citación jurídica Diego López considera que es “[apropiado] adoptar como [f]ormato [e]stándar de [c]itación [d]octrinal, FED [abreviación propuesta por Diego], *para el caso colombiano*, las reglas generales postuladas en [el manual de estilo Chicago]”¹. [Énfasis añadido]

Ejemplo 2: Al hablar de la citación jurídica, Diego López considera que es “[apropiado] adoptar como [f]ormato [e]stándar de [c]itación [d]octrinal, FED [abreviación propuesta por Diego], *para el caso colombiano*, las reglas generales postuladas en [el manual de citación Chicago] *[énfasis añadido]*”¹, pues puede decirse que los hábitos de citación en Colombia tienen su propia idiosincrasia.

En el pie de página: ¹ Diego Eduardo López Medina, Renata Amaya-González, Ana María Beltrán-Torres, María

Lorena Slebi-Asela y Jorge González Jácome, *Las fuentes del argumento* (Bogotá: Legis, 2010), 71. Diego López realizó en este texto un análisis de múltiples métodos de citación para estudiar cuál se ajusta mejor a la cultura jurídica colombiana.

Cuando en una cita textual se quiera omitir una parte del texto se deben usar puntos suspensivos entre corchetes [...]. Recuerde que solo son tres.

Ejemplo: Al hablar de la citación jurídica Diego López considera que es “conveniente adoptar como Formato Estándar de Citación Doctrinal [...] las reglas generales postuladas en *The Chicago Manual of Style*”¹.

En el pie de página: ¹ Diego Eduardo López Medina, Renata Amaya-González, Ana María Beltrán-Torres, María Lorena Slebi-Asela y Jorge González Jácome, *Las fuentes del argumento* (Bogotá: Legis, 2010), 71.

Las tablas y gráficas deben estar precedidas por un título con un corto texto alusivo a su contenido, además de estar numeradas secuencialmente. El título debe ir alineado a la izquierda y conservando la fuente que se esté usando; después de la numeración se escribe punto seguido.

Ambas deben ir posicionadas lo más cerca posible del párrafo donde se mencionan, siempre refiriéndose a la tabla o gráfica por su número, no por su ubicación. Por ejemplo, no es correcto decir: “en la siguiente gráfica...”.

Cuando la autoría de la gráfica o tabla no sea propia, debajo de esta se debe añadir la *Fuente:* o *Fuentes:* y la referencia en formato *extenso*. Si es necesario incluir información general adicional, se puede añadir una *Nota:*

debajo de la fuente. Estos textos siempre deben ir alineados a la derecha.

Si es necesario añadir información específica adicional, se utiliza uno o más asteriscos (*).

Ejemplo

Tabla 1. Diferentes estilos de citación y sus disciplinas

ESTILO DE CITACIÓN	DISCIPLINA
APA*	Ciencias Sociales
Chicago**	Historia

Fuente: Laurie Borchard, “Research Therapy: Citing Your Sources”, *CSUN California State University Northridge*, acceso el 15 de diciembre del 2016, <http://library.csun.edu/blogs/cited/2012/11/15/research-therapy-citing-your-sources/>.

Nota: se adaptó la información para que fuera más útil para los fines de esta guía.

* APA es el acrónimo de la American Psychological Association.

** Para referirse al *Chicago Manual of Style*.

Figura 1. Citación automática en Google Scholar

Google Scholar

design principles of next generation

Artículos

Aproximadamente 4.670.000 resultados (0,08 s)

Cualquier momento

Desde 2020

Desde 2019

Desde 2016

Intervalo específico...

Ordenar por relevancia

Ordenar por fecha

Cualquier idioma

Design principles of next-generation digital gaming for education.

K.Squire, H.Jenkins, W.Holland, H.Miller... - Educational ... 2003 - ERIC

Discusses the rapid growth of digital games, describes research at MIT that is exploring the potential of digital games for supporting learning, and offers hypotheses about the design of next-generation educational video and computer games. Highlights include simulations and ...

☆ 99 Citado por 122 Artículos relacionados

Design principles of next-generation digital gaming for education

Games-to-Teach Research Team - Educational Technology, 2003 - JSTOR

Over the past few years, academics, industry leaders, educators, and the lay public have begun noticing the staying power and creative drive of the digital gaming industry. While dot.coms crashed, the digital gaming industry soared, posting large profit increases. 1 In March ...

☆ 99 Citado por 22 Artículos relacionados

Fuente: Med Kharbach, “An Indispensable Google Scholar Tip for Teachers and Academics”, *Educational Technology and Mobile Learning*, acceso el 15 de diciembre del 2016, <http://www.educatorstechnology.com/2015/03/an-indispensable-google-scholar-tip-for-teachers.html>.

Al final, se recopilan en orden alfabético todas las citas extensas realizadas a lo largo del texto bajo un subtítulo alineado a la izquierda denominado *Bibliografía*. En ella, solo se cita una vez la misma obra y *no* se hace referencia a las páginas citadas. En otra sección también se tienen organizadas alfabéticamente las *Normas* y *Leyes* y en otra la *Jurisprudencia*.

Las referencias finales tienen tres diferencias, en comparación con las referencias extensas realizadas en notas a pie de página. La primera es que los elementos principales de la citación (autor, título, etc.) se separan por puntos y no por comas. La segunda es que se invierte el nombre y el apellido para que la referencia bibliográfica comience con el apellido. Y la tercera es que en la bibliografía la información correspondiente a ciudad, editorial y año de la publicación no se escribe entre paréntesis y debe separarse mediante punto. La primera línea de cada referencia va alineada a la izquierda, de la segunda línea en adelante se utiliza sangría francesa. Para ello se puede usar la herramienta Regla de Word.

También es posible añadir obras que no se citaron pero que contribuyeron a la construcción del documento y que pueden ser útiles para el lector. Luego de la sección de la bibliografía se encuentra la sección Normas y, posteriormente, la sección Jurisprudencia.

Ejemplo

BIBLIOGRAFÍA

López Medina, Diego Eduardo, Renata Amaya González, Ana María Beltrán Torres, María Lorena Slebi Asela y Jorge González Jácome. *Las fuentes del argumento*. Bogotá: Legis, 2010.

Turabian, Kate L. *A Manual for Writers of Research Papers, Theses, and Dissertations: Chicago Style for Students and Researchers*. Chicago: University of Chicago Press, 2013.

Normas y leyes

CN art. 189-10

2020/2006, art. 4-4.4

D. 2080/2000, art. 1-a

Jurisprudencia

CConst, T-522/1992, A. Martínez.

CSJ Civil, abril 4/2008. e0800131030061998-00171-01. R. Díaz.

Acceso 30 de diciembre del 2015, http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portaljjspjframes/index.jsp?idsitio=

Formatos de referencias generales

A continuación, se exponen los formatos de los tipos de referencias más usados que se encuentran en la página oficial del *Chicago Manual of Style*, en la sección de *Chicago-Style Citation Quick Guide*³, también se construyen con base en el documento *Cómo citar en estilo Chicago* de autoría de Emma Norman⁴. En caso de no encontrar en esta guía el formato de la fuente que desea citar, lo invitamos a que consulte las obras mencionadas.

3 “The Chicago Manual of Style Online: Chicago-Style Citation Quick Guide”, *University of Chicago*, acceso el 28 de febrero del 2016, http://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide.html.

4 Emma R. Norman, “Cómo citar en estilo Chicago, técnica de referencia para la elaboración correcta de notas a pie de página y bibliografías”, acceso el 8 de febrero del 2016, <http://www.iberori.org>, http://www.iberori.org/doctos/manual_chicago.pdf.

Libros con un autor	
General	Nombre del autor/apellido(s), <i>Título del libro</i> (lugar de la publicación: Nombre de la editorial, año de publicación), números de página si se está citando textualmente o se refiere a una frase o idea específica.
Extenso	Michael Pollan, <i>The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals</i> (Nueva York: Penguin, 2006), 99-100.
Abreviado	Pollan, <i>Omnivore's Dilemma</i> , 3.
Bibliográfico	Pollan, Michael. <i>The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals</i> . Nueva York: Penguin, 2006.

Libros con dos o tres autores	
General	Nombre(s) Apellido(s) y Nombre(s) y Apellido(s) [para dos autores]; o Nombre(s) y Apellido(s), Nombre(s) y apellido(s) y Nombre(s) y apellido(s) [para tres autores], <i>Título del libro</i> (lugar de la publicación: Nombre de la editorial, año de publicación), números de página si se está citando textualmente o se refiere a una frase o idea específica.
Extenso	Geoffrey C. Ward y Ken Burns, <i>The War: An Intimate History, 1941–1945</i> (Nueva York: Knopf, 2007), 52.
Abreviado	Ward y Burns, <i>War</i> , 59-61.
Bibliográfico	Ward, Geoffrey C. y Ken Burns. <i>The War: An Intimate History, 1941-1945</i> . Nueva York: Knopf, 2007.

Libros con cuatro o más autores	
General	Nombre(s) y apellido(s), <i>et al.</i> [para cuatro autores], <i>Título del libro</i> (lugar de la publicación: nombre de la editorial, año de publicación), números de página si se está citando textualmente o se refiere a una frase o idea específica.
Extenso	Diego Eduardo López Medina <i>et al.</i> , <i>Las fuentes del argumento</i> (Bogotá: Legis, 2010).
Abreviado	López Medina <i>et al.</i> , <i>Las fuentes</i> , 59-61.
Bibliográfico	López Medina, Diego Eduardo, Renata Amaya González, Ana María Beltrán Torres, María Lorena Slebi Asela y Jorge González Jácome. <i>Las fuentes del argumento</i> . Bogotá: Legis, 2010.

Capítulos de un libro	
General	Nombre(s) del autor/ apellido(s), "Título del capítulo", en <i>Título del libro</i> , [si tiene coordinador se añade: coordinado por Nombre y Apellido del (los) coordinador(es)] (lugar de publicación: editorial, año), número de página(s).
Extenso	Janet E. Smith, "Moral Character and Abortion", en <i>Doing and Being: Readings in Moral Philosophy</i> , coordinado por Joran Haber, Ken Follet e I. A. Newland (Nueva York: Macmillan, 1993), 247.
Abreviado	Smith, "Moral Character and Abortion", 247.
Bibliográfico	Smith, Janet E. "Moral Character and Abortion", en <i>Doing and Being: Readings in Moral Philosophy</i> , coordinado por Joran Haber, Ken Follet e I. A. Newland, 235-270. Nueva York: Macmillan, 1993.

Artículos en revistas académicas	
General	Nombre(s) del autor/apellido(s), "Título del artículo". <i>Título de la revista</i> volumen de la revista, abreviatura de número, número de la revista (estación del año o mes de publicación [estas dos son opcionales], año de la publicación): número de página(s).
Extenso	Joshua I. Weinstein, "The Market in Plato's <i>Republic</i> ", <i>Classical Philology</i> , n.º 104 (2009): 440.
Abreviado	Weinstein, "The Market", 452-453.
Bibliográfico	Weinstein, Joshua I. "The Market in Plato's <i>Republic</i> ". <i>Classical Philology</i> , n.º 104 (2009): 439-458.

Artículos en revistas electrónicas	
General	Nombre(s) del autor/apellido(s), "Título del artículo", <i>Título de la revista</i> volumen de la revista, abreviatura de número, número de la revista [si es el caso] (estación del año o mes [si es el caso] año de la publicación): número de página(s), DOI: numeración DOI [la fecha de acceso es <i>opcional</i> , si no hay DOI puede reemplazarse con una URL].

Extenso	Gueorgi Kossinets y Duncan J. Watts, "Origins of Homophily in an Evolving Social Network", <i>American Journal of Sociology</i> , n.º 115 (2009): 411, DOI:10.1086/599247.
Abreviado	Kossinets y Watts, "Origins of Homophily", 439.
Bibliográfico	Kossinets, Gueorgi y Duncan J. Watts. "Origins of Homophily in an Evolving Social Network". <i>American Journal of Sociology</i> , n.º 115 (2009): 405-450, DOI:10.1086/599247.

Página web o artículo web	
General	Nombre(s) del autor/apellido(s) [si lo hay] "título del artículo o comentario", en <i>organización que respalda el sitio</i> , fecha de publicación, fecha de consulta y vínculo.
Extenso	Sheryl Gay Stolberg y Robert Pear, "Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote", <i>New York Times</i> , 27 de febrero del 2010, acceso el 28 de febrero del 2010, http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html .
Abreviado	Stolberg and Pear, "Wary Centrists".
Bibliográfico	Stolberg, Sheryl Gay y Robert Pear. "Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote". <i>New York Times</i> , 27 de febrero del 2010. Acceso el 28 de febrero del 2010, http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html .

Formatos de referencias jurídicas

A continuación, se expone un resumen los formatos de los tipos de referencias jurídicas colombianas que se proponen en el texto *Las fuentes del argumento* para la citación de fuentes jurídicas colombianas. Además, se enlistan las abreviaturas estándar que se pueden usar a lo largo del texto, así como en las notas a pie de página.

Abreviaturas estándar	
Constitución Política de Colombia	CN
Código Civil	CC
Código General del Proceso	CGP
Código de Procedimiento Civil	CPC
Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	CPACA
Código de Comercio	CCO
Código Penal	CP
Código de Procedimiento Penal	CPP
Código Sustantivo del Trabajo	CST
Código Procesal del Trabajo	CPT
Código del Menor	CM
Código de la Infancia y la Adolescencia	CIA
Código Nacional de Policía	CNP
Código de Régimen Municipal	CRM
Código de Régimen Político y Municipal	CRMP
Código de Régimen Departamental	CRD
Estatuto Aduanero	EA
Estatuto Tributario	ET
Ley	L.
Artículo(s)	art.(s)
Decreto	D.
Decreto Legislativo	DL.
Acuerdo	A.

Para los artículos se tienen subdivisiones marcadas por un guion (-), ello según cada codificación, se asume que comienza por numerales o literales, luego por párrafos y por último incisos, de ser necesaria su referencia. Además, para las leyes, decretos leyes, decretos y acuerdos están seguidos de un punto e inmediatamente después la numeración respectiva.

Ejemplo

CN art. 189-10

Este formato indica que estamos frente al artículo 189, numeral 10 de la Constitución Nacional.

CST art. 161-b1

Este formato indica que se trata del artículo 161, literal b), numeral 1 del Código del Trabajo.

CN art. 29-2

Este formato indica que estamos frente al artículo 92, inciso 2 de la Constitución Nacional.

D. 2020/2006, art. 4-4.4

En esta cita se referencia el numeral 4.4. del artículo 4 del Decreto 2020 del 2006.

D. 2080/2000, art. 1-a

En este caso se hace referencia al literal a) del artículo 1 del Decreto 2080 del 2000.

La mención de la jurisprudencia de las altas cortes en el texto es libre de cada autor, pero al hacer una cita textual o una paráfrasis de la jurisprudencia es necesario utilizar a pie de página el formato estándar. No hay que olvidar que cuando la cita se haga a pie de página y se cite una jurisprudencia por primera vez se usa el formato “extenso” y cuando se cite la misma jurisprudencia de nuevo en el texto se debe hacer uso del formato abreviado. Al

final del texto la jurisprudencia se cita con el formato bibliográfico.

En general, cuando sea posible agregar la URL para las sentencias debe incluirse seguida de la fecha de acceso. En los cuadros siguientes se resumen las reglas del formato estándar:

Consejo de Estado	
General	CE, número de la sección y letra de ser el caso [Plena o Consulta], fecha de la sentencia (mes día año), número de expediente. Inicial del nombre del magistrado ponente. Apellido del magistrado ponente, acceso y fecha de acceso, URL de la sentencia.
Extenso	CE 3, julio 6/2006, e25000232700020050172501, R. Saavedra, acceso 30 de diciembre del 2015, http://www.ramajudicial.gov.co/csj_porta1/jsp/frames/index.jsp?idsitio=3 .
Abreviado	CE 3, julio 6/2006, R. Saavedra.
Bibliográfico	CE 3. Julio 6/2006. e25000232700020050172501. R. Saavedra. Acceso 30 de diciembre del 2015, http://www.ramajudicial.gov.co/csj_porta1/jsp/frames/index.jsp?idsitio=3 .

Corte Suprema de Justicia	
General	Sigla institucional [CSJ], sala [Civil, Laboral, Penal, Plena], fecha de la sentencia [mes día año], número de expediente. Inicial del nombre del magistrado ponente. Apellido del magistrado ponente, acceso y fecha, URL de la sentencia.
Extenso	CSJ Civil, abril 4/2008, e0800131030061998-00171-01, R. Díaz, acceso 30 de diciembre del 2015, http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portaljssjframes/index.jsp?idsitio=3 .
Abreviado	CSJ Civil, abril 4/2008, R. Díaz.

Bibliográfico	CSJ Civil. Abril 4/2008. e0800131030061998-00171-01. R. Díaz. Acceso 30 de diciembre del 2015, http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portaljjspjframes/index.jsp?idsitio=3 .
----------------------	--

Corte Constitucional	
General	Sigla institucional, Identificación de la sentencia: [C, SU, T]-número de la sentencia/año. Inicial del nombre del magistrado ponente. Apellido del magistrado ponente, acceso y fecha, URL de la sentencia.
Extenso	CConst, C-449/1992, A. Martínez, acceso 14 de febrero del 2015, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm .
Abreviado	CConst, C-449/1992, A. Martínez.
Bibliográfico	CConst. C-449/1992. A. Martínez. Acceso 14 de febrero del 2015, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm .

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *Manual para el aprendizaje basado en problemas*, PBL. Bogotá: Facultad de Derecho Universidad de los Andes, 1998.
- AA. VV. *Pautas para la elaboración de estudios de caso*. BID: Departamento de Conocimiento y Aprendizaje, Estudios de Caso, marzo del 2011.
- Álvarez-Correa D., Eduardo. *Cursos de Metodología Jurídica I y II*. Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1988.
- Amsterdam, Anthony G. y Jerome Bruner. *Minding the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- Blaxter, Loraine, Christina Hughes y Malcolm Tight. *Cómo se hace investigación*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1996.
- Bloom, Benjamin S. *Taxonomy of Educational Objectives: The Classification of Educational Goals*. Nueva York: Longmans, Green, 1956.
- Caron, P. E. *Tax Stories: An In-Depth Look at Ten Leading Federal Income Tax Cases*. Nueva York: Foundation Press, 2003.

- Christensen, Roland C., David A. Garvin y Ann Sweet. *Education for Judgment*. Boston, MA: Harvard Business School Press, 1991.
- Cifuentes Muñoz, Eduardo (director del proyecto). *Manual de hipertextos jurídicos*, 7-12 y 30. Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2009.
- Escallón Largacha, Eduardo y Andrés Forero Gómez. *Aprender a escribir en la universidad*, 85-108. Bogotá: Universidad de los Andes, Centro de Investigación y Formación en Educación-CIFE, 2015.
- Giraldo Ángel, Jaime. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2002.
- Grossman, John. *The Chicago Manual of Style*. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1993.
- Guerrero, Víctor Manuel. *Estadística básica para estudiantes de economía y otras ciencias sociales*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Hernández Sampieri, Roberto, Carlos Fernández Collado y Pilar Baptista Lucio. *Metodología de la investigación. Enfoques cuantitativo, cualitativo y mixto*, 7 y ss. México, D. F.: McGraw-Hill/Interamericana, 2006.
- Hess, Gerald y Steven Friedland. *Techniques for Teaching Law*. Durham, NC: Carolina Academic Press, 1999.
- Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. *Las técnicas didácticas en el Modelo Educativo del Tec de Monterrey: El estudio de casos como técnica didáctica*. México: Dirección de Investigación y Desarrollo Educativo, <http://tecnologiaedu.us.es/cuestionario/bibliovir/309.pdf>.
- Jones, Carolyn C. "Mapping Tax Narratives". *Tulane Law Review*, n.º 73 (1998-1999).
- Kornblit, Ana Lía. *Metodologías cualitativas en ciencias sociales. Modelos y procedimientos de análisis*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2004.
- López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2009.
- López Medina, Diego E. *Las fuentes del argumento*. Bogotá: Legis, 2010.
- Lozano Rodríguez, Eleonora. "Enseñanza de la tributación", en *Lecciones de derecho tributario inspiradas en un maestro*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario y Universidad del Rosario, 2010.

- Lozano Rodríguez, Eleonora. *Justicia tributaria (jurisprudencia tributaria del Consejo de Estado, 2005-2016)*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2017.
- Meyer, Philip N. *Storytelling for Lawyers*. Nueva York: Oxford University Press, 2014.
- Neale, Palena. *Preparing a Case Study: A Guide for Designing and Conducting a Case Study for Evaluation Input*. Massachusetts: Pathfinder International, mayo del 2006.
- Sautu, Ruth. *Todo es teoría. Objetivos y métodos de investigación*. Buenos Aires: Ediciones Lumiere, 2003.
- Sullivan, William M. *Educating Lawyers. Preparation for the Profession of Law*. San Francisco: Jossey-Bass, 2007.
- Tyler, Jo. A. y Faith Mullen. "Telling Tales in School: Storytelling for Self-Reflection and Pedagogical Improvement in Clinical Legal Education". *Clinical Law Review* 18, n.º 1 (2011).
- Zweigert, Konrad y Hein Kötz. *Introducción al derecho comparado*. México D. F.: Oxford University Press, 2002.

**IMPUESTO AL CONSUMO
SOBRE BIENES INMUEBLES:
¿UN IMPUESTO INCONSTITUCIONAL
CON UNA ALTERNATIVA DE
DEVOLUCIÓN?***

Alejandra Sarmiento Rojas

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.562>

Cansados por la falta de oportunidades, Margarita Arciniegas y Manuel Rivera decidieron construir un conjunto sobre cuatro terrenos de propiedad de Margarita, ubicados en el centro del municipio de El Espinal, Tolima. Para esto, buscaron la asesoría del Dr. Daniel Rodríguez, quien les recomendó la celebración de un contrato de fiducia de parqueo inmobiliario. En concordancia con el contrato, Margarita constituyó un fideicomiso (A) y aportó los cuatro terrenos de su propiedad. Por su parte, Manuel constituyó otro fideicomiso (B) con la misma sociedad fiduciaria, que estaría encargada de obtener terrenos, suscribir los contratos de preventas, llegar al punto de equilibrio y culminar el proyecto inmobiliario, es decir, administraría los bienes de los fideicomisos A y B.

PALABRAS CLAVE

Impuesto al consumo sobre bienes inmuebles, contrato de fiducia mercantil, medio de control de reparación directa, enriquecimiento sin justa causa, pago de lo no debido.

GLOSARIO

Contrato de cesión de derechos: Es un contrato por el cual una de las partes transmite a otra, a título gratuito u oneroso, la titularidad de un derecho de manera tal que en lo sucesivo pueda ejercerlo en nombre propio.

Contrato de fiducia: La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

Fiducia de parqueo inmobiliario: La denominada fiducia de parqueo se caracteriza por establecer dentro de su objeto que la sociedad fiduciaria detente la titularidad del inmueble, en su condición de titular y como vocera del patrimonio autónomo, hasta el cumplimiento de las condiciones establecidas en el acto constitutivo o de las instrucciones que imparta el fideicomitente.

Formulario 490: Es el recibo oficial de pago de impuestos nacionales. Este se usa cuando se va a realizar el pago de una declaración tributaria.

En abril del 2019, la Sociedad Fiduciaria xyz S. A. S., comunicó su obligación a Margarita Arciniegas de asumir el pago del impuesto al consumo sobre bienes inmuebles producto de la venta de los derechos fiduciarios a Manuel Rivera. Sostuvo que el hecho generador del impuesto causado grava las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo precio de venta sea superior a COP 918 436 000. El valor en conjunto de los bienes inmuebles de Margarita era de COP 3 000 000 000 y, bajo este supuesto, era el sujeto pasivo económico del impuesto.

Luego de que Margarita pagara el impuesto al consumo sobre bienes inmuebles, la Sociedad Fiduciaria xyz S. A. S. realizó la transferencia de los terrenos a Manuel. En virtud del negocio jurídico de compraventa Margarita recibió COP 1 000 000 000 y el 20 % de los derechos fiduciarios del proyecto inmobiliario cuando este hubo culminado.

En septiembre del 2019 Manuel terminó la construcción del conjunto, cuyo valor fue estimado por un avaluador en COP 11 000 000 000. En este punto el 20 % del precio del proyecto inmobiliario terminado equivalía a COP 2200 000 000, correspondientes a Margarita Arciniegas. Ante la falta de liquidez, Margarita decidió ofrecer a Manuel el 20 % de los derechos fiduciarios que le correspondían sobre el proyecto inmobiliario. Para esto, el Dr. Rodríguez proyectó ágilmente el contrato de cesión e hizo énfasis en que para realizar esta operación el notario requería que la cedente pagara el impuesto al consumo sobre bienes inmuebles, pues los derechos fiduciarios que se ceden representan, en su totalidad, inmuebles que superan el umbral para causar el impuesto.

Margarita liquidó y pagó mediante el recibo oficial de pago “Formulario 490”, el 5 de diciembre del 2019, el impuesto al consumo sobre la cesión de los derechos fiduciarios. Posteriormente, dejó el soporte y los anexos correspondientes en la Notaría 99, para suscribir la escritura pública el 6 de diciembre del 2019.

Suscrita la escritura pública de cesión de derechos fiduciarios, Margarita se enteró de que la Corte Constitucional había tomado la decisión de declarar inexecutable el impuesto nacional al consumo sobre bienes inmuebles. Sorprendida por la noticia, acudió a la oficina del Dr. Daniel Rodríguez, pues no solo consideraba injusto haber realizado el pago de este impuesto varias veces en el desarrollo de una misma operación, sino más grave aún haber pagado el impuesto antes de firmar la escritura pública correspondiente.

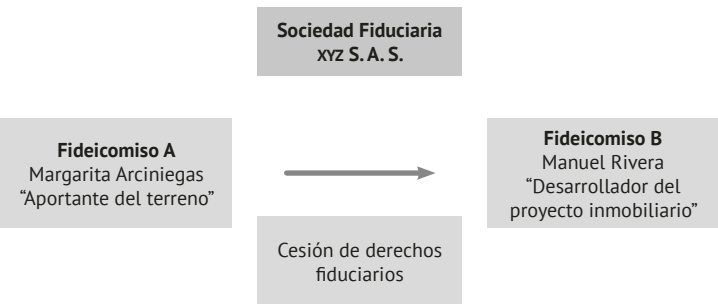
En una calurosa tarde de enero, Manuel Rivera tomaba un granizado con su gran amiga Margarita Arciniegas, como acostumbraban cada tarde ante la falta de empleo. Sin embargo, este encuentro fue especial, pues luego de compartir sus inconformidades por la falta de oportunidades en El Espinal, Tolima, se propusieron construir un conjunto residencial sobre cuatro terrenos, propiedad de Margarita, ubicados en el centro del municipio. Este proyecto implicaría para el par de amigos una inversión que, a largo plazo, produciría muy buenos ingresos con la venta de los apartamentos.

Para esto Margarita Arciniegas y Manuel Rivera buscaron la asesoría del Dr. Daniel Rodríguez, un prestigioso abogado que tiene su oficina a las afueras del Palacio de Justicia, quien luego de estudiar acuciosamente la intención del par de amigos les recomendó utilizar una fiducia de parqueo inmobiliario para la ejecución del proyecto. Mediante este vehículo Margarita podía aportar

sus terrenos y, posteriormente, Manuel se podía involucrar como desarrollador para la ejecución del proyecto inmobiliario.

Siguiendo las recomendaciones del abogado, Margarita Arciniegas suscribió el 4 de marzo del 2019 un contrato de fiducia de parqueo inmobiliario con la Sociedad Fiduciaria XYZ S.A.S. Como fideicomitente, Margarita aportó los cuatro terrenos de su propiedad y encargó a la sociedad fiduciaria, como vocera del proyecto inmobiliario, transferir a título de compraventa sus derechos fiduciarios al desarrollador del proyecto inmobiliario. Manuel Rivera, por su parte, constituyó el fideicomiso B con la misma sociedad fiduciaria para obtener los cuatro terrenos, suscribir los contratos de preventas, llegar al punto de equilibrio y culminar el proyecto inmobiliario. En el contrato de fiducia suscrito constó que, con ocasión a la cesión de derechos fiduciarios, Manuel reconocería COP 1 000 000 000 a Margarita y finalizando el proyecto inmobiliario, el primero reconocería a esta última el 20 % de los derechos fiduciarios sobre la totalidad del proyecto inmobiliario por la compraventa de los cuatro terrenos (figura 1).

Figura 1. Negocio jurídico suscrito



Fuente: elaboración propia.

En abril del 2019 la Sociedad Fiduciaria XYZ S.A. S. manifestó mediante su representante legal a los fideicomitentes que el encargo de transferir al fideicomiso B los cuatro terrenos parqueados implicaba para la vendedora, es decir, para Margarita, causar y pagar el impuesto nacional al consumo sobre bienes inmuebles. Lo anterior ocurre ya que a pesar de que el valor individual de cada inmueble es de COP 750 000 000, en la escritura pública constaría la cesión sobre unos derechos fiduciarios que representan cuatro inmuebles cuyo valor en conjunto es de COP 3 000 000 000. El umbral a partir del cual se causa en el impuesto nacional al consumo son 26 800 UVT, es decir COP 918 436 000.

Preocupada por la noticia, Margarita decide consultarle al Dr. Rodríguez si es necesario seguir las indicaciones de la sociedad fiduciaria y liquidar el impuesto al consumo, teniendo en cuenta el valor total de los cuatro terrenos. La respuesta que obtiene del Dr. Rodríguez es que de conformidad con el Decreto 1625 del 2016, por regla general se toma el valor que figure en la escritura pública; puesto que la suma de los cuatro bienes inmuebles sobrepasa los COP 918 436 000, es obligatorio cumplir la ley liquidando y pagando el impuesto. Inconforme, recurre a sus ahorros y paga el impuesto a la sociedad fiduciaria. El impuesto al consumo es por concepto de COP 60 000 000, es decir el 2 % del valor total de los inmuebles.

En noviembre del 2019 culminó el encargo fiduciario del proyecto inmobiliario, el cual un reconocido avaluador estimó en COP 11 000 000 000. Como necesitaba liquidez, Margarita le propuso su amigo Manuel ceder a su nombre el 20 % de su participación en el proyecto inmobiliario. Este sin pensarlo aceptó, pues de este modo se convertiría en el propietario del 100 % de los derechos fiduciarios.

Para realizar esta operación decidieron asesorarse nuevamente por el Dr. Rodríguez, quien luego de proyectar

ágilmente el contrato hizo énfasis en que, para elevar a escritura pública la compraventa, el notario solicitaría a la señora Margarita Arciniegas reconocer el impuesto al consumo sobre bienes inmuebles. Lo anterior debido a que los derechos fiduciarios que se ceden representan en su totalidad bienes inmuebles. El 5 de diciembre del 2019 Margarita, mediante el recibo oficial de pago “Formulario 490”, pagó COP 44 000 000 directamente a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), por concepto de impuesto al consumo sobre bienes inmuebles. Luego de esto se dirigió a la Notaría 99 a entregar el soporte de pago del impuesto para poder suscribir finalmente la escritura pública el 6 de diciembre del 2019, como se había programado. Llegados el día y la hora, Manuel Rivera y Margarita Arciniegas firmaron la Escritura Pública 2323 del 6 de diciembre del 2019, la cual contenía el contrato de cesión del 20 % de los derechos fiduciarios que a Margarita le correspondían sobre el proyecto inmobiliario.

Luego de esto, el par de amigos pasó a la cafetería más cercana a compartir como de costumbre un café. Mientras charlaban y veían el noticiero, escucharon la decisión que tomó la Corte Constitucional de declarar inexecutable el impuesto nacional al consumo sobre bienes inmuebles. Sorprendidos por la noticia, acudieron de inmediato al despacho del Dr. Rodríguez, pues no solo consideraban injusto realizar el pago de un impuesto sobre los mismos bienes en más de una ocasión, sino más grave aún pagar el impuesto antes de firmar la escritura pública. El Dr. Rodríguez, inquietado por lo sucedido, se comprometió a encontrar una solución para solicitar el reintegro del dinero que la señora Margarita Arciniegas asumió por concepto del impuesto inconstitucional.

PROBLEMÁTICA

¿Existe una estrategia jurídica para solicitar el reintegro del impuesto nacional al consumo sobre bienes inmuebles declarado inexecutable por la sentencia C-593 del 2019?

ESTRATEGIAS DE SOLUCIÓN Y SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

El escenario en el que se encuentra el caso de la señora Margarita Arciniegas evidencia las confusiones que generó la aplicación de la norma especial y que, posteriormente, fueron subsanadas mediante el Decreto Reglamentario 961 del 2019, que se dio seis meses después de estar aplicando la norma especial. Sin perjuicio de lo anterior, la reciente declaratoria de inexequibilidad del impuesto al consumo sobre bienes inmuebles generó tensiones en el ámbito fiscal para todos los contribuyentes que asumieron el pago del impuesto como consecuencia de transferencias gravadas entre el 1.º de enero del 2019 y el 5 de diciembre del 2019, tiempo de vigencia del artículo 21 de la Ley 1943 del 2018 y que considera justo su reintegro.

No obstante, la Corte Constitucional no moduló retroactivamente los efectos de su decisión en el fallo con el que declaró inexecutable el impuesto al consumo sobre bienes inmuebles¹. Cuando una sentencia no determina efectos retroactivos para la decisión que toma, todas las actuaciones desarrolladas bajo la norma durante el lapso de su vigencia se entienden como legítimas al haber sido

1 CConst, C-593/2019, C. Pardo, acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-593-19.htm>.

ejecutadas en sustento del derecho positivo vigente. Lo anterior implica que la inexequibilidad del impuesto que es objeto de estudio entró a regir a partir del 6 de diciembre del 2019, es decir, al día siguiente de la expedición del comunicado oficial emitido por la Corte Constitucional con su decisión.

Durante el término de vigencia de la norma especial el sujeto pasivo asumió el pago del impuesto antes de elevar a escritura pública el negocio jurídico que transfería el inmueble. Esta operación precontractual implicó que los potenciales sujetos pasivos pagaran, mediante el mecanismo de retención en la fuente, el impuesto antes de incurrir en el hecho generador descrito en el artículo 21 de la Ley 1943 del 2018. Con esto, el pago por concepto de impuesto al consumo de bienes inmuebles se realizó bajo el incumplimiento de uno de los elementos indispensables para determinar la causación del impuesto y, en consecuencia, la existencia de la obligación tributaria. Conforme al artículo 1.º del Estatuto Tributario la obligación tributaria sustancial se origina al realizarse el presupuesto o los presupuestos previstos en la ley como generadores del impuesto, y esta tiene por objeto el pago del tributo.

Así, “para presumir la existencia de la obligación tributaria es menester que el tributo nazca mediante la determinación de sus 5 elementos esenciales a saber: sujeto activo, sujeto pasivo, hecho generador, base gravable y tarifa”². Bajo las anteriores precisiones, es posible plantear que el artículo 21 de la Ley 1943 del 2018 conducía a que el contribuyente asumiera con sus recursos el pago por concepto de impuesto al consumo de bienes inmuebles

2 CConst, C-583/1996, V. Naranjo, acceso 19 de abril del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-583-96.htm>.

en favor del Estado, en un momento en el que no había nacido la obligación tributaria.

Además, el principal sustento en el estudio de la Corte Constitucional para declarar la inexecutable del impuesto al consumo sobre bienes inmuebles fue que la base gravable del impuesto no cumplía los requisitos de certeza y claridad que el principio de reserva de ley exige. El hecho generador del impuesto era “la enajenación de inmuebles a cualquier título”³, por lo que el legislador no definió una base gravable en escenarios diferentes al de un contrato de compraventa, que también estuvieron sometidos al impuesto. La indeterminación de la base gravable era evidente, pues la disposición de inexecutable disponía que el responsable del impuesto era el vendedor, quien practicaba la retención del impuesto era el comprador y la base gravable era el “precio de venta”, es decir, uno de los elementos esenciales en el contrato de compraventa.

Con esto, es posible concluir que existen razones de suficiente fuerza para sostener que el contribuyente que asumió el pago del impuesto al consumo sobre bienes inmuebles puede o no acudir a un determinado mecanismo dentro del ordenamiento jurídico para solicitar el reintegro del dinero asumido. Con el fin de determinar las razones de procedencia del mecanismo al que podrían acudir los contribuyentes, esta narrativa pretende analizar: (1) el medio de control de reparación directa, (2) el enriquecimiento sin justa causa y la acción de *in rem verso* y (3) el pago de lo no debido.

3 L. 1943, art. 21.

Reparación directa

La Constitución Política de 1991 enmarca en su artículo 90 el precepto que busca dar una garantía a la sociedad colombiana en nombre del Estado social de derecho, cuyo máximo fin es buscar el respeto a las garantías ciudadanas y del buen actuar estatal, elevando a nivel constitucional la responsabilidad patrimonial del Estado.

Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este⁴.

Bajo los lineamientos del artículo referenciado es plausible imputar “responsabilidad al Estado por el hecho propio, debido a las acciones y omisiones que tengan los agentes del Estado y que se consideran inescindiblemente vinculadas a la función pública que desempeñan”⁵. De esta manera, la jurisprudencia ha reconocido la responsabilidad del Estado en todo ámbito, hasta el punto de determinar la “responsabilidad patrimonial del Estado legislador”⁶. A partir de lo anterior, se puede afirmar que al hacer referencia al Estado se presume que está conformado

4 CN, art. 90.

5 CConst, C-832/2001, R. Escobar, acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-832-01.htm>.

6 CE 4, agosto 21/2019, e68001233300020130121001, S. Carvajal, acceso 18 de mayo del 2020, <http://www.consejo deestado.gov.co/documentos/boletines/224/68001-23-33-000-2013-01210-01.pdf>.

por las tres ramas del poder público, los órganos de control, los órganos electorales y, en general, por todas las entidades estatales y particulares que cumplan funciones administrativas.

La Constitución Política brinda seguridad jurídica al atribuir al Estado el deber de responder patrimonialmente cuando una autoridad pública a su nombre no siga los lineamientos de la función pública, cuyo propósito debe ser cumplir a cabalidad todos los fines esenciales del Estado desarrollados en el artículo 2^[7]. De no ser así, es posible que cause un daño antijurídico, entendido como todo detrimento patrimonial que el sujeto, bien sea un particular o una entidad pública, sufra y que no tenga el deber jurídico de soportar. Para esto, la Ley 1137 del 2011 trajo a la vida jurídica al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual definió en su artículo 140 este medio de control de la siguiente manera:

En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

7 *Ibíd.*

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño⁸.

Por consiguiente, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo faculta a la persona natural o jurídica, al igual que a cualquier entidad pública que se vea afectada por cualquier acción u omisión de un agente del Estado y que le genere un daño antijurídico, a recurrir al uso de este mecanismo. De tal manera, resulta correcto el argumento esbozado por Henao Pérez al señalar que el daño es el primer elemento por estudiar en un proceso de responsabilidad patrimonial del Estado: “primero se ha de estudiar el daño, luego la imputación y, finalmente, la justificación del porqué se debe reparar, esto es, el fundamento”⁹.

El daño antijurídico y los elementos constitutivos de la responsabilidad del Estado

La institución del daño antijurídico se entiende como “aquella lesión que le es generada a una persona y que esta no tiene el deber jurídico de soportar”¹⁰. En este sen-

8 CPACA, art. 140.

9 Juan Carlos Henao Pérez, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés* (Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1997), 13.

10 CConst, C-286/2017, G. Ortiz, acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-286-17.htm>.

tido, la antijuridicidad del daño tiene sustento en la lesión que sufre la víctima, como lo ha sostenido la Corte Constitucional por vía jurisprudencial:

La antijuridicidad del daño no depende de la antijuridicidad del hecho que lo causa, de modo que el mismo seguirá siendo antijurídico, aún que su causa sea lícita. Es por estas razones por las que el análisis del daño se ha situado en sede de la víctima —y no en la del agente, como ocurre antes— lo cual ha permitido formular la tesis de que: daño antijurídico es aquél que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar¹¹.

La entrada en vigencia del impuesto nacional al consumo sobre bienes inmuebles generó, para cualquier persona que enajenara inmuebles cuyo valor superara 26 800 UVT, la obligación de pagar un impuesto del 2 % sobre la totalidad del precio de venta. Seguidamente, la Corte Constitucional declaró inexecutable el impuesto en mención, excluyéndolo del ordenamiento jurídico y de la legalidad, bajo el supuesto de que este no media la capacidad contributiva del sujeto pasivo económico, pues un bien inmueble no es un bien consumible. Así mismo, existían enajenaciones a títulos distintos de la compraventa que no revelan la capacidad económica, como las realizadas a título de donación, fusión o escisión, sucesiones, entre otros, los cuales no implican la decisión de “consumir” un inmueble.

Además, la Corte Constitucional tuvo en cuenta que la base gravable del impuesto no fue definida de manera clara y esto guarda relación con la expedición del Decreto

11 CConst, C-333/1996, A. Martínez, acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm>.

961 del 5 de junio del 2019, mediante el cual se definieron las bases gravables en negocios jurídicos que causan el impuesto diferente a una compraventa. La reglamentación de la norma especial, que subsanó el error del legislador frente a la definición clara de la base gravable del impuesto, fue expedida seis meses después de que la norma especial entrara a regir dentro del ordenamiento jurídico. Adicionalmente, la Corte Constitucional ha explicado que la competencia para determinar los elementos de los tributos recae en el Congreso y no en el Gobierno nacional:

Una abierta imprecisión en el diseño de la obligación implica que las autoridades encargadas de ejecutarla serán las llamadas a completar los vacíos o indeterminaciones de la regulación legal, con lo cual estas terminarían definiendo a su vez aspectos esenciales de los elementos constitutivos del gravamen cuyo establecimiento es competencia del Congreso. Por tanto, estos elementos deben fijarse de modo suficientemente claro y cierto¹².

Por lo anterior, la facultad del Gobierno en materia fiscal se reduce a regular las condiciones en las que se aplica la ley, sin que este poder implique la determinación de los elementos esenciales de los tributos, como ocurrió en el caso del impuesto al consumo de bienes inmuebles, pues esto significaría una violación al principio de reserva de ley. Bajo estos presupuestos, la transferencia de bienes inmuebles mediante negocios jurídicos, que de manera clara no revelan la capacidad de consumo de quien enajena, causa un daño al sujeto pasivo del impuesto. Dicho daño

12 CConst, C-030/2019, C. Pardo, acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-030-19.htm>.

también tiene sustento en las tensiones que implicaban para el sujeto pasivo determinar la base gravable del impuesto. Así, la expedición del artículo 21 de la Ley 1943 implicó que las personas que enajenaron bienes inmuebles en el 2019 en Colombia, sobre el umbral que causaba el impuesto, desbordaran sobre costos en los negocios realizados y que estos afectaran su patrimonio por una norma que no cumplía los lineamientos para su expedición.

Los regímenes de responsabilidad del Estado y el título de imputación de responsabilidad en el presente escenario

Es menester resaltar que existen dos regímenes o sistemas de responsabilidad del Estado: (1) el régimen objetivo y (2) el régimen subjetivo. El régimen objetivo se identifica como una responsabilidad sin culpa o sin falta, razón por la que en este régimen no se realiza el análisis de la acción inadecuada que desplegó la administración, sino de una “acción adecuada”¹³ que causó un daño. Por lo anterior, es preciso mencionar que esta responsabilidad es excepcional, ya que para el Consejo de Estado el régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado es, en términos generales, subjetivo.

Existen dos títulos jurídicos de imputación dentro del régimen objetivo: (i) el daño especial, aplicable para eventos en los cuales el Estado actúa de manera legítima, pero vulnera la igualdad en las cargas públicas y por tanto debe

13 CE 3, mayo 9/2012, e6800123150001997357201, M. Marín, acceso 18 de mayo del 2020, [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/68001-23-15-000-1997-03572-01\(22366\).htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/68001-23-15-000-1997-03572-01(22366).htm).

responder¹⁴ y (ii) el riesgo excepcional, en los eventos en los que el Estado ha creado un riesgo para el cumplimiento de un objetivo de interés general, o para la prestación de un servicio y al generar un daño particular el Estado debe responder¹⁵.

Por otra parte, el régimen subjetivo de responsabilidad del Estado se identifica como régimen de responsabilidad con culpa o con falta. Por tanto, es necesario un estudio de la culpa de la administración. Para ello, este régimen alude al análisis “de la acción inadecuada (falla del servicio) que desplegó la administración”¹⁶ y el título jurídico de imputación es la “falla en el servicio, que tiene su origen en el ordenamiento francés”¹⁷. Tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional entienden la falla del servicio como la “violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública”¹⁸. Así pues, para que se ejecute una falla del servicio deben concurrir tres elementos: (1) una falla del servicio, que puede ser por acción u omisión o por la prestación defectuosa o tardía del servicio; (2) un daño causado al particular en su persona o en sus bienes, y (3) relación de causalidad entre la falla o falta del servicio y el daño ocasionado. La falla del servicio posee varias modalidades como el retardo por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia de este.

Del análisis de los regímenes de responsabilidad del Estado es posible concluir que el contribuyente afectado

14 *Ibíd.*

15 *Ibíd.*

16 *Ibíd.*

17 CConst, SU-072/2018, J. Reyes, acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU072-18.htm>.

18 *Ibíd.*

por la creación de un impuesto abiertamente inconstitucional para acudir al medio de control de reparación directa tiene, en primera medida, que demostrar la existencia de una responsabilidad subjetiva del legislador, bajo el desconocimiento o el incumplimiento de los parámetros de conducta que le son exigibles y determinados por la ley y, en mayor medida, por la Constitución Política de 1991. De esta manera se podrá identificar la falla del servicio que es entendida como la violación de una obligación a cargo del Estado¹⁹.

Frente al caso objeto de estudio, es preciso señalar que tanto el numeral 2 del artículo 150 como el artículo 368 de la Constitución Política establecen que el principio de legalidad en materia tributaria consiste en (1) una reserva legal, según la cual solo el Congreso puede crear las leyes que establezcan contribuciones fiscales o parafiscales, y (2) una reserva legal en materia de los elementos esenciales de la obligación tributaria, según la cual dichas leyes “deben fijar directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas de los impuestos”²⁰. Lo anterior evidencia el error en la labor del legislador al establecer como hecho generador la enajenación de bienes inmuebles a cualquier título, sin determinar con certeza la base gravable del impuesto al consumo de bienes inmuebles en la enajenación de inmuebles a títulos distintos a los de la compraventa.

La Corte Constitucional ha afirmado que el principio de certeza tributaria se vulnera no solo con la omisión en la determinación de los elementos esenciales del tributo,

19 CE 3, marzo 30/1990, e3510, A. Irisarri, acceso 18 de mayo del 2020, <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52623440>.

20 CConst, C-155/2003, E. Montealegre, acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-155-03.htm>.

sino también cuando en su definición se acude a expresiones ambiguas o confusas que sean insuperables²¹; es decir, cuando no sea posible establecer el sentido y el alcance de las disposiciones, de conformidad con las reglas generales de hermenéutica jurídica. Tal como sucedió en el presente caso, la norma especial no logró definir de manera clara los elementos esenciales para que naciera la obligación tributaria en escenarios diferentes al de una compraventa.

Efectos en el fallo de inexequibilidad y su relación con el medio de control de reparación directa

En una Sentencia de Unificación, la Corte Constitucional hizo énfasis en que la declaratoria de inexequibilidad de una disposición por regla general tiene efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro. Lo anterior bajo la existencia de una “presunción de constitucionalidad en todas las normas desde el momento en el que se incorporan al ordenamiento jurídico y hasta que su constitucionalidad no sea desvirtuada”²². Sin perjuicio de lo anterior, es plausible que la Corte Constitucional decida incluir un efecto retroactivo y, de este modo, determine las consecuencias temporales diferentes a su regla general en el fallo de inexequibilidad, pues su facultad le permite establecer si desconoce o no la norma y los lineamientos de la Constitución Política y el momento a partir del cual esta se entiende inexecutable. No obstante, para que la Corte Constitucional decida

21 CConst, C-891/12, Jorge I. Pretelt, acceso 25 de mayo del 2020, https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-891-12.htm#_ftn46.

22 CConst, su-037/2019, L. Guillermo, acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU037-19.htm>.

modular los efectos de su decisión hacia el pasado “deben existir razones de orden constitucional que pongan en evidencia la necesidad de variar la regla general anterior (efectos *ex nunc*), bien sea para diferir la aplicación de la parte resolutive del fallo, o bien sea para retrotraer sus efectos”²³.

Para poder identificar la necesidad de variar los efectos a futuro en un determinado fallo de inexequibilidad, “la Corte Constitucional realiza 2 tipos de exámenes: (i) Primero categoriza la gravedad de la infracción constitucional entre leve, moderada y alta”²⁴. Entre más desconocimiento exista por parte del legislador de los lineamientos de la Constitución Política para la creación de la norma, mayor es la necesidad de incluir en el fallo de inexequibilidad un efecto retroactivo. *Contrario sensu*, mientras más leve sea la vulneración de la Constitución Política con la expedición de la norma, el efecto a futuro prima, lo que salvaguarda la seguridad jurídica de los contribuyentes. Finalmente, la Corte realiza un análisis “consecuencialista” en esta sentencia²⁵, en el que identifica los resultados tanto positivos como negativos derivados en incluir en el fallo de inexequibilidad un efecto retroactivo.

Por su parte, en el 2002 el Consejo de Estado había determinado la misma postura al referirse a la responsabilidad del legislador cuando una ley es declarada inexecutable. En esa oportunidad señaló que para “poder determinar si el daño generado por la ley es antijurídico o no, es indispensable atenerse a los efectos que la misma Corte había

23 CConst, C-280/2014, L. Guerrero, acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-280-14.htm>.

24 CConst, su-037/2019, L. Guillermo.

25 *Ibid*.

decidido atribuir a la declaratoria de inexequibilidad”²⁶. Así, tanto para el Consejo de Estado como para la Corte Constitucional, un elemento fundamental en el reconocimiento de responsabilidad por el eventual daño antijurídico ocasionado a los contribuyentes (que no tenían el deber de soportar un impuesto abiertamente inconstitucional) es la validez y la de la norma, la cual se determina según los efectos que la Corte Constitucional haya incorporado en el fallo de inexequibilidad de la disposición.

De este modo, se entiende que en aquellos casos en los que la Corte Constitucional determine efectos retroactivos en su fallo la norma desaparece del ordenamiento desde su expedición y, por tanto, que existe fundamento legal para demostrar las consecuencias patrimoniales ocasionadas con la norma inconstitucional. No obstante, si los efectos determinados por la Corte Constitucional son a futuro, es decir, si la norma fue retirada a partir de la sentencia que declaró su inconstitucionalidad, se presume que esta conserva la validez que ostentaba desde su expedición y, de tal manera, que los efectos que se hayan producido en el marco de su aplicación gozan de eficacia y no pueden presumirse antijurídicos, a menos que exista una circunstancia especial que así lo defina.

La decisión de la Corte Constitucional de no modular los efectos de su fallo de inexequibilidad frente al impuesto al consumo de bienes inmuebles implica que los efectos de su decisión son a futuro, por lo que estableció de forma automática que no existió un hecho dañoso para el contribuyente que asumió el pago del impuesto inconstitucional. En este orden de ideas, como la Corte no otorgó

26 CE 3, septiembre 26/2002, e54001233100019940865401, J. Santofimio, acceso 18 de mayo del 2020, [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/54001-23-31-000-1994-08654-01\(19976\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/54001-23-31-000-1994-08654-01(19976).pdf).

estos efectos retroactivos, no es posible acudir a la aplicación de esta estrategia para demostrar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador como consecuencia el daño antijurídico ocasionado a los contribuyentes.

Enriquecimiento sin justa causa y la acción de in rem verso

El enriquecimiento sin justa causa y la acción de *in rem verso* tienen un sustento jurídico antiguo en nuestro país. En términos de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia, que data de 1936, su procedencia está sujeta al enriquecimiento del obligado que se refleja en una ventaja patrimonial y un empobrecimiento correlativo de una persona que demuestre que el desequilibrio entre los dos patrimonios se produjo sin causa jurídica. Además, el accionante no debe contar con otro mecanismo judicial a su alcance²⁷. Para la Corte Suprema de Justicia la acción de *in rem verso* es autónoma y procede para corregir el enriquecimiento injustificado.

En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado durante varios años, en los que decantó ampliamente la figura del enriquecimiento sin causa frente a la acción de *in rem verso*, haciendo énfasis en que dicho instituto jurídico tiene sustento en un “principio que prohíbe el enriquecimiento ilegítimo de una parte en contra de otra, la cual resulta con detrimento patrimonial, y que, ciertamente la *actio de in rem verso* se concibe como el mecanismo procesal para evitar tal enriquecimiento”²⁸. A su vez, señaló

27 CSJ Civil, noviembre 19/1936, J. Mújica, acceso 19 de mayo del 2020, <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/12/S-19-11-1936-2.pdf>.

28 CE 3, marzo 6/2006, e25000232600019990196801, R. Saavedra, acceso 19 de mayo del 2020, <http://legal.legis.com.co/>

que es un mecanismo corrector de eventuales situaciones injustas que no cuentan con una herramienta dentro del ordenamiento jurídico para acudir a su prevención o remedio. En múltiples oportunidades, el máximo órgano contencioso administrativo ha remarcado el carácter subsidiario de la acción de *in rem verso*, con el fin de señalar que su procedencia no es paralela a las acciones y procedimientos fijados por el ordenamiento jurídico²⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, a partir del 2012 el Consejo de Estado cambió su postura frente a la autonomía de la acción de *in rem verso* y señaló que, en materia de lo contencioso administrativo, a la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa. Así, en noviembre del 2012 unificó su postura frente a la acción de *in rem verso* y señaló su improcedencia para demandar la ejecución de obras, pagos de emolumentos o servicios prestados sin el cumplimiento de las formalidades legales, como la suscripción de un contrato estatal. En esta sentencia de unificación se mencionaron únicamente tres excepciones a esta regla, aceptando que se puede invocar el enriquecimiento sin causa con ausencia de contrato: (1) cuando la administración ejerce coacción sobre el particular para obtener la prestación del servicio o suministro de bienes; (2) cuando es necesario preservar la prestación de los servicios de salud, y (3) en los casos de urgencia manifiesta debidamente acreditada, cuando se omite dicha declaratoria y se impone una carga al empobrecido.

document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_979a4bc-95db5402ce0430a010151402c.

29 Véanse, entre otras, CSJ Civil, noviembre 19/1936, J. Mújica; CSJ Civil, abril 14/1937, L. Escallón; CSJ Civil, junio 6/1955, M. Barrera.

El Consejo de Estado señaló que la vía adecuada para invocar el enriquecimiento sin causa es mediante la reparación directa. Lo anterior debido a que la acción de *in rem verso* tiene una autonomía sustancial mas no procedimental, razón por la cual debe tomarse como una pretensión que busca el equilibrio patrimonial afectado por la administración estatal³⁰.

En marzo del 2017 el Consejo de Estado ratificó la postura señalada frente al tema y explicó con mayor claridad que las excepciones en las que procede la acción de *in rem verso* prosperan cuando la administración ejerce presión o constreñimiento sobre la persona empobrecida, para inducirla a prestar un servicio obviando las formalidades de la contratación. También prosperan cuando estas actividades se llevan a cabo con el fin de preservar la prestación de servicios de salud. De este modo, el máximo órgano contencioso administrativo reiteró que la acción de *in rem verso* es subsidiaria, excepcional, única y de rango compensatorio.

Por lo anterior, la posición doctrinal del Consejo de Estado a partir del 2012 no acepta la autonomía de la acción de *in rem verso*. A su vez la postura reciente del máximo órgano contencioso administrativo señala que el enriquecimiento sin causa debe ser invocado como un título de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado. Por tanto, el enriquecimiento sin causa debe invocarse como una pretensión dentro del medio de control de reparación directa de acuerdo con el régimen de responsabilidad consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política.

30 CE 3, noviembre 19/2012, e73001233100020000307501, J. Santofimio, acceso 19 de mayo del 2020, [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/115/S3/73001-23-31-000-2000-03075-01\(24897\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/115/S3/73001-23-31-000-2000-03075-01(24897).pdf).

Título jurídico de imputación de enriquecimiento sin justa causa

El Consejo de Estado ha reconocido que el enriquecimiento sin causa del fisco puede ser fuente de obligaciones a su cargo y a favor del contribuyente que resulta empobrecido con ocasión del actuar estatal indebido. Por lo anterior, es menester identificar si el artículo 21 de la Ley 1943 del 2018 implicaba un enriquecimiento sin justa causa por parte del Estado, teniendo en cuenta que este último exigía el pago del impuesto nacional al consumo a su favor sin que existiera una obligación tributaria que lo justificara. La anterior hipótesis implica, por tanto, que existió un detrimento en el derecho de propiedad privada del sujeto pasivo que asumió el impuesto, al empobrecerse en favor del Estado por el pago de un tributo para el que no existía fundamento legal.

La Corte Constitucional ha señalado que una de las formas por medio de las cuales se vulnera el derecho a la propiedad privada es la figura del enriquecimiento sin justa causa. Esto se debe a la afectación que sufre el equilibrio patrimonial entre las partes bajo la inexistencia de una justificación en el ordenamiento jurídico³¹. La propiedad privada es un “derecho subjetivo que se tiene sobre una cosa corporal o incorporeal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella”³². Por su parte, el artículo 58 de la Constitución Política dispone que “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no

31 CConst,C-278/2014,M.González,acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-278-14.htm>.

32 CConst,C-189/2006,R.Escobar,acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-189-06.htm>.

pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. De este modo, en los términos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el pago de un impuesto al cual el contribuyente no estaba obligado configura la existencia de un enriquecimiento sin justa causa por parte del Estado.

Si estos los contribuyentes pagaron un impuesto al cual no estaban obligados [...] la administración no posee legitimidad alguna para adelantar las acciones recaudatorias pertinentes. Por lo tanto, en criterio de la Corporación, si el fisco adelanta un cobro atenta cobra la seguridad jurídica de los contribuyentes, cercenando el derecho de propiedad de los coasociados (art. 58, CP), pues, un tributo sin fundamento constituye un acto confiscatorio del poder público, expresamente prohibido por el Estatuto Fundamental (art. 34, CP); luego lo cobrado y recibido por el Estado, configura un enriquecimiento sin causa que habilita a los afectados a solicitar la devolución de lo pagado injustamente³³.

Así pues, constituyen enriquecimiento sin justa causa los eventos en los que el Estado exija a los contribuyentes el cobro de un impuesto sin que el contribuyente esté legalmente obligado a ello. Del mismo modo lo ha entendido la DIAN, al hacer énfasis en que el pago de lo no debido (mecanismo que se analizará posteriormente) tiene su fuente en “uno de los principios generales del derecho, consagrado como fuente formal del derecho en el artículo 8.º de la Ley 153 de 1887, el cual es que toda obligación

33 CConst, C-369/2000, F. Morón, acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-369-00.htm>.

debe tener causa justa y su desconocimiento da lugar al enriquecimiento sin causa”³⁴.

Conforme a los anteriores argumentos, en las líneas que siguen se pretende analizar cómo la norma declarada inexecutable conduce a situaciones de enriquecimiento sin justa causa de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en su fallo de inexecutableidad. Para determinar la existencia de un enriquecimiento sin causa es preciso demostrar “(i) un enriquecimiento o aumento patrimonial; (ii) un empobrecimiento correlativo y (iii) el enriquecimiento se debe realizar sin fundamento legal”³⁵.

Enriquecimiento apreciado en dinero por parte del Estado

El Estado se enriqueció del recaudo del impuesto nacional al consumo sobre bienes inmuebles. El enriquecimiento por parte del Estado fue un provecho del artículo 21 de la Ley 1943 que es posible apreciar en dinero. Esto toda vez que el contribuyente realizaba el pago por concepto del impuesto nacional al consumo de bienes inmuebles antes de que incurriera en el hecho generador.

La anterior consideración se evidenciaba en mayor medida en el negocio jurídico descrito en el hecho generador. El artículo 749 del Código Civil expresa que “si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas”³⁶. Así pues, para el contrato de compraventa, la ley exige como solemnidades especiales: (1) el título elevado a escritura pública y (2) su

34 DIAN, Concepto 105293, diciembre, 2001, acceso 22 de mayo del 2020, <http://forvm.com.co/concepto-numero-105293-de-05-12-2001-dian-calculo/>.

35 CConst, C-278/2014, M. González.

36 CC, art. 749.

posterior registro en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. La aplicación de la disposición referenciada se evidencia en oficios de la Administración de Impuestos, en los que se ha afirmado que “el cambio de titularidad de los bienes raíces solamente se realiza por medio de la escritura pública legalmente registrada”³⁷, por lo cual “los bienes inmuebles deben ser declarados por quien aparezca como titular en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos durante el respectivo periodo gravable”³⁸.

Pese a que existe en nuestro ordenamiento jurídico una disposición que determina las solemnidades especiales de la compraventa, el artículo 21 de la Ley 1943 del 2018 exigía al contribuyente que iba a incurrir en el hecho generador del impuesto asumir de su propiedad el pago de la totalidad del tributo antes de tener el *título* y el *modo* que revelen la transferencia del inmueble; es decir, antes de la existencia de la obligación tributaria. Lo anterior, toda vez que la norma declarada inexecutable le exigía al potencial sujeto pasivo del impuesto la presentación del recibo oficial de pago “Formulario 490” al notario, para poder elevar a escritura pública el negocio jurídico que contenía la enajenación del inmueble. Así, el Estado, durante la corta vigencia de la disposición inexecutable, se enriqueció mediante el recaudo de un impuesto en un momento en el cual el contribuyente aún no cumplía con el título y el modo en el escenario de una compraventa para presumir la existencia de la obligación tributaria. Esta situación sucedió de manera análoga con los negocios jurídicos que implicaban la transferencia de inmuebles, en los cuales

37 DIAN, Concepto 21419, marzo, 2001, acceso 22 de mayo del 2020, <http://forvm.com.co/concepto-n-021419-de-15-03-2001-direccion-de-impuestos-y-aduanas-nacionales/>.

38 *Ibíd.*

también se recaudaba el impuesto antes de que el potencial sujeto pasivo incurriera en el hecho generador.

Empobrecimiento del sujeto pasivo del impuesto al consumo de bienes inmuebles por el enriquecimiento del Estado

El aumento patrimonial que implicaba para el Estado el recaudo de un impuesto abiertamente inconstitucional generaba que el potencial sujeto pasivo asumiera, recurriendo a sus propios recursos, un sobre costo en las operaciones que implicaban la transferencia de bienes inmuebles que superaban el umbral a partir del cual se causaba el impuesto. Esto bajo la premisa enunciada en el acápite “Título jurídico de imputación de enriquecimiento sin justa causa”, pues el contribuyente sufría una pérdida material al pagar un impuesto sin incurrir en el hecho generador de este.

Relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento

El empobrecimiento del sujeto pasivo económico tenía sustento en el pago del impuesto nacional al consumo de bienes inmuebles, sin que los contribuyentes que pagaron el impuesto tuviesen obligación legal para ello en el momento de haber sido exigido, lo cual enriqueció al Estado durante el término de vigencia de la disposición declarada inexecutable. Se concluye, por tanto, que el hecho de que el Estado se enriqueciera como consecuencia del empobrecimiento de los contribuyentes que asumieron el pago de un impuesto sin justa causa legal es, a todas luces, contrario a los derechos y principios contenidos en la Constitución Política y constituye sustento legal para afirmar que, pese a que el medio de control de reparación

directa no procede en el escenario estudiado, la pretensión de enriquecimiento sin justa causa sería procedente en el escenario de que la Corte Constitucional hubiese determinado efectos retroactivos en su fallo de inexequibilidad, pero dicha retroactividad lo dejaría sin fundamento legal ya que la norma dejaría de existir en el ordenamiento jurídico colombiano.

Pago de lo no debido

Ahora bien, para poder identificar la eventual procedencia del pago de lo no debido para aquellos contribuyentes que pretendan solicitar el reintegro del dinero pagado, como consecuencia del impuesto al consumo sobre bienes inmuebles, es preciso desarrollar el concepto y los alcances que la ley, la jurisprudencia y la doctrina le han otorgado a este mecanismo.

El concepto más preciso en nuestro ordenamiento jurídico sobre el pago de lo no debido se encuentra en el artículo 2313 del Código Civil, el cual dispone que “si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado”³⁹. Por su parte, la doctrina autorizada ha realizado diferentes precisiones al concepto: César García Novoa hace énfasis en que “existe pago indebido de un tributo cuando se satisface una obligación tributaria que no existe por falta de objeto”⁴⁰. Si se tiene en cuenta lo anterior, es posible identificar que

[con el fin de que se] configure un pago indebido es menester que (i) el pago se haya realizado por un sujeto,

39 CC, art. 2313.

40 César García Novoa, *La devolución de ingresos tributarios indebidos* (Madrid: Marcial Pons, 1993), 99.

creyendo tener el deber de realizar el pago; (ii) de igual forma que la obligación que se pretendió extinguir no existía al momento en el que se realizó el correspondiente pago y (iii) que exista un error por parte de quien pago, para determinar que realizó el pago creyendo estar obligado⁴¹.

Al trasladar esta figura al ámbito fiscal, mediante el artículo 49 de la Ley 223 de 1995 el legislador facultó a los contribuyentes para que soliciten las devoluciones de los pagos en exceso o de lo no debido mediante la implementación de un trámite directo ante la Administración Tributaria. El artículo 850 del Estatuto Tributario, bajo los lineamientos de la Ley 223, precisó en su inciso segundo que la DIAN “deberá devolver oportunamente a los contribuyentes los pagos en exceso o de lo no debido, que estos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor”⁴².

Posteriormente, el Decreto 1000 de 1997 reglamentó la devolución y compensación de obligaciones tributarias y en el artículo 21 señaló que “habrá lugar a la devolución o compensación de los pagos efectuados a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento”⁴³.

De este modo, es menester precisar que el legislador creó y reglamentó dos figuras en el plano fiscal: el pago de lo no debido y el pago en exceso. Se incurre en el pago de lo no debido cuando no existe una causa legal para hacer

41 Arturo Valencia Zea, *Derecho Civil, tomo III, Obligaciones* (Bogotá: Temis, 1982), 361.

42 ET, art. 850-2.

43 D. 1000/1997, art. 21.

exigible el cumplimiento del pago⁴⁴ y se incurre en un pago en exceso en aquellos escenarios en los cuales el contribuyente pagó más de lo que la ley le exige. El Consejo de Estado ha precisado la configuración de cada mecanismo:

En relación con el pago en exceso o de lo no debido también es posible obtener su devolución, en el primer caso cuando se cancelan por impuestos, sumas mayores a las que corresponden legalmente, y en el segundo evento, cuando se realizan pagos sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento⁴⁵.

Adicionalmente el Consejo de Estado señaló que

También se configura pago de lo no debido, cuando a pesar de que se presentan todos los elementos de la obligación tributaria, el legislador determina que un contribuyente debe tener un trato preferencial, como es el caso de la exención, y en desconocimiento de ese mandato, se realiza el pago⁴⁶.

Conforme a lo mencionado y centrándonos en el mecanismo objeto de estudio, el pago que se llega a considerar como no debido es aquel que se realiza bajo inexistencia de una causa legal que justifique su cumplimiento. Esto es así pues conforme a lo dispuesto por el legislador no puede existir una obligación sin la existencia de una causa

44 *Ibíd.*

45 CE 4, febrero 20/2008, e16026, M. Ortiz.

46 CE 4, septiembre 30/2010, e25000232700020060080601, W. Giraldo, acceso 18 de mayo del 2020, http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_9c3dbe97abcf007ce0430a010151007c.

real y lícita⁴⁷, y esta obligación en materia tributaria tiene su fuente en la ley.

La obligación tributaria, se configura como una obligación legal porque es la voluntad de la ley y no la de los obligados, la fuente de la obligación tributaria. Un tributo se paga porque la ley lo ordena y no porque el obligado consienta en satisfacerlo, pagarlo⁴⁸.

En este orden de ideas, como la no existencia de una causa legal soporta la configuración de un pago de lo no debido y esta causa, como se hizo referencia, tiene sustento en la ley, es preciso concluir que no podemos hablar de ausencia de causa como elemento fundamental para que un pago tenga la calidad de no debido. Esto es así, a menos que estemos en un escenario en el cual (1) no se incurra en el hecho generador de un determinado impuesto; (2) no sea posible identificar de forma clara la totalidad de los elementos esenciales que conforman la “obligación tributaria”, o (3) esto sea ratificado mediante la inexequibilidad de una disposición.

Inexistencia de causa legal en el impuesto al consumo sobre bienes inmuebles

El elemento esencial para que se presente el pago indebido es que dicho pago adolezca de causa legal. En términos del Consejo de Estado: “cuando no se realiza el hecho generador de un determinado impuesto, el pago que se

47 CC, art. 1524.

48 Andree César Tudela Tello, “De la obligación civil a la obligación tributaria”, *SCRIBD*, octubre del 2007, acceso 18 de mayo del 2020, <https://es.scribd.com/document/387833/De-la-Obligacion-Civil-a-la-Obligacion-Tributaria>.

realice por tal concepto constituye un pago de lo no debido, pues adolece de causa legal toda vez que no nace la obligación jurídico tributaria⁴⁹.

Existen dos razones para sustentar que el impuesto nacional al consumo se recaudó durante el término de su vigencia sin que el contribuyente incurriera en el hecho generador del impuesto y, por tanto, no existiera una causa legal para su pago. La primera es que el recaudo del impuesto nacional al consumo sobre bienes inmuebles se realizaba mediante el mecanismo de retención en la fuente antes de que la suscripción del negocio jurídico reflejara que el sujeto pasivo incurrió en el hecho generador descrito en el artículo 21 de la Ley 1943. En este punto es preciso resaltar que la Corte Constitucional en la sentencia C-593 del 2019 hizo énfasis en la diferencia entre el mecanismo de retención en la fuente y el anticipo. Así, en el mecanismo de retención en la fuente el ingreso que constituye la fuente de la obligación tributaria ya se causó, pues a ese momento el contribuyente ya habría realizado el hecho generador. Sin embargo, en principio aún no sería exigible, pues no ha terminado el correspondiente periodo fiscal para presentar su declaración. Por su parte, el mecanismo de anticipo es diferente, pues en este el contribuyente le entrega al Estado una porción de los impuestos con base en los ingresos que espera recibir en el siguiente periodo fiscal. Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia C-445 de 1995, expuso:

La Corte no desconoce con lo anterior que estos mecanismos de retención y anticipo pueden comportar, en ocasiones, el abono de una obligación tributaria no causada en su totalidad. Así, en el caso de la retención, la

49 CE 4, septiembre 30/2010, W. Giraldo.

doctrina considera que la obligación tributaria ha sido causada materialmente —pues la persona ha recibido un ingreso, que es el hecho generador del impuesto a la renta—, pero la obligación no ha sido causada formalmente, pues no ha culminado el periodo correspondiente de recaudo. La situación es aún más clara en el caso de los anticipos, puesto que en estos eventos el impuesto no ha sido ni siquiera causado materialmente, ya que el contribuyente anticipa el pago del impuesto del siguiente periodo tributario⁵⁰.

En el escenario del impuesto al consumo de bienes inmuebles, el mecanismo de retención en la fuente se practicaba antes de que el enajenante elevara a escritura pública el negocio jurídico que transfería inmuebles. Lo anterior implicó que el mecanismo de retención en la fuente se practicó sin que el vendedor o cedente registrara un ingreso como consecuencia de la enajenación del inmueble y consecuentemente que no se podría presumir la existencia de la obligación tributaria antes de incurrir en el hecho generador del impuesto. Así lo estableció el artículo 21 de la Ley 1943:

El impuesto será recaudado en su totalidad mediante el mecanismo de retención en la fuente. La retención aquí prevista deberá cancelarse previamente a la enajenación del bien inmueble, y presentar comprobante de pago ante el notario o administrador de la fiducia, fondo de capital privado o fondo de inversión colectiva⁵¹.

50 CConst, C-445/1995, A. Martínez, acceso 22 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-445-95.htm>.

51 L. 1943/2018, art. 21.

El legislador definió erróneamente el mecanismo para recaudar el impuesto al consumo sobre bienes inmuebles, pues el mecanismo de retención en la fuente no cumple con los lineamientos de la Corte Constitucional para su aplicación. Presentar el comprobante de pago “Formulario 490” antes de suscribir el negocio jurídico, que reflejaba la transferencia, implicaba para el potencial sujeto pasivo el pago de un tributo sin haber incurrido en el hecho generador de este.

La segunda razón que sustenta la inexistencia de una causa legal para solicitar el pago de lo no debido tiene fundamento en el principio de reserva legal en materia tributaria. En razón del principio de reserva de ley, cualquier impuesto que se cree requiere una ley previa expedida por los órganos de representación que establezca “de manera clara y precisa, los elementos del tributo”⁵². Lo anterior debido a que este principio de orden constitucional “Fija los elementos mínimos que debe contener el acto jurídico que impone la contribución para poder ser válido, puesto que ordena que tal acto debe señalar los sujetos activo y pasivo de la obligación tributaria, así como los hechos, las bases gravables y las tarifas”⁵³.

Así pues, la Corte Constitucional hace énfasis en que los lineamientos de la Constitución Política exigen al Congreso de la República fijar de la forma más precisa los elementos estructurales del tributo⁵⁴. Por su parte, la doctrina autorizada llama la atención en la importancia del

52 CConst, C-155/2003, E. Montealegre.

53 CConst, C-155/2016, A. Linares, acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-155-16.htm>.

54 CConst, C-060/2018, G. Ortiz, acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-060-18.htm>.

principio de reserva de ley en materia fiscal para la creación de tributos. Al respecto, para Mauricio Plazas Vega “no pueden establecerse tributos sin mediar la voluntad de los asociados expresada directamente o a través de sus representantes”⁵⁵. Bajo la misma línea, Julio Roberto Piza afirmó que “este papel preponderante de la ley en la definición del sistema tributario se fundamenta [...] en el hecho de que ‘la ley representa la voluntad de autonormación de una colectividad que no reconoce otros poderes que los que emanan del conjunto de los ciudadanos que forman parte de ella’”⁵⁶.

La Corte Constitucional ha señalado que el principio de certeza tributaria se vulnera no solamente con la omisión en la determinación de los elementos esenciales del tributo, sino también cuando en su definición se acude a expresiones ambiguas o confusas. La base gravable definida en la norma especial del impuesto al consumo sobre bienes inmuebles era la “totalidad del precio de venta”. Partiendo del supuesto de que el hecho generador del impuesto era la enajenación de inmuebles a cualquier título cuyo valor superara los 26 800 UVT, la base gravable definida en la norma especial induce a confusión para su determinación en transferencias que se realizaran a títulos diferentes al de una compraventa.

Con el fin de ilustrar la indeterminación de los elementos esenciales del tributo en la norma con respecto a la base gravable en otros negocios jurídicos que están sometidas al impuesto, se propone como ejemplo el caso de una “donación”, en la cual surge la tensión de someter como base gravable el valor comercial de los inmuebles

55 Mauricio Plazas Vega, *El liberalismo y la teoría de los tributos* (Bogotá: Temis, 1995), 124.

56 José J. Ferreiro Lapatza, *Curso de derecho financiero español*. 19.^a ed. (Madrid: Marcial Pons, 1997), 44.

donados o el costo fiscal de estos. El ejemplo propuesto no es un problema de aplicación de la norma, sino que se trata de eventos contemplados por la norma frente a los cuales no existe una base gravable. De este modo se evidencia cómo la norma declarada inexecutable no determina de manera directa, clara y específica la base gravable en eventos distintos a la compraventa.

Situación jurídica no consolidada

La consolidación de una situación jurídica en materia tributaria tiene como referentes dos eventos: “(i) los términos de firmeza de las declaraciones y las liquidaciones y (ii) los términos de caducidad de las acciones para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa o a la ejecutoria de las sentencias que en ella se profieran”⁵⁷. En el momento en el que una obligación adquiere firmeza, estamos frente a una situación jurídica consolidada y bajo este supuesto dicha situación no puede ser modificada, ni siquiera si la disposición a cuyo amparo se hubiere actuado fuera declarada posteriormente nula o inconstitucional. Consecuentemente, las obligaciones que son objeto de debate son aquellas que se amparan en declaraciones que no están en firme, pues

La firmeza de la declaración tributaria impide a la Administración Tributaria ejercer la facultad de fiscalización para controvertir la obligación tributaria declarada por un contribuyente, después de transcurrido determinado tiempo. En tal sentido, es una garantía a favor del

57 Eleonora Lozano Rodríguez y Santiago Eduardo Gómez Cifuentes, “La consolidación de la obligación tributaria a partir del pago en exceso y de lo no debido”, *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, n.º 76 (2017): 77.

contribuyente en cuanto, una vez transcurrido el término legal, la declaración tributaria no puede ser objeto de modificación o cuestionamiento alguno por parte de la Administración Tributaria⁵⁸.

En este orden de ideas, la postura del Consejo de Estado frente a la firmeza de las declaraciones es la presunción de una situación jurídica consolidada. Por tanto, esta situación no puede ser objeto de modificaciones o reclamaciones, así la disposición a cuyo amparo se hubiere actuado se declare posteriormente nula o inconstitucional.

Término de firmeza de las declaraciones tributarias

Por regla general, las declaraciones tributarias adquieren firmeza cuando ha transcurrido el tiempo determinado por la ley para que la Administración Tributaria esté facultada para cuestionar y modificar la declaración presentada por el contribuyente. Para la Administración Tributaria

El término de firmeza de las declaraciones tributarias dice relación al lapso durante el cual la Administración Tributaria puede ejercer sus amplias facultades de fiscalización para establecer la veracidad de los factores incluidos en la declaración, es decir es el término dentro del cual puede ejercer sus facultades administrativas de determinación⁵⁹.

58 CE 4, agosto 1/2013, e23001233100020060106602, H. Bastidas, acceso 18 de mayo del 2020, <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/647689653>.

59 DIAN, Concepto 20434, abril, 2002, acceso 22 de mayo del 2020, https://www.redjurista.com/Documents/concepto_20434_de_2002_dian_-_direccion_de_impuestos_y_aduanas_nacionales.aspx#.

De este modo, el cumplimiento del término de firmeza constituye una garantía para el contribuyente, pues “transcurrido el término legal, su declaración tributaria no podrá ser objeto de cuestionamiento, modificación o reclamo alguno por parte de la autoridad tributaria”⁶⁰. Así pues, el artículo 714 del Estatuto Tributario, modificado por la Ley 1819 del 2016, establece que el término de firmeza general de las declaraciones tributarias es de tres años que se cuentan a partir del vencimiento del término para presentar la declaración o desde cuando se haya presentado solicitud de devolución o compensación de saldo a favor. Esto implica que cumplido el término en mención hay una imposibilidad tanto de la Administración Tributaria para ejercer su facultad de fiscalización como del contribuyente de corregir la declaración tributaria.

En este sentido, del mismo modo en que la facultad fiscalizadora de la DIAN tiene un término para ser ejercida, el contribuyente cuenta con un término especial dentro del cual puede enmendar sus errores y corregir voluntariamente sus declaraciones tributarias. Se tiene, por tanto, que “los contribuyentes, responsables o agentes de retención pueden corregir sus declaraciones, bien para aumentar su obligación, para mantenerla o para reducirla”⁶¹. Bajo esta línea, el Consejo de Estado ha hecho énfasis en que “luego de transcurrir el tiempo de corrección, el contribuyente no está facultado para presentar correcciones por lo cual la declaración que presente con posterioridad a dicho término no genera efecto legal alguno”⁶².

60 Gustavo Bedoya, “Fricción legal en la firmeza de las declaraciones tributarias”, *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, n.º 60 (2009): 5.

61 ET, arts. 588 y 589.

62 CE, abril 3/2008, e16104, L. López.

Conforme a lo señalado, es preciso mencionar que en el caso objeto de estudio al sujeto pasivo económico se le practicó una retención en la fuente para el recaudo del impuesto nacional al consumo sobre bienes inmuebles. Con esto, el agente retenedor del impuesto al consumo de bienes inmuebles fue quien presentó formalmente ante la DIAN la declaración de retención en la fuente. Por tanto, el agente retenedor es el que tenía la obligación de pagar ante la DIAN dicho impuesto.

En este orden de ideas, es plausible concluir que las declaraciones que los agentes retenedores realizaron por concepto del impuesto al consumo de bienes inmuebles durante el término comprendido entre el 1.º de enero del 2019 y el 5 de diciembre del 2019 no están en firme. En consecuencia, la situación jurídica de aquellos sujetos pasivos económicos del impuesto al consumo de bienes inmuebles no se encuentra consolidada.

Oportunidad para presentar la solicitud del pago de lo no debido

Las disposiciones tributarias no señalan un término para solicitar la devolución del pago en exceso o de lo no debido; por tanto, debe aplicarse la norma general de prescripción consagrada en el artículo 2536 del Código Civil⁶³. La acción ejecutiva en los términos del Código Civil prescribe en cinco años a partir de la vigencia de la Ley 791 del 2002. De este modo, aquellos contribuyentes que asumieron el pago del impuesto nacional al consumo se encuentran dentro del término legal para su aplicación. Así, mientras

63 CE 4, septiembre 30/2010, e25000232700020060080601, W. Giraldo, acceso 19 de mayo del 2020, [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-27-000-2006-00806-01\(16576\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-27-000-2006-00806-01(16576).pdf).

el término para solicitar la devolución del pago indebido no esté vencido, no existe situación jurídica consolidada y procede la solicitud de reintegro.

Conclusión

La interpretación correcta y armónica de la postura de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la implicación de los efectos contenidos en el fallo de inexequibilidad del impuesto al consumo sobre bienes inmuebles (sentencia C-593 del 2019), permite afirmar que no es plausible demostrar la responsabilidad del Estado (por el hecho del legislador) por el daño ocasionado a los contribuyentes que asumieron el pago del impuesto. Lo anterior, a pesar de que resulta demostrable la existencia de un daño antijurídico por el pago de un impuesto abiertamente inconstitucional, pero los efectos a futuro que otorgó el fallo de inexequibilidad dejan a un lado la posibilidad de utilizar el medio de control de reparación directa para solicitar la devolución de lo pagado.

Por otro lado, después de analizar el enriquecimiento sin justa causa, es posible afirmar que el artículo 21 de la Ley 1943 conduce a que se produzca un enriquecimiento sin justa causa del Estado con ocasión del empobrecimiento por parte del sujeto pasivo del impuesto al consumo sobre bienes inmuebles, bajo el sustento de la violación del derecho constitucional a la propiedad privada por la disposición declarada inexequible. No obstante, el Consejo de Estado prevé que el enriquecimiento sin justa causa debe invocarse como una pretensión en el medio de control de reparación directa, por lo cual no es viable la aplicación de esta estrategia como un mecanismo autónomo y como una pretensión en el medio de control de reparación directa, pues, como se ha hecho referencia, la Corte Constitucional no moduló retroactivamente los

efectos en su fallo de inexequibilidad de impuesto al consumo sobre bienes inmuebles.

Finalmente, fue posible evidenciar la procedencia del pago de lo no debido por concepto del impuesto al consumo de bienes inmuebles. En efecto, el pago realizado por los contribuyentes no obedecía a una causa legal para su exigencia y la situación de los contribuyentes que eventualmente solicitarían el reintegro del dinero no se encuentra consolidada, teniendo en cuenta que a la fecha no se ha cumplido el término definido en la ley para que la declaración del impuesto al consumo sobre bienes inmuebles se presuma en firme. Adicionalmente, los contribuyentes se encuentran dentro del término legal para acudir a este mecanismo, por lo que esta será la estrategia por desarrollar en la propuesta de impacto o mejora.

PROPUESTA DE IMPACTO O MEJORA

Señores

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá

Carrera 6 n.º 15-88

Ciudad

Asunto: Solicitud de devolución del pago de lo no debido por concepto de impuesto al consumo sobre bienes inmuebles.

Margarita Arciniegas Argüello, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá D. C., identificada como aparece al pie de mi firma, me dirijo con todo respeto a ustedes con el fin de solicitar devolución del pago de lo no debido por la suma de COP 104 000 000, por concepto del impuesto al consumo sobre los bienes inmuebles identificados con las

matrículas inmobiliarias 357-20293566, 357-20293567, 357-20293568 y 357-20293569, ubicados en el municipio de El Espinal, Tolima, con base en los fundamentos que se listan a continuación.

Oportunidad

Esta solicitud se presenta dentro del término previsto en el artículo 1.6.1.21.22 del Decreto 1625 del 2016, norma aplicable a la devolución de los pagos indebidos, es decir, dentro de los cinco años a partir de la fecha en la cual se realizó el pago efectivo, el cual se efectuó primero el 26 de abril del 2019 y luego el 5 de diciembre del 2019. Con esto, los términos para radicar la presente solicitud vencen el 26 de abril del 2024 y el 5 de diciembre del 2014 respectivamente⁶⁴.

Antecedentes relevantes

- ▶ El 14 de febrero del 2019 celebré un contrato de parqueo inmobiliario con la Sociedad Fiduciaria XYZ S. A. S. (en adelante Sociedad Fiduciaria), en calidad de aportante de terreno para la construcción de un proyecto inmobiliario en el municipio de El Espinal, Tolima.
- ▶ Para la ejecución del proyecto inmobiliario encargué a la Sociedad Fiduciaria transferir los derechos fiduciarios, cuyo activo subyacente eran cuatro bienes inmuebles, al fideicomiso B que suscribió el desarrollador del proyecto inmobiliario con la Sociedad Fiduciaria.

64 CE 4, septiembre 30/2013, e76001233100020120034901, J. Ramírez.

- ▶ El 26 de abril del 2019 la Sociedad Fiduciaria, como vocera del proyecto inmobiliario, me solicitó realizar el pago de COP 60 000 000 por concepto de impuesto al consumo sobre bienes inmuebles, para poder transferir al fideicomiso B los derechos fiduciarios que representan el terreno sobre el cual se haría el proyecto.
- ▶ El 27 de abril del 2019, mediante el recibo oficial de pago, “Formulario 490” n.º 928372928, pagué COP 60 000 000 a la DIAN por concepto de impuesto al consumo sobre bienes inmuebles.
- ▶ Luego de entregar el recibo de pago a la Sociedad Fiduciaria el 30 de abril del 2019, se realizó la transferencia a título de compraventa de los derechos fiduciarios que representaban el terreno al fideicomiso B.
- ▶ En noviembre del 2019 culminó el proyecto inmobiliario, el cual un evaluador estimó en COP 11 000 000 000. En este punto, como Margarita era propietaria del 20 % y Miguel como el desarrollador del proyecto tenía el 80 % de participación en el proyecto inmobiliario.
- ▶ Posteriormente, decidí ceder el 20 % de mi participación Miguel Rivera y, para esto, la Sociedad Fiduciaria me solicitó realizar el pago de COP 44 000 000 por concepto de impuesto nacional al consumo sobre bienes inmuebles. La Sociedad Fiduciaria argumentó que los derechos fiduciarios representaban en su totalidad bienes inmuebles y que para realizar la cesión era necesario el pago de este impuesto.
- ▶ El 5 de diciembre del 2019, mediante el recibo oficial de pago “Formulario 490” n.º 928372929, pagué COP 44 000 000 por concepto de impuesto nacional al consumo de bienes inmuebles.

- El 6 de diciembre del 2019 suscribí la escritura pública de cesión de derechos fiduciarios. Posteriormente me enteré de la declaratoria de inexecutable del impuesto nacional al consumo sobre bienes inmuebles, bajo la decisión de la Corte Constitucional en la sentencia C-593 del 2019.

Consideraciones

Inexistencia de la obligación tributaria frente a la base gravable

La obligación tributaria tiene su origen en la ley conforme a lo señalado en el artículo 1.º del Estatuto Tributario: “la obligación tributaria sustancial se origina al realizarse el presupuesto o los presupuestos previstos en la ley como generadores del impuesto y ella tiene por objeto el pago del tributo”⁶⁵. Por lo anterior, la obligación tributaria tiene sustento en los elementos esenciales del tributo: el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable y la tarifa.

El artículo 21 de la Ley 1943 gravó con el impuesto al consumo todas las formas de enajenación de inmuebles. No obstante, el Congreso no definió directamente la base gravable para todas las formas de enajenación, tal como lo exige el principio de reserva de ley dispuesto en los artículos 150 (2) y 388 de la Constitución Política. Aunque el hecho generador es la enajenación de bienes inmuebles y la cesión de derechos fiduciarios sobre inmuebles a cualquier título, la norma solo determina la base gravable para las enajenaciones de inmuebles a título de compraventa.

65 ET, art. 1.

En virtud del principio de reserva de ley, todo tributo requiere una ley previa expedida por los órganos de representación que lo establezca y determine “de manera clara y precisa, los elementos estructurales del tributo”⁶⁶. Como afirma la Corte Constitucional, el principio de certeza tributaria se vulnera no solamente con la omisión en la determinación de los elementos esenciales del tributo sino también cuando en su definición se acude a expresiones ambiguas o confusas. En los eventos en los que la definición de los elementos sea confusa, la declaratoria de inexequibilidad solo es posible cuando la claridad sea insuperable, es decir, cuando no sea posible identificar el sentido y el alcance de la disposición conforme a las reglas de hermenéutica jurídica. Así pues, la determinación de los elementos de la obligación tributaria debe realizarse teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico en materia tributaria es un sistema y, como tal, “se define por el hecho de no ser un simple agregado desordenado de elementos sino por constituir una totalidad, caracterizada por una determinada articulación dinámica entre sus partes”⁶⁷.

Es preciso señalar que la base gravable debe guardar coherencia con el hecho generador, al ser “la magnitud o medición del hecho gravado”. Por tanto, si el legislador gravó con el impuesto al consumo la transferencia de bienes mediante las cesiones de derechos fiduciarios, la base gravable señalada en el artículo 21 de la Ley 1943 debía medir el hecho generador que ha establecido la norma. Si bien el hecho generador incluye cualquier negocio jurídico, el legislador solo determinó la base gravable del impuesto aplicable a la compraventa

66 CConst, C-155/2016, A. Linares.

67 CConst, C-155/2003, E. Montealegre.

de inmuebles, al establecer que “la tarifa aplicable será del dos por ciento (2 %) *sobre la totalidad del precio de venta*”⁶⁸ [Énfasis añadido]. La compraventa se encuentra definida legalmente en el artículo 1849 del Código Civil: “Artículo 1849. La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y esta comprar. *El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio*”⁶⁹ [Énfasis añadido], y en el artículo 905 del Código de Comercio: “Artículo 905. La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. *El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio*”⁷⁰ [Énfasis añadido].

La Corte Suprema de Justicia ha afirmado que los elementos esenciales de la compraventa son “la cosa y el precio”⁷¹. En materia de impuestos, la jurisprudencia de la sección Cuarta del Consejo de Estado ha interpretado que los elementos esenciales del contrato de compraventa son precio y cosa⁷². Conforme a las normas que regulan el contrato de compraventa y la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, se concluye que la norma demandada solo determina la

68 L. 1943/2018, art. 21.

69 CC, art. 1849.

70 CCo, art. 905.

71 CSJ Civil, febrero 8/2008, e20010691501, W. Namén, acceso 19 de mayo del 2020, <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/n-007-suprema-justicia-sala-civil-07-43711079>.

72 CE 4, junio 8/2016, e25000233700020130004101, M. Briceno, acceso 22 de mayo del 2020, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/co/Documents/legal/litigios/Julio%202016/cuarta%20semana/Sentencia%20del%20Consejo%20de%20Estado%20No.%2021681.pdf>.

base gravable para el contrato de compraventa, al establecer que dicha base gravable la conforma “la totalidad del precio de venta”. Con “precio de venta” la norma se refiere al elemento esencial del contrato de compraventa mencionado, y no a magnitudes económicas de otros negocios jurídicos que impliquen la enajenación de bienes inmuebles, tal como lo indica el hecho generador.

Con el fin de ilustrar la indeterminación de los elementos esenciales del tributo en la norma con respecto a las formas de enajenación de inmuebles que están sometidas al impuesto, es preciso citar el primer negocio jurídico que implicó pagar el impuesto al consumo de bienes inmuebles. Este escenario era la cesión de unos derechos fiduciarios que representaban los cuatro terrenos. La base gravable sobre la cual se debía aplicar la tarifa generaba tensiones, pues los inmuebles individualmente tenían un valor de COP 750 000 000, valor por el cual no causaban el impuesto. No obstante, el valor de la escritura y de la cesión era por el valor en conjunto de los inmuebles, es decir, por la suma de COP 3000 000 000, que superaba el umbral a partir del cual se causa el impuesto. Por la anterior tensión me vi obligada a asumir el pago indebido del impuesto al consumo de bienes inmuebles.

Así, pese a que el legislador incluyó en el artículo 21 de la Ley 1943 la cesión de derechos fiduciarios para definir el hecho generador del impuesto al consumo de bienes inmuebles, la disposición propiciaba tensiones que implicaban una confusión para identificar la base gravable en escenarios diferentes al de una compraventa. Por lo anterior, el Decreto 961, expedido el 5 de junio del 2019, que reglamentó el artículo 21 de la Ley 1943, definió dicho elemento en los eventos diferentes a una compraventa. No obstante, la Corte Constitucional ha explicado que la competencia para determinar los

elementos esenciales de los tributos recae en el Congreso y no en el Gobierno nacional.

Por tanto, la facultad del Gobierno en materia tributaria se reduce a regular las condiciones en las cuales debe aplicarse la ley, sin que este tenga poder propio para determinar los elementos esenciales de los tributos. En estos términos, ni siquiera el decreto reglamentario podría definir la base gravable, porque esto sería violatorio al principio de reserva de ley. Así, el ejemplo señalado no fue un problema de aplicación de la norma; se trató de un evento en el cual fui sometida al pago de un impuesto frente al que no existe una base gravable definible. De este modo, es demostrable que la norma especial fue insuficiente y no establecía cuál es la base gravable para la enajenación de inmuebles producida por eventos diferentes a la compraventa, por lo que no existía una “obligación tributaria” al momento de pagar el impuesto en mención.

Situación jurídica no consolidada

La consolidación de una situación jurídica en materia tributaria tiene como referentes dos eventos: “(i) los términos de firmeza de las declaraciones y las liquidaciones y (ii) los términos de caducidad de las acciones para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa o a la ejecutoria de las sentencias que en ella se profieran”⁷³. En los términos del artículo 714 del Estatuto Tributario, las declaraciones de retenciones que se presentaron por concepto de impuesto nacional al consumo sobre bienes inmuebles no se encuentran en firme. De igual forma, como se expuso en el acápite “Oportunidad”, la presente

⁷³ Lozano Rodríguez y Gómez Cifuentes, “La consolidación de la obligación”, 77.

solicitud se radica dentro del término legal establecido para ello. Por tanto, mi situación jurídica no se encuentra consolidada y esto permite que pueda acudir al presente mecanismo para solicitar el retorno del pago indebido que realicé a favor de la DIAN.

Configuración del pago de lo no debido

La jurisprudencia en reiteradas ocasiones ha hecho énfasis en que existen dos causales para que se configure el pago de lo no debido: (1) cuando a pesar de que se presentan todos los elementos de la obligación tributaria el legislador determina que un contribuyente debe tener un trato preferencial, como es el caso de la exención, y en desconocimiento de ese mandato, se realiza el pago, y (2) cuando no se realiza el hecho generador de un determinado impuesto, el pago que se realice por tal concepto constituye un pago de lo no debido, pues adolece de causa legal toda vez que no nace la obligación jurídico-tributaria⁷⁴.

De lo anterior se puede colegir que, en el presente caso, los pagos que realicé por concepto de impuesto nacional al consumo de bienes inmuebles adolecen de causa legal. La base gravable no cumplía el criterio de certeza que exige el principio de reserva de ley y esto impedía determinar correctamente la base gravable en la cesión de derechos fiduciarios. Además, el impuesto se canceló antes de que naciera la obligación jurídico-tributaria para hacer efectivo su cobro. Así, sobre los predios objeto de la presente solicitud, nunca se configuró el hecho generador, pues el pago que realicé por concepto de impuesto al consumo sobre bienes inmuebles lo hice liquidando el

74 CE 4, septiembre 30/2010, W. Giraldo.

valor del conjunto de los bienes inmuebles; la manera correcta hubiera sido valorar individualmente los bienes inmuebles para poder determinar que no causaban el impuesto. Por otro lado, en el segundo evento en el que efectué la liquidación del impuesto al consumo sobre bienes inmuebles, la suscripción de la escritura pública se realizó el 6 de diciembre del 2019, es decir, al día siguiente de que la Corte Constitucional decidiera declarar inexecutable el impuesto, por lo cual, pese a que el pago indebido se realizó el 5 de diciembre del 2019, la escritura que refleja la “transferencia” de bienes inmuebles se suscribió en un momento en el que el artículo 21 de la Ley 1943 ya no tenía vigencia.

Teniendo en cuenta lo anterior y considerando que los montos no eran exigibles para su cobro, en este caso el pago por concepto de impuesto al consumo de bienes inmuebles se realizó en un momento en el que no había nacido a la vida jurídica la obligación tributaria. En consecuencia, el monto cancelado por dicho concepto configuró un pago de lo no debido, que ahora me ha de ser reintegrado.

Solicitud

Con fundamento en el inciso segundo del artículo 850 del Estatuto Tributario y en el artículo 2313 y siguientes del Código Civil, me permito solicitar en los términos más respetuosos que se me realice la devolución de la suma de COP 104 000 000 y los intereses a que hubiere lugar por concepto del pago indebido del impuesto nacional al consumo, toda vez que, en este escenario, no existía una causa legal que exigiera el pago del tributo.

Notificaciones

Para todos los efectos de esta comunicación, recibiré notificaciones en la calle 100 n.º 25-45, Bogotá, D. C., y en el correo electrónico margara.arciniegas@hotmail.com.

Anexos

Para acreditar lo aquí expuesto, anexo los siguientes documentos:

- ▶ Fotocopia de mi cédula de ciudadanía.
- ▶ Recibo oficial de pago “Formulario 490”, por concepto de impuesto nacional al consumo sobre bienes inmuebles (dos copias).
- ▶ Certificado de libertad y tradición de los bienes inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria 357-20293566, 357-20293567, 357-20293568 y 357-20293569.

Con el debido respeto,

Margarita Arciniegas Argüello
C. C. 1448569340 de Medellín

BIBLIOGRAFÍA

- Bedoya, Gustavo. “Fricción legal en la firmeza de las declaraciones tributarias”. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, n.º 60 (2009): 5-24.
- Ferreiro Lapatzta, José J. *Curso de derecho financiero español*. 19.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- García Novoa, César. *La devolución de ingresos tributarios indebidos*. Madrid: Marcial Pons, 1993.

- Henao Pérez, Juan C. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1997.
- Lozano Rodríguez, Eleonora y Gómez Cifuentes, Santiago E. “La consolidación de la obligación tributaria a partir del pago en exceso y de lo no debido”. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, n.º 76 (2017): 77.
- Plazas Vega, Mauricio. *El liberalismo y la teoría de los tributos*. Bogotá: Temis, 1995.
- Tudela Tello, Andree César. “De la obligación civil a la obligación tributaria”. *SCRIBD*, octubre del 2007, acceso 18 de mayo del 2020, <https://es.scribd.com/document/387833/De-la-Obligacion-Civil-a-la-Obligacion-Tributaria>
- Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil, tomo III, Obligaciones*. Bogotá: Temis, 1982.

Conceptos

- DIAN, Concepto 21419/15 de marzo del 2001. Acceso 8 de diciembre del 2021, <https://cijuf.org.co/codian01/marzo/c21419.htm>
- DIAN, Concepto 105293/diciembre del 2001. Acceso 8 de diciembre del 2021, <https://cijuf.org.co/codian01/diciembre/c105293.htm>
- DIAN, Concepto 20434/8 de abril del 2002. Acceso 22 de mayo del 2020, https://www.redjurista.com/Documents/concepto_20434_de_2002_dian_-_direccion_de_impuestos_y_aduanas_nacionales.aspx#/
- Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2012043756-001/2 de agosto del 2012. Acceso 22 de mayo del 2020, <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/61679/dPrint/1/c/0>.

Jurisprudencia

- CConst, C-333/1996, A. Martínez. Acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm>.

- CCConst, C-583/1996, V. Naranjo. Acceso 19 de abril de 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-583-96.htm>.
- CCConst, C-369/2000, F. Morón. Acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-369-00.htm>.
- CCConst, C-832/2001, R. Escobar. Acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-832-01.htm>.
- CCConst, C-155/2003, E. Montealegre. Acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-155-03.htm>.
- CCConst, C-189/2006, R. Escobar. Acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-189-06.htm>.
- CCConst, C-891/2012, Jorge I. Pretelt. Acceso 25 de mayo del 2020, https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-891-12.htm#_ftn46.
- CCConst, C-278/2014, M. González. Acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-278-14.htm>.
- CCConst, C-280/2014, L. Guerrero. Acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-280-14.htm>.
- CCConst, C-155/2016, A. Linares. Acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-155-16.htm>.
- CCConst, C-286/2017, G. Ortiz. Acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-286-17.htm>.
- CCConst, C-060/2018, G. Ortiz. Acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-060-18.htm>.
- CCConst, SU-072/2018, J. Reyes. Acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU072-18.htm>.
- CCConst, C-030/2019, C. Pardo. Acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-030-19.htm>.
- CCConst, SU-037/2019, L. Guillermo. Acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU037-19.htm>.
- CCConst, C-593/2019, C. Pardo. Acceso 18 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-593-19.htm>.
- CE 3, marzo 30/1990, e3510, A. Irisarri. Acceso 18 de mayo del 2020, <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-52623440>.

- CE 3, septiembre 26/2002, e54001233100019940865401, J. Santofimio. Acceso 18 de mayo del 2020, [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/54001-23-31-000-1994-08654-01\(19976\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/54001-23-31-000-1994-08654-01(19976).pdf).
- CE 3, marzo 6/2006, e25000232600019990196801, R. Saavedra. Acceso 19 de mayo del 2020, http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_979a4bc95db5402ce0430a010151402c.
- CE 4, septiembre 30/2010, e25000232700020060080601, W. Giraldo. Acceso 19 de mayo del 2020, [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-27-000-2006-00806-01\(16576\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-27-000-2006-00806-01(16576).pdf).
- CE 3, mayo 9/2012, e6800123150001997357201, M. Marín. Acceso 18 de mayo del 2020, [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/68001-23-15-000-1997-03572-01\(22366\).htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/68001-23-15-000-1997-03572-01(22366).htm).
- CE 3, noviembre 19/2012, e73001233100020000307501, J. Santofimio. Acceso 19 de mayo del 2020, [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/115/S3/73001-23-31-000-2000-03075-01\(24897\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/115/S3/73001-23-31-000-2000-03075-01(24897).pdf).
- CE 4, agosto 1/2013, e23001233100020060106602, H. Bastidas. Acceso 18 de mayo del 2020, <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/647689653>.
- CE 4, junio 8/2016, e25000233700020130004101, M. Briceño. Acceso 22 de mayo del 2020, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/co/Documents/legal/litigios/Julio%202016/cuarta%20semana/Sentencia%20del%20Consejo%20de%20Estado%20No.%2021681.pdf>.
- CE 4, agosto 21/2019, e68001233300020130121001, S. Carvajal. Acceso 18 de mayo del 2020, <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/224/68001-23-33-000-2013-01210-01.pdf>.
- CSJ Civil, noviembre 19/1936, J. Mújica. Acceso 19 de mayo del 2020, <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/12/S-19-11-1936-2.pdf>.

CSJ Civil, febrero 8/2008, e20010691501, W. Namén. Acceso 19 de mayo del 2020, <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/n-007-suprema-justicia-sala-civil-07-43711079>.

Leyes y normas

CC, art. 749.

CC, art. 1524.

CC, art. 1849.

CC, art. 2313.

CCo, art. 905.

CN, art. 90.

CPACA, art. 140.

D. 1000/1997, art. 21.

ET, art. 1.

ET, arts. 588 y 589.

ET, art. 850-2.

L. 1943/2018, art. 2.1.

***ROBOT TAX: PROBLEMÁTICAS
TRIBUTARIAS GENERADAS
POR LA IMPLEMENTACIÓN DE
INTELIGENCIA ARTIFICIAL
EN LA GESTIÓN INDUSTRIAL****

Brandon Steven Espinel Laverde

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.563>

El país enfrenta un incremento en la tasa de desempleo y, a la vez, experimenta la disminución de las tasas de ocupación y participación laboral de manera constante desde finales del 2019 y principios del 2020.

En consecuencia, el Gobierno nacional considera que el proceso de automatización industrial es uno de los factores determinantes del desplazamiento de mano de obra laboral, lo que a su vez ha suscitado una reducción del recaudo de aportes parafiscales y seguridad social, así como de ingresos tributarios. En relación con esto, la sociedad siente malestar por estas circunstancias y, por ende, exige medidas contundentes por parte del Gobierno para dirigir la economía nacional.

En virtud de lo anterior, el gabinete ministerial sugiere presentar un documento de política pública que analice objetivamente la implementación del *robot tax* o, en su defecto, una política tributaria que responda al conflicto.

PALABRAS CLAVE

Automatización, desplazamiento laboral, destrucción de empleos, política pública, impuesto, incentivo tributario, *robot tax*, industria, tasa efectiva de tributación.

GLOSARIO

Automatización: Proceso administrativo e industrial en el que se transfieren tareas de producción, realizadas manualmente, a un conjunto de elementos tecnológicos.

Desplazamiento de mano de obra: Incremento de los índices de desempleo con ocasión de la desocupación de puestos de trabajo generada por la implementación de procesos de automatización.

Inteligencia artificial: Se reconoce como inteligencia artificial la capacidad que tiene una máquina de pensar por sí misma por medio de un sistema de algoritmos para interpretar, comunicarse y resolver problemas.

***Robot tax*:** Toda aquella medida tributaria orientada a desestimular el proceso de automatización industrial; no obstante, se sugiere la lectura de este documento para complementar la definición propuesta.

Tasa efectiva de tributación: “Se define como el monto de impuestos pagado por una empresa como porcentaje de sus utilidades brutas, y que mide de forma directa el total de la carga tributaria impuesta por la regulación nacional”¹.

1 Hernando Gómez y Roberto Steiner, “La Reforma Tributaria y su impacto sobre la tasa efectiva de tributación de

A mi padre, para quien la ausencia no ha sido excusa en el sentido de mi cotidianidad. A mi madre, quien con sus manos sembró mi destino. A mi hermano, quien con su ternura me enseñó a sentir dos latidos simultáneos en este mundo.

... y formabas parte de mis cotidianos asuntos, de mis cuadernos, de mis borradores de mis tildes y comas.

MARIO RIVERO, “Versos”
(*Poemas urbanos: vuelvo a las calles*).

ROBOT TAX: PROBLEMÁTICAS TRIBUTARIAS GENERADAS POR LA IMPLEMENTACIÓN DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA GESTIÓN INDUSTRIAL

Pablo Emilio Aristizábal Restrepo trabaja arduamente en la ensambladora automotriz Auto Partes & Repuestos ubicada en Medellín, Antioquia. Él es el operario de la banda tres de ensamblaje y se encarga de ajustar las uniones del computador o unidad tecnológica de los vehículos.

Era octubre del 2019. La lluvia interrumpía el sol constante del Valle de Aburrá; parecía una temporada normal, se acercaba la alborada, diciembre y, por supuesto, los gastos habituales de la época. Pablo Emilio llegó a su casa un poco agotado, había sido una jornada extenuante. Se sentó en la mesa y conversó con su esposa, Isabel Cristina. Departieron acerca de las deudas pendientes —las típicas de una familia colombiana: hipoteca, tarjetas, créditos estudiantiles— y, por supuesto, no sobraron los comentarios sobre el rendimiento académico de sus hijas,

las firmas en Colombia”, *Coyuntura Económica* XLV(45), n.º 1 (2015): 13-44, <https://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/2885>.

María Antonia y Noelia. Todo en sintonía con la rutina de sus vidas.

En medio de la charla, Isabel Cristina guardó silencio, de aquellos que gritan por atención, pero que se esconden en la incertidumbre del oportunismo de la conversación. Pablo Emilio –con el instinto propio de quien conoce a alguien con quien ha compartido más de la mitad de su vida– preguntó:

–¿Estás bien, puedo ayudarte con algo?

–No tengo nada, son bobadas mías. –Respondió abrumada.

Por supuesto, él debía insistir:

–Por favor, dime qué te pasa.

Ella tomó un sorbo de su “chocolata” y replicó:

–Tengo miedo... míranos: ya no tenemos treinta años, hacemos cuentas y pareciera que solo pagáramos intereses; las matrículas de la universidad son muy costosas, pero tú tenías que insistir en la Eafit; ¿qué pasaría si te despiden? ¿Qué pasa si me echan?

Él trató de tranquilizarla. Respondió como cualquier ser humano lo haría ante las dudas de una tragedia que se asoma, pero se trata de espantar:

–No te preocupes, eso no pasará. Todo va a estar bien.

A la semana siguiente, cuando Pablo Emilio entró a la empresa, recibió un volante de parte de los gestores de convivencia y personal. Los trabajadores fueron citados a una reunión que se llevaría a cabo en el salón de eventos de la empresa. Todos asistieron; llenos de zozobra discutían sobre la razón de la convocatoria. La incertidumbre revestía sus rostros, pues sentían que lo peor estaba por suceder, ya que este tipo de convocatorias no era normal. De repente se asomó por la ventana el gerente de la industria, don Fernando Osorio, un paísa de antaño, de carácter fuerte, tez desgastada por el trasnocho y el sereno, muy bien vestido y, más bien, de pocas palabras.

—Buenos días, señores.—Dijo don Fernando ante un auditorio que murmuraba las posibilidades de su desgracia.

Prosiguió:

—Quiero informales que el futuro, la innovación y la tecnología llegaron a nuestra industria. Acabamos de importar más de dos mil millones de pesos en máquinas para hacer más eficiente la producción de nuestra empresa. Sé que hay muchos rumores en el pasillo sobre posibles despidos masivos, pero no, esta empresa hará todo lo posible por ubicar en otras áreas a sus mejores trabajadores; desafortunadamente, no todos podrán continuar con nosotros. Les prometo, no obstante, que indemnizaremos apropiadamente a cada uno y otorgaremos un bono de retiro para amortiguar este incidente...

“¿Cómo puede estar tan tranquilo mientras dice eso? ¿Isabel Cristina tenía razón?”, pensó Pablo Emilio, mientras sentía un vacío y angustia en su ser.

Con el pasar de los días llegó el infortunado correo. Pablo Emilio había sido despedido sin justa causa, devengando la indemnización correspondiente y el bono prometido. Él no lloró, sentía que no tenía derecho a hacerlo; no había comentado nada con su esposa, pues tontamente creyó que sería preocuparla anticipadamente. El panorama no era bueno, mucho menos optimista. A sus cuarenta y cuatro años debía buscar trabajo, todo porque una máquina ensambladora hacía su trabajo más barato y de manera más rápida.

Mientras esta tragedia sucedía, a tan solo treinta metros del puesto de trabajo de Pablo Emilio don Fernando explicaba con gran satisfacción la reducción de gastos laborales y pagos parafiscales generada por el proceso de industrialización de la empresa.

El gerente indicaba que el área de pagos tendría un ahorro importante en cuanto al desgaste administrativo por concepto de la práctica de retenciones en la fuente a

título del impuesto sobre la renta sobre cada uno de los trabajadores despedidos. El proyecto parecía funcionar: bajo un estimado, en aproximadamente dos años podrían ampliar la planta y contratar más personal calificado para el mantenimiento de las máquinas.

—Estamos apostándole a la competitividad. Es cierto que estas transformaciones generaron malestares y, desafortunadamente, ocasionaron la destrucción de algunos puestos de trabajo; no obstante, la empresa debe avanzar, debemos ser competitivos, pues toda América Latina enfrenta este proceso de automatización. Si queremos garantizar la permanencia de la empresa debemos estar a la vanguardia de la industria, sostuvo don Fernando.

Pasó algún tiempo y, en una reunión del gabinete presidencial, el ministro de Trabajo pidió la palabra:

—Señor presidente, hay un fenómeno que me gustaría traer a colación. Las industrias de este país están adelantando un proceso de industrialización bastante acelerado; esto ha provocado un desplazamiento masivo de mano de obra poco calificada y, de acuerdo con las estimaciones de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, se redujo el recaudo de aportes parafiscales.

Inmediatamente, el ministro de Hacienda intervino:

—Todo tiene sentido: el consumo y, por tanto, el recaudo del impuesto sobre el valor añadido (IVA) también se redujo de forma proporcional, y de acuerdo con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), hemos percibido menores pagos por concepto de retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta desde el sector industrial.

El ministro de Trabajo volvió a tomar la palabra:

—De acuerdo con estudios que ha adelantado Fenalco, el desempleo se ha propiciado por la migración y el proceso de automatización en boga. Afortunadamente se

acerca la reforma laboral, con la que podríamos flexibilizar las condiciones de contratación para garantizar mayor ocupación laboral.

El ministro de Hacienda interrumpió:

—Tengo una idea: recientemente leí un poco sobre la implementación de un tributo al proceso de automatización, denominado *robot tax*; podríamos ejecutar esa política en nuestro país y, así, sin un menoscabo importante de la industria, desacelerar este proceso mientras el país se prepara para ello.

Después de dicha intervención la sala de juntas se quedó en silencio. Había muchos más puntos en la agenda que debían ser discutidos, por lo que el presidente pidió al ministro que evaluara dicha opción con el subdirector de ingresos de la DIAN y con algunos representantes de los gremios.

Sin embargo, lo que comenzó como una recomendación se transformó en un escándalo en el ámbito nacional. Las críticas no se hicieron esperar. En el foro de industriales sus miembros manifestaron sus cuestionamientos ante la propuesta del Gobierno nacional con gran vehemencia: ¿cómo era posible que el Gobierno atacara la competitividad con un nuevo tributo?, ¿esto representaría más carga fiscal, más gastos administrativos?

Este asunto era trascendental e hizo eco en la conciencia política y económica del país. De manera que, ante los rumores de una nueva reforma tributaria y laboral, la oposición política comenzó a incomodarse; las premisas eran idénticas: ¿ante una crisis de destrucción de empleos el Gobierno contempla gravar a las empresas y flexibilizar las condiciones de contratación?, ¿por qué no promulgar una ley que fortalezca la industria nacional y permita la creación de empleos y no su disgregación?

Al clamor enunciado se unieron las centrales obreras y algunos sectores empresariales cansados de la alta tasa impositiva a la cual estaban sometidos. Lo anterior,

aunado a otros factores de carácter social e imprecisiones políticas del Gobierno, provocó la convocatoria a un paro nacional; las redes sociales no descansaban, todos querían opinar. Era inminente una crisis que se manifestaba con mayor fuerza en los hogares del país, ya que el desempleo y la tributación parecían los enemigos.

El escenario no podía ser peor. Por ello, el presidente de la República llamó a su grupo de asesores y, con tono sereno pero contundente, les dijo:

—Necesito que construyan una política pública, un documento que pueda traducirse en un proyecto de ley que solucione este problema; tenemos iniciativa legislativa en la materia, no podemos permitir que la situación se desborde. ¿Gravamos a las empresas? ¿Es una buena idea? ¿Paramos el proceso de automatización? ¿Afectamos la competitividad? Necesito respuestas y requiero su ayuda inmediata al respecto.

Al tenor de lo anterior, uno de los asesores del presidente sugirió la presentación de un documento de política pública en el que se demostrara que la implementación de un *robot tax*, entendido este como un tributo independiente, era una propuesta regresiva; por el contrario, era necesario el diseño de una política tributaria neutral, en la cual se incentivara el crecimiento económico de las empresas, la contratación de ciertos sectores de la población y se redireccionaran los beneficios fiscales existentes en el país.

PROBLEMÁTICA

¿Existen alternativas tributarias para aminorar el impacto fiscal y laboral suscitado con ocasión del proceso de automatización industrial y empresarial, que derivan en el desplazamiento de mano de obra y la aminoración del recaudo tributario?

Estrategias de solución

Introducción

El uso de robots, de inteligencia artificial y la implementación de nuevas tecnologías para acelerar procesos de producción industrial y empresarial representan un cambio económico sujeto a múltiples debates, suscitados principalmente por su impacto en el mercado de bienes y servicios, así como de contratación laboral. De acuerdo con lo anterior, el cambio de paradigma industrial y empresarial enunciado deriva en la confrontación de diferentes principios rectores de la economía y de nuestro ordenamiento constitucional.

Así las cosas, pese a que en la cotidianidad la implementación de inteligencia artificial en la producción de bienes y servicios se ha hecho evidente, lo cierto es que los procesos de automatización han planteado diversas preocupaciones. Dichas preocupaciones están asociadas esencialmente a fenómenos como el desplazamiento de la mano de obra laboral y, como consecuencia de ello, la destrucción de empleos; el incremento de la inequidad en la repartición de la riqueza; la disminución del recaudo tributario; la tensión del principio de libertad de empresa y de organización económica, y la intervención del Estado en la economía.

En virtud de lo anterior, estas discusiones serán objeto de análisis en el presente documento de política pública; empero, para efectos de ofrecer una perspectiva organizada, este documento presenta la siguiente estructura:

Descripción de las problemáticas asociadas al proceso de automatización industrial: en esta sección se describirán los retos laborales y recaudatorios asociados al proceso de automatización industrial.

Naturaleza jurídica del robot tax: como se indicó, dado que el impuesto a la automatización y, en general, el proceso de industrialización tecnológica no ha sido exclusivo

de nuestra jurisdicción, se describirá qué se entiende por *robot tax*, así como las aristas que dicha propuesta ha tenido en otros sistemas fiscales a partir de un análisis de derecho comparado.

Análisis de los argumentos esbozados sobre la implementación del robot tax: en esta sección se abordarán los argumentos a favor y en contra esbozados con respecto a esta propuesta tributaria, a partir de las reflexiones realizadas por diferentes autores sobre la materia y su ejecución.

Descripción de la política tributaria por implementar en Colombia: finalmente, y con ocasión de la explicación conceptual precedente, se desarrollará la propuesta de política tributaria que se debe implementar en Colombia.

Descripción de las problemáticas asociadas al proceso de automatización industrial

En primera instancia, es importante definir el concepto de *automatización industrial*. Este es el proceso mediante el cual una empresa o industria se hace con sistemas o elementos computarizados y electromecánicos para el desarrollo de cadenas de fabricación o de producción, en aras de potencializar factores de eficiencia y rentabilidad de los bienes o servicios que se comercializan o prestan.

Empero, el proceso enunciado ha denotado múltiples críticas y problemáticas, que han sido discutidas por autores como Orly Mazur², Pengqing Zhang³, Uwe Thuemmel⁴,

2 Orly Mazur, "Taxing the Robots", *Pepperdine Law Review* 46 (2019): 277-328.

3 Pengqing Zhang, "Automation, Wage Inequality and Implications of a Robot Tax", *International Review of Economics & Finance* 59 (2019): 500-509.

4 Uwe Thuemmel, "Optimal Taxation of Robots", *CESifo Working Papers* (2018): 1-68.

Luminița Lonescu⁵, Sami Ahmed Ryan⁶ Abbot y Bret Bogenschneider⁷. Estos autores han sugerido que los procesos de automatización no solo afectan el mercado laboral debido a la implementación de tecnologías que desplazan a determinado sector de la población; también alteran los índices de equidad y repartición de la riqueza en la sociedad, así como los márgenes de recaudo tributario por parte de las entidades o autoridades tributarias que propenden al gravamen de los ingresos de carácter laboral, bien sea mediante tributación directa (impuesto sobre las rentas) o tributación indirecta gravando el consumo.

Como consecuencia de ello, se estudiarán cuatro tensiones generadas en virtud del fenómeno económico que nos ocupa: (1) la tensión de carácter laboral; (2) la tensión asociada a la redistribución de la riqueza; (3) la tensión de índole recaudatoria o fiscal, y (4) la tensión constitucional. De manera transversal se describirá el contexto colombiano para efectos de este análisis.

Tensión de carácter laboral

En primera instancia, de acuerdo con Orly Mazur⁸, el efecto más relevante de la implementación de las nuevas tecnologías en los procesos de producción industrial corresponde

5 Luminita Lonescu, "Should Governments Tax Companies' Use of Robots? Automated Workers, Technological Unemployment, and Wage Inequality", *Economics, Management, and Financial Markets*, n.º 2 (2019): 64-69.

6 Sami Ahmed, "Cryptocurrency & Robots: How to Tax and Pay Tax on Them", *South Carolina Law Review* 69 (2018): 698-740.

7 Ryan Abbot y Bret Bogenschneider, "Should Robots Pay Taxes? Tax Policy in the Age of Automation", *Harvard Law & Policy Review* 12 (2018): 145-17575.

8 Mazur, "Taxing the Robots".

al desplazamiento de la mano de obra laboral menos calificada. Esta inquietud encuentra asidero en que el uso de inteligencia artificial permite incrementar índices de eficiencia en contraposición a las vicisitudes de la fuerza laboral (pagos salariales, problemas de relacionamiento social, aspectos familiares, enfermedades, cansancio, entre otras).

Ahora bien, la autora señala que la implementación de las tecnologías para la optimización de los procesos de producción no es un asunto realmente innovador, puesto que la tecnología siempre se ha utilizado para facilitar el crecimiento económico. De hecho, con ocasión de ello, Orly Mazur manifiesta que es factible que se generen nuevos empleos que alivien los desequilibrios suscitados en el mercado laboral⁹. Empero, la cuestión que nos ocupa consiste en determinar si existen medidas tributarias que permitan afrontar el proceso de automatización laboral y los efectos de este en el mercado laboral.

En este sentido, Ryan Abbott y Bret Bogenschneider¹⁰, por medio de un ejemplo, sostienen que los avances tecnológicos que hoy afectan a la industria distan de aquellos que fueron suscitados en el pasado. Señalan que en 1990 las empresas más grandes de Detroit generaron 1,2 millones de empleos con base en una inversión de capital de 36 billones de dólares. Sin embargo, en el 2014 las empresas más grandes de Silicion Valley, mediante una capitalización de 1,09 trillones de dólares emplearon a tan solo 137 000 trabajadores¹¹, evidenciando una asimetría entre la función del capital dadas las condiciones de la industrialización empresarial y el acelerado ritmo de desplazamiento de mano de obra laboral y la ausencia de generación de empleo.

9 *Ibíd.*

10 Abbot y Bogenschneider, "Should robots pay taxes", 145-175.

11 *Ibíd.*, 11.

En virtud de lo expuesto, autores como Pengqing Zhang han abogado por la implementación de un tributo que desincentive el proceso de automatización para salvaguardar los empleos propensos al desplazamiento y destrucción.

Ahora bien, ¿esto por qué es relevante en Colombia? El mercado laboral no ha permanecido incólume en nuestro país, como se evidencia a partir de diferentes pronunciamientos¹² del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)¹³, expedidos en el 2019^[14] y durante el primer trimestre del 2020^[15]. Para finales del 2019, la tasa de desempleo subió al 10,5 %, es decir, 0,8 % por encima de la tasa con la que había cerrado el 2018, mientras que la tasa de ocupación de la población colombiana descendió al 56,6 %, lo que significa una reducción de 1,2 puntos porcentuales con respecto al 57,8 % identificado para el 2018.

Posteriormente, durante el transcurso del primer trimestre del 2020, como se expone en el boletín de *Merca-*
do Laboral del DANE¹⁶, la tasa global de participación en

12 “El desempleo aumentó en Colombia en 2019”, *Revista Portafolio*, 31 de enero del 2020, acceso 14 de mayo del 2020, <https://www.portafolio.co/economia/tasa-de-desempleo-en-colombia-2019-supero-10-desempleo-537638>.

13 Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), *Mercado Laboral. Principales resultados. Diciembre del 2019-febrero del 2020*, acceso 3 de mayo del 2020, https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/pres_web_empleo_resultados_feb_20.pdf.

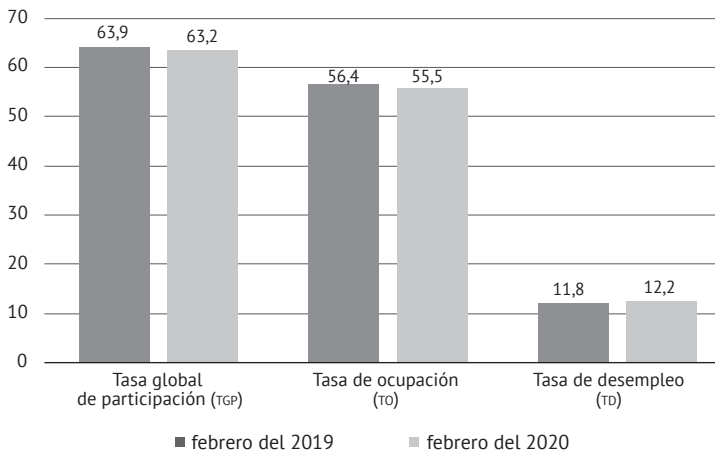
14 Abbot y Bogenschneider, “Should robots pay taxes”.

15 “Desempleo: el principal problema económico de Colombia”, *Dinero*, 13 de junio del 2019, acceso 3 de mayo del 2020, <https://www.dinero.com/pais/articulo/que-pasa-con-el-desempleo-en-colombia/273148>.

16 “Informe de Mercado Laboral. Información febrero de 2020”, *Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)*, 2020, acceso 4 de mayo del 2020, https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/pres_web_empleo_resultados_feb_20.pdf.

el mercado laboral¹⁷ en febrero del 2020 disminuyó al 63,2 % con respecto al 63,9 % generado durante febrero del 2019. Por su parte, la tasa de ocupación¹⁸ también se redujo al 55,5 % frente al 56,4 % de febrero del 2019 y, finalmente, la tasa de desempleo¹⁹ se incrementó al 12,2 % con respecto al 11,8 % generado durante el año anterior (gráfica 1).

Gráfica 1. Tasa global de participación, ocupación y desempleo en Colombia, febrero, 2019-2020



Fuente: DANE, "Informe de Mercado Laboral... febrero de 2020".

dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo.

17 La tasa global de participación es un indicador de empleo que se construye para cuantificar el tamaño relativo a la fuerza de trabajo.

18 "Glosario de términos", *Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)*, 2012, acceso 8 de mayo del 2020. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/fichas/empleo/glosario_GEIH.pdf.

19 *Ibíd.*, 4.

De acuerdo con estos datos, es factible denotar que el mercado laboral colombiano no representa ningún crecimiento. Por el contrario, se evidencia una constante en la aminoración de las tasas de participación y ocupación laboral; es decir, un sector importante de la población ni siquiera busca su empleabilidad; de hecho, durante el primer trimestre del 2020 tampoco se crearon nuevos empleos de forma significativa²⁰, sino que se han destruido²¹.

En ese orden de ideas, el mercado laboral evidencia un exceso de oferta (en relación con las personas dispuestas a emplearse), en consideración de la reducida demanda de empleos disponibles en distintos sectores económicos. Frente al particular, vale la pena también señalar que expertos en la materia, como el Grupo Proindustria y el Centro de Estudios del Trabajo (Cedetrabajo), han argüido que el país también atraviesa una crisis industrial. No es evidente un crecimiento de la competitividad, la productividad y el desarrollo de las industrias, más allá de las respaldadas tradicionalmente por las políticas de regulación económica, como sucede con el sector de los hidrocarburos y la minería²², lo cual reduce la demanda laboral.

20 Jaime Tenjo, “El empleo y la COVID-19”, *El Espectador*, 6 de abril del 2020, acceso 10 de mayo del 2020, <https://www.elespectador.com/opinion/el-empleo-y-el-covid-19-columna-913336>.

21 “Desempleo en Colombia en enero de 2020 fue del 13%”, *El País*, 28 de febrero del 2020, acceso 5 de mayo del 2020, <https://www.elpais.com.co/economia/desempleo-en-colombia-en-enero-de-2020-fue-del-13-1.html>.

22 “Los sectores económicos que serán vitales para la producción industrial en el próximo gobierno”, *Grupo Proindustria y el Centro de Estudios del Trabajo*, 2018, acceso 8 de mayo del 2020, <https://cedetrabajo.org/blog/actualidad-industrial-10-los-sectores-economicos-que-seran-vitales-para-la-produccion-industrial-en-el-proximo-gobierno/>.

Aunada a la discusión inicialmente planteada, la situación del mercado laboral colombiano ha sido objeto de varias atribuciones²³, como lo es el auge de los procesos de automatización industrial. Esta tesis propuesta por el presidente de Fenalco²⁴, Jaime Alberto Cabal, asegura que el incremento del desempleo y la aminoración de la tasa de ocupación en nuestro país son producto de la migración venezolana y del uso de las nuevas tecnologías.

Ahora, el incentivo al proceso de automatización no es fortuito, pues es el resultado del fortalecimiento del mercado de las nuevas tecnologías asociadas a la industria. Así, para el 2019, conforme con el “Executive Summary World Robotics 2019 Industrial Robots”, publicado por la International Federation of Robotics (IFR), en el 2018 las instalaciones de inteligencia artificial incrementaron en un 6 %, para un total de 422 271 unidades vendidas en el respectivo año avaluadas en aproximadamente 16,5 billones de dólares (sin reparo del consumo de *software*)²⁵.

23 “Automatización y el desempleo”, *La República*, 13 de febrero del 2015, acceso 30 de abril del 2020, <https://www.larepublica.co/opinion/analistas/automatizacion-y-desempleo-2219816>.

24 Véanse Paola A. Vargas, “Niveles de desempleo están relacionados con migración y tecnología, según Fenalco”, *La República*, 5 de octubre del 2019, acceso 9 de mayo del 2020, <https://www.larepublica.co/economia/niveles-de-desempleo-estan-relacionados-con-migracion-y-tecnologia-segun-fenalco-2917975>; “La automatización y el empleo”, *Fenalco*, 2019, acceso 14 de mayo del 2020, <http://www.fenalco.com.co/file/4359>.

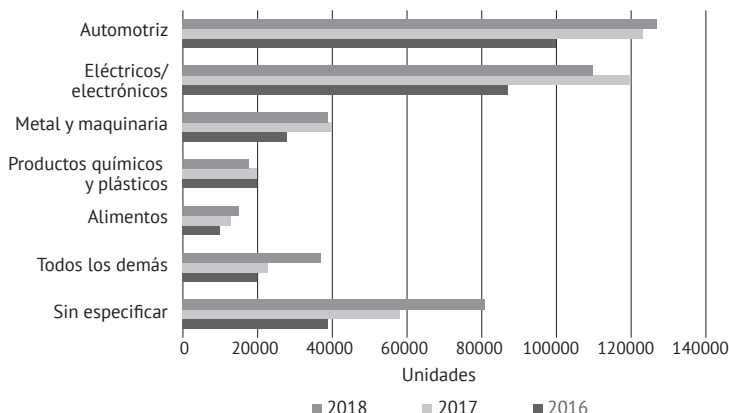
25 “Executive Summary World Robotics 2019 Industrial Robots”, *International Federation of Robotics (IFR)*, 2019, acceso 30 de abril del 2020, <https://ifr.org/downloads/press2018/Executive%20Summary%20WR%202019%20Industrial%20Robots.pdf>.

La IFR destacó que los resultados de los años 2018 y 2019 fueron sorprendentes, puesto que las principales industrias consumidoras (automotriz y eléctrica) se vieron afectadas por el conflicto de comercio internacional generado entre China y Estados Unidos. Sin embargo, la industria automotriz fue el principal consumidor de las instalaciones robóticas industriales con una participación total del 30 %, la industria eléctrica tuvo una participación del 25 % del total del mercado, la industria siderúrgica y de metales tuvo una participación del 10 %, mientras que la industria de productos químicos y de alimentos tuvo una participación del 15 %.

De acuerdo con datos de la IFR, la industria automotriz representa el 30 % del mercado de robots industriales, de forma que en el 2017 se presencié un incremento del 21 % de las instalaciones de automatización industrial, para un total de 123 439 unidades, cantidad que se mantuvo para el 2018, para un total de 125 581 robots. La gráfica 2 permite identificar los sectores económicos con mayor tendencia a la adquisición de robots industriales.

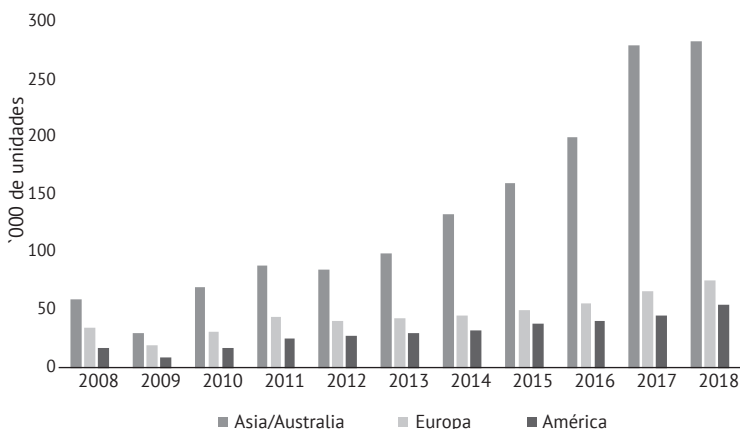
El resumen ejecutivo destaca que desde el 2010 la demanda de robots industriales ha crecido considerablemente. Mientras para este año se enajenaban aproximadamente 120 000 unidades, para el 2015 dicha cifra se dobló en 254 000 unidades; para el 2016 la cantidad de unidades enajenadas fue de 300 000, y para el 2017 y siguientes esta cifra superó las 400 000 unidades enajenadas por año. Sin embargo, los incrementos enunciados se aprecian a partir de la discriminación de las adquisiciones efectuadas por industriales ubicados en tres grandes segmentos del mundo: Asia/Australia, Europa y el continente americano. En la gráfica 3 se puede identificar el incremento del mercado de robots industriales para los años descritos.

Gráfica 2. Instalación anual de robots en las industrias, 2016-2018



Fuente: "Executive Summary World Robotics 2019 Industrial Robots", International Federation of Robotics (IFR), 2019, acceso 30 de abril del 2020, <https://ifr.org/downloads/press2018/Executive%20Summary%20WR%202019%20Industrial%20Robots.pdf>.

Gráfica 3. Instalación anual de robots en las industrias por regiones



Fuente: "Executive Summary World Robotics".

Como puede apreciarse, pese a que el mercado de robots industriales en el continente americano es prácticamente incipiente en comparación con el continente asiático, lo cierto es que la tendencia de automatización industrial es una realidad en nuestra sociedad; tan es así que la IFR considera que para el 2022 se comercializarán aproximadamente 583 520 unidades de instalación robótica industrial. Lo explicado anteriormente concuerda con la proyección realizada por la Firma Deloitte²⁶, en la que afirman que la automatización del sector empresarial en nuestro país oscilará entre el 25 % y el 30 % para el 2020.

Así las cosas, pese a que el desplazamiento de mano de obra laboral y la aminoración de la tasa de ocupación nacional son fenómenos que pueden justificarse en asuntos variopintos como la poca productividad del país, no es menos cierto que el proceso de automatización industrial y el crecimiento del mercado representen una variable fundamental para efectos del análisis del mercado laboral. Por estas razones se hace necesaria la construcción de un documento de política pública que permita afrontar esta situación.

Tensión asociada a la redistribución de la riqueza

En términos generales, esta discusión versa en los efectos del proceso de automatización industrial en lo que atañe a los fenómenos de acumulación de la riqueza

26 “Sin marcha atrás: La automatización será una realidad en Colombia en 2020”, *Semana*, 13 de marzo del 2017. Acceso 30 de abril del 2020, <https://www.semana.com/emprendimiento/articulo/automatizacion-en-las-empresas-colombianas-en-el-2020-segun-deloitte/242846/#:~:text=Para%20el%20a%C3%B1o%202020%20se,las%20competencias%20de%20los%20empleados>.

y su consecuente redistribución. Así, el incremento de la inequidad económica o de la repartición de la riqueza se fundamenta en el desequilibrio de las cargas económicas, según el cual los trabajadores deben afrontar el proceso de automatización empresarial con respecto a las ganancias generadas por aquellos que detentan la posesión y el aprovechamiento económico de la inteligencia artificial y las nuevas tecnologías.

Con fundamento en lo anterior, en *Taxing the Robots* Orly Mazur²⁷ sostiene que el proceso de robotización de la industria puede derivar en la acumulación de la riqueza o su concentración en una pequeña porción de la sociedad. De esta forma, la innovación tecnológica da lugar al desplazamiento de los empleos menos calificados y, en consecuencia, incrementa la demanda de aquellas vacantes que requieran mayores cualidades o destrezas para atender las nuevas necesidades exigidas por el mercado. Otra arista del trato inequitativo se configura en cuanto quienes gozan del aprovechamiento económico de las máquinas se complacen de beneficios económicos importantes, como la reducción de gastos de nómina, seguridad social, costos transaccionales ocasionados por las relaciones laborales, incremento de productividad y depreciaciones aceleradas, en comparación con las pocas ventajas de quienes resisten la pérdida de empleos. Así las cosas, las aristas planteadas nos enmarcan en una discusión sobre la incidencia y el equilibrio de la carga fiscal con respecto a las ganancias de capital y las ganancias generadas con ocasión de la fuerza laboral.

Al tenor de lo anterior, es preciso tener en cuenta que la tesis planteada por Orly Mazur, Pengqing Zhang y Abbot y Bret Bogenschneider tiene asidero en el sistema fiscal

27 Mazur, "Taxing the Robots".

de Estados Unidos, según el cual el ingreso laboral está sujeto a múltiples retenciones que fundamentan el recaudo tributario.

En consecuencia, en el documento de propuesta de política pública se estudiará cómo aminorar los efectos de inequidad económica y social enunciados, por medio de una política tributaria coherente que incentive la productividad y, a su vez, promueva la contratación laboral.

Tensión recaudatoria o fiscal

Por otra parte, y en lo que atañe al estado de cuentas del Gobierno nacional en lo referente al recaudo fiscal y su disposición para efectos de la ejecución de los fines esenciales del Estado y al cumplimiento de las metas asociadas al gasto público, por medio de la exposición de motivos del otrora proyecto de ley asociado a la Ley 2010 del 2019 (Ley de Crecimiento Económico), el Gobierno nacional manifestó la existencia de un déficit fiscal. Era indispensable crear nuevas rentas que auguraran el recaudo de aproximadamente 14 billones de pesos. De manera que, sin tener en cuenta los efectos generados con ocasión del desplazamiento de mano de obra laboral, la política fiscal de nuestro país ya denota una situación de déficit fiscal; no en vano se han expedido cinco leyes de ánimo recaudatorio desde el 2012 hasta el presente. Ahora bien, también es cierto que los acelerados procesos de automatización afectan seriamente las finanzas de los trabajadores que se ven abocados al desempleo. Estas personas aminoran su capacidad económica para declarar y pagar impuestos directos (impuesto sobre la renta, impuesto predial, impuesto de vehículos), así como tributos de orden indirecto destinados al gravamen del consumo como actividad económica (impuesto sobre las ventas).

En virtud de lo anterior, un impuesto a la automatización permitiría aliviar el desequilibrio fiscal generado por el desplazamiento de la fuerza de trabajo en la industria, puesto que el recaudo se concentraría primordialmente en quien detenta los beneficios de capital, es decir, las personas jurídicas. No obstante, si bien el *robot tax* tiene una lógica sensata relacionada con la optimización de la eficiencia del recaudo, existen varias objeciones al respecto.

En primer lugar, es importante tener en cuenta que los procesos de automatización no afectan regularmente los cargos directivos de una compañía, sino aquellos dedicados a las líneas de producción como la manufactura, es decir, de índole mecánica. Por otra parte, también es de resaltar que la mayor base de tributación del impuesto sobre la renta en Colombia recae sobre las personas jurídicas y entidades asimiladas. De allí que la Comisión de Expertos en Beneficios Tributarios en el 2016 recomendara ampliar la base de tributación, propendiendo a que más personas naturales fueran sujetas de tributación por concepto del impuesto sobre la renta en nuestra jurisdicción. Empero, es relevante señalar que la ausencia de pagos salariales podría ocasionar una disminución en el monto del pago de aportes parafiscales, de seguridad social y de fondos de solidaridad, en virtud de las características de la población objeto del desplazamiento laboral.

Por tanto, un gravamen generado por el proceso de automatización de una industria involucraría dos finalidades: mitigar el eventual impacto fiscal y parafiscal que el Estado podría enfrentar, así como dirigir los ingresos corrientes (tributos) con especificidad para atender a la población afectada con las transiciones del mercado, en cuanto estas puedan emplearse nuevamente. Por ello, este documento analizará una estrategia fiscal pertinente.

Tensión de índole constitucional

Con respecto a este tema, se evidencia una tensión entre dos principios establecidos en nuestra Constitución Política que orientan el funcionamiento de mercado: por una parte, la libertad de empresa y, por otra, la intervención del Estado. La libertad de empresa ha sido reconocida en nuestro ordenamiento jurídico por medio del artículo 333 de la Constitución Política. Dicho concepto ha sido desarrollado por la Corte Constitucional de la siguiente manera: “la libertad de empresa comprende la facultad de las personas de [...] afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”²⁸.

Por su parte, la facultad interventora del Estado en la economía estriba en los artículos 333 (ya citado) y 334 de la Constitución Política. A su vez, la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-145 del 2018 se reiteró el alcance de este principio de la siguiente manera:

La jurisprudencia de la Corte ha identificado cuatro fines generales de intervención del Estado en la economía. El Estado interviene (i) para lograr una redistribución del ingreso y de la propiedad, con el objeto de lograr un orden político, económico y social justo; (ii) con el propósito de asegurar la sostenibilidad fiscal y estabilidad económica, a través de la dirección general de la economía, la regulación de la política económica, fiscal y social,

28 CConst, C-263/2011, J. Pretelt Chaljub, Acceso 1.º de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-263-11.htm>.

así como la política monetaria, cambiaria y crediticia; (iii) como director general de la economía, en diversos sectores y actividades específicas ordenadas por la propia Constitución y todo lo anterior, y (iv) con el objeto general de fijar las condiciones del funcionamiento del mercado y la convivencia social²⁹.

Como puede apreciarse, la discusión acerca de la implementación de un tributo o de medidas económicas que busquen la desaceleración del proceso de automatización industrial crea un escenario de tensión entre los principios descritos, puesto que el Estado interviene de forma directa en el desarrollo económico y empresarial de aquellas sociedades que buscan su estructuración en aras de optimizar sus procesos industriales y empresariales.

Por otra parte, esta problemática suscita tensiones entre los principios de equidad en materia tributaria y de eficiencia en relación con el recaudo del tributo. Lo anterior, por cuanto el principio de equidad en materia tributaria tiende a la repartición justa y progresiva de las cargas fiscales (numeral 9 del artículo 95 de la Constitución Política), mientras que tributos regresivos como el *robot tax* se concentran solamente en la optimización del recaudo para la financiación de los compromisos del gasto público.

Por lo anterior, y ante la descripción de las problemáticas enunciadas, el presente documento de política pública tiene por objeto analizar distintas alternativas fiscales y económicas, en aras de mitigar los efectos tributarios suscitados por la implementación de las nuevas tecnologías de la información.

29 CConst, C-145/2018. D. Fajardo Rivera. Acceso 1.º de mayo del 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-145-18.htm>.

Naturaleza jurídica del *robot tax*: implementación de medidas fiscales correspondientes en otras jurisdicciones

El *robot tax* o impuesto a los robots o a la automatización es una propuesta fiscal que busca la creación de medidas tributarias que amortigüen las problemáticas fiscales y sociales descritas, ya sea por medio de la desincentivación del proceso de automatización industrial o, por el contrario, mediante el fortalecimiento de la industria y el incentivo de la contratación laboral; lo anterior con la finalidad de sopesar el impacto recaudatorio y social generado por el desplazamiento de la mano de obra laboral. Al tenor de lo anterior, y conforme con los textos *Taxing the Robots* (Mazur), *Taxation of Robots* (Thuemmel) y *Should Robots Pay Taxes, Tax Policy in the Age of Automation* (Abbot y Bret Bogenschneider), es factible evidenciar diferentes propuestas asociadas a la implementación de políticas fiscales que afronten el proceso de automatización industrial y que han sido utilizadas en otras jurisdicciones.

Así las cosas, se proponen las siguientes alternativas:

Propuesta europea: impuesto a la automatización mediante el reconocimiento de los robots como sujetos pasivos de la obligación tributaria

La primera propuesta estaría referida a la tributación de los robots que se originó en la Unión Europea³⁰ durante el 2017. En dicha oportunidad se recomendó crear un tributo que tratara a los robots como sujetos pasivos independientes,

30 See Mady Delvaux, "Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, at 4, 2015/2103", *Committee on Legal Affairs. Europe Union*, 2017, acceso 5 de mayo del 2020, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html.

bajo la denominación de *electronic persons*³¹ para efectos fiscales. De acuerdo con esta propuesta, el ingreso generado por el robot en favor de la compañía debía estar sujeto a un tributo de naturaleza jurídica similar al impuesto sobre la renta para personas naturales con base en sus ingresos laborales.

La propuesta también contemplaba la sustitución del sujeto pasivo en cabeza de la sociedad que detentaba el aprovechamiento económico de las máquinas, de manera que esta sería responsable de la tributación de dichos valores. Empero, esta tesis fue rechazada.

Sobretasa a las utilidades generadas por las empresas que implementen cadenas de producción automatizadas

Con posterioridad a la propuesta europea, en Estados Unidos, concretamente en San Francisco, se propuso la implementación de un impuesto a la automatización que consistía en que las sociedades pagaran una sobretasa calculada con base en las utilidades adicionales que dicha persona jurídica hubiere generado en virtud de la adquisición de los robots o inteligencia artificial. El propósito de este gravamen era reemplazar la tributación laboral dejada de percibir por parte de aquellos que sufrieran el desplazamiento laboral y, a su vez, desincentivar el acelerado crecimiento de esta industria.

Dicha iniciativa fue liderada por Bill Gates, como lo expuso Luciano Floridi³². De acuerdo con el fundador de Microsoft, así como la actividad laboral está sujeta a múltiples tributos, los cuales ya no serían objeto de gravamen,

31 Luciano Floridi, "Robots, Jobs, Taxes and Responsibilities", *Philosophy & Technology* 30 (2017): 1-4, acceso 5 de mayo del 2020, doi: 10.1007/s13347-017-0257-3.

32 *Ibid.*, 1-4.

el trabajo realizado por los robots debería tributar de forma similar; así mismo, sostuvo que el recaudo generado con ocasión de este gravamen debía ser direccionado a programas que capacitaran laboralmente a aquellas personas que perdieran sus empleos³³.

Minoración de las deducciones asociadas a la adquisición de inteligencia artificial

Existen otras propuestas cuyo objetivo es desincentivar el proceso de automatización industrial, verbigracia, las medidas tributarias adoptadas en Corea del Sur³⁴. En el 2017, esta jurisdicción implementó una limitación a las deducciones del impuesto sobre la renta relacionadas con la adquisición de activos que recibieran la calificación de inteligencia artificial o robótica de tipo industrial³⁵. Como puede apreciarse, la propuesta que nos ocupa si bien no versa sobre un gravamen en concreto, persigue los mismos fines extrafiscales que las propuestas presentadas³⁶. De acuerdo con esto, la reducción de las deducciones (gastos y depreciaciones) asociadas a la adquisición de activos relacionados con la inteligencia artificial representa una modificación en la base gravable de lo que nosotros concebimos como el impuesto sobre la renta, ocasionando un

33 “Is It Feasible to Levy a Tax on Robots?”, en *Beijing Review*, 6 de abril del 2017, acceso 4 de mayo del 2020, http://www.bjreview.com/Opinion/201704/t20170401_800092610.html.

34 Cara McGoogan, “South Korea Introduces World’s First Robot Tax”, *Telegraph*, 9 de agosto del 2017, acceso 2 de mayo del 2020, <https://www.telegraph.co.uk/technology/2017/08/09/south-korea-introduces-worlds-first-robot-tax/>.

35 Abbot y Bogenschneider, “Should Robots Pay Taxes?”.

36 Mazur, “Taxing the Robots”.

incremento en la tasa efectiva de tributación de dichas sociedades.

Incremento tarifario del impuesto sobre la renta para las industrias que no requieran mano de obra

Esta propuesta, a diferencia de las planteadas, aboga por el incremento de la tarifa del impuesto sobre la renta de las personas jurídicas que desarrollen actividades económicas que no requieran mano de obra laboral. La propuesta se fundamenta en que dichas sociedades perciben un beneficio económico adicional (ingresos de capital), en consideración de la sensible reducción de gastos generados por el desplazamiento de la mano de obra laboral.

Incentivos fiscales a la contratación laboral

Desde una perspectiva diferente, Orly Mazurm³⁷, Abbot y Bret Bogenschneider³⁸ manifiestan que la solución al desplazamiento de mano de obra laboral ocasionado por la automatización no debe concentrarse exclusivamente en medidas impositivas. Por el contrario, los autores señalan que los Gobiernos deberían enfocarse en la creación de medidas que incentiven la contratación laboral, en vez de la imposición de gravámenes que podrían afectar la competitividad y la productividad de las industrias³⁹.

37 Mazur, "Taxing the Robots".

38 Abbot y Bogenschneider, "Should Robots Pay Taxes?".

39 Véanse Mazur, "Taxing the Robots" y Abbot y Bogenschneider, "Should Robots Pay Taxes?".

Creación de un impuesto indirecto

Aunque esta propuesta no ha sido tan comentada, consistiría en la creación de un impuesto indirecto que grave el consumo o la adquisición de estos productos con base en el valor del bien adquirido, tal y como sucede con el impuesto al tabaco o aquellos gravámenes indirectos que persiguen el desincentivo al consumo o adquisición de ciertos activos o bienes.

Diseño de una política tributaria de carácter neutral

Abbot y Bret Bogenschneider proponen el diseño de una política tributaria de carácter neutral que busque la competitividad y que, a su vez, no establezca cargas económicas adicionales por parte de las empresas, puesto que estas tienden a desarrollar su negocio conforme a la estructura de optimización de gastos que consideren permanente. En consecuencia, se propone una reforma al sistema tributario en pro de la eficiencia económica de los beneficios tributarios existentes, mejoras en el concepto de transparencia fiscal en aras de evitar estructuras económicas abusivas, revisión de las tarifas y redistribución de las cargas económicas con base en parámetros de eficiencia. Los autores señalan que un sistema tributario neutral dará lugar a un ajuste del mercado sin la necesidad de distorsiones tributarias como la creación de nuevos gravámenes o la aminoración de la deducción de gastos legalmente permitidos. Sostienen que esta tesis permitiría incentivar la industria y el mercado en distintas aristas y, con ello, el incremento de la demanda laboral.

Al respecto, Lisandro Manuel Junco Riveira (director de ingresos de la DIAN), en entrevista manifestó que la idea de crear un nuevo gravamen para alivianar la reducción del recaudo tributario sería un despropósito; lo anterior con

fundamento en que el sistema tributario colombiano ya grava suficientes esferas económicas de las empresas: la renta, el patrimonio (como ha sucedido), el gasto o consumo, la propiedad y otro tipo de aspectos de carácter para-fiscal o administrativo. En consecuencia, prever la creación de un tributo que persiga “la innovación” sería una equivocación, puesto que incrementaría sensiblemente la tasa efectiva de tributación de las empresas mientras reduce su competitividad.

Por otra parte, María Fernanda Valdés (coordinadora de proyectos de Friedrich-Ebert-Stiftung en Colombia [Fescol]), manifestó que la creación de un *robot tax* representaría un mal manejo de la política tributaria del país. Asimismo, indicó que es sabido que el mercado laboral en Colombia no tiene buenos índices de ocupación y funcionamiento (como se explicó); a lo anterior se suma la baja competitividad y productividad de las industrias en nuestro país. Sin embargo, sostuvo que dichas circunstancias no podían representar una excusa para crear nuevos gravámenes sin la rigurosidad necesaria para analizar sus efectos en el mercado, por más que dicho tributo tuviese una destinación especial. Por ende, crear un impuesto a la automatización representaría una forma de castigo a la innovación y a la competitividad de la industria colombiana.

En consecuencia, es claro que la creación de un nuevo gravamen a la innovación o automatización no es la alternativa correcta en materia tributaria para atender las problemáticas enunciadas en la introducción de este texto, de manera que la propuesta de política pública que se presentará se enfoca en el desarrollo de medidas fiscales de carácter neutral, haciendo énfasis en las principales objeciones a la imposición del *robot tax*.

Objeciones o problemáticas asociadas a la implementación de un *robot tax*

Problemas de definición

Este argumento trata sobre las dificultades que podrían suscitarse con ocasión de la determinación del hecho generador del tributo. En concreto, según Izabella Kaminska⁴⁰, este tributo debería afrontar un debate acerca del significado de los términos *robot* o *automatización*. Según la autora, teniendo en cuenta la cotidianidad del uso de máquinas, *software* y *robots*, habría que definir qué podemos entender por robot, de manera que el tributo no se cause por procesos simples y necesarios de automatización indispensables para cualquier compañía. Así las cosas, la creación de un gravamen asociado al proceso de innovación denota dificultades de técnica legislativa y de alcance en aras de procurar la optimización del principio de certeza tributaria, es decir, ¿cuál es la forma correcta de definir un *robot*?, ¿qué procesos de automatización estarán gravados?

Bien sea que se trate de crear un nuevo tributo para limitar la deducción por la adquisición de determinados activos, definir qué es un robot no es una tarea simple, ya que la tecnología en sí misma ha desplazado muchos empleos sin que esto requiera el uso de una máquina. Por ende, ¿la definición de un robot debería incluir también cualquier *software* que reemplaza el puesto de un trabajador?

De acuerdo con Orly Mazur, en la propuesta presentada por la Unión Europea, un robot para efectos impositivos debía reunir las siguientes características: “(i) adquiere ‘autonomía a través de sensores y/o intercambiando datos

40 Izabella Kaminska, “The Misguided Logic of a Robot Income Tax”, *Financial Times-Alphaville*, 2017, acceso 10 de mayo del 2020, <https://ftalphaville.ft.com/2017/02/22/2184839/the-misguided-logic-of-a-robot-income-tax/>.

con su entorno' y el comercio y análisis de los datos, (ii) funciona mediante autoaprendizaje a través de la experiencia y la interacción, (iii) tiene un soporte físico y (iv) adapta sus comportamientos y acciones a su entorno"⁴¹. Como se evidencia, la definición de robot propuesta era bastante amplia, asunto que se replica aún en nuestro debate.

Ahora bien, otro asunto que suscita dificultades de interpretación consiste en definir hasta qué punto el desplazamiento de obra laboral se dio con ocasión del proceso de automatización. ¿Esa información realmente es registrada por las sociedades? Por otra parte, ¿cuál es el término para augurar la existencia de rendimientos financieros susceptibles de gravamen?, ¿cómo atribuir determinadas rentas al desplazamiento laboral y no a otro tipo de estrategias de productividad también implementadas? También es válido cuestionar que la imposición de un impuesto a la automatización beneficiaría indirectamente el desarrollo de otras industrias no relacionadas con el incremento de la fuerza laboral, ¿realmente se contempla dicha posibilidad?

Este tipo de conflictos se evidencian en tributación de incidencia directa e indirecta, puesto que dichas formas de tributación requieren la configuración de presupuestos objetivos o subjetivos para la causación del hecho generador y la imposición.

En conclusión, los factores anteriores representan los retos o problemáticas de definición asociados a la creación de un impuesto a la automatización, tal y como se ha planteado, por lo que la implementación de un tributo asociado al proceso de automatización podría ocasionar problemas de determinación tributaria y una eventual violación al principio de legalidad.

41 CConst, C-263/2011, J. Pretelt.

Problemas de innovación

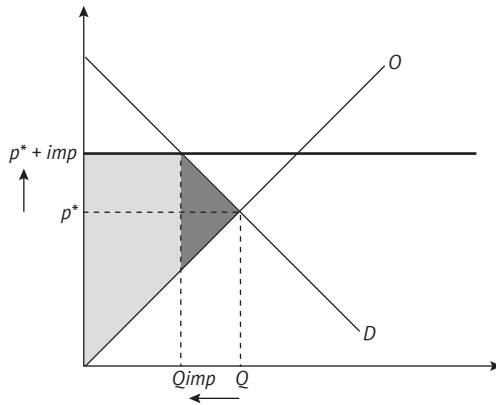
La imposición de un tributo directo como el *robot tax*, o la limitación de las deducciones asociadas a la adquisición de activos de naturaleza robótica o de inteligencia artificial, guarda estrecha relación con la afectación del proceso de innovación.

En primer lugar, y desde una perspectiva de mercado, la imposición de un tributo dirigido a la adquisición de robots incrementaría el precio de estos activos, generando un movimiento en la curva de la oferta y, en consecuencia, encareciendo la adquisición de dichos bienes. Sin embargo, y como se ha demostrado en la práctica, si bien el encarecimiento de algunos bienes por medio de políticas de intervención directa del Estado en la economía ha suscitado desincentivos al consumo de dichos productos, este fenómeno también puede ocasionar la creación de mercados clandestinos en los que se comercialicen los activos gravados sin dicha restricción impositiva (figura 1).

La figura 1 representa cómo la imposición de un gravamen afecta la relación de la oferta y la demanda de un producto en particular. De esta manera, en un escenario inicial, el precio de un bien (p) y su respectiva oferta (Q) guardan una relación de equilibrio, sin embargo, nótese cómo el incremento del precio aunado al valor del tributo ($p + imp$) reduce la cantidad demandada de un bien (Q_{imp}).

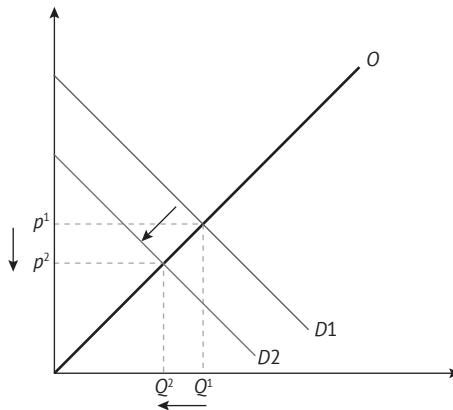
Vale la pena cuestionarnos: ¿es necesario crear un tributo a la automatización?, ¿la innovación y la competitividad deben ser desincentivadas? Es pertinente señalar que gravar la adquisición de robots, de forma indirecta o mediante un gravamen a las utilidades, desincentivará necesariamente la adquisición de dichos productos, afectando claramente su demanda en el mercado y produciendo un exceso de oferta. En este caso el bien sustituto sería un trabajador en condiciones normales (figura 2).

Figura 1. Relación de la oferta y la demanda frente a la intervención estatal en precios



Fuente: elaboración propia con base en N. Gregory Mankiw, *Principios de economía*. 6.ª. ed. (México: Cengage Learning, 2012).

Figura 2. Desplazamiento de la demanda con afectación en el precio



Fuente: elaboración propia con base en Mankiw, *Principios de economía*.

Es importante denotar que los avances tecnológicos favorecen la productividad y la competitividad de un país, de manera que la imposición de dicho proceso podría morigerar otros beneficios creados por la tecnología, como el eventual posicionamiento del mercado colombiano ante el comercio internacional.

Problemas de evasión tributaria

El mayor porcentaje de la composición de la base contributiva en Colombia se encuentra representado en las sociedades⁴²; ligado a ello, se estima que la tasa efectiva de tributación de una sociedad en Colombia oscila entre el 45,1 % y el 48,8 %⁴³. De acuerdo con lo anterior, es pertinente señalar que la creación de un nuevo gravamen podría dar lugar a escenarios de planeación fiscal agresiva o simplemente de evasión, en el entendido de que se configura una sobreimposición al impuesto sobre la renta o al consumo (tabla 1).

Ahora bien, cabe cuestionar si ¿realmente el Estado colombiano dejaría de percibir ingresos por el desplazamiento de mano de obra laboral? Quienes se oponen a este modelo de gravamen sostienen que las personas naturales afectadas por los procesos de automatización no

42 Noelia Cigüenza, “Las personas jurídicas son las que sopor-
tan la mayor carga de impuestos en el país”, *La República*,
11 de mayo del 2018, acceso 6 de mayo del 2020, [https://
www.larepublica.co/especiales/las-empresas-mas-gran-
des-de-2017/las-personas-juridicas-son-las-que-sopor-
tan-la-mayor-carga-de-impuestos-en-el-pais-2725170](https://www.larepublica.co/especiales/las-empresas-mas-grandes-de-2017/las-personas-juridicas-son-las-que-sopor-tan-la-mayor-carga-de-impuestos-en-el-pais-2725170).

43 Sergio Clavijo, “Tributación efectiva corporativa en Colom-
bia (2019-2022)”, *La República*, 23 de abril del 2019, acceso
5 de mayo del 2020, [https://www.larepublica.co/analisis/
sergio-clavijo-500041/tributacion-efectiva-corporati-
va-en-colombia-2019-2022-2854045](https://www.larepublica.co/analisis/sergio-clavijo-500041/tributacion-efectiva-corporati-va-en-colombia-2019-2022-2854045).

son regularmente contribuyentes del impuesto sobre la renta, dado que los trabajos u oficios tendientes a estos fenómenos por lo general no representan grandes expectativas de remuneración.

Lo cierto es que un gravamen a la automatización de las industrias representa una sobreimposición del impuesto sobre la renta a cargo de las compañías, puesto que este podría manifestarse como un tributo sobre los ingresos ya gravados de la empresa o una afectación a las deducciones de los que gozaba la sociedad.

Tabla 1. Tasa efectiva de tributación corporativa en Colombia

	LEY 1739 DEL 2014	LEY 1819 DEL 2016		LEY 1943 DEL 2018		DIFERENCIA
AÑO GRAVABLE	2016 (1)	2017	2019	2020	2022 (2)	(3) = (2) - (1)
I. Imporrenta	34,4	32,5	25,5	21,8	20,9	-13,5
Imporrenta + CREE	32,5	32,5	25,5	21,8	20,9	-11,6
Imporriqueza	1,9	0	0	0	0	-1,9
II. 4 x 1000	4,3	4,3	4,3	4,3	4,3	0
III. Seguridad social	10,8	10,8	10,8	10,8	10,8	0
IV. Territorial	8,3	8,3	8,3	8,3	8,3	0
ICA	7,4	7,4	7,4	7,4	7,4	0
Predial	0,9	0,9	0,9	0,9	0,9	0,9
Gran total (I + II + III + IV)	57,7	55,8	48,8	45,1	44,2	-13,5

Nota: se incluyen pagos de seguridad social, territoriales y 4 x 1000 (porcentaje sobre utilidades).

Fuente: Sergio Clavijo, "Tributación efectiva corporativa en Colombia (2019-2022)", *La República*, 23 de abril del 2019, acceso 5 de mayo del 2020, <https://www.larepublica.co/analisis/sergio-clavijo-500041/tributacion-efectiva-corporativa-en-colombia-2019-2022-2854045>.

Problemas de diseño y manejo administrativo del recaudo

Para finalizar, este argumento versa sobre los problemas prácticos que podrían suscitarse para la determinación, la declaración y la administración del tributo objeto de estudio. En esencia, se indaga ¿cómo determinar cuál es la ganancia efectiva o la renta asociada a la adquisición de robots?, ¿cómo identificar qué porcentaje de las rentas de una compañía son generadas exclusivamente por la implementación de robots en una línea de producción?, ¿cuál sería el programa de fiscalización de la Administración Tributaria?, ¿los ingresos enunciados deberían ser declarados de forma particular o segmentada?

De manera que, aludiendo al principio de eficiencia, ¿vale la pena suscitar este desgaste administrativo? Al respecto, se considera pertinente una política tributaria que promueva un sistema neutro, en el que se incentive la contratación laboral, se fortalezca la industria, pero, a la vez, se revisen los beneficios fiscales existentes que morigeran el recaudo nacional.

SOLUCIÓN

Diseño de un documento de política pública por medio del cual se articulan tres soluciones para el fortalecimiento de la industria nacional, con el fin de aminorar los efectos del proceso de automatización industrial en Colombia.

PROPUESTA DE IMPACTO O MEJORA

DOCUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA

*Propuesta de política pública neutral
para el fortalecimiento de la industria nacional,
el emprendimiento y la contratación laboral dirigida
al Ministerio de Hacienda y Crédito Público*

Antecedentes y justificación

Proceso de automatización industrial

El proceso de automatización industrial es un fenómeno empresarial y económico que ha derivado en la transformación industrial mediante la implementación de inteligencia artificial y sistemas computarizados en aras de optimizar procesos de producción; entre otros, se ha considerado como automatización “el uso de sensores, transmisores de campo, sistemas de control y supervisión, sistemas de transmisión y recolección de datos y las aplicaciones de *software* en tiempo real para supervisar y controlar las operaciones de plantas o procesos industriales”⁴⁴. Ahora bien, de acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)⁴⁵, y con autores como

44 “Sistemas de Automatización Industrial”, *Rivas Robotics*, 2017, acceso 3 de mayo del 2020, <https://rivasrobotics.com/sistemas-de-automatizacion-industrial/>.

45 “La transformación del empleo ante la revolución digital y la automatización”, *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, 2019, acceso 3 de mayo del 2020, <https://www.cepal.org/es/eventos/la-transformacion-empleo-la-revolucion-digital-la-automatizacion>.

Orly Mazur⁴⁶, Pengqing Zhang⁴⁷, Uwe Thuemmel⁴⁸, Luminița Lonescu⁴⁹, Sami Ahmed Ryan⁵⁰ Abbot y Bret Bogenschneider⁵¹, el proceso de automatización industrial denota retos importantes en materia laboral⁵² y tributaria.

Werner Eichhorst, coordinador de Mercado Laboral y Política Social del Instituto de Economía Laboral, Alemania, sostuvo en su conferencia titulada *Automatization and labor: Global challenges in a world in transition – a view from Germany* “*The Transformation of Employment*” que el proceso de automatización industrial afectaba la estructura de los empleos, los tipos de trabajo, las habilidades requeridas y el relacionamiento de estos, vicisitudes que derivarían en el desplazamiento de la mano de obra laboral en todas las jurisdicciones⁵³ (gráfica 4).

46 Mazur, “Taxing the Robots”.

47 Pengqing Zhang, “Automation, Wage Inequality and Implications of a Robot Tax”, *International Review of Economics & Finance* 59 (2019): 500-509.

48 Thuemmel, “Optimal Taxation of Robots”.

49 Luminita, “Should Governments Tax”, 64-69.

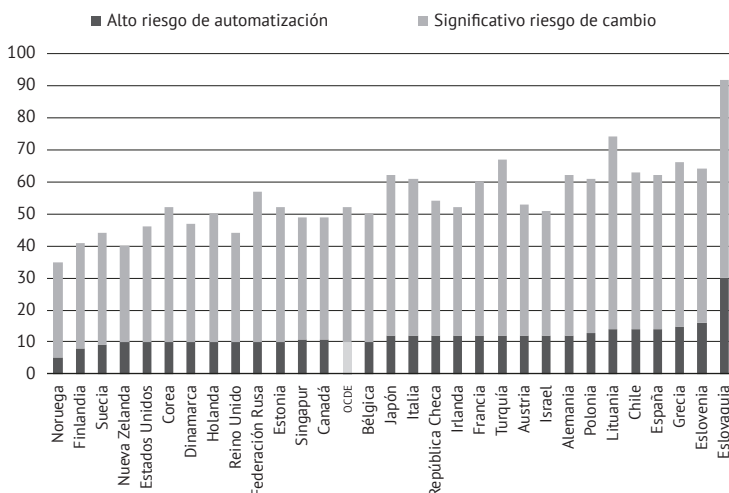
50 Sami, “Cryptocurrency & Robots”, 698-740.

51 Abbot y Bogenschneider, “Should Robots Pay Taxes?”.

52 “Para enfrentar la cuarta revolución industrial es fundamental impulsar políticas laborales y productivas complementarias, advirtieron especialistas en la CEPAL”, *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, 2019, acceso 3 de mayo del 2020, <https://www.cepal.org/es/noticias/enfrentar-la-cuarta-revolucion-industrial-es-fundamental-impulsar-politicas-laborales>.

53 Werner Eichhorst. *Automatization and labor: Global challenges in a world in transition – a view from Germany* “*The Transformation of Employment*”, 2019, acceso 30 de abril del 2020. http://conferencias.cepal.org/transformacion_empleo/Pdf/Sr.%20Eichhorst.pdf.

Gráfica 4. Probabilidad de desplazamiento laboral por automatización en algunos países



Fuente: Werner Eichhorst, *Automatization and labor: Global challenges in a world in transition – a view from Germany* "The Transformation of Employment", 2019,

http://conferencias.cepal.org/transformacion_empleo/Pdf/Sr.%20Eichhorst.pdf.

Con la gráfica 4, el conferencista documentó la probabilidad de riesgo de desplazamiento de mano de obra laboral en algunas jurisdicciones europeas y asiáticas, junto con el estimado de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁵⁴, al igual que los posibles cambios que podrían suscitarse en lo que atañe a la estructura de los empleos. Con base en lo anterior, Raúl Katz, en representación del Columbia Institute

54 Ljubica Nedelkoska y Glenda Quintini, "Automation, Skills Use and Training", *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, n.º 202 (2018).

of Teleinformation de la Universidad de Columbia, en *Impacto de la cuarta revolución industrial en el empleo de Chile*, sostuvo que el acelerado proceso de automatización devendría en tres consecuencias políticas y sociales: la automatización de funciones, la reestructuración de operaciones y proceso y el desarrollo e implementación de soluciones tecnológicas, lo que a su vez se consolidará el reemplazo de trabajadores por tecnología y la reestructuración de ocupaciones⁵⁵, tal y como sucedió en Chile, donde la automatización ha ocasionado la destrucción de 35 000 empleos y la reestructuración de 52 000^[56].

Por último, Mario Cimoli, Secretario Ejecutivo Adjunto de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)-CEPAL, con ocasión de su conferencia *La transformación del empleo: una mirada desde América Latina*⁵⁷, explicó que la estructura productiva y las habilidades en el marco de las exportaciones por nivel de intensidad tecnológica en América Latina se han transformado desde 1990 hasta el 2016, como se evidencia en la gráfica 5.

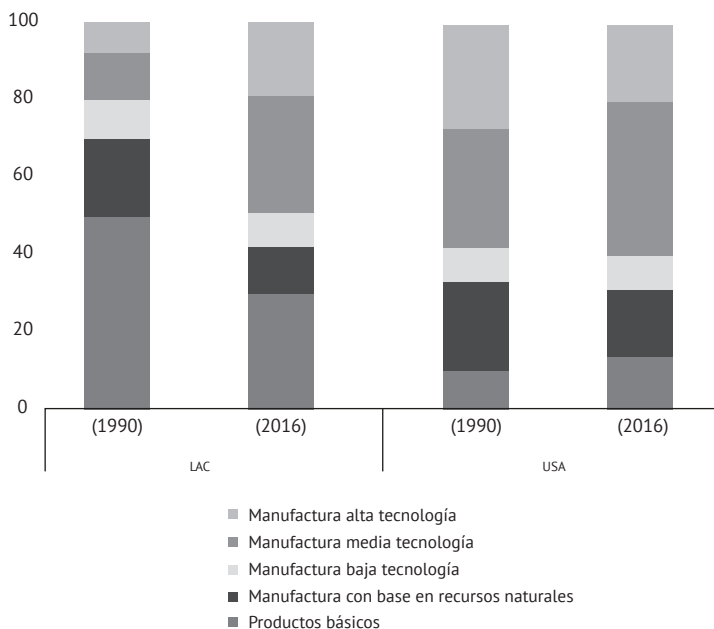
Por tanto, el proceso de automatización industrial exigirá la asunción de nuevos retos asociados a la generación de empleo y el fortalecimiento de la industria nacional. Para el caso colombiano, y como se ilustró con

55 Raúl Katz, “Impacto de la cuarta revolución industrial en el empleo de Chile”, *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, 2019, acceso 30 de abril del 2020, http://conferencias.cepal.org/transformacion_empleo/Pdf/Dr.%20Ra%C3%BAL%20L.%20Katz.pdf.

56 *Ibid.*, 63.

57 Mario Cimoli, “La transformación del empleo: una mirada desde América Latina”, *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, 2019, acceso 4 de mayo del 2020, http://conferencias.cepal.org/transformacion_empleo/Pdf/Presentation%20Mario%20Cimoli.pdf.

Gráfica 5. Exportaciones por nivel de intensidad tecnológica

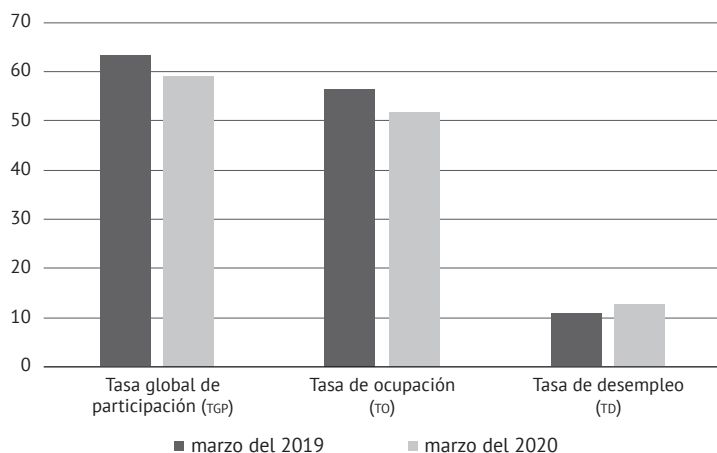


Fuente: Cimoli, "La transformación del empleo".

respecto a febrero del 2020, en marzo del 2020 el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) reportó las siguientes cifras relacionadas con las tasas de desempleo, de ocupación y de participación laboral⁵⁸ (gráfica 6).

⁵⁸ "Mercado Laboral. Información marzo 2020", *Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)*, 2020, acceso 5 de mayo del 2020, <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo>.

Gráfica 6. Tasa global de participación, ocupación y desempleo en Colombia, marzo (2019-2020)



Fuente: DANE, “Mercado Laboral... marzo 2020”.

En consonancia con lo anterior, el constante incremento de la tasa de desempleo y la disminución de las tasas de participación y ocupación laboral configuran la necesidad de construir una política tributaria que suscite el fortalecimiento de la industria nacional e incentive la contratación de la población desplazada por el proceso de automatización, sin menoscabo del recaudo tributario, en consideración de las medidas que se implementen.

Política fiscal en Colombia. Redistribución de las cargas tributarias

La política tributaria de nuestro país se ha caracterizado por la volatilidad de reformas tributarias con el fin de aminsonar el impacto del déficit fiscal configurado. Por ejemplo, con ocasión de la exposición de motivos de la Ley

1739 del 2014^[59], en virtud del artículo 347 de la Constitución Política, el Gobierno nacional consideró pertinente mantener la tarifa del Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF), crear un impuesto a la riqueza, crear una sobretasa del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) de tres puntos, así como el impuesto complementario de normalización tributaria en aras de aminorar el déficit fiscal y los afectados del mercado de hidrocarburos.

En el 2016, el gobierno de Juan Manuel Santos presentó el proyecto de la Reforma Tributaria Estructural, arguyendo que la caída de los precios del petróleo afectó seriamente las finanzas del Estado y del sector, traducándose en una pérdida de recursos cercana a los 23,7 billones de pesos por concepto de renta y CREE de las empresas del sector, de manera que se incrementaron tarifas y se crearon tributos para fortalecer el recaudo⁶⁰. Finalmente, por medio de la Ley 1943 del 2018 y la Ley 2010 del 2019, el Gobierno de Iván Duque nuevamente propuso modificaciones al sistema tributario con el objetivo de recaudar lo necesario para el desarrollo del gasto público y el cubrimiento del déficit fiscal⁶¹.

59 Mauricio Cárdenas Santamaría, “Exposición de motivos. Proyecto de Ley 134 del 2014, Cámara de Representantes”, *Gaceta del Congreso* año XXIII, n.º 175 (2014), acceso 10 de mayo del 2020, http://leyes.senado.gov.co/proyectos/imagenes/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2014/gaceta_575.pdf.

60 “Exposición de motivos del proyecto de ley ‘Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones’”, *Deloitte*, 2016, acceso 10 de mayo del 2020, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/co/Documents/tax/Exposici%C3%B3n%20de%20Motivos%20Reforma%20Estructural%202016.pdf>.

61 Alberto Carrasquilla, “Exposición de motivos del proyecto de ley ‘Por la cual se expiden normas de financiamiento

De acuerdo con los proyectos de ley enunciados, el Gobierno nacional advirtió la necesidad de reformar la estructura tributaria del país en aras de incrementar el recaudo en 14 de billones de pesos, debido a la imperiosa exigencia de financiar inversiones sociales y proyectos de infraestructura estratégica. Ahora bien, con base en los antecedentes fiscales expuestos, se resalta que las modificaciones del sistema fiscal tributario en Colombia se han suscitado por demandas estrictamente financieras, y las alternativas o estrategias definidas para esto han sido la creación de nuevos tributos y el incremento de la carga fiscal de las sociedades.

Por último, con ocasión de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por la pandemia de la COVID-19 durante el 2020, se evidencia que el Gobierno nacional, nuevamente, ante la ausencia de recursos, consideró pertinente la creación de nuevos tributos para incrementar el recaudo tributario⁶². Sin embargo, estas reformas tributarias no solo han aumentado la carga tributaria de las personas jurídicas, sino que han generado beneficios tributarios que, según expertos, han propiciado un sistema tributario poroso que desequilibra las cargas fiscales en el ordenamiento jurídico colombiano. Este asunto deviene en una contradicción, puesto que si bien, por una parte, se pretende la creación de tributos para la asunción del presupuesto nacional, por otra, para el 2017, los beneficios tributarios llegaron a ser 37,2 billones de pesos.

para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto nacional y se dictan otras disposiciones”, 2018, acceso 10 de mayo del 2020, [http://www.comunidadcontable.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/pl-240-18c\(reforma%20tributaria\)-exposici%C3%B3n%20de%20motivos.pdf](http://www.comunidadcontable.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/pl-240-18c(reforma%20tributaria)-exposici%C3%B3n%20de%20motivos.pdf).

62 DL 568/2020.

El costo fiscal de los beneficios tributarios enunciados y la carga tributaria impuesta sobre las personas jurídicas, sin ningún tipo de consideración con respecto a la capacidad económica de las sociedades, denota la necesidad de construir una propuesta que procure analizar la pertinencia y la eficiencia de los beneficios tributarios creados en favor, cuando menos, de un sector económico privilegiado en nuestro país: la industria minera y extractiva. Con base en lo anterior, en este documento se analizará la viabilidad de la revisión de los beneficios tributarios otorgados a la industria extractiva, en miras de construir una política tributaria neutra que mitigue la porosidad del sistema tributario y permita redistribuir las cargas tributarias del sistema fiscal, con el propósito de dinamizar la gestión empresarial y fortalecer la industria nacional.

Contratación laboral de la población de edad superior a cuarenta años

La CEPAL y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señalan que la coyuntura laboral en América Latina y el Caribe demuestra la ausencia de políticas públicas que incentiven la inserción laboral de las personas mayores de cuarenta años⁶³, por lo que dicha población ha sido más proclive a escenarios de desocupación laboral y a la reducción de su participación en el mercado.

63 "Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. La inserción laboral de las personas mayores: necesidades y opciones", *Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas/Organización Internacional del Trabajo (CEPAL/OIT)*, 2018, acceso 10 de mayo del 2020, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43603/1/S1800398_es.pdf.

En Colombia dicha problemática⁶⁴ ha sido reconocida como un asunto de especial atención. Por ello, a partir de la definición de políticas fiscales, se ha pretendido incentivar la contratación de población de edad mayor a cuarenta años. Por ejemplo, el Proyecto de Ley 047 del 2017, “por medio del cual se modifica la Ley 1429 del 2010”, proponía crear un descuento en el impuesto sobre la renta y complementarios de los aportes parafiscales y otras contribuciones de nómina⁶⁵.

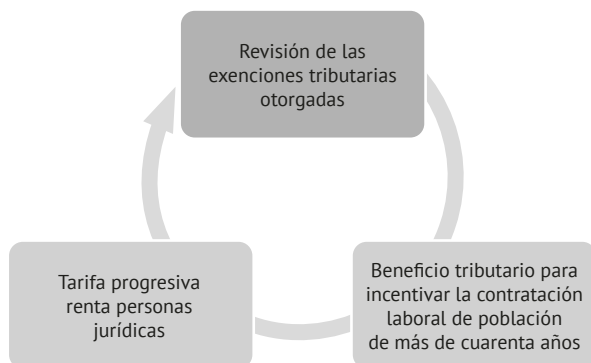
MARCO CONCEPTUAL Y ALTERNATIVAS DE POLÍTICA TRIBUTARIA

A partir de los antecedentes enunciados y del análisis de factores planteado en este documento, se presentará una propuesta de política tributaria que integre tres alternativas (ejes) para fortalecer la industria nacional, aminorar los efectos del proceso de automatización industrial, dinamizar la contratación de personas de edad superior a los cuarenta años y buscar la recuperación del recaudo nacional, sin necesidad de implementar un nuevo gravamen como el *robot tax* (figura 3).

64 *Ibíd.*, 49.

65 Nohora Tovar Rey, “Proyecto de ley 047 de 2017. Por medio del cual se modifica la ley 1429 de 2010”, *Cámara de Representantes*, 2017, acceso 8 de mayo del 2020, [https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-08/P.L.047-2017C%20\(EMPLEO%20PARA%20MAYORES\).pdf](https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-08/P.L.047-2017C%20(EMPLEO%20PARA%20MAYORES).pdf).

Figura 3. Ejes para fortalecer la industria nacional



Fuente: elaboración propia.

Revisión y eliminación de los beneficios tributarios establecidos en favor del sector extractivo en Colombia

Marco conceptual

Un beneficio tributario corresponde a un tratamiento tributario diferencial en cuanto a la determinación general de un impuesto, tasa o contribución. Dichos tratamientos pueden versar sobre tarifas diferenciales⁶⁶, exenciones⁶⁷, exclusiones⁶⁸, deducciones especiales⁶⁹ o descuentos⁷⁰ impositivos.

66 Juan Rafael Bravo, *Nociones fundamentales de Derecho Tributario* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007), 285.

67 *Ibíd.*, 268.

68 *Ibíd.*, 266.

69 *Ibíd.*, 267.

70 *Ibíd.*, 289.

Es importante comprender que un beneficio tributario representa un costo o renuncia, por parte del Estado, a los ingresos corrientes (tributarios) dejados de percibir, en pro de incentivar una determinada actividad. Según esto, su implementación propicia inequidad vertical y horizontal, aminoración del recaudo, endeudamiento interno, profundización del déficit fiscal y traslación de la carga fiscal al factor del trabajo. Ahora bien, los beneficios tributarios sectoriales, de acuerdo con Mario Alejandro Valencia y Enrique Daza⁷¹, corresponden a instrumentos de política económica direccionados para determinados sectores económicos, a pesar del menoscabo del equilibrio del sistema fiscal, por ejemplo, los beneficios tributarios asignados a la industria de minas e hidrocarburos.

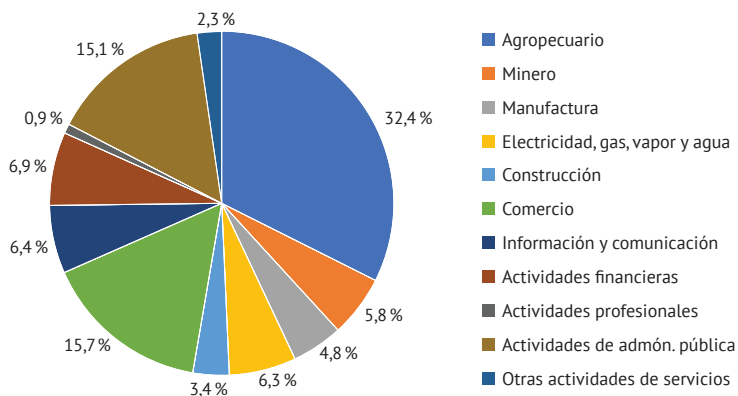
Nótese que en el estudio “¿Y si se eliminan los beneficios al sector extractivo?” de la Red de Justicia Tributaria, el sector de hidrocarburos no aportó más del 4,1 % del producto interno bruto (PIB) y el minero el 2,0 % consecutivamente para el 2017, mientras que el total de los beneficios fiscales (costo fiscal) otorgados a estas industrias no superó 81 000 millones de pesos⁷² (gráfica 7).

Los beneficios enunciados se integran por conceptos como deducciones especiales, rentas exentas, ingresos no constitutivos de renta o sujetos a tributación territorial y descuentos tributarios y evidencian una afectación a la distribución de las cargas fiscales de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, mientras el Estado implementa una política de incentivo a la actividad extractiva,

71 Mario A. Valencia y Enrique Daza, “¿Y si se eliminan los beneficios al sector extractivo?”, *Red de Justicia Tributaria*, 2018, acceso 30 de abril del 2020, <https://justiciatributaria.co/wp-content/uploads/2018/04/%C2%BFY-SI-SE-ELIMINAN-LOS-BENEFICIOS-A-LA-MINERIA%CC%81Abaja.pdf>.

72 *Ibíd.*

Gráfica 7. Aportes al PIB por sectores, 2018



Fuente: Mario A. Valencia y Enrique Daza, “¿Y si se eliminan los beneficios al sector extractivo?”, *Red de Justicia Tributaria*, 2018, acceso 30 de abril del 2020, <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://cedetrabajo.org/wp-content/uploads/2018/05/%C2%BFY-SI-SE-ELIMINAN-LOS-BENEFICIOS-A-LA-MINERIA%CC%81Abaja.pdf&hl=es>.

las empresas que no desarrollan dicha actividad deben asumir el costo fiscal suscitado⁷³.

En este orden de ideas, es claro que la creación de los beneficios tributarios enunciados, así como su permanencia en el sistema tributario colombiano, ha propiciado un estadio de desequilibrio fiscal, ya que el costo fiscal de dichos beneficios deriva en la recuperación de esa aminoración recaudatoria en cabeza de las otras

⁷³ Álvaro Pardo y Jorge Espitia, “Consecuencias fiscales del modelo extractivista en un escenario de precios deprimidos”, *Red de Justicia Tributaria en Colombia*, 2015, acceso 28 de abril del 2020, https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://cedetrabajo.org/wp-content/uploads/2015/11/Consecuencias_fiscales_Alvaro-Pardo-y-Jorge-Espitia-ilovepdf-compressed.pdf&hl=es.

sociedades –personas jurídicas– de las demás industrias. Por ejemplo, para la Red de Justicia Tributaria en Colombia, el sector minero y de hidrocarburos constituye uno de los sectores económicos más beneficiados por los tratamientos tributarios especiales, sin que ello represente un incremento de la demanda de empleos, recaudo y competitividad para Colombia (tablas 2 y 3).

Tabla 2. Sector Explotación de minas y canteras. Monto de los beneficios fiscales sobre el impuesto de renta, 2010-2016

AÑO	2010	2011	2012	2013	2014*	2015*	2016*
Deducción por inversión en activos fijos	4461	10	43	214	107	93	93
Rentas exentas	219	185	217	9	16	10	20
Descuentos tributarios	126	192	186	229	179	141	45
Total beneficios fiscales	4806	387	446	452	302	244	158

* La DIAN incluyó otros sectores económicos en las cifras del sector Minas y Canteras.

Nota: miles de millones de pesos.

Fuente: Valencia y Daza, “¿Y si se eliminan?”.

Tabla 3. Explotación de minas y canteras. Costo fiscal beneficios sobre el impuesto de renta, 2010-2016

AÑO	2010	2011	2012	2013	2014*	2015*	2016*
Deducción por inversión en activos fijos	1472	2	11	53	27	31	31
Rentas exentas	-	-	72	2	4	3	5
Descuentos tributarios	126	192	186	229	179	141	45
Total beneficios fiscales	1598	194	269	284	210	175	81

* La DIAN incluyó otros sectores económicos en las cifras del sector Minas y Canteras.

Nota: miles de millones de pesos.

Fuente: Valencia y Daza, “¿Y si se eliminan?”.

En contraposición a esta circunstancia, siguiendo a Cedetrabajo, con ocasión de los beneficios tributarios creados en favor de la industria extractiva, el Estado ha dejado de percibir más de 9,2 billones de pesos⁷⁴ (por el año gravable 2014, por ejemplo), mientras que dichas empresas se ahorraron aproximadamente 476 000 millones de pesos por esa vigencia a causa de dichas prerrogativas⁷⁵.

En este orden de ideas, se hace evidente que las empresas colombianas que no acceden a esos beneficios tributarios y que generan nuevos empleos soportan una carga fiscal un tanto desmedida, lo que deviene en la quiebra⁷⁶ y la cancelación de las matrículas mercantiles de muchas industrias y de los nuevos emprendimientos⁷⁷. Luego, en materia de política fiscal, y teniendo en cuenta que la industria colombiana suscita la creación de empleos y que el costo fiscal de esta industria (en los últimos diez años) fue de 11,9 billones de pesos en comparación con los 18,9 billones de pesos del sector extractivo, vale la pena contemplar la eventual traslación de estos beneficios tributarios al sector industrial (gráfica 8).

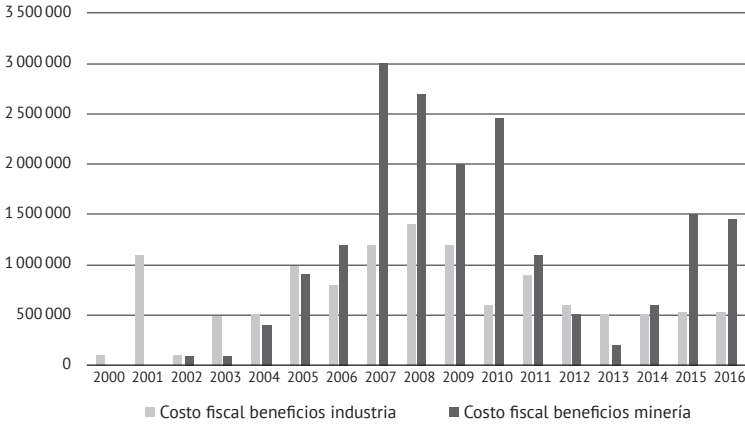
74 “De cómo las empresas mineras se llevan todo y no nos dejan nada”, *Cedetrabajo*, 2015, acceso 30 de abril del 2020, <https://cedetrabajo.org/blog/de-como-las-empresas-mineras-se-llevan-todo-y-no-nos-dejan-nada/>.

75 *Ibíd.*

76 Rodríguez, Henry, “Mazda cierra ensambladora en Colombia”, en *Dinero*, 2014, acceso 20 de abril del 2020, <https://www.dinero.com/empresas/articulo/mazda-cierra-ensambladora/195707>.

77 Andrés Romero, “2018 el año en que más de 48.000 empresas se quebraron en todo el país”, *Blog de Derecho de los Negocios. Universidad Externado de Colombia*, 2018, acceso 1.º de mayo del 2020, <https://dernegocios.uexternado.edu.co/negociacion/2018-el-ano-en-que-mas-de-48-000-empresas-se-quebraron-en-todo-el-pais/>.

Gráfica 8. Compración costo fiscal-beneficios entre industria y minería, 2000-2016



Fuente: Valencia y Daza, “¿Y si se eliminan?”.

Como se aprecia en la gráfica 8, la traslación y la revisión de los costos fiscales enunciados *representaría una forma distinta de proponer modificaciones al sistema fiscal tributario en aras del fortalecimiento de disímiles al incremento de tarifas y la creación de nuevos tributos.*

Alternativa propuesta

Esta alternativa contempla la revisión o eliminación de los beneficios tributarios asociados a la industria extractiva, con el propósito de equilibrar la carga fiscal impuesta a las personas jurídicas de otros sectores de la economía que no acceden a las prerrogativas mencionadas.

Como se indicó, esta propuesta encuentra asidero en el amplio margen de beneficios otorgados a la industria extractiva, en comparación con la generación de nuevos empleos y tributación de dichas sociedades. Se considera que la revisión de los beneficios tributarios da lugar a la

presentación de una reforma tributaria estructural que equilibre las cargas fiscales y, por ende, apele a otras estrategias de financiación estatal distintas a la creación de nuevos tributos y el aumento de las tarifas de tributación.

Por último, esta alternativa debe complementarse con la ejecución articulada de otras estrategias para el fortalecimiento de la industria nacional, como la revisión de los tratados de libre comercio (TLC) celebrados por Colombia (asunto que no será objeto de estudio en el presente documento), lo cual podría configurar la dinamización de la industria nacional y, por tanto, el incremento de su competitividad y creación de empleos.

Implementación de una tarifa progresiva del impuesto sobre la renta para sociedades nacionales

Marco conceptual

El principio de progresividad es uno de los mandatos de optimización de nuestro ordenamiento jurídico. Alfredo Lewin ha señalado que este principio tiene por finalidad hacer más justo el sistema tributario, de manera que la potestad tributaria atienda la capacidad contributiva de las personas, para que “quien tenga mayor capacidad contributiva, asuma obligaciones mayores”⁷⁸. Por su parte, conforme con la Corte Constitucional⁷⁹ y siguiendo a Juan Rafael Bravo Arteaga, el principio de progresividad corresponde a una manifestación o vertiente del principio de equidad tributaria en sentido vertical, según el cual,

78 Alfredo Lewin Figueroa, *Principios constitucionales del derecho tributario* (Bogotá: Nomos, 2002): 106.

79 CConst, C-056/2019, G. Ortiz, acceso 7 de mayo del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-056-19.htm>.

por mandato constitucional, se debe ordenar la distribución de la carga tributaria de manera que, a mayor capacidad económica, mayor tributación.

En consecuencia, la estructuración del sistema tributario debe orientarse con el propósito enunciado. Empero, el principio de progresividad no es un imperativo inquebrantable, puesto que en nuestra jurisdicción existen tributos de orden regresivo, como el impuesto sobre las ventas, el cual no tiene, inicialmente, consideración de la capacidad económica del contribuyente al momento de la causación de la obligación tributaria. No obstante, pese a la existencia de tributos de orden regresivo, la Corte Constitucional, a través de sentencias como la C-776 del 2003 y C-117 del 2018, ha reconocido la necesidad de prever medidas que permitan aliviar la regresividad en el sistema tributario, puesto que no pueden existir tratamientos diferenciales sin una justificación suficientemente imperiosa, conducente y proporcional.

Ahora bien, para efectos del asunto que nos compete, no se encuentra justificación imperiosa que permita dilucidar la ausencia de una tarifa progresiva para sociedades nacionales. El artículo 240 del Estatuto Tributario señala que la tarifa general del impuesto sobre la renta aplicable a las sociedades nacionales y sus asimiladas, los establecimientos permanentes de entidades del exterior y las personas jurídicas extranjeras, con o sin residencia en el país, es del 32 %, la cual se reducirá hasta el 30 % en el año gravable 2022. En sentido contrario, la tarifa del impuesto sobre la renta para las personas naturales residentes es progresiva, dado que el Legislador reconoció que dichos contribuyentes podían gozar de una capacidad económica distinta y, en aras de optimizar el cumplimiento del mandato de progresividad, se concibió el tratamiento consignado en la tabla 4.

Tabla 4. Tarifa de impuesto sobre la renta a las personas naturales

RANGOS EN UVT		TARIFA MARGINAL (%)	IMPUESTO
DESDE	HASTA		
0	1090	0	0
> 1090	1700	19	(Base gravable en UVT menos 1090 UVT) x 19 %
> 1700	4100	28	(Base gravable en UVT menos 1700 UVT) x 28 % + 116 UVT
> 4100	8670	33	(Base gravable en UVT menos 4100 UVT) x 33 % + 788 UVT
> 8670	18 970	35	(Base gravable en UVT menos 8670 UVT) x 35 % + 2296 UVT
> 18970	31 000	37	(Base gravable en UVT menos 18 970 UVT) x 37 % + 5901 UVT
> 31000	En adelante	39	(Base gravable en UVT menos 31 000 UVT) x 39 % + 10352 UVT

Fuente: ET, art. 241.

Con base en lo anterior, llama la atención que el Legislador no hubiera contemplado una tarifa progresiva del impuesto sobre la renta para las personas jurídicas, pese a que cada una de dichas personas tiene una capacidad económica diferente.

De hecho, la disparidad económica de las sociedades nacionales se hace más palpable al analizar la distribución de utilidades por tamaño de empresa. Por ejemplo, Aurelio Suárez⁸⁰ citó un estudio mediante el cual se analizó 1 379 284 de empresas y el Excedente Bruto de Explotación (EBE). A partir del coeficiente de Gini, se concluyó

80 Aurelio Suárez, “Desigualdad empresarial y tarifa única tributaria”, *El Tiempo*, 3 de noviembre del 2016, acceso 22 de mayo del 2020, <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16742308>.

que la distribución de utilidades por tamaño de empresa se refleja en un coeficiente de 0,822 (cifra altamente inequitativa).

En virtud de lo anterior, es claro que la tributación por concepto del impuesto sobre la renta no se reparte de forma equitativa entre las sociedades contribuyentes en nuestro país, bien sea por la concentración y distribución de utilidades o por los beneficios tributarios injustificados asociados al impuesto sobre la renta y el impuesto sobre las ventas⁸¹.

Implementación de tarifas progresivas del impuesto sobre la renta en otras jurisdicciones

La implementación de tarifas progresivas y diferenciales del impuesto sobre la renta para personas jurídicas no es un asunto que sea ajeno al derecho comparado. Por el contrario, algunas jurisdicciones han contemplado su aplicación en virtud de criterios como la capacidad económica o el fortalecimiento de algunos sectores económicos. Por ejemplo:

Argelia. El sistema tributario de Argelia contempla tarifas diferentes y progresivas del impuesto sobre la renta en un rango del 19 %, el 23 % y el 26 %⁸². La tarifa del 19 % fue prevista para la industria de manufactura para incentivar el crecimiento económico de dicho sector; la tarifa del 23 % aplica para el sector de construcción, infraestructura

81 Comisión de Expertos en Beneficios Tributarios, “Informe de la Comisión de Expertos en Beneficios Tributarios”, *Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)*, acceso 1.º de abril del 2021, <https://www.dian.gov.co/dian/Documents/Informe-Comite-Expertos-DIAN-OCDE2021.pdf>.

82 “Algeria Corporate Income Tax Rate”, *Trading Economics*, 2020, acceso 10 de mayo del 2020, <https://tradingeconomics.com/algeria/personal-income-tax-rate>.

pública, turismo e ingeniería, y la tarifa del 26 % aplica para otras actividades⁸³.

Francia. El sistema tributario francés prevé una tarifa corporativa del impuesto sobre la renta del 28 % para compañías con facturación menor de 250 000 000 euros, en consideración de los primeros 500 000 euros del ingreso sometido a tributación de dichas compañías. Por otra parte, también se contempla una tarifa del 31 % aplicable a los ingresos sometidos a tributación que excedan la base de tributación de 500 000 euros⁸⁴ para compañías que generen una tributación superior a 250 000 000 euros⁸⁵; igualmente, existen tarifas de tributación⁸⁶ más reducidas para actividades económicas de menor rendimiento⁸⁷.

*Polonia*⁸⁸. El sistema fiscal de Polonia⁸⁹ contempla una tarifa progresiva del impuesto sobre la renta que oscila

83 “Corporate Tax Rates 2021”, *Deloitte*, 2021, acceso 10 de junio del 2021, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-corporate-tax-rates.pdf>.

84 “International Tax France Highlights”, *Deloitte*, 2021, acceso 28 de abril del 2021, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-francehighlights-2021.pdf>.

85 *Ibíd.*

86 “Corporate - Taxes on Corporate Income”, *PricewaterhouseCoopers*, 2020, acceso 11 de mayo del 2020, <https://taxsummaries.pwc.com/france/corporate/taxes-on-corporate-income>.

87 “France Corporate Tax Rate”, *Trading Economics*, 2020, acceso 11 de mayo del 2020, <https://tradingeconomics.com/france/corporate-tax-rate>.

88 “Doing Business in Poland. Taxation”, *Ernst & Young*, 2020, acceso 10 de mayo del 2020, [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-doing-business-in-poland-taxation/\\$FILE/Taxation-EN.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-doing-business-in-poland-taxation/$FILE/Taxation-EN.pdf).

89 *Ibíd.*

desde el 9 %⁹⁰ para contribuyentes de menor capacidad económica, es decir, aquellas personas jurídicas que obtienen ganancias no superiores a 1,2 millones de euros anuales y emprendimientos⁹¹, y una tarifa impositiva del 19 % para contribuyentes de mayor capacidad⁹².

Sudán del Sur. De acuerdo con la legislación tributaria de Sudán del Sur⁹³, existen tres tarifas asociadas al impuesto sobre la renta para las personas jurídicas del 10 %, el 20 % y el 25 % respectivamente, para pequeñas empresas, medianas empresas y grandes empresas con base en su capacidad económica⁹⁴.

Como puede apreciarse, diferentes jurisdicciones han construido propuestas de tributación progresiva del impuesto sobre la renta, con fundamento en la capacidad económica de las personas jurídicas o el incentivo a un determinado sector económico.

90 "Poland Corporate Tax Rate", *Trading Economics*, 2020, acceso 11 de mayo del 2020, <https://tradingeconomics.com/poland/corporate-tax-rate>.

91 "Global tax guide to doing business in Poland", *Dentons*, 2021, acceso 15 de junio del 2021, <https://www.dentons.com/en/issues-and-opportunities/global-tax-guide-to-doing-business-in/poland#Corporate%20income%20tax>.

92 "International Tax Poland Highlights", *Deloitte*, 2021, acceso 28 de junio del 2021, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-polandhighlights-2020.pdf>.

93 "South Sudan 2019/2020 Financial Act Published", *The Tax Hub. Orbitax*, 2020, acceso 15 de mayo del 2020, <https://www.orbitax.com/news/archive.php/South-Sudan-2019/2020-Financia-40754>

94 *Ibíd.*

Alternativa propuesta

Esta propuesta consiste en la implementación de una tarifa progresiva del impuesto sobre la renta con base en la capacidad económica de la persona jurídica, con el fin de cumplir el principio de progresividad y fortalecimiento de la industria nacional. De acuerdo con ello, se estima que la tarifa progresiva del impuesto sobre la renta incentive el crecimiento de la industria nacional, de las pymes y de los emprendedores al establecer márgenes de contribución coherentes con su capacidad económica, tal y como sucede en las jurisdicciones descritas en el apartado anterior.

Ahora bien, si se discutiera la eventual aminoración del recaudo generado con ocasión del reemplazo de la tarifa general del impuesto sobre la renta, es necesario resaltar que esta propuesta debe implementarse junto con la revisión de los beneficios tributarios otorgados a las industrias extractivas. Complementando lo anterior, es importante resaltar que, igualmente, la Administración Tributaria aminorará su recaudo en virtud de la quiebra y la extinción de sociedades y pequeños emprendimientos; precisamente, el objeto de esta propuesta es evitar dicha circunstancia o, cuando menos, que la cancelación de la matrícula mercantil no se genere por la excesiva carga tributaria impuesta sobre industrias emergentes.

Por otra parte, la implementación de tarifas diferenciales en virtud de la capacidad económica y la generación de valor de las sociedades nacionales es un tema que ya se ha debatido en anteriores oportunidades en nuestro país, como lo propuso la Asociación Colombiana de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (Acopi) con ocasión del trámite de la Ley 1943 del 2018^[95]. Así, Acopi

95 Alfredo Castellanos, "Propuesta de impuesto diferencial de renta y alivio tributario por valor agregado para el Proyecto

planteó una tarifa del impuesto sobre la renta progresiva con los siguientes rangos: 27 %, 28 %, 29 % y 30 % en favor de las mipyme definidas en la Ley 590 del 2000, y un rango de tarifas diferenciales para otros sectores: 24 %, 26 %, 30 % y 32 %⁹⁶. Asimismo, se planteó un descuento tributario para el impuesto sobre la renta conforme al valor agregado generado por el producto final.

Por último, el Documento Conpes 3956 del 2019, por medio del cual se planteó la Política de formalización empresarial, contempló la necesidad de estudiar la posible implementación de tarifas diferenciales para las personas jurídicas con fundamento en su capacidad contributiva⁹⁷. En virtud de lo expuesto, el desarrollo de esta alternativa coincide con la necesidad planteada por los industriales y empresarios del país y la tendencia de otras jurisdicciones. Lo anterior permite fortalecer la industria nacional y a su vez afrontar los efectos de la automatización sin afectar la competitividad de la industria y sin recurrir a la imposición de nuevos gravámenes.

de Ley de Financiamiento”, *Acopi Bogotá*, 2018, acceso 20 de mayo del 2020, https://issuu.com/acopibogotacundinamarca/docs/presentaci_n_impo_renta_diferenci_-.

96 “Políticas diferenciales para una mejor realidad empresarial mipyme”, *Acopi*, 2019, acceso 22 de mayo del 2020, <https://acopi.org.co/wp-content/uploads/2018/10/PRESENTACI%C3%93N-ROSMERY-QUINTERO.pdf>.

97 Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación (DNP), *Documento Conpes 3956 del 2019*, acceso 20 de mayo del 2020, <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3956.pdf>.

Incentivo tributario para la contratación de población de edad superior a los cuarenta años

El último eje de la propuesta de política tributaria consiste en la creación de un incentivo tributario que propende a la contratación de la población *senior* o de edad superior a los cuarenta años dado que, como se discutió ampliamente en apartados anteriores, este es uno de los sectores económicos más afectados por el proceso de automatización industrial. De acuerdo con esto, la implementación de un beneficio tributario que incentive la integración laboral de esta población permitiría afrontar el desplazamiento de la mano de obra laboral y, por ende, junto con la implementación de los ejes ya descritos, fortalecer la industria nacional, la competitividad y la contratación laboral.

Finalmente, es menester señalar que este tipo de iniciativas ya han sido desarrolladas en nuestro ordenamiento jurídico, como se evidencia en el artículo 11 de la Ley 1429 del 2010^[98] y el proyecto de ley citado (Ley del Último Empleo), que está pendiente de sanción presidencial. Por ende, es necesario profundizar en este tipo de incentivos en pro de la traslación de la generación de riquezas desde el capital a la fuerza laboral.

Análisis de la ventana de oportunidad

Se considera que la presentación de estas recomendaciones de política tributaria es oportuna dada la coyuntura económica y social que se ha gestado con ocasión del Gobierno de Iván Duque Márquez. De hecho, recientemente el Gobierno nacional se ha planteado la posibilidad de

98 Ley 1429 del 2010, art. 11.

presentar una nueva reforma tributaria⁹⁹ estructural¹⁰⁰ de la mano de una reforma laboral¹⁰¹ para mitigar los efectos económicos de la reducción de la tasa de participación laboral, ocupación y el aumento de la tasa de desempleo, junto con las vicisitudes económicas suscitadas por la declaratoria de la pandemia de la COVID-19^[102].

En consecuencia, es recomendable que el Gobierno nacional proponga transformaciones tributarias e incentive la contratación laboral desde la perspectiva propuesta, para atender las necesidades de la coyuntura social y económica descrita.

RECOMENDACIONES

- Conforme con la sentencia de la Corte Constitucional C-235 del 2019, M. P.: José Fernando Reyes

99 “Alberto Carrasquilla dijo que podría haber reforma tributaria después de la pandemia”, *La República*, 2020, acceso 14 de mayo del 2020, <https://www.larepublica.co/economia/alberto-carrasquilla-dijo-que-podria-haber-reforma-tributaria-despues-de-la-pandemia-3003370>.

100 “Discusión de nueva reforma tributaria en Colombia iniciaría en 2021”, *Valora Analitik*, 2020, acceso 15 de mayo del 2020, <https://www.valoraanalitik.com/2020/04/21/discusion-de-nueva-reforma-tributaria-en-colombia-iniciar-a-en-2021/>.

101 Véanse Yamid Amat, “Con la reforma laboral se podría contratar de muchas maneras”, *Portafolio*, 6 de octubre del 2019, acceso 14 de mayo del 2020, <https://www.portafolio.co/economia/empleo/los-cambios-que-se-vendrian-con-la-reforma-laboral-534312>.

102 “¿Es momento para una reforma laboral en Colombia? Esto dicen expertos”, *El País*, 18 de mayo del 2020, acceso 14 de mayo del 2020, <https://www.elpais.com.co/economia/es-momento-para-una-reforma-laboral-en-colombia-esto-dicen-expertos.html>.

Cuartas, es importante que el diseño del articulado que elimine los beneficios tributarios asociados al sector extractivo contemple regímenes de transición y no vulnere derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas.

- Es importante que el Gobierno nacional contemple otras alternativas conjuntas para fortalecer la industria nacional, como la revisión de los costos y beneficios de los TLC celebrados por Colombia, junto con la eficiencia de otros beneficios tributarios creados recientemente, como los previstos en la Ley 2010 del 2019.

BIBLIOGRAFÍA

- Abbot, Ryan y Bret Bogenschneider. "Should Robots Pay Taxes? Tax Policy in the Age of Automation". *Harvard Law & Policy Review* 12, (2018): 145-175.
- Ahmed, Sami. "Cryptocurrency & Robots: How to Tax and Pay Tax on Them". *South Carolina Law Review* 69 (2018): 698-740.
- "Algeria Corporate Income Tax Rate". *Trading Economics*, 2020. Acceso 10 de mayo del 2020. <https://tradingeconomics.com/algeria/personal-income-tax-rate>.
- Amat, Yamid. "Con la reforma laboral se podría contratar de muchas maneras". *Revista Portafolio*, 6 de octubre del 2019. Acceso 14 de mayo del 2020. <https://www.portafolio.co/economia/empleo/los-cambios-que-se-vendrian-con-la-reforma-laboral-534312>.
- "Automatización y desempleo". *La República*, 13 de febrero del 2015. Acceso 30 de abril del 2020. <https://www.larepublica.co/opinion/analistas/automatizacion-y-desempleo-2219816>.
- Bravo, Juan Rafael. *Nociones fundamentales de Derecho Tributario*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007.
- Cárdenas Santamaría, Mauricio. "Exposición de motivos. Proyecto de Ley 134 del 2014, Cámara de Representantes". En *Gaceta del Congreso*

- año XXIII, n.º 175 (2014), acceso 10 de mayo del 2020. http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicalizados/Ponencias/2014/gaceta_575.pdf.
- Carrasquilla, Alberto. “Exposición de motivos del proyecto de ley ‘Por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto nacional y se dictan otras disposiciones’”. 2018. Acceso 10 de mayo del 2020. [http://www.comunidadcontable.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/pl-240-18c\(reforma%20tributaria\)-exposici%C3%B3n%20de%20motivos.pdf](http://www.comunidadcontable.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/pl-240-18c(reforma%20tributaria)-exposici%C3%B3n%20de%20motivos.pdf).
- Castellanos, Alfredo. “Propuesta de Impuesto Diferencial de Renta y Alivio Tributario por Valor Agregado para el Proyecto de Ley de Financiamiento”. *Acopi*, 21 de noviembre del 2018. Acceso 20 de mayo del 2020. https://issuu.com/acopibogotacundinamarca/docs/presentaci_n_impo_renta_diferenci_-.
- Cigüenza, Noelia. “Las personas jurídicas son las que soportan la mayor carga de impuestos en el país.” *La República*, 11 de mayo del 2018. Acceso 6 de mayo del 2020. <https://www.larepublica.co/especiales/las-empresas-mas-grandes-de-2017/las-personas-juridicas-son-las-que-soportan-la-mayor-carga-de-impuestos-en-el-pais-2725170>.
- Cimoli, Mario. “La transformación del empleo: una mirada desde América Latina”. *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, 2019. Acceso 4 de mayo del 2020. http://conferencias.cepal.org/transformacion_empleo/Pdf/Presentation%20Mario%20Cimoli.pdf.
- Clavijo, Sergio. “Tributación efectiva corporativa en Colombia (2019-2022)”. *La República*, 23 de abril del 2019. Acceso 5 de mayo del 2020. <https://www.larepublica.co/analisis/sergio-clavijo-500041/tributacion-efectiva-corporativa-en-colombia-2019-2022-2854045>.
- Comisión de Expertos en Beneficios Tributarios. “Informe de la comisión de expertos en beneficios tributarios”. *Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)*. Acceso 1.º de abril del 2021. <https://www.dian.gov.co/dian/Documents/Informe-Comite-Expertos-DIAN-OCDE2021.pdf>.

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y Organización Internacional del Trabajo (OIT). “La inserción laboral de las personas mayores: necesidades y opciones”. *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe*, n.º 18 (2018). Acceso 10 de mayo del 2020. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43603/1/S1800398_es.pdf.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación (DNP). *Documento Conpes 3956*. Acceso 20 de mayo del 2020. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3956.pdf>.
- “Corporate - Taxes on corporate income”. *PricewaterhouseCooper*, 2020. Acceso 11 de mayo del 2020. <https://taxsummaries.pwc.com/france/corporate/taxes-on-corporate-income>.
- “Corporate Tax Rates 2021”. *Deloitte*, 2021. Acceso 10 de mayo del 2021. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-corporate-tax-rates.pdf>.
- “De cómo las empresas mineras se llevan todo y no nos dejan nada”. *Cedetrabajo*, 5 de octubre del 2015. Acceso 30 de abril del 2020. <https://cedetrabajo.org/blog/de-como-las-empresas-mineras-se-llevan-todo-y-no-nos-dejan-nada/>.
- Delvaux, See Mady. “Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, 2015/2103”. En *Committee on Legal Affairs. European Parliament*, 2017. Acceso 5 de mayo del 2020. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html.
- “Desempleo: el principal problema económico de Colombia”. *Dinero*, 13 de junio del 2019. Acceso 3 de mayo del 2020. <https://www.dinero.com/pais/articulo/que-pasa-con-el-desempleo-en-colombia/273148>.
- “Desempleo en Colombia en enero de 2020 fue del 13 %”. *El País*, 28 de febrero del 2020. Acceso 5 de mayo del 2020. <https://www.elpais.com.co/economia/desempleo-en-colombia-en-enero-de-2020-fue-del-13-1.html>.
- “Discusión de nueva reforma tributaria en Colombia iniciaría en 2021”. *Valora Analitik*, 21 de abril del 2020. Acceso 15 de mayo del 2020.

- <https://www.valoraanalitik.com/2020/04/21/discusi-n-de-nueva-reforma-tributaria-en-colombia-iniciar-a-en-2021/>.
- “Doing business in Poland. Taxation”. *Ernst & Young*, 2020. Acceso 10 de mayo del 2020. [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-doing-business-in-poland-taxation/\\$FILE/Taxation-EN.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-doing-business-in-poland-taxation/$FILE/Taxation-EN.pdf).
- Eichhorst, Werner. *Automatization and labor: Global challenges in a world in transition – a view from Germany “The Transformation of Employment”*, 2019. Acceso 30 de abril del 2020. http://conferencias.cepal.org/transformacion_empleo/Pdf/Sr.%20Eichhorst.pdf.
- “El desempleo aumentó en Colombia en 2019”. *Portafolio*, 31 de enero del 2020. Acceso 14 de mayo del 2020. <https://www.portafolio.co/economia/tasa-de-desempleo-en-colombia-2019-supero-10-desempleo-537638>.
- “¿Es momento para una reforma laboral en Colombia? Esto dicen expertos”. *El País*, 18 de mayo del 2020. Acceso 14 de mayo del 2020. <https://www.elpais.com.co/economia/es-momento-para-una-reforma-laboral-en-colombia-esto-dicen-expertos.html>.
- “Executive Summary World Robotics 2019 Industrial Robots”. *International Federation of Robotics*, 2019. Acceso 30 de abril del 2020. <https://ifr.org/downloads/press2018/Executive%20Summary%20WR%202019%20Industrial%20Robots.pdf>.
- “Exposición de motivos del proyecto de ley ‘Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones’”, 2016. *Deloitte*. Acceso 10 de mayo del 2020. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/co/Documents/tax/Exposici%C3%B3n%20de%20Motivos%20Reforma%20Estructural%202016.pdf>.
- Floridi, Luciano. “Robots, Jobs, Taxes and Responsibilities”. *Philosophy & Technology* 30 (2017): 1-4. doi: 10.1007/s13347-017-0257-3.
- “France Corporate Tax Rate”. *Trading Economics*, 2020. Acceso 11 de mayo del 2020. <https://tradingeconomics.com/france/corporate-tax-rate>.
- Gasteiger, Emanuel y Klaus Prettnner. “A Note on Automation, Stagnation, and the Implications of a Robot Tax”. *Macroeconomic Dynamics* 25, n.º 5 (2020). doi: 10.1017/S1365100520000139.

- “Global tax guide to doing business in Poland”. *Dentons*, 2021. Acceso 15 de junio del 2021. <https://www.dentons.com/en/issues-and-opportunities/global-tax-guide-to-doing-business-in/poland#Corporate%20income%20tax>.
- “Glosario de términos”. *Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)*, 2012. Acceso 8 de mayo del 2020. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/fichas/empleo/glosario_GEIH.pdf.
- Gómez, Hernando y Roberto Steiner. “La Reforma Tributaria y su impacto sobre la Tasa Efectiva de Tributación de las firmas en Colombia”. *Coyuntura Económica* XLV, n.º 1 (2015): 13-44. <https://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/2885>.
- “Informe de Mercado Laboral. Información febrero de 2020”. *Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)*, 2020. Acceso 4 de mayo del 2020. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo>.
- “International Tax France Highlights”. *Deloitte*, 2021. Acceso 28 de junio del 2021. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-francehighlights-2021.pdf>.
- “International Tax Poland Highlights”. *Deloitte*, 2021. Acceso 28 de junio del 2021. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-polandhighlights-2021.pdf>.
- “Is It Feasible to Levy a Tax on Robots?”. *Beijing Review*, n.º 4 (2017). Acceso 4 de mayo del 2020. http://www.bjreview.com/Opinion/201704/t20170401_800092610.html.
- Kaminska, Izabella. “The Misguided Logic of a Robot Income Tax”. *Financial Times-Alphaville*, 2017. Acceso 10 de mayo del 2020. <https://ftalphaville.ft.com/2017/02/22/2184839/the-misguided-logic-of-a-robot-income-tax/>.
- Katz, Raúl. “Impacto de la cuarta revolución industrial en el empleo de Chile”. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2019. Acceso 30 de abril del 2020. http://conferencias.cepal.org/transformacion_empleo/Pdf/Dr.%20Ra%C3%BAI%20L.%20Katz.pdf.
- Kerns, Jeff. “Should Robots that Displace Workers Be Taxed?”. *Machine Design*, 10 de marzo del 2017. Acceso 30 de abril del 2020. <https://>

- www.machinedesign.com/automation-iiot/article/21835262/should-robots-that-displace-workers-be-taxed.
- “La automatización y el empleo”. *Fenalco*, 2019. Acceso 14 de mayo del 2020. <http://www.fenalco.com.co/file/4359>.
- “La transformación del empleo ante la revolución digital y la automatización”. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2019. Acceso 3 de mayo del 2020. <https://www.cepal.org/es/eventos/la-transformacion-empleo-la-revolucion-digital-la-automatizacion>.
- Leal Acosta, Adriana. “Alberto Carrasquilla dijo que podría haber reforma tributaria después de la pandemia”. *La República*, 8 de mayo del 2020. Acceso 14 de mayo del 2020. <https://www.larepublica.co/economia/alberto-carrasquilla-dijo-que-podria-haber-reforma-tributaria-despues-de-la-pandemia-3003370>.
- Lewin Figueroa, Alfredo. *Principios constitucionales del derecho tributario*. Bogotá: Nomos, 2002.
- Lonescu, Luminita. “Should Governments Tax Companies’ Use of Robots? Automated Workers, Technological Unemployment, and Wage Inequality”. *Economics, Management, and Financial Markets* 14, n.º 2 (2019): 64-69.
- “Los sectores económicos que serán vitales para la producción industrial en el próximo gobierno”. *Grupo Proindustria y Centro de Estudios del Trabajo*, 2018. Acceso 8 de mayo del 2020. <https://cedetrabajo.org/blog/actualidad-industrial-10-los-sectores-economicos-que-seran-vitales-para-la-produccion-industrial-en-el-proximo-gobierno/>.
- Mankiw, N. Gregory. *Principios de economía*. 6.ª ed. México: Cengage Learning, 2012.
- Mazur, Orly. “Taxing the Robots”. *Pepperdine Law Review* 46, (2019): 277-328.
- McGoogan, Cara. “South Korea Introduces World’s First Robot Tax”. *Telegraph*, 9 de agosto del 2017. Acceso 2 de mayo del 2020. <https://www.telegraph.co.uk/technology/2017/08/09/south-korea-introduces-worlds-first-robot-tax/>.
- “Mercado Laboral. Información marzo 2020”. *Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)*, 2020. Acceso 5 de mayo del

2020. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo>.
- “Mercado Laboral. Principales resultados. Diciembre de 2019-febrero de 2020”. *Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)*, 2020. Acceso 3 de mayo del 2020. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/pres_web_empleo_resultados_feb_20.pdf.
- Nedelkoska, Ljubica y Glenda Quintini. “Automation, skills use and training”. *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, n.º 202 (2018).
- Oberson, Xavier. “Taxing Robots? From the Emergence of an Electronic Ability to Pay to a Tax on Robots or the Use of Robots”. *World Tax Journal* 9, n.º 2 (2017): 247-261.
- “Para enfrentar la Cuarta Revolución Industrial es fundamental impulsar políticas laborales y productivas complementarias, advirtieron especialistas en la CEPAL”. *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, 5 de marzo del 2019. Acceso 3 de mayo del 2020. <https://www.cepal.org/es/noticias/enfrentar-la-cuarta-revolucion-industrial-es-fundamental-impulsar-politicas-laborales>.
- Pardo, Álvaro y Jorge Espitia. “Consecuencias fiscales del modelo extractivista en un escenario de precios deprimidos”. *Red de Justicia Tributaria en Colombia*, 2015. Acceso 28 de abril del 2020. https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://cedetrabajo.org/wp-content/uploads/2015/11/Consecuencias_fiscales_Alvaro-Pardo-y-Jorge-Espitia-ilovepdf-compressed.pdf&hl=es.
- Paul-Choudhury, S. “A robot tax is only the beginning”. *New Scientist*, n.º 233. (2017): 25.
- “Políticas diferenciales para una mejor realidad empresarial mipyme”. *Acopi*, 2019. Acceso 22 de mayo del 2020. <https://acopi.org.co/wp-content/uploads/2018/10/PRESENTACION%20C3%93N-ROSMERY-QUINTERO.pdf>.
- “Poland Corporate Tax Rate”. *Trading Economics*, 2020. Acceso 11 de mayo del 2020. <https://tradingeconomics.com/poland/corporate-tax-rate>.

- Rimmer, Mathew. "The Wild West of Robot Law". *Australasian Science* 38, n.º 3 (2017). <http://www.australasianscience.com.au/article/issue-mayjune-2017/wild-west-robot-law.html>.
- Rivero, Mario. *Poemas urbanos: vuelvo a las calles*. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte, 2014. <https://www.bibliotecadigitaldebogota.gov.co/resources/2044574/>.
- Rodríguez, Henry. "Mazda cierra ensambladora en Colombia". *Semana*, 2 de mayo del 2014. Acceso 20 de abril del 2020. <https://www.semana.com/empresas/articulo/mazda-cierra-ensambladora/195707/>.
- Romero, Andrés. "2018 el año en que más de 48.000 empresas se quebraron en todo el país". *Blog de Derecho de los Negocios. Universidad Externado de Colombia*, 31 de mayo del 2018. Acceso 1.º de mayo del 2020. <https://dernegocios.uexternado.edu.co/negociacion/2018-el-ano-en-que-mas-de-48-000-empresas-se-quebraron-en-todo-el-pais/>.
- Shiller, Robert J. "Robotization Without Taxation?". *Project Syndicate*, 2017. Acceso 10 de enero del 2020. <https://www.project-syndicate.org/commentary/temporary-robot-tax-finances-adjustment-by-robert-j--shiller-2017-03?barrier=accesspaylog>.
- "Sin marcha atrás: La automatización será una realidad en Colombia en 2020". *Semana*, 13 de marzo del 2017. Acceso 30 de abril del 2020. <https://www.semana.com/emprendimiento/articulo/automatizacion-en-las-empresas-colombianas-en-el-2020-segun-deloitte/242846/>.
- "Sistemas de Automatización Industrial". *Rivas Robotics*, 4 de abril del 2017. Acceso 3 de mayo del 2020. <https://rivasrobotics.com/sistemas-de-automatizacion-industrial/>.
- "South Sudan 2019/2020 Financial Act Published". *The Tax Hub. Orbitax*, 31 de enero del 2020. Acceso 15 de mayo del 2020. <https://www.orbitax.com/news/archive.php/South-Sudan-2019/2020-Financia-40754>.
- Tenjo, Jaime. "El empleo y la COVID-19". *El Espectador*, 6 de abril del 2020. Acceso 10 de mayo del 2020. <https://www.elespectador.com/opinion/el-empleo-y-el-covid-19-columna-913336>.

- Thuemmel, Uwe. "Optimal Taxation of Robots". *CESifo Working Papers*, (2018): 1-68.
- Tovar Rey, Nohora. "Proyecto de ley 047 de 2017. Por medio del cual se modifica la ley 1429 de 2010". Acceso 8 de mayo del 2020. [https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-08/P.L.047-2017C%20\(EMPLEO%20PARA%20MAYORES\).pdf](https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-08/P.L.047-2017C%20(EMPLEO%20PARA%20MAYORES).pdf).
- Valencia, Mario A. y Enrique Daza. "¿Y si se eliminan los beneficios al sector extractivo?". *Red de Justicia Tributaria*, 2018. Acceso 30 de abril del 2020. <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://cedetrabajo.org/wp-content/uploads/2018/05/%C2%BFY-SI-SE-ELIMINAN-LOS-BENEFICIOS-A-LA-MINERIA%CC%81Abaja.pdf&hl=es>.
- Vargas, Paola A. "Niveles de desempleo están relacionados con migración y tecnología, según Fenalco". *La República*, 5 de octubre del 2019. Acceso 9 de mayo del 2020. <https://www.larepublica.co/economia/niveles-de-desempleo-estan-relacionados-con-migracion-y-tecnologia-segun-fenalco-2917975>.
- Zhang, P. "Automation, Wage Inequality and Implications of a Robot Tax". *International Review of Economics & Finance* 59, enero (2019): 500-509.

Jurisprudencia

- CConst, C-776/2003, M. Cepeda Espinosa. Acceso 30 de abril del 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-776-03.htm>.
- CConst, C-263/2011, J. Pretelt Chaljub. Acceso 1.º de mayo del 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-263-11.htm>.
- CConst, C-117/2018, G. Stella Ortiz. Acceso 1.º de mayo del 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-117-18.htm>.
- CConst, C-145/2018, D. Fajardo Rivera. Acceso 3 de mayo del 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-145-18.htm>.

CConst, C-056/2019, G. Stella Ortiz. Acceso 7 de mayo del 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-056-19.htm>.

CConst, C-235/2019, J. Reyes Cuartas. Acceso 9 de mayo del 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-235-19.htm>.

Leyes y normas

CN, art. 333.

CN, art. 334.

CN, art. 347.

DL, 568/2020.

ET, art. 26.

ET, art. 240.

ET, art. 241.

L. 1429/2010, art. 11.

LOS IMPUESTOS EN LA VIDA DE PAREJA: DE LA SEPARACIÓN Y LOS GANANCIALES

Estructuras contra yernos creativos*

David Alejandro Mejía Bonilla

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.564>

Andrés y Ana se conocieron en la universidad. Él es un biólogo exitoso de una familia modesta. Ella es una artista descendiente de padres judíos con bienes en Colombia y en el exterior. Antes de casarse, Calev, padre de Ana, exigió capitulaciones matrimoniales. No quiere yernos creativos en su familia. La estructura de bienes de Calev pasa por sociedades nacionales, inmuebles en Colombia y en el exterior, fundaciones de interés privado y un *trust* condicionado del cual Ana no tiene conocimiento. Al igual que su madre, Ana es coleccionista de arte. Luego de varios años de matrimonio Ana decide separarse, y justo al iniciar los trámites de divorcio, Calev fallece. Ana, junto con su equipo de abogados, está dispuesta a todo para proteger su fortuna y la herencia de su padre. Andrés es asesorado por una abogada de familia, experta en patrimonios familiares. Los abogados de los cónyuges plantean sus estrategias. Luego de muchas reuniones y cansado del litigio, Andrés decide renunciar parcialmente a los gananciales. La separación está por terminar.

PALABRAS CLAVE

Capitulaciones matrimoniales, divorcio, fundaciones de interés privado, gananciales, ganancia ocasional, inventario de bienes, matrimonio, patrimonios familiares, planeación patrimonial, separación de bienes, sociedad conyugal.

GLOSARIO

Capitulaciones matrimoniales: Convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio relativas a los bienes que aportan a este y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o a futuro.

Ganancia ocasional: Ingresos extraordinarios de un contribuyente, generados por el cumplimiento de determinados hechos que las normas tributarias han calificado taxativamente como constitutivos de ganancia ocasional. Regulada en Colombia en los artículos 299 y siguientes del Estatuto Tributario.

Gananciales: Masa indivisa de bienes, deudas y demás elementos indicados en la ley que, como universalidad jurídica, genera en favor de ambos cónyuges el derecho a la partición de dicha masa una vez disuelta la sociedad conyugal.

Matrimonio: Contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

Sociedad conyugal: Comunidad de bienes que tiene su nacimiento con el matrimonio y que se encuentra compuesta conforme a lo establecido en el artículo 1781 del Código Civil colombiano.

LOS IMPUESTOS EN LA VIDA DE PAREJA: DE LA SEPARACIÓN Y LOS GANANCIALES, ESTRUCTURAS CONTRA YERNOS CREATIVOS

Andrés era un joven tímido, introvertido, con grandes ilusiones frente al amor y el futuro, que iniciaba sus estudios de Biología en la universidad. Finalizaban los años noventa y un día, mientras caminaba por el campus universitario, su mirada se cruzó con el ser más maravilloso que había visto en su vida.

Ella era Ana, tenía el pelo largo y rostro de portada de revista. Iba con un grupo de amigas riendo. La mirada de Andrés se cruzó con la de ella. Ana, indiferente, lo pasó por encima. Él se quedó inmóvil, como si hubiese visto un ángel.

Después de ese cruce de miradas, no la volvió a encontrar entre los miles de estudiantes. A veces le parecía ver su reflejo en los vidrios de los locales comerciales y de la biblioteca, en las ventanas de Transmilenio; sin embargo, siempre terminaba entre otros rostros.

El semestre se acercaba a su final cuando un día Andrés vislumbró a Ana desde lejos en la entrada de la Facultad de Arte. Esta vez no estaba rodeada de sus bulliciosas amigas; por el contrario, estaba sola y cargaba con cierta dificultad un caballete y un lienzo. “Es pintora”, pensó Andrés.

Venciendo su timidez, se acercó a ella y le ofreció gentilmente su ayuda. Ana, sorprendida, aceptó. Caminaron varios metros en silencio, atravesaron las facultades de Administración, Ingeniería y Derecho. Andrés no conocía el destino al que se dirigían y no lograba preguntarle su nombre. Tan solo quería estar unos minutos más junto a ella.

Ana era una mujer con porte de extranjera. Su cara era fina, sus ojos grandes y azules. “Quizás es suiza”, pensó él.

El silencio se rompe.

- ¿Quién eres?
- Mi nombre es Andrés, estudio biología. ¿Y tú?
- Yo soy Ana, estudio arte.
- Sí lo imaginé. El caballete y el lienzo me decían algo. Ambos sonrieron.

Este fue el inicio de su historia. Pasaron algunos años y ambos terminaron sus carreras: Andrés con una tesis laureada en teorías de la evolución y Ana con una invitación a exponer sus pinturas en una galería de arte en Ginebra.

Andrés era colombiano de nacimiento, de clase media, vivía en un barrio al occidente de Bogotá. Su padre había fallecido cuando estaba en el colegio y su madre era profesora del Distrito. La universidad la había logrado pagar con media beca que una amiga de su mamá le había ayudado a conseguir y con un crédito del Ictetex, el cual no daba espera.

Los padres de Ana eran judíos. La familia de su mamá había migrado a Suiza al final de la Segunda Guerra Mundial. Allí, su mamá había comenzado a pintar y se había convertido en una referente de la pintura de los años setenta en Ginebra. Su padre, el señor Calev, era un judío nacido en Colombia, descendiente de aquellos judíos que llegaron a la costa Caribe colombiana buscando refugio en los años cincuenta. Sus padres se habían separado de mutuo acuerdo, pero nunca formalizaron legalmente su separación. Después de esto, Samara, la madre de Ana, se radicó en Ginebra.

Con su gran capacidad para hacer negocios, Calev había logrado obtener una fortuna considerable. Sin embargo, el patrimonio que había construido junto con Samara durante su matrimonio tenía ciertas condiciones:

- Una sociedad familiar constituida bajo la modalidad de sociedad por acciones simplificadas (S.A. S.), titular de plantaciones de banano en el Magdalena

Medio, y la cual fue denominada por Calev como Plantaciones S. A. S. Las acciones de esta sociedad habían sido traspasadas a los hijos de Calev y este había conservado una acción preferencial con el 100 % de los derechos económicos y políticos. Las acciones serían convertidas en acciones ordinarias al momento en que Calev falleciera.

- ▶ Tres apartamentos en Estados Unidos: uno en Miami, uno en San Francisco y otro en Brooklyn, cada uno con un valor aproximado de USD 500 000. Los apartamentos se encontraban en cabeza de una fundación de interés privado panameña, cuyos beneficiarios eran sus hijos. Esta condición no la conocía Ana. Dicha fundación no se encontraba declarada en Colombia.
- ▶ Un apartamento en Ginebra en el cual vivía Samara. Este apartamento hacía parte de la herencia de la madre de Ana y no fue declarado en Colombia.
- ▶ Un *trust* constituido en el exterior, sujeto a condición, con inversiones en títulos de renta fija y variable. Los derechos del *trust* serían entregados a Ana en el momento de la muerte de su padre, siempre y cuando ella hubiese cumplido 35 años de edad. Ana no tenía conocimiento de este *trust*.

Llega el 2004 y Andrés cree que es el mejor año para proponerle matrimonio a Ana. Él es un romántico. Su amor lo puede todo y Ana es el amor de su vida.

Andrés se va por lo clásico, y teniendo en cuenta que Calev y Samara son personas bastante tradicionales, decide hablar con Calev para pedirle su consentimiento y contraer matrimonio con su hija.

Al escuchar a Andrés, Calev inmediatamente piensa en el patrimonio que ha construido durante años. Andrés es un buen hombre, pero no tiene nada para ofrecerle a su hija y él

no está dispuesto a arriesgar los ahorros y el trabajo de toda su vida para que su futuro “yerno creativo” se aproveche.

Calev, con un tono serio, le indica que su único requisito para que contraigan matrimonio es que firmen capitulaciones matrimoniales. Andrés agradece su tiempo y se retira confuso. Había escuchado que las familias ricas firman capitulaciones, pero no entendía del todo su efecto ni en qué consistía esto.

Andrés decide casarse, sin importar los requisitos de Calev ni de Samara, padres de Ana. Él está convencido firmemente de que Ana es la mujer de su vida y que jamás se separarán. De esta manera, y antes de la magna celebración, Ana y Andrés firman las capitulaciones. En estas se excluyen los bienes presentes de Ana, las acciones de Plantaciones S. A. S. y todos aquellos bienes futuros provenientes de transferencias que realicen personas ligadas a Ana en primer grado de consanguinidad.

El matrimonio se celebra en Barranquilla, con un total de cuatrocientos invitados que asisten en sus mejores trajes de gala al Country Club. La fiesta es espléndida y se prolonga hasta la madrugada. Al final de la celebración, Andrés rompe una copa de cristal, tal como dictan las tradiciones judías.

Los primeros quince años pasan y Andrés y Ana son más felices que nunca. Han viajado y Andrés, que poco lo había hecho hasta entonces, ha conocido el mundo: Occidente y Oriente. A nivel profesional, gracias a su tenacidad y dedicación, se convierte en un biólogo de reconocimiento mundial. Ana no se queda atrás: expone ininterrumpidamente en galerías por toda Europa. Durante estos años los cónyuges adquieren conjuntamente los siguientes bienes:

- Un apartamento de COP 2500 000 000 en Bogotá, en el cual se conservaban varias obras de arte de un valor cercano a un millón de dólares. Estas obras no se encuentran declaradas fiscalmente.

- ▶ Un apartamento en Cartagena, el cual es utilizado únicamente en época de vacaciones, y principalmente en el mes de enero durante el festival de música clásica de la ciudad.
- ▶ Una finca de recreo en la Mesa de los Santos, cuyo valor comercial se estima en COP 1250 000 000. Esta finca la había adquirido Andrés en un remate judicial por menos de la mitad de su precio comercial.

A comienzos del 2018, Andrés y Ana empiezan a tener grandes diferencias. Por su parte, Ana no soporta los insectos en recipientes por todo lado; la biología la tiene harta. Para ella, su arte es lo más importante y Andrés ya no muestra interés en este. A pesar de que comparten ciertos gustos, se ha abierto una brecha entre ellos y Ana comienza a considerar seriamente una separación.

A los pensamientos de Ana se sumaron ciertos problemas de liquidez financiera de Andrés. Han pasado algunos años desde que recibió los primeros reconocimientos por su investigación y la financiación de una entidad gubernamental para un nuevo proyecto fue bloqueada por intereses políticos.

Andrés requiere recursos para financiar sus investigaciones y debido a esto le planteó a Ana la posibilidad de vender algunas obras de arte o pedirle a su padre un préstamo de Plantaciones S. A. S. El préstamo sería temporal y se pagaría con la venta del libro que Andrés estaba escribiendo con material didáctico de las investigaciones y hallazgos en biología molecular. Sin embargo, Ana se rehúsa a vender obras de su colección de arte y a Andrés solo le queda una opción: acudir a su suegro.

Calev, sin conocer los problemas de la pareja, le ha tomado cierto aprecio a Andrés y piensa que con el gran cuidado que ha tenido y el amor que le tiene a su hija, un préstamo de quinientos millones de pesos no sería algo

difícil de otorgar. Caley le presta el dinero y no se firma documento alguno.

A mediados del siguiente año, Ana decide irse a vivir a Ginebra. Un día antes de partir le dice a Andrés que quiere separarse. Andrés recibe la noticia con sorpresa, pues nunca imaginó que sus diferencias fuesen tan fuertes. En ese momento Ana recibe una llamada inesperada: es Samara, su madre.

—Hola, mamá.

(La madre sollozando).

—¿Qué pasa, mamá? ¿Por qué estás llorando?

—Tu padre... tu padre falleció.

Han pasado dos semanas desde la muerte de Caley y Ana recibe una llamada de Alejandro Ocampo, abogado de una firma colombiana. Durante la conversación, Alejandro le indica a Ana que su padre y él habían sido amigos toda la vida. Él era su abogado de confianza y su asesor tributario.

Una vez concretaron una cita, Ocampo le cuenta a Ana toda la estructura de bienes de su padre, cuáles estaban declarados en Colombia y cuáles no. Ana, preocupada, le informa a Alejandro su intención de separarse. Es hora de realizar un plan. Algunos bienes que se encuentran a su nombre no fueron objeto de las capitulaciones matrimoniales que se firmaron con Andrés años atrás. Ana está próxima a cumplir 35 años, momento en el cual tendrá derechos sobre el *trust* del exterior. Ella no está dispuesta a ceder la fortuna de su padre. Alejandro le indica a Ana que el primer paso para plantear una separación adecuada es conformar un grupo interdisciplinario de abogados: abogado de familia, abogado corporativo y abogado tributario.

Santiago Santamaría es la persona elegida para integrar desde el área de familia el grupo. Su primer aporte, y quizás el más relevante, es la solicitud del inventario de bienes y la valoración de este. Por su parte, Ocampo revela

al grupo el inventario tributario. Las diferencias son relevantes. Varios bienes no se encuentran declarados y la valoración de las obras de arte es incierta.

Mientras tanto, por consejo de su mejor amigo, Andrés decide buscar asesoría. Alguna vez escuchó de una compañera del colegio que se dedicaba al derecho de familia y había realizado un diplomado en impuestos. Su nombre es Camila Rojas. Camila es una mujer fuerte, con una vocación innata para el derecho de familia y con una capacidad asombrosa para los números.

La asesoría de Camila se convierte en esencial para Andrés. Ella le explica *grosso modo* las formas jurídicas que utilizan familias como la de Ana para esconder bienes en el exterior y de esta manera excluir todos los bienes de los matrimonios, buscando evitar lo que denominan “yernos creativos”. Camila pide a Andrés que elabore un cuadro de los bienes de la sociedad conyugal y que los valore.

Se ha pactado la primera reunión entre los abogados. Ana y Andrés han sido preparados para una reunión tensa en la que se pondrán las cartas sobre la mesa. La negociación ha comenzado. Las reuniones van y vienen. Llanto por las diferencias se ve en las caras de Andrés y Ana. Los abogados no dan tregua. En una de las reuniones más tensas, Ana y Andrés acordaron que todos los impuestos que se tuviesen que pagar por la separación serían asumidos en partes iguales.

Luego de múltiples reuniones Andrés no resiste y le pide a Camila que lo único que quiere es quedarse con el apartamento de Cartagena, las obras de arte del apartamento de Bogotá y recursos en una cuenta del exterior que tiene la pareja. Él está dispuesto a renunciar a todo lo demás.

Camila, al escucharlo, le trata de explicar que lo que él quiere se denomina una renuncia parcial a los gananciales. Adicionalmente, la abogada le aclara a Andrés que

esto puede tener problemas fiscales en su tratamiento, ya que existe una indeterminación sobre el manejo de dicha figura y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) la ha considerado como una donación. Si se sigue la postura de la DIAN, el monto por pagar por concepto de impuestos sería muy alto. Por el acuerdo con Ana, Andrés tendría que asumir el 50 % de dichos impuestos.

PROBLEMÁTICA

¿Es la renuncia a gananciales un acto jurídico *inter vivos* a título gratuito y, por tanto, se encuentra gravada con el impuesto sobre la renta por ganancias ocasionales?

ESTRATEGIAS DE SOLUCIÓN

Contexto

Existen varias figuras del derecho de familia que permeen otras áreas del derecho. El caso de los gananciales, la porción conyugal, las recompensas y las capitulaciones matrimoniales son figuras jurídicas que se encuentren presentes a lo largo del Estatuto Tributario colombiano y cuyo tratamiento fiscal en muchas ocasiones es identificable, pero en otras no.

Las preguntas planteadas en este escrito tienen como propósito acercar al lector de derecho de familia, así como a los operadores jurídicos, notarios, jueces y asesores, al tratamiento de estas figuras desde el punto de vista tributario.

Para efectos metodológicos, este escrito se dividirá en las siguientes secciones: (1) “La tributación de los cónyuges y nociones del derecho de familia”; (2) “Estrategia de solución n.º 1: la renuncia a gananciales como ganancia

ocasional”; (3) “Estrategia de solución n.º 2: la renuncia a gananciales como ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional”, y (4) “El papel de la asesoría tributaria de los abogados de familia: temas de procedimiento tributario”.

La tributación de los cónyuges y nociones del derecho de familia

Tributación de los cónyuges en Colombia

El Estatuto Tributario en su artículo 8 establece que los cónyuges se gravan en forma individual, esto es, que para efectos tributarios cada cónyuge es sujeto pasivo con respecto a sus bienes y rentas:

ARTÍCULO 8.º LOS CÓNYUGES SE GRAVAN EN FORMA INDIVIDUAL. Los cónyuges, individualmente considerados, son sujetos gravables en cuanto a sus correspondientes bienes y rentas.

Durante el proceso de liquidación de la sociedad conyugal, el sujeto del impuesto sigue siendo cada uno de los cónyuges, o la sucesión ilíquida, según el caso¹.

Tal y como se evidencia en el citado artículo, también se establece que, durante el proceso de liquidación de la sociedad conyugal, el sujeto pasivo del impuesto continúa siendo cada uno de los cónyuges individualmente considerado. Este tema es de especial trascendencia teniendo en cuenta que en Colombia se ha optado por un sistema de tributación individual de los cónyuges, y no se ha contemplado incluir en la legislación un sistema de tributación

1 ET, art. 8.

familiar o conjunta, como es el caso de la presentación de declaraciones de renta familiares en Estados Unidos.

Se advierte que el tratamiento del artículo 8 citado debe ser aplicado igualmente para el caso de los compañeros permanentes, conforme lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-875 del 2005^[2].

Desde el punto de vista del derecho de familia, en el artículo 1.º de la Ley 28 de 1932 se indica de manera expresa que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración de los bienes que le pertenecen al momento de contraer matrimonio. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 7 de abril del 2015, magistrado ponente Fernando Giraldo Gutiérrez, ha reiterado que data de la Ley 28 de 1932 la libre administración que de los bienes tienen los cónyuges durante el matrimonio. El citado artículo establece lo siguiente:

Artículo 1.º: Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración de los bienes que le pertenezcan al momento de contraer matrimonio o que hubiere aportado a él como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al código civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esa

- 2 “Por los cargos analizados, declarar EXEQUIBLES los artículos 8.º, 108-1, 238 y 387 del Decreto 624 de 1989, conforme a las modificaciones realizadas por la Ley 6.ª de 1992, en el entendido que dichas disposiciones deben ser igualmente aplicables respecto de la sociedad patrimonial que surge entre compañeros o compañeras permanentes que reúnan esa condición conforme a la ley vigente”. CConst, C-875/2005, R. Escobar, acceso 28 de abril del 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-875-05.htm>.

sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación³.

Capitulaciones matrimoniales

Las capitulaciones matrimoniales son una institución del derecho civil o derecho de familia regulada por los artículos 1771 y siguientes del Código Civil, y se definen como un contrato prenupcial, en virtud del cual los futuros cónyuges pactan el régimen patrimonial que los regirá en la celebración, duración y liquidación del vínculo conyugal. El artículo 1771 del Código Civil establece:

ARTÍCULO 1771. DEFINICIÓN DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES. Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro⁴.

Con respecto a las capitulaciones matrimoniales, es importante anotar que la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia⁵, considera que los futuros cónyuges pueden pactar libremente el régimen económico de su matrimonio, incluyendo el régimen de separación por disolución de la sociedad conyugal o muerte de alguno de ellos.

3 L. 28/1932, art. 1.

4 CC, art. 1771.

5 CSJ Civil, octubre 18/1973, G. J. t. CXLVII, p. 92 y CSJ Civil, noviembre 6/2014, T 1100102030002014-02462-00. J. Vall de Rutén, acceso 9 de mayo del 2020, <https://app-vlex.com.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/#search/jurisdiction:CO/1100102030002014-02462-00/WW/vid/691808933>.

En este punto, se resalta que la sociedad conyugal que se forma en el momento en que se contrae matrimonio, no es otra cosa sino una “sociedad”, como su nombre lo indica. En este sentido, en aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los cónyuges, además de listar los bienes que se entenderán excluidos de la sociedad conyugal que está por formarse, también podrían realizar aportes en dinero o en especie a dicha sociedad, e incluso, con la amplitud del concepto de la Corte, podrán definir desde un momento previo a la formación de la sociedad conyugal la forma en la que se repartirán los bienes en el momento de su liquidación.

Por su parte, en materia tributaria existe un vacío absoluto en relación con la regulación de las capitulaciones matrimoniales propias del derecho de familia. Una visión simple del tema consiste en afirmar que amparado en el citado artículo 8 del Estatuto Tributario, e independientemente de lo pactado por los cónyuges en el contrato prenupcial, cada uno de ellos continuará tributando de manera independiente con respecto a los bienes que se encuentren a su nombre. No obstante, en nuestra opinión, en la regulación patrimonial de los bienes que integrarán la sociedad conyugal existe una oportunidad para el legislador tributario en el sentido de regular los aportes, la vigencia y las ganancias de las sociedades conyugales para quienes decidan voluntariamente acogerse a un nuevo régimen patrimonial en esta materia⁶.

6 Algunos ejemplos pueden encontrarse en otras jurisdicciones donde se han regulado las declaraciones de renta conyugales. Por otra parte, el legislador podría regular de manera diferenciada la enajenación de bienes entre cónyuges o incluso el tratamiento tributario de bienes que por ley no se entienden incluidos en la sociedad conyugal, pero que por acuerdo entre los futuros cónyuges podrían aportarse a esta.

Los gananciales y la porción conyugal

Los gananciales carecen de una definición legal expresa. En consecuencia, es necesario acudir a las distintas disposiciones del Código Civil, a la doctrina y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para encontrar una definición y los elementos que la componen.

Monroy Cabra define los gananciales como aquellos “formados por todos los bienes que se acumulen en el curso del matrimonio por un título distinto de los que expresamente se consideren propios de marido o mujer”⁷. La Corte Suprema de Justicia los define como

[...] una masa indivisa [...] compuesta por bienes, deudas, y demás elementos indicados en la ley, que, como universalidad jurídica, genera en favor de ambos cónyuges el derecho a la partición en ella, llamados derechos universales de gananciales [...] estimada como una real universalidad jurídica indivisa, caracterizada por unos derechos universales de gananciales, que recaen sobre una real comunidad universal de gananciales⁸.

Por su parte, la porción conyugal sí se encuentra definida en el artículo 1230 del Código Civil y es entendida como aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia. Así mismo, el artículo 1231 del Código Civil establece que el cónyuge

7 Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho de familia, infancia y adolescencia* (Bogotá: ABC, 2011), 387.

8 CSJ Civil, marzo 4/1996, 4751, P. Lafont, acceso 9 de mayo del 2020, <https://app-vlex-com.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/#search/jurisdiction:CO/4751+Pedro+Lafont/WW/vid/691835077>.

divorciado también tiene derecho a la porción conyugal. Los artículos establecen:

ARTÍCULO 1230. DEFINICIÓN DE PORCIÓN CONYUGAL. La porción conyugal es aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia⁹.

ARTÍCULO 1231. DERECHO DEL CÓNYUGE DIVORCIADO. Tendrá derecho a la porción conyugal aun el cónyuge divorciado, a menos que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio¹⁰.

En relación con la regulación fiscal de los gananciales y la porción conyugal, el artículo 47 del Estatuto Tributario establece que los gananciales no constituyen ganancia ocasional para quien los recibe, pero sí la denominada porción conyugal. El citado artículo indica: “ARTÍCULO 47. LOS GANANCIALES. No constituye ganancia ocasional lo que se recibiere por concepto de gananciales, pero sí lo percibido como porción conyugal”¹¹.

En lo referente a la institución de los gananciales, el derecho de familia prevé una variedad de alternativas para los cónyuges que están en proceso de separación. En este sentido, los cónyuges podrán optar por (1) una repartición igual para cada uno (50/50); (2) una renuncia total a los gananciales en favor del otro cónyuge; (3) una renuncia parcial de los gananciales en favor del otro cónyuge, o (4) regirse por lo establecido en las capitulaciones matrimoniales en las cuales, como se mencionó en la sección

9 CC, art. 1230.

10 CC, art. 1231.

11 ET, art. 47.

anterior, existe libertad de estipulación con respecto a las reglas que regirán la liquidación de la sociedad conyugal.

Ahora bien, para efectos de introducir la figura de la renuncia a gananciales, resaltamos que esta no se encuentra contemplada en el Estatuto Tributario. La normativa tributaria únicamente realiza una referencia a los gananciales en el ya citado artículo 47, sin referirse en ningún inciso a la figura de la renuncia. Por su parte, la renuncia a gananciales como institución jurídica del derecho de familia se encuentra contemplada en el artículo 1775 del Código Civil así: “ARTÍCULO 1775. RENUNCIA A LOS GANANCIALES. <Artículo modificado por el artículo 61 del Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente:> Cualquiera de los cónyuges siempre que sea capaz, podrá renunciar a los gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de terceros”¹².

Estrategia de solución n.º 1: la renuncia a gananciales como ganancia ocasional

Supuestos de ganancias ocasionales

En la legislación tributaria, los supuestos que dan lugar a considerar un ingreso por ganancias ocasionales se encuentran taxativamente indicados en el Estatuto Tributario. La consecuencia principal —entendiendo que existen más—, de considerar un ingreso como sujeto a renta ordinaria o sujeto a ganancia ocasional se encuentra en la tarifa aplicable a la utilidad obtenida en cada caso. En este evento, las ganancias ocasionales¹³ estarán sujetas a

¹² CC, art. 1775.

¹³ Salvo la relativa a la proveniente de loterías, rifas, apuestas y similares, la cual está sujeta a una tarifa del 20 % (ET, art. 317).

una tarifa del 10 %, mientras las rentas ordinarias estarán sujetas a la tarifa general del impuesto sobre la renta —hoy 32 % para personas jurídicas y tabla progresiva para personas naturales—¹⁴.

Los artículos 300, 301 y 302 del Estatuto Tributario regulan los supuestos de ganancias ocasionales en la legislación colombiana así:

1. Artículo 300: las provenientes de la enajenación de bienes de cualquier naturaleza, que hayan hecho parte del activo fijo del contribuyente por un término de dos años o más.
2. Artículo 301: las originadas en la liquidación de una sociedad de cualquier naturaleza por el exceso del capital aportado o invertido, siempre que la sociedad a la fecha de la liquidación haya cumplido dos o más años de existencia.
3. Artículo 302: las provenientes de herencias, legados, *donaciones*, o cualquier otro *acto jurídico celebrado inter vivos* a título gratuito, y lo percibido como porción conyugal.

Ahora bien, la pregunta que surge es: ¿puede la renuncia a gananciales que efectúe alguno de los cónyuges a favor del otro, sea esta total o parcial, encuadrarse en alguno de los supuestos de ganancias ocasionales antes enunciados y, en consecuencia, gravarse en cabeza del cónyuge beneficiario de dicha renuncia a una tarifa del 10 %?

En la revisión efectuada, se ha encontrado que existe una tesis según la cual no se puede considerar ganancial lo que supere el 50 % del valor de las utilidades de

14 El presente texto no pretende realizar un análisis a profundidad sobre la diferenciación entre renta ordinaria o ganancia ocasional. No obstante, para efectos de entendimiento del lector, esta diferenciación es relevante.

la sociedad conyugal distintas a la porción conyugal y las recompensas, por lo que todo lo que supere dicho porcentaje debe ser considerado como una donación o acto jurídico *inter vivos* en los términos del artículo 302 del Estatuto Tributario. La anterior tesis es la que se encuentra vigente en recientes conceptos emitidos por la DIAN. Por tal motivo, es pertinente exponer la posición de la entidad.

Posición de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

Mediante Concepto 0028286 del 2001, la DIAN estableció diferentes reglas en torno a los gananciales y para el efecto indicó: “En el momento de la liquidación de la sociedad conyugal, los gananciales no son susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio porque ya forman parte del patrimonio mismo. El activo o el bien objeto de ganancial fue capitalizado en su momento es decir en la medida que se iba generando el ingreso”¹⁵.

En el anterior apartado, la DIAN concluye que los gananciales no generan un incremento en el patrimonio de los cónyuges, ya que forman parte del patrimonio de cada uno de ellos. Ahora bien, en relación con la renuncia a estos en favor del otro cónyuge, la DIAN indica que esta se tratará como un ingreso constitutivo de renta: “En el evento de la renuncia a gananciales en favor del otro cónyuge, se tratará como ingreso constitutivo de renta el valor patrimonial neto recibido”¹⁶.

La anterior fue la doctrina vigente de la DIAN hasta la expedición del Oficio 250-006184 del 13 de marzo del

15 DIAN, Concepto 0028286, abril/2001.

16 *Ibíd.*

2019. En este, *la entidad varió su posición y consideró que la renuncia a gananciales debe entenderse como un acto jurídico inter vivos de disposición de bienes y tiene naturaleza similar a la de una donación y, en consecuencia, debe gravarse como una ganancia ocasional*. Los apartes pertinentes del concepto en mención son los siguientes:

En la liquidación de la sociedad conyugal se debe identificar la renuncia a gananciales como una operación que, al ser gratuita, genera ingresos por ganancias ocasionales obtenidos con motivo de la liquidación de la sociedad conyugal.

4. Por otra parte, revisada la doctrina anterior en lo relacionado con el tema, se encontró que se presentó una imprecisión en el Oficio 0128286 del 6 abril del 2001, en el cual se señaló como tesis que: “en el evento de renuncia a gananciales en favor de otro cónyuge se tratará como un ingreso constitutivo de renta el valor patrimonial neto recibido”.

Lo anterior se explica porque la afirmación contenida en el oficio referido no tuvo en cuenta que la renuncia es un acto jurídico *inter vivos* de disposición de bienes o derechos y tiene naturaleza similar a la de una donación, de acuerdo con la definición de donación del Código Civil colombiano.

Artículo 1443. Definición de donación entre vivos. La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta.

En consecuencia, al entenderse la renuncia de gananciales como una donación o en su defecto como un acto jurídico *inter vivos* de disposición de bienes o derechos a título gratuito, los ingresos que perciba el donatario o la parte beneficiaria del acto celebrado se consideran ganancia ocasional de acuerdo con el artículo 302 del

Estatuto Tributario y se encuentran gravadas con el impuesto a las ganancias ocasionales¹⁷.

Posteriormente, un contribuyente solicita a la DIAN la reconsideración del Oficio 250-006184 antes citado, y en esta ocasión la administración, mediante Oficio 18982 del 23 de julio del 2019, reitera su posición en relación con el tratamiento como ganancia ocasional de la renuncia a ganancias. Se resalta que, en este pronunciamiento, la parte pertinente del Oficio indica argumentos adicionales frente a esta postura. La DIAN indica:

En primer lugar, se explica que los gananciales son los bienes y derechos adquiridos durante el matrimonio que, tras la disolución de la sociedad conyugal, son repartidos en partes iguales a los cónyuges.

De acuerdo al artículo 1775 del Código Civil cualquiera de los cónyuges podrá renunciar a los gananciales, de forma que su propiedad es transferida al otro; por lo tanto, este acto *inter vivos*, similar a la donación, se considera ganancia ocasional.

Lo anterior se fundamenta en que los gananciales corresponden únicamente a los bienes y derechos que son asignados a cada cónyuge por disposición legal. Al renunciar a los mismos, se constituye a favor del otro cónyuge un ingreso que no conserva la naturaleza de ganancial, pues no es lo que inicialmente le corresponde en virtud del vínculo matrimonial que se disuelve.

En este sentido, se evidencia que los gananciales se originan por expreso señalamiento de la ley, mientras que el ingreso que percibe uno de los cónyuges por el monto de bienes y derechos que el otro ha desistido nace de la

17 DIAN, Oficio 250-006184/2019.

voluntad de quien renuncia a ellos y la parte que los acepta como un ingreso adicional y diferente al que la ley le ha asignado. Por ende, dicho ingreso incrementa el patrimonio y no la masa de gananciales.

Así las cosas, se concluye que lo percibido por concepto de gananciales no constituye ganancia ocasional, tal como lo indica el artículo 47 del Estatuto Tributario; sin embargo, cuando cualquiera de los cónyuges manifiesta su renuncia, estos bienes y derechos son transferidos como un ingreso que se grava como ganancia ocasional¹⁸.

De los anteriores pronunciamientos se pueden extraer las siguientes conclusiones sobre la posición de la DIAN con respecto a la renuncia a gananciales:

1. En la liquidación de la sociedad conyugal la renuncia a gananciales es una operación gratuita.
2. La DIAN tiene su propia definición de gananciales y esta escapa a una definición legal, ya que como se ha visto esta no existe.
3. En la interpretación del artículo 1775 del Código Civil, la DIAN incorpora e interpreta la renuncia a gananciales como un acto *inter vivos* similar a la donación.
4. Cuando una de las partes renuncia a gananciales, los bienes y derechos son transferidos como un ingreso que se grava como ganancia ocasional.

Si bien esta es la postura actual de la máxima autoridad administrativa en temas de impuestos (la DIAN), al momento de evaluar la solidez de la argumentación encontramos varias imprecisiones frente al entendimiento de la figura de los gananciales y su renuncia. Con este

18 DIAN, Oficio 18982/2019.

panorama surgen preguntas como ¿es la renuncia a gananciales un acto jurídico *inter vivos* o se trata de un negocio jurídico unilateral?, ¿es necesaria la elaboración del inventario y la partición para renunciar a los gananciales?

Una tesis contraria a la de la DIAN podrá indicar que la ausencia de una definición legal de gananciales permite argumentar que todo lo que recibe el cónyuge, producto de la separación de bienes, que no tenga una calificación legal, como es el caso de la porción conyugal o las recompensas, es considerado un ganancial y, en consecuencia, no podrá ser considerado ganancia ocasional.

Por lo anterior, en la siguiente sección, la figura de los gananciales y de su renuncia será analizada desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. La discusión mostrará que en figuras traídas de otras áreas del derecho se hace necesaria una lectura intradisciplinar y armónica de estas, cuando en la legislación especializada —la tributaria— dichas figuras carecen de definición. La mencionada ausencia genera en muchas ocasiones interpretaciones de quienes apliquen las normas tributarias en las separaciones de bienes —en ocasiones los abogados de familia o los contadores—.

Estrategia de solución n.º 2: la renuncia a gananciales como ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional

En la primera estrategia de solución se evidenció cómo la DIAN, en el Concepto 6184 y en el Oficio 18982, asumió la posición de equiparar la renuncia a gananciales a la figura de las donaciones o de un acto jurídico *inter vivos* a título gratuito. La anterior interpretación tiene como finalidad gravar como una ganancia ocasional dicha renuncia en

cabeza de alguno de los cónyuges luego de la disolución de la sociedad conyugal —o patrimonial—.

Ahora bien, la segunda estrategia de solución parte de mostrar los defectos de la primera con respecto a la posición de la DIAN. Para ello se realizará un estudio intradisciplinar de la figura de los gananciales, ya que el derecho tributario no la define. Para tal efecto se comprobarán los siguientes postulados: (1) si la renuncia a gananciales fuese equiparable a una donación, tendría objeto ilícito por cuanto no se exige el requisito de la insinuación; (2) la renuncia a gananciales es un acto jurídico univoluntario y no plurivoluntario; (3) luego de la renuncia total o parcial a gananciales, lo adjudicado continúa teniendo la naturaleza de ganancial y, por tanto, es aplicable el artículo 47 del Estatuto Tributario, y (4) los gananciales o su renuncia no incrementan el patrimonio bruto de los cónyuges, toda vez que estos capitalizaron dichos ingresos durante la vigencia de la sociedad conyugal, por lo que tienen el tratamiento de un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional conforme al artículo 47 del Estatuto Tributario, sin importar quién los perciba.

Insinuación de donación: efectos de su inexistencia

Para efectos del análisis de la figura de la renuncia a los gananciales, así como de las posiciones que la equiparan a una donación, consideramos relevante mencionar algunas disposiciones contenidas en el Código Civil en torno a las donaciones y los efectos que puede tener la ausencia de los requisitos formales que estas requieren.

Conforme a la legislación civil, las donaciones superiores a cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) requieren insinuación ante notario. El artículo 1458 del Código Civil prevé:

ARTÍCULO 1458. AUTORIZACIÓN DE DONACIONES EN RAZÓN AL MONTO. <Artículo modificado por el artículo 1.º del Decreto 1712 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Corresponde al notario autorizar mediante escritura pública las donaciones cuyo valor excedan la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, siempre que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal.

Las donaciones cuyo valor sea igual o inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, no requieren insinuación¹⁹.

Conforme a dicha norma, la donación exige una formalidad especial, pues esta debe constar en escritura pública. Donante y donatario deben presentar conjuntamente una solicitud de insinuación ante notario y ambos deben suscribir la respectiva escritura pública (D. 1712/1989, art. 2). Así mismo, la escritura pública debe contener evidencia o declaración de que el donante conserva lo necesario para su congrua subsistencia (D. 1712/1989, art. 3).

El principal efecto de la falta de otorgamiento de la escritura pública de insinuación de donación es que el acto quede viciado de nulidad absoluta. En este caso, la nulidad absoluta se genera debido a la omisión de una formalidad exigida por ley (cc, art. 1741).

En este sentido, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado repetidas veces confirmando la nulidad absoluta del acto frente a la ausencia de la insinuación:

1. Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre del 2003, exp. 7593.

¹⁹ cc, art. 1458.

2. Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de mayo del 2014; M. P. Jesús Vall de Rutén Ruiz.

Si bien este tipo de nulidad debe ser declarada judicialmente (cc, art. 1742), si se llegase a declarar, generaría la obligación para el donatario de realizar restituciones mutuas —devolver el monto donado—, pues se busca colocarse en el mismo estado en que se encontraría si no se hubiese celebrado la donación (cc, art. 1746). La acción de nulidad prescribe a los diez años desde la celebración del acto —prescripción extraordinaria—. Transcurrido dicho término, no podría alegarse la referida nulidad ni hacer válidos sus efectos.

Conociendo que para la efectividad de la donación es necesaria la insinuación de donación, se pregunta si para efectos de la efectividad de la renuncia a gananciales es requerida dicha insinuación en el acto de liquidación de la sociedad conyugal. Este tema será analizado dentro de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que han establecido la jurisprudencia vigente sobre los gananciales y su renuncia.

Corte Suprema de Justicia: la renuncia a gananciales

De la revisión de la doctrina de la DIAN se ha hecho evidente para el lector que la entidad en sus pronunciamientos no ha definido ni siquiera someramente lo que debe entenderse por gananciales frente a la ausencia de una definición legal de estos. La administración tampoco ha acudido a fuentes auxiliares del derecho como la jurisprudencia para su análisis. Es por esto que se considera relevante verificar el entendimiento que ha tenido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en relación con lo que debe entenderse por gananciales, así como las

particularidades de la denominada renuncia a estos. A continuación, revisaremos aquellos pronunciamientos de la Corte que nos permitan entender mejor esta figura.

***Sentencia del 4 de marzo de 1996,
expediente 4751 - Sala de Casación Civil***

En sentencia del 4 de mayo de 1996, la Sala de Casación Civil resalta la posibilidad introducida en el artículo 1820^[20] del Código Civil según la cual los cónyuges pueden disolver y liquidar la sociedad conyugal de manera voluntaria y por mutuo acuerdo, siempre sujeta a las limitaciones que establece la ley para tal efecto. Es importante recalcar que con anterioridad a la Ley 1.^a de 1976, la disolución y la liquidación debían contar con aprobación judicial. La relevancia del artículo 1820, así como la falta de necesidad de acudir a instancias judiciales, permite que los cónyuges puedan disponer de la disolución de la sociedad conyugal y decidir sobre la elaboración y liquidación del inventario.

Adicionalmente, en dicha sentencia encontramos la definición jurisprudencial del concepto de gananciales. La Corte Suprema de Justicia los define como

[...] una masa indivisa [...] compuesta por bienes, deudas, y demás elementos indicados en la ley, que, como universalidad jurídica, genera en favor de ambos cónyuges el derecho a la partición en ella, llamados derechos universales de gananciales [...] estimada como una real universalidad jurídica indivisa, caracterizada por unos derechos

20 Modificado por el artículo 25 de la Ley 1.^a de 1976.

universales de gananciales, que recaen sobre una real comunidad universal de gananciales²¹.

Vista la definición del concepto de ganancial —ausente en la legislación civil—, es necesario verificar el periodo de tiempo en el cual existe dicha figura para efectos de determinar el momento en el cual puede uno de los cónyuges renunciar a estas. Para ello, la Corte Suprema diferencia el negocio jurídico de la disolución de la sociedad conyugal con la realización del inventario de bienes y pasivos y su correspondiente liquidación.

Este punto es de especial relevancia, ya que la Corte afirma que la existencia de los gananciales solo es posible entre la disolución de la sociedad conyugal y la partición. La renuncia luego de la partición no sería posible, puesto que ya no se trataría de una renuncia a gananciales, sino de una renuncia a derechos individuales adjudicados, los cuales ya no se denominarían gananciales. Al respecto indica:

[...] solamente tienen existencia [los gananciales] entre el momento de su nacimiento con la disolución de la sociedad conyugal y el momento de la partición, en que los derechos se satisfacen con las adjudicaciones individualizadas; es preciso concluir en la viabilidad de la renuncia durante ese periodo, no antes de la iniciación (con la disolución) de este periodo (Cap. VI, Tit. XXII, libro 4.º, CC, art. 1837), ni después de su conclusión con la adjudicación (CC, arts. 1832 y 1401) [...] siendo así las cosas, mal puede hablarse de renuncia de unos derechos de gananciales después de una partición que los ha

21 CSJ Civil, marzo 4/1996, P. Lafont.

extinguido satisfaciéndolos mediante las adjudicaciones correspondientes²².

La anterior posición nos lleva a extraer las siguientes conclusiones:

1. La ley permite la renuncia a gananciales desde el momento en que nace el derecho, esto es, desde el momento en que se perfecciona la disolución de la sociedad conyugal (cc, arts. 15 y 1837).
2. Para la renuncia no se requiere la elaboración de inventario y partición, ya que esta es posterior a la disolución conforme al artículo 1821 del Código Civil: “ARTÍCULO 1821. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD. Disuelta la sociedad, se procederá inmediatamente a la confección de un inventario y tasación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable, en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte²³.”

El artículo en mención es claro al afirmar que se trata de un acto posterior a la disolución de la sociedad conyugal. De esta manera:

1. Si los gananciales solo existen entre la disolución de la sociedad conyugal y la partición solo durante el periodo de tiempo transcurrido entre estos dos hechos, es posible renunciar a los gananciales.
2. La renuncia a los gananciales por parte de uno de los cónyuges no le cambia la naturaleza ni la denominación a la masa indivisa que será objeto de posterior adjudicación luego del inventario y la partición.

²² *Ibíd.*

²³ cc, art. 1821.

Esto significa que lo adjudicado seguirá teniendo la naturaleza y denominación de ganancial.

Esta última conclusión nos permite indicar que lo que se adjudica luego de la renuncia a gananciales seguirá siendo un ganancial y, por tanto, estaría cobijado por el artículo 47 del Estatuto Tributario como ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional.

Entendido que la renuncia a gananciales no le quita el carácter de ganancial a la masa indivisa que será adjudicada al cónyuge que no ha renunciado, y que por tanto dicha adjudicación seguirá teniendo la naturaleza de ganancial, pasamos a revisar la naturaleza jurídica de la renuncia como negocio jurídico univoluntario o plurivoluntario. Lo anterior, por cuanto como se vio en las posiciones de la DIAN esbozadas ampliamente, la entidad considera la renuncia a gananciales como un acto jurídico *inter vivos* asimilable a la donación y, por ende, gravable con el impuesto a las ganancias ocasionales.

***Sentencia del 30 de enero del 2006,
expediente 1995-29402-02 - Sala de Casación Civil***

En sentencia del 30 de enero del 2006, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sienta su posición y doctrina en torno al carácter unilateral de la renuncia a gananciales y la imposibilidad de considerarla como una donación.

La posición de antaño de la Corte, que data de 1951, indicaba que la renuncia a gananciales comportaba una donación y que, al faltarle el requisito de la insinuación, quedaba afectada de nulidad. La citada sentencia indicaba “que una renuncia como esa lleva en sí una donación, la cual, en faltándole las formas que la ley exige como es en

verdad la insinuación, quedaba afectada de nulidad (CAS. CIV. de 9 de abril de 1951, G. J. LXIX, p. 500)”²⁴.

No obstante, en la sentencia del 2006 la Corte Suprema de Justicia reconoce que en dicha posición de 1951 pudo existir una inexactitud, ya que para la renuncia a gananciales no se requiere agotar el procedimiento de la insinuación de donación analizado líneas atrás.

En esta sentencia, la Sala define la renuncia a gananciales de la siguiente manera:

Buscando una idea que refleje la moldura de lo que es la renuncia de gananciales, podría decirse en breve que es la voluntad de un cónyuge para dejar de lado los efectos que saltan a la disolución de la sociedad conyugal; deseo de no participar de sus resultados. Lo cual es bastante a destacar que no se requiere de nada más que la simple manifestación que el renunciante haga en ese sentido; negocio jurídico que clasificándolo convenientemente tiene por necesidad que recibir el nombre de univoluntario. Una sola voluntad y el acto es perfecto y válido²⁵.

El acto de renuncia a gananciales para la Corte Suprema de Justicia es un acto univoluntario, en el que solo se exige la manifestación del renunciante. Es más, la Corte indica que para la renuncia no hay que tomar el parecer de nadie, ni siquiera el del otro cónyuge; “incluso ni el enojo de este podrá detener que aquella facultad sea ejercida”²⁶.

24 CSJ Civil, enero 30/2006, 1995-29402-02, M. Ardila, acceso 9 de mayo del 2020, <https://app-vlex-com.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/#search/jurisdiction:CO/1995-29402-02/WW/vid/552518534>.

25 *Ibíd.*

26 *Ibíd.*

Por su parte, la donación, conforme al artículo 1443 del Código Civil, es un acto plurivoluntario que exige la concurrencia de voluntades tanto del donante como del donatario. Por lo cual, en caso de que dichas voluntades no se encuentren, la donación no alcanzará su perfeccionamiento. El citado artículo indica: “ARTÍCULO 1443. DEFINICIÓN DE DONACIÓN ENTRE VIVOS. La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta”²⁷.

La renuncia, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, no puede equipararse a la donación. Para concluir esto dice:

[...] aquí sí vale el número de voluntades que concurren en un determinado negocio jurídico, y que, en consecuencia, donde quiera que baste una sola, de una vez y sin titubeos habrá de decirse que se trata de uno univoluntario; que, por lo mismo, en el caso de la renuncia, no es dado hablar de donación y equivocadamente clamar la aplicación del artículo 1244 del Código Civil²⁸.

Es con esta posición de la Corte que se descarta el primer argumento de la DIAN en torno a equiparar la renuncia a gananciales a una donación. Ahora bien, queda por definir si la renuncia a gananciales puede considerarse un acto jurídico celebrado *inter vivos* a título gratuito, con el fin de confirmar si el texto del artículo 302 del Estatuto Tributario encaja en el supuesto analizado.

Para este análisis, la Corte Suprema de Justicia al recoger su postura de 1951 indicó:

27 CC, art. 1443.

28 CSJ Civil, enero 30/2006, M. Ardila.

Alguna vez dijo la Corte que una renuncia como esa lleva en sí una donación, la cual, en faltándole las formas que la ley exige como es en verdad la insinuación, quedaba afectada de nulidad (CAS. CIV. de 9 de abril de 1951, G.J. LXIX, p. 500). Considera la Sala, sin embargo, que pudo haber allí una inexactitud en la medida que *la fenomenología jurídica que se analiza no encaja cómodamente en el género de las liberalidades*. Buscando una idea que refleje la moldura de lo que es la renuncia de gananciales, podría decirse en breve que es la voluntad de un cónyuge para dejar de lado los efectos que saltan a la disolución de la sociedad conyugal; deseo de no participar de sus resultados. Lo cual es bastante a destacar que no se requiere de nada más que la simple manifestación que el renunciante haga en ese sentido; negocio jurídico que clasificándolo convenientemente tiene por necesidad que recibir el nombre de univoluntario. Una sola voluntad y el acto es perfecto y válido²⁹. [Énfasis añadido]

Nótese cómo en la citada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se indica de manera expresa que la figura de la renuncia a gananciales no es posible encuadrarla en el género de las liberalidades o, en otras palabras, no es posible encuadrarla en el género de los actos gratuitos.

Por tanto, en nuestra opinión, conforme al análisis de la Corte, la renuncia a gananciales no podrá ser considerada un acto jurídico *inter vivos* a título gratuito, ya que

1. Como acto jurídico es univoluntario y no plurivoluntario.
2. No se requiere la manifestación de voluntad de quien no renuncia a los gananciales.

29 CSJ Civil, enero 30/2006, M. Ardila.

3. Existe una ausencia del último elemento esencial, esto es, la gratuidad.

La Corte Suprema de Justicia en su disertación y análisis resalta, además del carácter univoluntario de la renuncia a gananciales —versus la donación—, que la esencia de la donación es la transferencia de bienes que implica acrecer el patrimonio del donatario, lo cual en la renuncia a gananciales puede no acontecer. Dice la Corte Suprema de Justicia:

No hay para qué entrar a detallar las desemejanzas que en punto de efectos se deriva del hecho de que un negocio jurídico sea univoluntario o plurivoluntario, porque aquí solamente es propicio poner en alto relieve que, con arreglo a lo dicho, nadie, por más magnanimidad que lo guíe, puede donar sin la aquiescencia del otro. El asunto, pues, no es a la fuerza. En cambio, para renunciar a gananciales no hay que tomar el parecer de nadie; ni siquiera el del otro cónyuge; incluso ni el enojo de este podrá detener que aquella facultad sea ejercida. En resolución, se manifiesta la voluntad y caso concluido. *De otra parte, es de la esencia de la donación la transferencia de bienes que implica acrecer el patrimonio del donatario, no así en la renuncia en la que bien puede no acontecer transmisión alguna de bienes*³⁰. [Énfasis añadido]

Para efectos del análisis de si los gananciales cumplen con los requisitos de acrecer el patrimonio de uno de los cónyuges, se considera pertinente referirse a la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado que se refirió a este tema.

30 CSJ Civil, enero 30/2006, M. Ardila.

Jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado

El Consejo de Estado, en sentencia del 15 de junio del 2017^[31], concluyó que los gananciales adjudicados no constituyen ingreso para el adjudicatario, en la medida en que no reúnen los requisitos del artículo 26 del Estatuto Tributario para ser considerados como tales, esto es, que *no* son susceptibles de generar un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción. La sentencia en cita indica expresamente:

En efecto, una vez liquidada la sociedad conyugal *los bienes que conformaban el activo de dicha sociedad no producen realmente un incremento neto del patrimonio de ninguno de los cónyuges*, toda vez que desde el matrimonio y durante la vigencia de la sociedad conyugal se conforma una sociedad de bienes y estos hacen parte del patrimonio de los consortes desde el momento en que generan el correspondiente ingreso. En este sentido, en oportunidad anterior, la Sala precisó lo siguiente:

“Al quedar dicha sociedad liquidada [se refiere a la sociedad conyugal], los activos adquiridos durante la vigencia del matrimonio; o los bienes propios aportados a este, no son susceptibles de producir un incremento neto en el patrimonio de uno o ambos cónyuges, por cuanto ya formaban parte de este, *toda vez que fue capitalizado en su momento, es decir, en la medida que se iba generando el ingreso, razón por la que no puede ser considerado como gravado*, al tenor de lo dispuesto por el artículo 26 del Estatuto Tributario”³². [Énfasis añadido]

31 CE 4, junio 15/2017, 22570, M. Chaves.

32 CE 4, noviembre 26/2008, 16272, M. Briceño.

De los argumentos señalados por la Sección Cuarta es posible extraer lo siguiente:

1. Los gananciales no generan un incremento neto en el patrimonio de ninguno de los cónyuges al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, ya que en dicha sociedad los bienes y derechos hacen parte del patrimonio de los cónyuges desde que se percibió el ingreso.
2. El ingreso en el patrimonio de los cónyuges fue incrementándose a medida que fue percibido por cada cónyuge. Por lo anterior, en el momento de la percepción del ingreso, este estuvo gravado y no debería serlo al momento de la liquidación de la sociedad conyugal³³.

A manera de conclusión, independientemente de la forma en la que se distribuyan los bienes de la sociedad conyugal, (1) si uno de los cónyuges percibe un mayor valor que el otro o (2) si por elección unilateral de alguno de ellos se renuncia de manera universal a la totalidad de los gananciales sin necesidad de realizar el inventario y la liquidación, la totalidad de los ingresos fuente para adquirir los bienes de la sociedad conyugal fueron declarados por cada uno de los cónyuges en los años en que la sociedad conyugal estuvo vigente. Por esta razón, mal podría el legislador tributario gravar nuevamente a alguno de los cónyuges con ocasión de la disolución de la sociedad conyugal con un impuesto que ya han pagado los integrantes de dicha sociedad a medida que percibieron el ingreso.

33 En esta misma línea de pensamiento, es pertinente citar el Oficio 73424 del 2005 de la DIAN en el cual concluyó que la transferencia de una mesada entre cónyuges no constituye ingreso para el cónyuge que recibe dicha mesada, ya que no genera un incremento neto en el patrimonio.

Conclusiones de la estrategia de solución n.º 2

A manera de conclusiones, el análisis realizado en el presente texto evidencia lo siguiente:

1. Conforme al artículo 8 del Estatuto Tributario, los cónyuges en Colombia se gravan de manera independiente con respecto a sus bienes y rentas.
2. El artículo 47 del Estatuto Tributario no regula expresamente el tratamiento tributario que debe darse a las renunciaciones totales o parciales de ganancias, y tampoco si podrán o no ser consideradas como donaciones sujetas al impuesto a las ganancias ocasionales.
3. La DIAN ha variado su criterio del 2001 al 2019, y en la actualidad considera que la renuncia a ganancias es equiparable a una donación o un acto jurídico *inter vivos* a título gratuito y, en consecuencia, debe gravarse como una ganancia ocasional.
4. La DIAN no ha realizado un análisis de los ganancias desde el punto de vista del derecho civil y el derecho de familia, razón por la cual la institución no ha sido explicada en su integridad en los análisis del derecho tributario.
5. El Consejo de Estado entiende los ganancias como una universalidad jurídica, cuya existencia nace con la liquidación de la sociedad conyugal y se extingue con la partición de bienes, momento en el cual serán derechos individualmente adjudicados.
6. Si la renuncia a ganancias solo puede darse entre la disolución de la sociedad conyugal y su posterior partición, lo adjudicado aun después de la renuncia seguirá teniendo la naturaleza y denominación de ganancial.
7. La renuncia a los ganancias por uno de los cónyuges no le cambia la naturaleza ni la denominación

a la masa indivisa que será objeto de posterior adjudicación luego del inventario y la partición.

8. La renuncia a gananciales es un negocio jurídico unilateral, el cual solo requiere la voluntad de quien renuncia para su existencia. No es requisito la voluntad del que recibe para la validez del negocio jurídico.
9. En el caso de la renuncia a gananciales no puede hablarse de donación, ya que la segunda requiere para la validez del acto la concurrencia de las voluntades de donante y donatario y, en su caso, la formalidad de la insinuación de donación cuando la cuantía del acto lo requiere. La figura de la renuncia no necesita de insinuación de donación y su inexistencia no vicia de nulidad el acto de renuncia.
10. La jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado ha afirmado que los gananciales no representan un incremento neto del patrimonio y no deben declararse como un ingreso bruto en la declaración de renta de los contribuyentes.
11. La renuncia a gananciales total o parcial no se encuadra dentro de los supuestos de ganancias ocasionales del artículo 302 del Estatuto Tributario.

El papel de la asesoría de los abogados de familia: temas de procedimiento tributario

Como corolario de la presente narrativa, se ha querido incluir un breve capítulo que sea la base para futuros análisis en los que se revise el papel de la asesoría de los abogados de familia y de los contadores en temas tributarios. El derecho de familia y su relación con los impuestos pueden arrojar variadas conclusiones.

Según lo consultado con varios expertos en derecho de familia —que asesoran y litigan en esta materia— en el

momento de enfrentarse a una separación de bienes, un divorcio, la liquidación de una sociedad conyugal y la renuncia a gananciales, uno de los primeros pasos que recomiendan a sus clientes es la incorporación de un abogado tributario a la asesoría.

Salvo en aquellos casos en que la controversia sea por concepto de alimentos u otro tipo de disputas familiares, la mayor parte de conflictos en el derecho de familia tienen un componente patrimonial para analizar. En este contexto, los abogados de familia son conscientes de que el tema tributario ha tomado una importancia que antes no tenía. El catedrático y abogado consultado al respecto dice lo siguiente: “Hoy en día, con la figura de la planeación patrimonial, ha adquirido un relieve capital [lo tributario]. No podría uno pensar en un *due diligence* o en una planeación que no traiga un componente estricto en materia tributaria”³⁴.

Así mismo, el tratadista sugiere:

[...] la necesidad de esmerarse en la divulgación de lo tributario. Lo tributario sigue siendo un sector del lenguaje de los brujos, una cosa semimágica para un grupo de los chamanes de la tribu. Pero lo tributario es de tal importancia y de tal complejidad que debería estarse divulgando; mucho más por ejemplo, debería ser una materia o un seminario obligatorio para quienes pretenden contraer matrimonio.

Al llegar a la cátedra de derecho matrimonial, debería existir un módulo de tributación familiar, porque la tributación familiar no es solamente sociedades conyugales

34 Entrevista 1, 19 de noviembre del 2019.

[...] La tributación familiar es el problema de los mayores valores, el problema de las herencias³⁵.

Por su parte, el doctor Álvaro Pinilla, profesor durante más de veinte años de la cátedra de Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Javeriana, indica:

Le doy recomendaciones a mis clientes [...] pero con mucha frecuencia lo que hago es decirles que cualquier acuerdo que hagamos debe ser revisado/consultado [con] la persona que les ayude con los temas tributarios, o [con] un abogado tributarista, porque por supuesto es un tema especial técnico y muchas veces, particularmente cuando hay patrimonios más grandes y más completos, requiere revisar cómo se manejará el tema tributariamente³⁶.

En las conversaciones con estos expertos, resulta relevante indicar la postura de la elaboración de un inventario comercial y un inventario fiscal de los bienes de los cónyuges como elemento fundamental al momento de liquidar la sociedad conyugal. Dichos inventarios recogerán los acuerdos de los cónyuges y podrán llegar incluso hasta la designación de peritos evaluadores. No obstante, los asuntos tributarios asociados a los bienes incluidos en dichos inventarios serán de especial relevancia a la hora de pactar la distribución de los bienes de la sociedad conyugal. En este último punto, no existe un criterio tributario único para el manejo de las separaciones, así como tampoco doctrina de la DIAN o jurisprudencia del Consejo de Estado que permita al operador tributario otorgar el manejo adecuado a dicho inventario.

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ Entrevista 2, 16 de octubre del 2019.

En definitiva, el derecho tributario y el derecho de familia están íntimamente ligados y, además de presentarse una amplia regulación en algunas instituciones, así como unos grandes vacíos en otras, existe un desconocimiento de estas que merece un esfuerzo del abogado tributarista para acercarse a la pedagogía en estos aspectos.

PROPUESTA DE IMPACTO O MEJORA

En relación con la propuesta de impacto o mejora, se considera la alternativa de presentar una demanda de nulidad simple ante el Consejo de Estado contra del Concepto 6184 del 2019 y el Oficio 18982 del 2019 expedidos por la DIAN. El texto de la demanda se indica a continuación:

HONORABLES MAGISTRADOS
CONSEJO DE ESTADO
Sección Cuarta (Reparto)
E. S. D.

RE:	Acción:	Nulidad simple
	Demandante:	David Mejía Bonilla
	Demandado:	Nación-Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)
	Actos:	Oficio 6184 del 12 marzo del 2019 Oficio 018982 del 23 julio del 2019

DAVID MEJÍA BONILLA, colombiano mayor de edad, domiciliado en Bogotá D. C., abogado en ejercicio, identificado con C. C. 1.019.011.058 y TP 189 421, acudo a su despacho en ejercicio de la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 137

del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el fin de demandar la resolución expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), que más adelante se indica en el respectivo acápite, para que, previo el trámite del proceso ordinario y citación de la Procuraduría General de la Nación, se declare su nulidad, según las pretensiones que se indican más adelante en el respectivo capítulo.

I. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

Es demandante el suscrito.

Concorre como demandado la Nación-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), domiciliada en Bogotá D. C., quien comparece a través de su director, doctor José Andrés Romero Tarazona.

II. PRETENSIONES

Mediante la presente demanda se pretende que esa honorable autoridad declare:

1. La nulidad del Concepto 6184 del 12 de marzo del 2019 expedido por la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).
2. La nulidad del numeral 4 del Oficio 018982 del 23 de julio del 2019 expedido por la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

III. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD DE LA ACCIÓN

1. Por medio de esta demanda se instaure acción de nulidad contra el Concepto 6184 y el Oficio 18982 expedidos por la DIAN, la cual es procedente a la luz del artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

2. La presente acción de nulidad se ejercita dentro de la oportunidad legal prevista en el artículo 164.1.a del CPACA.

HECHOS DE LA DEMANDA

3. Que mediante radicado 100008932 del 8 de febrero del 2019 un ciudadano en ejercicio del derecho de petición solicitó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) un concepto en relación con el manejo de algunas figuras en torno a las ganancias ocasionales.
4. Que mediante Concepto 6184 del 12 de marzo del 2019, publicado en el *Diario Oficial* 50 927 del 15 de abril del 2019, la DIAN dio respuesta al derecho de petición del ciudadano (en adelante el “Concepto 6184”).
5. Que mediante el Concepto 6184 la DIAN afirmó que

En la liquidación de la sociedad conyugal se debe identificar la renuncia a ganancias como una operación que al ser gratuita genera ingresos por ganancias ocasionales obtenidos con motivo de la liquidación de la sociedad conyugal, la cual es una actuación que es de la esfera de responsabilidad de las partes intervinientes.

[...] la renuncia [a ganancias] es un acto jurídico *inter vivos* de disposición de bienes o derechos y tiene naturaleza similar a la de una donación de acuerdo con la definición de donación del Código Civil colombiano.

6. Que mediante el Concepto 6184 la DIAN revocó de manera expresa el Concepto 028286 del 6 de abril del 2001 expedido por la misma entidad.

7. Que mediante radicado 100037618 del 8 de junio del 2019 un ciudadano en ejercicio del derecho de petición solicitó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) “la reconsideración del Oficio 250-006184 (Oficio 6184) del 12 de marzo del 2019 donde se establece que la renuncia a gananciales significa una ganancia ocasional”.
8. Que mediante Oficio 1820 (018982) del 23 de julio del 2019 (en adelante el “Oficio 18982”) la DIAN confirma la posición del Oficio 250-006184 del 12 de marzo del 2019 (Concepto 6184).
9. Que mediante Oficio 18982 la DIAN complementa las conclusiones del Concepto 6184 y adicionalmente afirma:

En primer lugar, se explica que los gananciales son los bienes y derechos adquiridos durante el matrimonio que, tras la disolución de la sociedad conyugal, son repartidos en partes iguales a los cónyuges.

De acuerdo con el artículo 1775 del Código Civil cualquiera de los cónyuges podrá renunciar a los gananciales, de forma que su propiedad es transferida al otro; por tanto, este acto *inter vivos*, similar a la donación, se considera ganancia ocasional.

Lo anterior se fundamenta en que los gananciales corresponden únicamente a los bienes y derechos que son asignados a cada cónyuge por disposición legal. Al renunciar a los mismos, se constituye a favor del otro cónyuge un ingreso que no conserva la naturaleza de ganancial, pues no es lo que inicialmente le corresponde en virtud del vínculo matrimonial que se disuelve.

En este sentido, se evidencia que los gananciales se originan por expreso señalamiento de la ley, mientras que el ingreso que percibe uno de los cónyuges por

el monto de bienes y derechos que el otro ha desistido, nace de la voluntad de quien renuncia a ellos y la parte que los acepta como un ingreso adicional y diferente al que se la ley le ha asignado. Por ende, dicho ingreso incrementa el patrimonio y no la masa de gananciales.

Así las cosas, se concluye que lo percibido por concepto de gananciales no constituye ganancia ocasional, tal como lo indica el artículo 47 del Estatuto Tributario. Sin embargo, cuando cualquiera de los cónyuges manifiesta su renuncia, estos bienes y derechos son transferidos como un ingreso que se grava como ganancia ocasional.

IV. NORMAS VIOLADAS

De carácter constitucional:

- ▶ Artículos 4, 83.

De carácter legal:

- ▶ Artículos 3, 37, 38, 93 y 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- ▶ Artículos 47, 300, 301 y 302 del Estatuto Tributario.
- ▶ Artículos 1458, 1741 y 1775 del Código Civil.

V. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO Y VIOLACIONES

A manera de resumen introductorio, se presentan los siguientes principales:

El Concepto 6184 y el Oficio 18982 acusados violan las normas superiores en las que debían fundarse por:

- a. Interpretación errada: interpreta de manera errada la figura de renuncia a los gananciales establecida en el artículo 1775 del Código Civil.

- b. Indebida aplicación: aplica erróneamente los artículos 47 y 302 del Estatuto Tributario.

VI. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

A continuación, se enuncian y explican las fuentes legales y de derecho objeto de la petición:

- a. De conformidad con lo establecido por el artículo 137 del CPACA la demanda de nulidad de los actos de carácter general:

[...] Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

- b. Así las cosas, la presente demanda se encamina a demostrar que el Concepto 6184 y el Oficio 18982 objeto de esta contienda judicial han sido expedidos con infracción a las normas en que debían fundarse por (1) una interpretación errada y por (2) una indebida aplicación.
- c. La interpretación errada se presenta porque el Concepto 6184 y el Oficio 18982 fueron expedidos por la DIAN con los siguientes defectos:
 - i. Indicó que la renuncia a gananciales es equivalente a una donación y, en consecuencia, que la renuncia a gananciales es un acto jurídico *inter vivos* en el cual interviene la voluntad de quien renuncia y la voluntad de quien recibe en contravención a lo indicado en jurisprudencia

reiterada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

- d. La indebida aplicación se presenta porque el Concepto 6184 y el Oficio 18982 fueron expedidos por la DIAN con los siguientes defectos:
 - i. Fueron ampliados los supuestos de ingresos constitutivos de ganancia ocasional establecidos en el Estatuto Tributario en los artículos 299, 300, 301 y 302.
 - ii. Afirma que la renuncia a gananciales genera un incremento en el patrimonio de quien recibe y por tanto debe considerarse como un ingreso constitutivo de ganancia ocasional.
 - iii. Aplica indebidamente el artículo 47 del Estatuto Tributario ya que le quita el carácter de ganancial a la masa adjudicada luego de la renuncia por uno de los cónyuges.

1. Interpretación errada: la renuncia a gananciales no es equivalente a una donación

En cuanto a la primera causal de nulidad de los actos demandados, debemos indicar que la renuncia a gananciales no puede ser equiparada a una donación, ya que sus elementos y requisitos de formación son diferentes.

En relación con los requisitos para su validez, el artículo 1458 del Código Civil establece que las donaciones superiores a cincuenta SMMLV requieren insinuación ante notario.

Conforme a la norma en cita, la donación exige una formalidad especial, pues esta debe constar en escritura pública. Donante y donatario deben presentar conjuntamente una solicitud de insinuación ante notario, y ambos deben suscribir la respectiva escritura pública (art. 2, Decreto 1712 de 1989).

En jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia³⁷ se ha indicado que la falta de otorgamiento de la escritura pública de insinuación de donación genera la nulidad absoluta del acto. Esta nulidad absoluta se genera por la omisión de una formalidad exigida por la ley (cc, art. 1741).

Veamos cómo la donación es un acto que además de la formalidad del otorgamiento de la escritura pública, requiere la concurrencia tanto de donante como de donatario y la manifestación de voluntad de ambos en el acto público.

En este sentido, el artículo 1443 del Código Civil define la donación como “un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta”.

Por su parte, la renuncia a gananciales se encuentra contemplada en el artículo 1775 del Código Civil el cual indica: “ARTÍCULO 1775. RENUNCIA A LOS GANANCIALES. Cualquiera de los cónyuges siempre que sea capaz, podrá renunciar a los gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de terceros”.

A diferencia de la donación, la renuncia a gananciales no se encuentra circunscrita a la formalidad de la insinuación de donación, ni siquiera cuando esta supere el equivalente a cincuenta SMLV. De tal manera se evidencia una clara diferencia entre las figuras, lo cual omite la DIAN en los conceptos aquí demandados.

Adicional a lo mencionado, se debe destacar que el acto jurídico de renuncia a los gananciales es una figura

37 CSJ Civil, mayo 19/2014, 25269-3103-001-2006-00210-01, J. Vall de Rutén, acceso 9 de mayo del 2020, https://app-vlex-com.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/#search/jurisdiction:-CO+content_type:2+date:2012-08-01..2014-05-29/vall+de+ruten+Y+mayo+19/by_date/p2/WW/vid/523202803.

traída del derecho civil y de familia, razón por la cual dicha figura debe ser analizada a la luz de la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia, máxima autoridad judicial en dichas materias.

En este contexto, para entender la figura de los gananciales, su origen, vigencia y naturaleza, deben citarse dos jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia que la analizan de manera detallada.

La sentencia del 04 de marzo de 1996, expediente 4751, y la sentencia del 30 de enero del 2006, expediente 1995-29402-02, expedidas por la Sala de Casación Civil de dicha corporación. En las sentencias citadas debe resaltarse los siguientes puntos afirmados por la Corte:

- ▶ Recoge la posición de la Corte Suprema de Justicia de 1951 en la cual consideró que la renuncia a gananciales comportaba una donación y que, al faltarle el requisito de la insinuación, quedaba afectada de nulidad.
- ▶ En la sentencia del 2006 la Corte reconoce que en dicha posición de 1951 pudo existir una inexactitud e indica: “en la medida que la fenomenología jurídica que se analiza no encaja cómodamente en el género de las liberalidades”.
- ▶ El acto de renuncia a gananciales para la Corte es un acto univoluntario, en el que solo se exige la manifestación del renunciante, mientras que el acto de una donación es un acto plurivoluntario que requiere la manifestación de donante y donatario.

Buscando una idea que refleje la moldura de lo que es la renuncia de gananciales, podría decirse en breve que es la voluntad de un cónyuge para dejar de lado los efectos que saltan a la disolución de la sociedad conyugal; deseo de no participar de sus resultados.

Lo cual es bastante a destacar que no se requiere de nada más que la simple manifestación que el renunciante haga en ese sentido; negocio jurídico que clasificándolo convenientemente tiene por necesidad que recibir el nombre de univoluntario. Una sola voluntad y el acto es perfecto y válido.

[...] aquí sí vale el número de voluntades que concurren en un determinado negocio jurídico, y que, en consecuencia, donde quiera que baste una sola, de una vez y sin titubeos habrá de decirse que se trata de uno univoluntario; que, por lo mismo, en el caso de la renuncia, no es dado hablar de donación y equivocadamente clamar la aplicación del artículo 1244 del Código Civil.

A manera de conclusión, frente al cargo de infracción de las normas en que debía fundarse por una interpretación errada, la DIAN en el Concepto 6184 y en el Oficio 18982 se equivoca al asimilar la figura de renuncia de los gananciales a una donación. Sus elementos tal y como han sido expuestos por la Corte Suprema de Justicia no se pueden equiparar y, por tanto, la asimilación de las figuras es errada.

2. Indebida aplicación: supuestos de ganancia ocasional - Estatuto Tributario

En la legislación tributaria, los supuestos que dan lugar a considerar un ingreso por ganancias ocasionales se encuentran taxativamente indicados en el Estatuto Tributario. Es suficiente con revisar el Título III del Libro Primero del Estatuto Tributario referente a las Ganancias Ocasionales para evidenciar que en los artículos 300, 301 y 302 se encuentran todos los supuestos contemplados en nuestra legislación tributaria al respecto.

A manera de resumen, los citados artículos indican los siguientes supuestos:

1. Artículo 300: las provenientes de la enajenación de bienes de cualquier naturaleza, que hayan hecho parte del activo fijo del contribuyente por un término de dos años o más.
2. Artículo 301: las originadas en la liquidación de una sociedad de cualquier naturaleza por el exceso del capital aportado o invertido, siempre que la sociedad a la fecha de la liquidación haya cumplido dos o más años de existencia.
3. Artículo 302: las provenientes de herencias, legados, *donaciones*, o cualquier otro *acto jurídico celebrado inter vivos* a título gratuito, y lo percibido como porción conyugal.

Del texto de los artículos se puede evidenciar, en primera medida, que la renuncia a gananciales no se encuentra contemplada de manera literal en alguno de los supuestos de ganancia ocasional descritos por la norma.

En adición a esto, tal y como fue analizado en el motivo de inconformidad anterior, la renuncia a gananciales no puede ser equiparada a una donación desde el punto de vista civil, ya que sus características y carácter univoluntario del primero y plurivoluntario del segundo hacen que las figuras no puedan ser asimilables.

Ahora bien, en este punto queda por definir si la renuncia a gananciales puede considerarse un acto jurídico celebrado *inter vivos* a título gratuito, con el fin de confirmar si el texto del artículo 302 del Estatuto Tributario encaja en el supuesto analizado.

Para este análisis, se hace necesario citar nuevamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del 2006 en la cual, al analizar la posición de la misma Corte de 1951, indicó:

Alguna vez dijo la Corte que una renuncia como esa lleva en sí una donación, la cual, en faltándole las formas que la ley exige como es en verdad la insinuación, quedaba afectada de nulidad (CAS. CIV. de 9 de abril de 1951, G. J. LXIX, p. 500). Considera la Sala, sin embargo, que pudo haber allí una inexactitud en la medida que *la fenomenología jurídica que se analiza no encaja cómodamente en el género de las liberalidades*. Buscando una idea que refleje la moldura de lo que es la renuncia de gananciales, podría decirse en breve que es la voluntad de un cónyuge para dejar de lado los efectos que saltan a la disolución de la sociedad conyugal; deseo de no participar de sus resultados. Lo cual es bastante a destacar que no se requiere de nada más que la simple manifestación que el renunciante haga en ese sentido; negocio jurídico que clasificándolo convenientemente tiene por necesidad que recibir el nombre de univoluntario. Una sola voluntad y el acto es perfecto y válido³⁸. [Énfasis añadido]

Nótese cómo la Corte en la jurisprudencia citada indica de manera expresa que la figura de la renuncia a gananciales no es posible encuadrarla en el género de las liberalidades o, en otras palabras, no es posible encuadrarla en el género de los actos gratuitos por sus características específicas.

La Corte en su disertación y análisis resalta además del carácter univoluntario de la renuncia a gananciales —versus la donación— que la esencia de la donación es la transferencia de bienes que implica acrecer el patrimonio del donatario, lo cual en la renuncia a gananciales puede no acontecer. Dice al respecto:

38 CSJ Civil, enero 30/2006, M. Isidro Ardila.

No hay para qué entrar a detallar las desemejanzas que en punto de efectos se deriva del hecho de que un negocio jurídico sea univoluntario o plurivoluntario, porque aquí solamente es propicio poner en alto relieve que, con arreglo a lo dicho, nadie, por más magnanimidad que lo guíe, puede donar sin la aquiescencia del otro. El asunto, pues, no es a la fuerza. En cambio, para renunciar a gananciales no hay que tomar el parecer de nadie; ni siquiera el del otro cónyuge; incluso ni el enojo de este podrá detener que aquella facultad sea ejercida. En resolución, se manifiesta la voluntad y caso concluido. *De otra parte, es de la esencia de la donación la transferencia de bienes que implica acrecer el patrimonio del donatario, no así en la renuncia en la que bien puede no acontecer transmisión alguna de bienes*³⁹. [Énfasis añadido]

El anterior postulado, relacionado con la falta de incremento del patrimonio en la renuncia a gananciales, guarda estrecha relación con lo afirmado por el Consejo de Estado en sentencia del 15 de junio del 2017, Consejero Ponente Milton Chaves García, Exp. 22570, en la cual la Sección Cuarta afirmó:

Al quedar dicha sociedad liquidada [se refiere a la sociedad conyugal], los activos adquiridos durante la vigencia del matrimonio; o los bienes propios aportados a este, no son susceptibles de producir un incremento neto en el patrimonio de uno o ambos cónyuges, por cuanto ya formaban parte de este, toda vez que fue capitalizado en su momento, es decir, en la medida que se iba generando el ingreso, razón por

39 *Ibíd.*

la que no puede ser considerado como gravado, al tenor de lo dispuesto por el artículo 26 del Estatuto Tributario⁴⁰.

Este postulado es de especial relevancia, ya que denota que durante la vigencia de la sociedad conyugal y antes de su disolución, los ingresos susceptibles de incrementar el patrimonio fueron declarados por cada uno de los cónyuges conforme lo establecido por el artículo 8 del Estatuto Tributario. En otras palabras, dichos ingresos que forman la masa indivisa y abstracta de la sociedad de gananciales fueron capitalizados en su momento, en la medida en que fueron generando el ingreso.

En este sentido, no fue la intención del legislador tributario aplicar el artículo 302 a la renuncia a gananciales. Acto que, además de ser unilateral, no genera un incremento neto en el patrimonio de alguno de los cónyuges luego de la disolución de la sociedad conyugal. Afirmar cosa distinta sería igual a gravar un ingreso doblemente con el impuesto sobre la renta.

3. Indebida aplicación: luego de la renuncia a gananciales lo adjudicado sigue siendo ganancial

La DIAN en su concepto omite dar aplicación al artículo 47 del Estatuto Tributario, en el sentido de considerar que aquello que se adjudica a alguno de los cónyuges luego de la renuncia no conserva el carácter de ganancial.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 2006 indica que los gananciales existen en el periodo de tiempo que transcurre entre la disolución de la sociedad conyugal y la partición. Así, debe entenderse que la renuncia a los gananciales solo se puede dar durante la existencia

40 CE 4, junio 15/2017, M. Chaves.

de estos ya que luego de la partición no se trataría de una renuncia a gananciales, sino de una renuncia a derechos individuales adjudicados. Al respecto, indica:

[...] solamente tienen existencia [los gananciales] entre el momento de su nacimiento con la disolución de la sociedad conyugal y el momento de la partición, en que los derechos se satisfacen con las adjudicaciones individualizadas; es preciso concluir en la viabilidad de la renuncia durante ese periodo, no antes de la iniciación [con la disolución] de este periodo (Cap. VI, Tit. XXII, libro 4.º, art. 1837 CC), ni después de su conclusión con la adjudicación (arts. 1832 y 1401 CC) [...] siendo así las cosas, mal puede hablarse de renuncia de unos derechos de gananciales después de una partición que los ha extinguido satisfaciéndolos mediante las adjudicaciones correspondientes⁴¹.

En este orden de ideas, si los gananciales solo existen entre la disolución de la sociedad conyugal y la partición, y solo durante el periodo de tiempo transcurrido entre estos dos hechos, es posible renunciar a los gananciales; la renuncia a estos por uno de los cónyuges no le cambia la naturaleza ni la denominación a la masa indivisa que será objeto de posterior adjudicación luego del inventario y la partición. Esto significa que lo adjudicado seguirá teniendo la naturaleza y denominación de ganancial y, por tanto, estará cobijado por el artículo 47 del Estatuto Tributario.

VII. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

El Consejo de Estado es competente para conocer de la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo

41 CSJ Civil, enero 30/2006, M. Ardila.

149 numeral 1 y 156 numeral 1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Esta demanda se surte mediante el procedimiento ordinario señalado en dicho código.

VIII. CUANTÍA

La presente demanda carece de cuantía.

IX. PRUEBAS

1. Respetuosamente solicito se tengan como pruebas las siguientes:
 - 1.1. Documentales
 - 1.1.1. Que se acompañan con la demanda:
 - a. Copia del Concepto 6184 del 12 de marzo del 2019 de la DIAN, publicado en el *Diario Oficial* 50 927 del 15 de abril del 2019.
 - b. Copia del Oficio 1820 (018982) del 23 de julio del 2019 de la DIAN.

X. ANEXOS DE LA DEMANDA

1. Copia de los actos demandados.
2. Copias de la demanda y sus anexos para el traslado a:
 - a. La entidad demandada: DIAN.
 - b. Ministerio Público.
 - c. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
 - d. Para la copia del archivo.
3. Las relacionadas como pruebas documentales a adjuntar.

XI. NOTIFICACIONES

El suscrito recibirá notificaciones en mi oficina ubicada en:

Calle 110 n.º 9-25, oficina 607

Correo electrónico: dmejia@soler.com.co

Las notificaciones a la DIAN podrán llevarse a cabo en sus oficinas principales ubicadas en: Carrera 8 n.º 6C-38, Edificio San Agustín de Bogotá, D. C.

Teléfono: 6079900

Correo electrónico: notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co

Atentamente,

DAVID MEJÍA BONILLA

C. C. 1.019.011.058

TP 189 421

BIBLIOGRAFÍA

Bravo Arteaga, Juan Rafael. *Derecho Tributario. Escritos y reflexiones*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.

Cahn-Speyer Wells, Paul. *Derecho crítico: perspectiva tributaria*. Bogotá: Temis, 2016.

Corredor Rodríguez, Ulpiano. *Régimen legal de impuestos a las sucesiones, donaciones y de indirectos*. Bogotá: Temis, 1964.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Derecho de familia, infancia y adolescencia*. Bogotá: ABC, 2011.

Salleras Lluís, Antoni. "Optimización de los costes fiscales en el ámbito del impuesto sobre el patrimonio y del impuesto sobre sucesiones y donaciones en la gestión de patrimonio inmobiliario". En *Gestión fiscal de patrimonios*, compilado por Jordi Amado Guirado, 431-453. Bilbao: Editorial CIIIS, 1999.

Conceptos

DIAN, Concepto 0028286/2001.

DIAN, Concepto 69337/2004.

DIAN, Concepto 13287/2018.

DIAN, Concepto 33637/2018.

DIAN, Concepto 00877/2019.

DIAN, Oficio 73424/ 2005.

DIAN, Oficio 53673/2011.

DIAN, Oficio 11695/2015.

DIAN, Oficio 250-006184/2019.

DIAN, Oficio 18982/2019.

Jurisprudencia

CConst, C-875/2005, R. Escobar. Acceso 28 de abril del 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-875-05.htm>.

CE 4, octubre 15/1941, T. Tascon.

CE 4, junio 27/1975, J. Hernández.

CE 4, julio 23/1976, 3234 y 3257, G. Salazar.

CE 4, noviembre 25/1976, 3923, B. Ortiz.

CE 4, noviembre 26/2008, 16272, M. Briceño.

CE 4, noviembre 16/2016, 21983, H. Bastidas.

CE 4, junio 15/2017, 22570, M. Chaves.

CSJ Civil, octubre 18/1973, G. J. t. CXLVII. p. 92.

CSJ Civil, agosto 1/1979.

CSJ Civil, marzo 4/1996, 4751, P. Lafont. Acceso 9 de mayo del 2020. <https://app-vlex-com.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/#search/jurisdiction:CO/4751+Pedro+Lafont/WW/vid/691835077>.

CSJ Civil, enero 30/2006, 1995-29402-02, M. Ardila.

CSJ Civil, mayo 19/2014, 25269-3103-001-2006-00210-01, J. Vall de Rutén.

CSJ Civil, noviembre 6/2014, T 1100102030002014-02462-00. J. Vall de Rutén.

Leyes y normas

CC, art. 1230.

CC, art. 1231.

CC, art. 1443.

CC, art. 1458.

CC, art. 1771.

CC, art. 1775.

CC, art. 1821.

ET, art. 8.

ET, art. 47.

ET, art. 317.

L. 28/1932, art. 1.

**¡OH! Y AHORA,
¿QUIÉN PODRÁ GRAVARNOS?
INSTRUMENTOS FINANCIEROS
DERIVADOS, UN ACERCAMIENTO
A SU TRIBUTACIÓN***

Diego Mauricio Gómez Díaz

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.565>

Carmelita S.A. inicia su plan de expansión en la región, con el objetivo de consolidarse como una empresa referente en el mercado de productos a base de caña de azúcar. Los retos a los que se enfrenta cada vez son más desafiantes y, por esta razón, la empresa se ha visto expuesta a nuevos riesgos en su operación.

Cristina, CEO del grupo, emprende junto a su equipo de altos directivos la búsqueda de la mejor alternativa que les permita mitigar los riesgos que pondrían en peligro la estrategia de expansión. Junto a White River, Cristina y su equipo encuentran que los instrumentos financieros derivados son la clave para sacar adelante su misión.

Sin embargo, el equipo de Carmelita S. A. tiene ciertas dudas frente al manejo tributario de estas inversiones. ¿Qué tributos hay que considerar en estas operaciones? ¿Existirán tensiones frente a la deducibilidad de los pagos que se realicen por las liquidaciones de estos instrumentos? ¿Existe algún criterio de territorialidad que deba ser tenido en cuenta para gravar estas operaciones?

PALABRAS CLAVE

Instrumentos financieros derivados, impuesto de renta y complementarios, normas internacionales de información financiera, cobertura de riesgos, criterio de fuente, deducibilidad.

GLOSARIO

Balanza comercial: Es un registro de importaciones y exportaciones de un país en determinado periodo. El saldo de la balanza comercial es la diferencia del total de las exportaciones y el total de las importaciones.

Instrumentos financieros derivados: Instrumentos financieros que se derivan del valor y las características de uno o más activos subyacentes.

Forwards: Contratos financieros en los que una de las partes se obliga a comprar o vender un activo a un precio determinado en una fecha futura.

Opciones financieras: Contratos en los que una de las partes tiene el derecho, mas no la obligación de comprar o vender un activo a un precio determinado durante cualquier momento dentro de la existencia del contrato.

Over the counter: Mercados extrabursátiles donde se negocian distintos instrumentos financieros como bonos, acciones, *swaps*, divisas, entre otros, directamente entre dos partes.

HISTORIA

Carmelita S. A. es una exitosa multinacional colombiana dedicada al cultivo, procesamiento y comercialización de productos a base de caña de azúcar. Sus altos estándares de calidad y el excelente manejo por parte de sus directores le han permitido a la compañía expandir sus negocios y posicionar sus productos en más de quince países alrededor del mundo.

Cristina, *Chief Executive Officer* (CEO) de la compañía, ha decidido iniciar un plan de expansión dentro del mercado estadounidense, con el fin de consolidar la presencia de la multinacional en ese país. En las múltiples reuniones que tuvo con representantes de los grandes supermercados, Cristina logró un importante contrato de abastecimiento para la cadena Market. Con este contrato, Carmelita S. A. podrá incrementar su utilidad comercial en más de un 30 % durante los siguientes cinco años.

A su regreso al país, la primera tarea que Cristina llevó a cabo fue la de reunir a su comité de alta gerencia para que juntos planearan la estrategia que deberían seguir para cumplir con los compromisos adquiridos. En este foro debían analizarse los riesgos a los que estaban expuestos y debían decidir cómo podrían mitigarlos para así lograr el resultado esperado.

Sergio, *Chief Financial Officer* (CFO) de Carmelita S. A., expuso que estas operaciones serían a plazo y que estarían denominadas en dólares, lo cual hacía que el balance de la compañía estuviera expuesto al riesgo de tasa de cambio. Felipe, encargado de la producción de la caña de azúcar, mostró los resultados meteorológicos de los estudios que había contratado y resaltó que durante los próximos meses se pronosticaban fuertes olas de calor, por lo que se podría afectar el crecimiento de sus cultivos; por tal motivo se debía invertir en sistemas de riego más sofisticados.

Al analizar los temas expuestos por los miembros del comité, Cristina y su equipo deciden contratar los servicios de McPersie, una reconocida consultora en el ámbito internacional. Los consultores durante su análisis encontraron que los riesgos identificados por el *top management* de Carmelita S. A. podrían tener un alto impacto en la sociedad si llegaban a materializarse. Ante tal posibilidad, McPersie propuso que estos riesgos debían cubrirse y que una de las formas más eficientes para lograrlo podría ser mediante contratos de instrumentos financieros derivados.

Una vez analizados los resultados del proceso de consultoría, Cristina encarga a Sergio y a Felipe para que busquen un agente del mercado de valores que pueda ofrecerles algún instrumento que se ajuste a sus necesidades y así mitigar los riesgos identificados por McPersie. Con estas nuevas tareas en sus agendas, Sergio y Felipe logran ponerse en contacto con James, quien es el *Chief Investment Officer* (CIO) de White River Asset Management, una empresa norteamericana dedicada a la gestión de activos financieros con especial énfasis en subyacentes agrícolas. El equipo de Carmelita S. A. establece una mesa de trabajo con el equipo liderado por James con el fin de identificar cuáles productos financieros les ayudarían a cumplir sus objetivos. Como resultado de este trabajo conjunto, el equipo de White River encuentra que la mejor manera de mitigar el riesgo del balance asociado a las nuevas operaciones denominadas en moneda extranjera sería mediante contratos *forwards* negociados en el mercado *Over The Counter* (OTC).

James les explica a los miembros de Carmelita S. A. que los *forwards* son contratos en los que las partes fijan el precio de compra o de venta de un activo financiero hoy y su intercambio se da en una fecha posterior. Con estos contratos y con las ventas a plazo denominadas en moneda extranjera que iba a tener Carmelita S. A., la idea

consistía en vender a un intermediario del mercado financiero los dólares que se iban a recibir en la fecha de pago, pactando desde la fecha de facturación el precio de intercambio y así proteger el balance de la empresa de las fluctuaciones futuras de la divisa.

Sin embargo, aún seguían las conversaciones frente a cómo mitigar el riesgo asociado a la poca pluviosidad que se pronosticaba para los siguientes meses. Una parte de la mesa de trabajo se inclinaba por buscar una compañía aseguradora que lograra cubrir la operación de siembra llevada a cabo por Carmelita S. A. Por otra parte, el resto del equipo pensaba que esa operación tenía un costo elevado, además de incorporar muchos otros factores que no eran del alcance de la discusión. Después de largas jornadas de trabajo, James y su equipo llegan a la conclusión de que la mejor manera de cubrir el riesgo de la pluviosidad sería comprando opciones financieras que tuvieran como subyacente la cantidad de lluvia que se estimaba iba a caer en el terreno dispuesto para la siembra por Carmelita S. A. durante los siguientes meses.

Las opciones financieras son contratos que le otorgan al comprador el derecho, mas no la obligación, de comprar o vender un activo financiero en una fecha pactada a un precio acordado. Al inicio de estos contratos el tenedor de las opciones deberá pagar una prima al emisor, con la cual este último se obliga a comprar o vender, según sea el caso, en los términos definidos. La idea de las opciones para Carmelita S.A. consistiría en garantizar los recursos necesarios para comprar en cualquier momento del tiempo y durante la vigencia del contrato los suplementos e insumos necesarios para mitigar la deshidratación de los cultivos producto de las fuertes olas de calor, cuya probabilidad considerable de ocurrencia era alta durante los meses venideros.

Todas las opciones planteadas por White River tenían sentido para Felipe y para Sergio. Los *forwards* son

contratos fáciles de implementar y el valor de la prima de las opciones se ajusta a sus expectativas. Sin embargo, el equipo de Carmelita S. A. tenía cuestionamientos frente al manejo tributario de los posibles ingresos que se obtuvieran por las liquidaciones de los *forwards* y la deducibilidad de la prima pagada para acceder a las opciones financieras. Al ser transacciones que se daban únicamente con el propósito de cubrir riesgos asociados a la operación, debía ser claro que los costos en los que incurrieran durante estas negociaciones tendrían que ser deducibles en el impuesto de renta.

Cristina y su equipo deciden hacer una consulta formal a sus asesores tributarios para tener claro el tratamiento tributario de los ingresos o egresos que pudieran darse en la liquidación de estos contratos. En concreto, una de sus dudas recaía en la deducción plena por las liquidaciones en contra de los instrumentos *forwards* que se dieran con pago al exterior. La otra tiene como interrogante la deducibilidad de la prima pagada para la adquisición de las opciones financieras.

PROBLEMÁTICA

La viabilidad de la cobertura de los diferentes riesgos a los que se expone Carmelita S. A. depende del tratamiento fiscal que tengan estas operaciones. Desde la perspectiva financiera, cubrir estos riesgos implica entrar en unos costos que, de no ser deducibles, tendrían impactos en las utilidades comerciales de la compañía. Por esta razón, es necesario conocer el manejo tributario para así continuar con la implementación. Dicho lo anterior, resulta relevante plantearse la pregunta: ¿la tributación de los instrumentos financieros derivados de cobertura afecta el resultado de las empresas?

ESTRATEGIAS DE SOLUCIÓN

¿Qué son los instrumentos financieros derivados?

Los derivados financieros son instrumentos cuyo valor se desprende o se deriva del valor de un bien denominado subyacente. Un bien subyacente puede ser algún tipo de materia prima o algún tipo de activo financiero como un índice de monedas, una tasa de interés o el precio de algún instrumento de deuda o de participación, por ejemplo los bonos o las acciones¹.

El auge de estos productos se dio en las décadas de los ochenta y los noventa; sin embargo, su aparición se remonta al siglo XII cuando los comerciantes firmaban letras con las que el vendedor se obligaba a entregar los bienes objeto de la operación en una fecha futura. En la misma línea, durante el siglo XVII los japoneses feudales vendían arroz, pactando una fecha posterior para su entrega.

Este mercado se ha desarrollado como respuesta a la protección de precios de algunos activos que son de interés de las compañías. De este modo, los agentes de los mercados de materias primas y de activos financieros han encontrado una forma de proteger o especular con respecto al precio de los activos subyacentes sobre los cuales se estructuran estos contratos.

Como se mencionó, los instrumentos financieros derivados tienen diferentes usos, entre los cuales se destacan la especulación y la cobertura de riesgos asociados al precio de un activo. La especulación hace referencia a que un agente económico realiza una apuesta direccional sobre los movimientos del precio del activo subyacente, esperando obtener ganancias acordes con el riesgo que

1 Alfonso de Lara Haro, *Productos financieros derivados: instrumentos, valuación y cobertura de riesgos* (México: Limusa, 2005).

se asume. Por otro lado, cuando se contratan instrumentos financieros derivados con fines de cobertura, el agente económico lo que busca es proteger o mitigar los riesgos derivados de la fluctuación del precio de un activo. Para lograr estos objetivos, el mercado de instrumentos derivados cuenta con un sinnúmero de alternativas, entre las que se destacan los siguientes contratos:

- ▶ *Forwards*
- ▶ Futuros
- ▶ Opciones
- ▶ *Swaps*

Para efectos de este documento, desarrollaremos las características de cada uno de estos contratos, con el fin de ubicar al lector en el campo de los instrumentos financieros derivados.

Forwards

Un *forward* es un contrato por el cual un agente se obliga a realizar una compra o una venta en una fecha futura, pactando desde el inicio el precio y la fecha de entrega del bien². Entonces, ¿cómo se pacta el precio de intercambio de tal forma que ambas partes del contrato obtengan un beneficio por el compromiso a plazo? Resulta importante conocer el procedimiento que siguen los mercados para determinar el precio pactado por las partes para tener un criterio objetivo sobre la conveniencia del derivado o no. La manera como se fija el precio sigue la siguiente expresión matemática:

$$F = S \times (1 + T)^{\left(\frac{N}{365}\right)}$$

2 Pablo Fernández, *Opciones, futuros e instrumentos derivados* (Bilbao: Deusto, 1996).

Donde

F : precio pactado en el contrato *forward*.

S : corresponde al precio justo de intercambio del activo subyacente para el momento en el que se estructura el contrato *forward*.

T : corresponde a una tasa de interés expresada en términos efectivos anuales.

N : corresponde al número de días que transcurren desde la fecha en la que se estructura el instrumento financiero derivado y la fecha de vencimiento.

Futuros

Un contrato de futuros es muy similar a un contrato *forward*. La diferencia fundamental entre ambos consiste en que los futuros se negocian en un mercado estandarizado, lo que implica que las fechas de entrega de los bienes se encuentran reguladas. Además, existen organismos que se encargan de garantizar el cumplimiento de las operaciones, por tanto el riesgo de incumplimiento es casi nulo³.

La metodología utilizada para calcular el precio de los contratos de futuros sigue los mismos principios de los contratos *forward*:

$$F = S \times (1 + T)^{\left(\frac{N}{365}\right)}$$

Donde

F : precio pactado en el contrato de futuros.

S : corresponde al precio justo de intercambio del activo subyacente para el momento en el que se estructura el contrato de futuros.

3 Fernández, *Opciones, futuros e instrumentos*.

T: corresponde a una tasa de interés expresada en términos efectivos anuales.

N: corresponde al número de días que transcurren desde la fecha en la que se estructura el instrumento financiero derivado y la fecha de vencimiento.

Opciones

Las opciones son contratos financieros que dan al tenedor el derecho, mas no la obligación, de comprar o vender un bien en una fecha determinada a un precio establecido⁴. Las opciones que otorgan derechos de compra se denominan *call* y a aquellas que dan el derecho de venta se les conocen como opciones *put*.

Al ser instrumentos más flexibles, su estimación de valor es más compleja. La metodología más usada se denomina el método de valoración de *Black and Scholes*, el cual estima las probabilidades de que un activo tenga un precio establecido para una fecha pactada, dado el valor justo de intercambio para el día de estructuración del contrato.

La expresión matemática para determinar el valor de una opción *call* es:

$$C = SN(d_1) - Ke^{-Rt}N(d_2)$$

Donde

C: corresponde al valor de la opción *call*.

S: corresponde al precio justo de intercambio del activo subyacente para el momento en el que se estructura la opción.

4 Jaime Díaz y Fausto Hernández, *Futuros y opciones financieras: una introducción* (México: Limusa, 2003).

K : corresponde al precio de ejercicio. Es decir, el precio al que se comprará el bien para la fecha pactada.

R : corresponde a una tasa de interés expresada en términos efectivos anuales.

N : corresponde a la probabilidad de ocurrencia según la distribución normal.

Para determinar el precio de una opción *put* usamos la siguiente expresión:

$$P = Ke^{-Rt} N(-d_2) - SN(-d_1)$$

Donde

P : corresponde al valor de la opción *put*.

S : corresponde al precio justo de intercambio del activo subyacente para el momento en el que se estructura la opción.

K : corresponde al precio de ejercicio; es decir, el precio al que se comprará el bien para la fecha pactada.

R : corresponde a una tasa de interés expresada en términos efectivos anuales.

N : corresponde a la probabilidad de ocurrencia según la distribución normal.

Swaps

Los contratos *swaps* establecen un acuerdo entre las partes, en el cual se comprometen a intercambiar en un futuro flujos de efectivo de diferente naturaleza⁵. Los contratos *swaps* más comunes se establecen sobre intercambios de flujos de tasas de interés (*interest rate swaps*) o de monedas (*cross currency swaps*). Estos contratos pueden entenderse

5 De Lara Haro, *Productos financieros derivados*.

también como un portafolio de *forwards*, razón por la cual no entraremos en el detalle de su valoración.

Resulta importante conocer las metodologías usadas para la estimación de precios de los instrumentos financieros derivados, con el propósito de entender su impacto en la tributación de los agentes económicos que los contratan. Estos procedimientos brindan criterios objetivos para determinar si las operaciones se realizan a precios de mercado y así, cuando se registren gastos por estos conceptos, poder contar con estrategias que permitan cuestionar la metodología usada en el reconocimiento inicial de las obligaciones. Esto permite identificar si dichos rubros son proporcionales a la actividad productora de renta, como lo señala nuestra ley tributaria y lo reitera el Consejo de Estado⁶.

Estrategia 1: implicaciones de la tributación de los instrumentos financieros derivados en el resultado comercial de las compañías

El marco conceptual de la contabilidad indica que los activos y los pasivos son elementos de los estados financieros de los cuales se desprenden beneficios u obligaciones con respecto a un recurso económico⁷. En ambos casos, los flujos de efectivo o los cambios en el valor razonable de estos elementos pueden traer resultados inesperados, atribuibles a factores externos que, en ocasiones, se quisieran mitigar. Para lograr este objetivo, todos los agentes

6 CE 4, octubre 16/2014, J. Ramírez.

7 International Financial Reporting Standards (IFRS), “Los elementos de los Estados Financieros”, en *Marco conceptual para la información financiera* (Londres: IFRS Foundation Publications, 2018).

de los mercados de bienes y servicios pueden acceder al mercado de instrumentos financieros derivados.

Como se indicó, los instrumentos financieros derivados son contratos que pueden ser negociados en mercados estandarizados o no, que obtienen su valor a partir de los activos subyacentes sobre los cuales son estructurados. En este orden de ideas, si se identifican aquellos riesgos que amenazan los beneficios económicos que se desprenden de los diferentes elementos de los estados financieros, será posible neutralizar los efectos no deseados y obtener un resultado acorde con las operaciones que se desarrollan.

Ahora bien, el uso de instrumentos financieros derivados tiene impactos en la tributación de los agentes que los contratan. En primera medida, existe una asimetría en el tratamiento fiscal de las utilidades o pérdidas generadas durante la vigencia de estos contratos. Para efectos de la determinación del impuesto de renta de un contribuyente, todo ingreso susceptible de incrementar el patrimonio hace parte de la base gravable del impuesto a menos que este sea expresamente exceptuado⁸. Por otro lado, las expensas realizadas durante el año o periodo gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta son deducibles siempre y cuando sean necesarias, proporcionadas y guarden relación de causalidad⁹.

El análisis presentado nos permite encontrar la primera tensión entre la tributación y el uso de estos instrumentos financieros y, por tanto, para mitigar esta problemática, se requiere demostrar la necesidad del uso de estos contratos.

Esta situación tiene que ser objeto de estudio, puesto que el tratamiento fiscal debería depender del motivo por el cual se adquieren instrumentos derivados. Si el propósito es especular sobre el precio de un activo financiero y

8 ET, art. 26.

9 ET, art. 107.

obtener algún tipo de ingreso, no cabe duda de que estos flujos de efectivo deben incorporar la renta líquida gravable del impuesto y estarán gravados a la tarifa que corresponda. Si, por el contrario, lo que se alcanzan son pérdidas, es posible que estas sean objeto de debate, ya que podrían estar relacionadas o no con la actividad productora de renta.

Caso distinto es el uso de instrumentos financieros derivados con fines de cobertura. Lo que se busca en estas situaciones es mitigar la probabilidad de ocurrencia de eventos que impacten de forma negativa el resultado de los beneficios económicos futuros que se obtengan de compromisos adquiridos previamente o por el control de recursos. Aquí no cabe duda de que los ingresos o egresos que se generen durante la vida de los instrumentos financieros derivados están ligados a la actividad productora de renta, tanto así que su objeto es complementar las operaciones del negocio. Con respecto a la proporcionalidad, las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) proponen una metodología para garantizar que las estrategias de cobertura sean correctas y no escondan otros propósitos.

Lo anterior puede entenderse mejor mediante un ejemplo. Supongamos que Carmelita S. A. emite su primera factura en territorio estadounidense por un valor de USD 3 000 000, que será pagada en noventa días. Al ser una empresa colombiana, su contabilidad deberá ser expresada en pesos colombianos (COP), lo que implica que las fluctuaciones que tenga la tasa de cambio impactarán la cuenta por cobrar que se originó al momento de vender su mercancía.

Situación sin cobertura cambiaria

Supongamos una tasa representativa del mercado (TRM) para el reconocimiento inicial de la operación de COP/USD 3200 (tabla 1).

Tabla 1. Reconocimiento inicial, sin cobertura cambiaria

ESTADO DE RESULTADOS	USD	COP
Ingreso por venta	3	9600
Total	3	9600
Activo	USD	COP
Cuenta por cobrar	3	9600
Total	3	9600

Nota: cifras en millones.
Fuente: elaboración propia.

Ahora, supongamos que para la fecha de pago de la factura la TRM tiene un valor de COP/USD 3150 (tabla 2).

Tabla 2. Medición posterior sin cobertura cambiaria, disminución en la tasa de cambio

ESTADO DE RESULTADOS	USD	COP
Ingreso por venta	3	9600
Diferencia en cambio		-150
Total	3	9450
Activo	USD	COP
Cuenta por cobrar	3	9600
Reexpresión cambiaria	3	-150
Total	3	9450

Nota: cifras en millones.
Fuente: elaboración propia.

Un movimiento al alza de la tasa de cambio logra el efecto contrario en el estado de resultados de la compañía

colombiana. Supongamos ahora una TRM de COP/USD 3250 (tabla 3).

Tabla 3. Medición posterior sin cobertura cambiaria, aumento en la tasa de cambio

ESTADO DE RESULTADOS	USD	COP
Ingreso por venta	3	9600
Diferencia en cambio		150
Total	3	9750

Activo	USD	COP
Cuenta por cobrar	3	9600
Reexpresión cambiaria	3	150
Total	3	9750

Nota: cifras en millones.

Fuente: elaboración propia.

En conclusión, tenemos que los movimientos en la tasa de cambio traen efectos en los resultados de la compañía, ocasionando algunas veces detrimento del valor económico que se obtiene de las operaciones. El movimiento de la divisa es claramente un factor no controlado por Carmelita S. A., que podría ser objeto de cobertura cambiaria.

Situación con cobertura cambiaria

De nuevo usamos una TRM de COP/USD 3200 para el reconocimiento inicial de la operación. Adicionalmente, adquirimos un contrato *forward*, con el cual nos obligamos a vender en noventa días la totalidad de los dólares recibidos a la misma tasa de cambio (tabla 4).

Tabla 4. Reconocimiento inicial, con cobertura cambiaria

ESTADO DE RESULTADOS	USD	COP
Ingreso por venta	3	9600
Total	3	9600
Activo	USD	COP
Cuenta por cobrar	3	9600
Obligación <i>forward</i>		-9600
Derecho <i>forward</i>		9600
Total	3	9600

Nota: cifras en millones.
Fuente: elaboración propia.

Se dan cambios en la tasa de cambio, logrando así COP/USD 3150. Con respecto al instrumento de cobertura, esta operación garantizará un ingreso por vender cada USD en COP 3200, cuando en el mercado de divisas se lograrían vender en COP 3150 (tabla 5).

Tabla 5. Medición posterior con cobertura cambiaria, disminución en la tasa de cambio

ESTADO DE RESULTADOS	USD	COP
Ingreso por venta	3	9600
Diferencia en cambio		-150
PyG <i>forward</i>		150
Total	3	9600
Activo	USD	COP
Cuenta por cobrar	3	9600
Reexpresión cambiaria	3	-150
Obligación <i>forward</i>		-9450
Derecho <i>forward</i>		9600
Total	3	9600

Nota: cifras en millones.
Fuente: elaboración propia.

Si el movimiento de la tasa de cambio se da en sentido contrario y ahora se obtienen COP/USD 3250, en este escenario el instrumento de cobertura generará una pérdida por vender en COP 3200 un activo sobre el cual el mercado de valores estaría dispuesto a pagar un precio mayor (tabla 6).

Tabla 6. Medición posterior con cobertura cambiaria, aumento en la tasa de cambio

ESTADO DE RESULTADOS	USD	COP
Ingreso por venta	3	9600
Diferencia en cambio		150
PyG <i>forward</i>		-150
Total	3	9600
Activo	USD	COP
Cuenta por cobrar	3	9600
Reexpresión cambiaria	3	150
Total	3	9750
Pasivo	USD	COP
Obligación <i>forward</i>		9750
Derecho <i>forward</i>		-9600
Total		150

Nota: cifras en millones.

Fuente: elaboración propia.

Hasta aquí podemos ver cómo los instrumentos financieros derivados permiten eliminar riesgos externos presentes en las operaciones de una compañía. En el ejemplo anterior se muestra cómo con los contratos *forwards* se logra cubrir los estados financieros de Carmelita S. A. frente a cambios en el precio del dólar.

Por último, ¿cómo estas operaciones impactan la tributación de las compañías? Asumamos que los costos y gastos en los que se incurrió para poder lograr la venta en Estados Unidos tuvieron un valor de COP 5 000 000 000. Si suponemos una tarifa del impuesto de renta del 30 %, tendríamos los resultados consignados en la tabla 7.

Tabla 7. Reconocimiento de los ingresos o gastos asociados con las coberturas cambiarias

	SIN COBERTURA		CON COBERTURA	
TRM	3150	3250	3150	3250
Ingresos	9450	9750	9600	9600
Costos y gastos	-5000	-5000	-5000	-5000
Base gravable	4450	4750	4600	4600
Impuesto (30 %)	-1335	-1425	-1380	-1380
Utilidad fiscal	3115	3325	3220	3220
Utilidad comercial	3115	3325	3220	3220

Nota: cifras en millones.
Fuente: elaboración propia.

Como se muestra en la tabla 7, si se aceptan plenamente los ingresos o egresos que se obtengan por el uso de instrumentos financieros derivados, las normas tributarias no generan disrupciones en la utilidad neta de impuestos que obtengan las compañías. Si, por el contrario, las normas fiscales limitan la deducibilidad del gasto por algún criterio de fuente¹⁰ o por la relación de causalidad con la actividad productora de renta¹¹, el resultado sería otro (tabla 8):

10 ET, art. 122.

11 ET, art. 107.

Tabla 8. Desconocimiento de los ingresos o gastos asociados con las coberturas cambiarias

	SIN COBERTURA		CON COBERTURA	
TRM	3150	3250	3150	3250
Ingresos	9450	9750	9600	9750
Costos y gastos	-5000	-5000	-5000	-5000
Base gravable	4450	4750	4600	4750
Impuesto (30 %)	-1335	-1425	-1380	-1425
Utilidad fiscal	3115	3325	3220	3325
Utilidad comercial	3115	3325	3220	3175

Nota: cifras en millones.

Fuente: elaboración propia.

El último resultado consignado en la tabla 8 muestra cómo la tributación genera disrupciones en las utilidades de una compañía cuando, bajo algún criterio, se desconocen los efectos financieros de los instrumentos financieros al momento de ser usados con ánimo de cobertura.

Teniendo presente que Colombia es un país con una balanza comercial deficitaria¹², las operaciones de cobertura deberían tener una regulación más específica en las normas fiscales. De este modo la tributación ayudaría a la regularización de precios de aquellos bienes y servicios que se adquieren en el exterior.

12 “Balanza comercial / 1980 - 2022p marzo”, *Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)*, 31 de enero del 2020. Acceso 11 de abril del 2020, <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/comercio-internacional/balanza-comercial#:~:text=En%20febrero%20de%202022%20se,US%24720%2C3%20millones%20FOB.&text=La%20balanza%20comercial%20es%20la,e%20importaciones%20de%20un%20pa%C3%ADs>.

Estrategia 2: contabilidad de coberturas

La Ley 1819 del 2016 introdujo formalmente los sistemas de reconocimiento y medición presentes en el marco técnico contable adoptado por Colombia, como fuente fiscal para la determinación de los diferentes tributos en el territorio¹³. Esta práctica logró establecer una conexión formal entre la contabilidad y la tributación y robustece nuestro ordenamiento jurídico.

Estos avances han sido de gran ayuda para proponer nuevas estrategias de solución con respecto a las tensiones que se generan entre la tributación y la realidad económica de las operaciones que se efectúan diariamente en los mercados de bienes y servicios. Los instrumentos financieros derivados no son ajenos a estos avances, por tal razón es importante conocer el tratamiento contable de los instrumentos financieros contenido en las NIIF 9 cuando tienen el propósito de usarse con fines de cobertura.

Como ya hemos mencionado, existen operaciones que traen consigo riesgos que no son del interés de las compañías. Para eliminar esos efectos, las entidades hacen uso de instrumentos financieros derivados que les permiten quedarse únicamente con aquellos riesgos inherentes al negocio. El reconocimiento y la medición contable que deben usarse para reflejar correctamente estas operaciones en los estados financieros están desarrollados en las normas internacionales de contabilidad, bajo el título de contabilidad de coberturas.

La contabilidad de coberturas es un procedimiento contable cuyo objetivo es representar, en los estados financieros, el efecto de las actividades de gestión de riesgos de una entidad que utiliza instrumentos financieros para

13 ET, art. 21-1.

gestionar las exposiciones que surgen por riesgos concretos¹⁴. Ahora bien, es importante identificar aquellas actividades de gestión que son aceptadas para que este procedimiento pueda ser aplicable.

La NIIF 9 señala cuáles son las características que deben tener las partidas sujetas de cobertura como los activos, pasivos y compromisos en firme. En esta norma identificamos que las transacciones que dan origen a estos elementos deben tener una alta probabilidad de ocurrencia y no se debe discriminar si estas operaciones se producen o no entre partes vinculadas¹⁵. Dicho esto, comenzamos a identificar que la contabilidad de coberturas exige ciertos requisitos para que las operaciones que se den con instrumentos financieros derivados puedan ser reconocidas formalmente en los estados financieros y así sean insumos para la determinación de tributos.

Ahora bien, ¿qué efectos se espera cubrir sobre estas partidas? Los activos, pasivos y compromisos en firme pueden generar flujos de efectivo o cambios en su valor razonable que traen como resultado impactos no deseados en los estados financieros de una entidad. En este sentido, las operaciones con instrumentos financieros derivados pueden ayudar a las compañías a mitigar estos efectos. Los criterios descritos en las NIIF señalan que

1. Un solo instrumento financiero derivado puede ser usado para cubrir los efectos de una o más partidas existentes.
2. Se requiere una documentación detallada con respecto a la relación entre la partida cubierta y el instrumento de cobertura. Esta documentación deberá

14 International Financial Reporting Standards (IFRS), “NIIF 9 Instrumentos Financieros”, en *Norma Internacional de Información Financiera* (Londres: IFRS Foundation Publications, 2014).

15 *Ibíd.*

incluir la identificación del instrumento de cobertura, la partida cubierta, la naturaleza del riesgo que está siendo cubierto y la forma en que la entidad evaluará si la relación de cobertura cumple los requerimientos de eficacia de la cobertura.

3. Se deberá evaluar la eficacia de la estrategia de cobertura de tal manera que se puedan identificar desfases entre la partida cubierta y el instrumento financiero derivado. Esto permitirá cuestionarse sobre la estrategia empleada y los resultados obtenidos de esta.

Hasta aquí hemos visto cómo las normas internacionales de contabilidad nos brindan las herramientas necesarias para reconocer en los estados financieros de una entidad los instrumentos derivados usados con fines de cobertura. Estas metodologías nos permiten nuevamente explorar la posibilidad de establecer una conexión formal entre la tributación y la contabilidad, para así proponer un trato diferenciado en la tributación de estos instrumentos financieros cuando son usados con fines especulativos o no.

La contabilidad de coberturas es uno de los mecanismos que ha permitido dar solución a las tensiones que giran en torno a la tributación de los instrumentos derivados en distintos ordenamientos jurídicos. La diferenciación de rentas resulta ser un componente idóneo para abordar el tratamiento fiscal de estos instrumentos, puesto que el propósito de las operaciones de cobertura dista de aquellas que se hacen con fines de especulación. Al tener objetivos distintos, la aproximación a la tributación podría diferenciarse¹⁶.

16 Robert Bloom y William J. Cenker, "Derivatives and hedging: accounting vs. taxation: ballast for stormy financial seas", *Journal of Accountancy* 206, n.º 4 (2008).

Estrategia 3: otros aspectos de la tributación de los instrumentos financieros derivados

A lo largo de este documento hemos desarrollado los elementos esenciales de los instrumentos financieros derivados y hemos mostrado algunos de los usos que se les puede dar en las empresas. Adicionalmente, exploramos el tratamiento contable que traen las NIIF cuando estos instrumentos son usados con fines de cobertura.

Con respecto a la tributación de los instrumentos financieros derivados encontramos que nuestro ordenamiento jurídico regula los efectos de estos contratos de forma tal que los efectos fiscales se dan únicamente al vencimiento¹⁷. No obstante, esta norma no brinda un tratamiento diferenciado para aquellos contratos que surgen con fines de cobertura o aquellos que son usados con propósitos especulativos. Así las cosas, la conexión formal con las reglas contables¹⁸, la necesidad y proporcionalidad de las expensas¹⁹, los criterios de fuente de los ingresos²⁰ y las limitaciones a la deducibilidad por gastos en el exterior²¹ son los lineamientos que deben ser tenidos en cuenta para abordar la tributación de los derivados financieros. En esta sección nos referiremos a los últimos dos conceptos, ya que el primero se desarrolló en la sección de contabilidad de cobertura.

17 ET, art. 33.

18 ET, art. 21-1.

19 ET, art. 107.

20 ET, art. 24.

21 ET, art. 122.

Criterios de fuente

La fijación de criterios para establecer la fuente de los ingresos ha sido foco de grandes discusiones dentro del entorno de la tributación internacional. Los Estados han buscado permanentemente aumentar el alcance de sus jurisdicciones, en términos fiscales, con el fin de gravar la mayor cantidad de operaciones que realicen aquellas personas que tengan obligaciones tributarias en el país. En esta misma línea, cuando un residente realiza pagos a un no residente fiscal, los cuales no se someten a algún tipo de impuesto, las normas en esta materia han introducido limitaciones a la deducibilidad de aquellos gastos. Por las razones expuestas, resulta importante analizar este concepto para abordar la tributación de los instrumentos financieros derivados.

El artículo 24 del Estatuto Tributario establece que la prestación de servicios dentro del territorio, de manera permanente o transitoria, con o sin establecimiento propio, se considera ingreso de fuente nacional. Partiendo de este texto, ¿qué ocurre cuando el contrato de cobertura tiene como contraparte una entidad del exterior? Son varios los conceptos de la autoridad tributaria en los que se ha manifestado que, si la cobertura se contrata en el exterior, los pagos que uno realice o los ingresos que se reciban por estos instrumentos financieros derivados serán de fuente extranjera²². La misma postura frente al criterio de fuente la encontramos en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Esta corte ha señalado que cuando los servicios de cobertura se contratan con entidades del exterior, los ingresos o pagos que se deriven de estos instrumentos financieros

22 DIAN, Oficio 009000/2002, Oficio 033738/2004, Oficio 019266/2005 y Oficio 012358/2016.

deben considerarse de fuente extranjera por tratarse una actividad financiera ejecutada en el exterior²³.

Este tipo de operaciones se encuentran reguladas por contratos entre particulares, en los cuales no se desarrolla un acápite del que se pueda inferir algún tipo de regla referente a la territorialidad del ingreso. En este sentido, podrá argumentarse que los instrumentos financieros derivados que sean usados con fines de cobertura se desprenden de operaciones que pueden ser consideradas de fuente nacional o no. Retomando el ejemplo de Carmelita S.A., la venta de productos a base de caña de azúcar genera utilidades de fuente nacional, puesto que se obtienen de la transformación industrial de mercancías o materias primas dentro del país.

Así las cosas, no resultan del todo claros los criterios en los que se fundamenta la territorialidad del ingreso y, por tal razón, existe el riesgo de que la doctrina de la administración tributaria tome otro rumbo y ocasione nuevos tratamientos. Un cambio de postura frente al criterio de fuente podría llevarnos a un escenario en el cual se haga indispensable la retención en la fuente para no limitar la deducibilidad de los pagos que se hagan a entidades del exterior por la prestación de estos servicios. Si, por el contrario, la contraparte del servicio resulta ser una entidad colombiana, la deducibilidad no será un problema siempre y cuando se logre demostrar la necesidad, la causalidad y la proporcionalidad de las expensas en las que se incurre.

El criterio de territorialidad ha sido cuestionado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), de tal forma que las exigencias para la deducibilidad deben estar sustentadas²⁴.

23 CE 4, abril 29/2010, H. Bastidas.

24 DIAN, Oficio 068244/2007.

Limitaciones a la deducibilidad por gastos en el exterior

Los criterios de fuente son necesarios en nuestro ordenamiento jurídico para determinar algunos elementos que deben ser tenidos en cuenta en el proceso de depuración del impuesto de renta como son las limitaciones a los gastos y el uso de créditos fiscales, entre otros. Frente a los instrumentos financieros derivados, este concepto resulta relevante para determinar si los ingresos que se obtienen por estos contratos se consideran de fuente extranjera o no, para establecer si los gastos en el exterior están asociados a ingresos de fuente extranjera o de fuente nacional, e incluso para definir la obligación de practicar retención en la fuente por pagos al exterior.

Como se dijo, la doctrina de la Autoridad Tributaria colombiana ha entendido que los servicios de cobertura que se contraten en el exterior generan ingresos o gastos de fuente extranjera y, mientras esto sea así, la deducción por pagos al exterior a los cuales no se les practica algún tipo de retención aplica de manera plena²⁵. Sin embargo, la argumentación expuesta por la DIAN tiene un riesgo alto, puesto que carece de un análisis profundo que permita identificar claramente la fuente de estos contratos. Además, resulta relevante incluir un criterio objetivo para diferenciar los instrumentos financieros derivados que son usados con fines de cobertura de aquellos que se usan para especular sobre el precio del subyacente.

En la sección en la que se desarrolla la estrategia 1, se expuso cómo las limitaciones a los gastos que se originen por estos conceptos, de darse el caso, impactan de manera negativa las utilidades fiscales de aquellos agentes que contratan dichos servicios. Siendo esto así, resulta importante evaluar con mayor detalle este tratamiento

25 DIAN, Oficio 028596/2017.

fiscal dado que las operaciones de cobertura tienen como principio proteger los estados financieros de las empresas, pero, si la tributación juega en contra de este objetivo, no existen muchos argumentos financieros para acceder a estos activos.

En un país como Colombia, cubrir riesgos financieros como la fluctuación del peso colombiano con respecto a otras divisas resulta una labor que consideran muchas empresas con el fin de no afectar sus resultados comerciales. Existe un número relevante de compañías en el territorio nacional que tienen operaciones en otros países o que dependen de bienes o servicios que se adquieren en moneda extranjera, las cuales usan este tipo de estrategias con el propósito de mantener sus resultados económicos sin impactar los precios que ofrecen a los consumidores. Resulta importante evaluar el impacto que se podría dar si la administración tributaria cambia su postura frente a la fuente de este ingreso y, por ende, las limitaciones que podrían tener las deducciones por los pagos que se originen del uso de estos instrumentos financieros derivados.

Cabe resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado que cuando se realicen pagos al exterior que no estén vinculados con la obtención de rentas de fuente nacional y, por tanto, se encuentren fuera del alcance del artículo 122 del Estatuto Tributario, las expensas en las que incurran los contribuyentes del impuesto de renta no serán deducibles²⁶.

SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

El equipo de asesores tributarios que contrató Carmelita S.A. estudió cada uno de los elementos de la estrategia de

26 CE 4, abril 29/2010, H. Bastidas.

cobertura propuesta por White River Asset Management. Del análisis que llevaron a cabo encontraron que el riesgo tributario podría ser bajo siempre y cuando se tuvieran en cuenta varios aspectos a la hora de registrar las operaciones en los estados financieros.

Contabilidad de coberturas

El sistema propuesto en las NIIF permite soportar en la contabilidad fiscal los ingresos y gastos que se obtengan por el uso de instrumentos financieros derivados con fines de cobertura. Esta técnica es de gran ayuda para poder demostrar la necesidad y la relación de causalidad con la actividad productora de renta. Por otro lado, conocer los modelos financieros con los que se establece el precio de cada uno de los instrumentos contratados será de gran utilidad para garantizar la proporcionalidad que establece nuestra norma tributaria.

Contraparte de la cobertura contratada

El domicilio de la entidad que haga las veces de contraparte en el contrato de cobertura será determinante para establecer si se está contratando un servicio financiero en el exterior o no. Esto, a la luz de la doctrina de la Autoridad Tributaria y la jurisprudencia del Consejo de Estado, resulta ser suficiente para instaurar la fuente del ingreso.

Este será un criterio de gran relevancia para establecer si existen o no limitaciones a los pagos que se hagan al exterior. A su vez, aquel criterio le dará total autonomía a las rentas que se generen por estos contratos, desligándolas de las operaciones económicas que dan origen a la cobertura.

El artículo 33 del Estatuto Tributario regula el tratamiento de los instrumentos financieros derivados, señalando

que únicamente tendrán efectos fiscales al momento del vencimiento. No obstante, hemos mencionado que no existe un tratamiento diferenciado para aquellos contratos que se usen con fines de cobertura o de especulación. Resulta importante determinar otros elementos del impuesto de renta como el criterio de fuente, labor que ha hecho la DIAN y la máxima autoridad de lo contencioso administrativo.

Riesgos y cómo mitigarlos

El principal riesgo que se asume cuando se contratan coberturas financieras es que se generen asimetrías entre la utilidad fiscal y la utilidad contable a causa de estas operaciones. De darse el caso, las coberturas podrán generar impactos negativos en los beneficios económicos que reciban los contribuyentes.

Hasta el día de hoy, la autoridad tributaria y el Consejo de Estado han sugerido que la fuente de las rentas que se contraten con entidades del exterior no será considerada de fuente nacional. Sin embargo, al ser un servicio, queda abierta la posibilidad de que se considere prestado en Colombia, puesto que su uso podrá estar ligado con la gestión de activos, pasivos, ingresos o gastos dentro del territorio nacional.

De ser posible se recomienda contratar los servicios de cobertura con una entidad del exterior ubicada en una jurisdicción con la que Colombia tenga suscrito un convenio, para evitar la doble imposición. De esta forma, la cláusula de no discriminación permitirá garantizar un trato equitativo para las partes, logrando así evitar las limitaciones consagradas en el artículo 122 del Estatuto Tributario. Por el contrario, si los servicios se contratan con una entidad del exterior con la cual no se pueda aplicar un convenio de doble imposición (CDI), existirá el riesgo asociado a la

limitación de los gastos por no practicar retención en la fuente a los pagos realizados al exterior.

Practicar retención en la fuente mitigaría el riesgo mencionado, sin embargo, esta práctica podría incrementar el costo de la cobertura. Se recomienda realizar un análisis financiero para contrastar los efectos que resultarían al tener un mayor valor de la cobertura contra la probabilidad de recharacterizar la fuente del ingreso y, por tal razón, incurrir en un escenario en el que existan limitaciones a la deducibilidad.

PROPUESTA DE IMPACTO O MEJORA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Con el paso del tiempo las operaciones de comercio internacional han evolucionado de forma tal que hoy en día contamos con un mercado de bienes y servicios globalizado, con muy pocas restricciones. Estas dinámicas han contribuido al desarrollo de las empresas, tanto así que muchas de ellas logran ejercer sus actividades en distintas geografías.

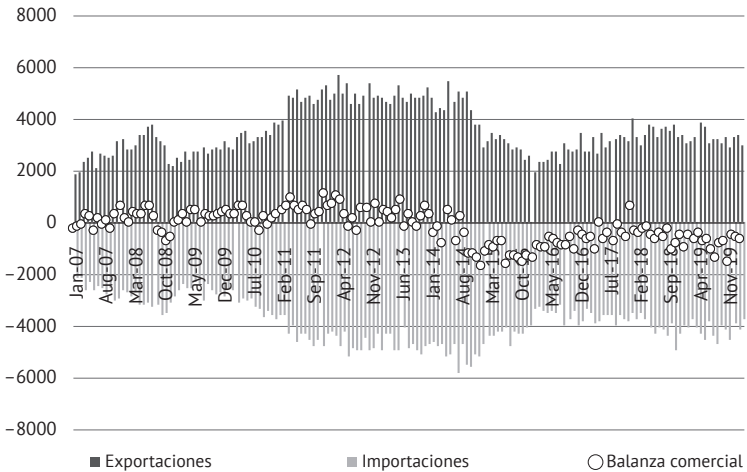
Colombia no ha sido ajena a este fenómeno y, en consecuencia, hoy cuenta con una economía mucho más desarrollada, que ofrece a sus integrantes retos y oportunidades. Sin embargo, los agentes económicos que participan en ella deben gestionar los riesgos que aparecen con la internacionalización de las actividades de comercio y, por tanto, en muchas ocasiones, deberán contratar servicios de cobertura que les permitan proteger sus estados financieros ante eventos inesperados.

El ejemplo más claro en el contexto colombiano resulta de la exposición frente a las operaciones que se denominan en moneda extranjera. Las importaciones y

exportaciones del país tienen un efecto directo en la economía, razón por lo cual resultan siendo esenciales para esta última. La gráfica 1 muestra la evolución que ha tenido la balanza comercial durante los últimos años²⁷.

Si estas cifras las acompañamos con la fluctuación que ha tenido el peso colombiano frente al dólar²⁸, podemos notar que este riesgo financiero podrá ser significativo para muchos agentes de la economía (gráfica 2).

Gráfica 1. Evolución balanza comercial, 2007-2020



Nota: cifras en millones de dólares.

Fuente: elaboración propia.

27 “Balanza comercial / 1980 - 2022p marzo”.

28 “Tasa de cambio representativa del mercado (TRM). 1.1.2. Serie histórica para un rango de fechas dado periodicidad diaria”, Banco de la República, 29 de febrero del 2020, acceso 8 de mayo del 2020, <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/trm>

Gráfica 2. Evolución tasa representativa de cambio, 2007-2020



Nota: cifras en COP/USD.
Fuente: elaboración propia.

Por ser estas operaciones relevantes para la economía nacional, resulta importante definir un tratamiento fiscal específico para los servicios de cobertura que se contraten.

PROYECTO DE LEY

“Por medio del cual se adoptan las normas para la promoción y protección del crecimiento económico, la inversión, el fortalecimiento de las finanzas públicas y la eficiencia del sistema tributario. En línea con la exposición de motivos y otras disposiciones que buscan proteger el resultado de las compañías colombianas que tienen operaciones fuera del territorio nacional”

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

TÍTULO I

IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS

Artículo 1. Adiciónese el párrafo 2 al artículo 33 del Estatuto Tributario, el cual quedará así:

Parágrafo 2. A los servicios financieros de cobertura que se contraten en el exterior no les serán aplicables las disposiciones del artículo 122 de este Estatuto Tributario y serán deducibles sin importar la jurisdicción en la que se contraten, siempre y cuando cumplan las disposiciones del artículo 90 del Estatuto Tributario.

BIBLIOGRAFÍA

- “Balanza comercial / 1980 - 2022p marzo”. *Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)*, 31 de enero del 2020. Acceso 11 de abril del 2020, <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/comercio-internacional/balanza-comercial#:~:text=En%20febrero%20de%202022%20se,US%24720%2C3%20millones%20FOB.&text=La%20balanza%20comercial%20es%20la,e%20importaciones%20de%20un%20pa%C3%ADs>.
- Bloom, Robert y William J. Cenkner. “Derivatives and Hedging: Accounting vs. Taxation: Ballast for Stormy Financial Seas”. *Journal of Accountancy* 206, n.º 4 (2008).

- De Lara Haro, Alfonso. *Productos financieros derivados: instrumentos, valuación y cobertura de riesgos*. México: Limusa, 2005.
- Díaz Tinoco, Jaime y Fausto Hernández Trillo. *Futuros y opciones financieras. Una introducción*. México: Limusa, 2003.
- Fernández, Pablo. *Opciones, futuros, e instrumentos derivados*. Bilbao: Deusto, 1996.
- International Financial Reporting Standards (IFRS). “Los elementos de los Estados Financieros”. En *Marco conceptual para la información financiera*. Londres: IFRS Foundation, 2018.
- International Financial Reporting Standards (IFRS). “NIIF 9 Instrumentos Financieros”. En *Norma Internacional de Información Financiera*, 28. Londres: IFRS Foundation Publications, 2014.
- “Tasa de cambio representativa del mercado (TRM). 1.1.2. Serie histórica para un rango de fechas dado periodicidad diaria”. *Banco de la República*, 29 de febrero del 2020. Acceso el 8 de mayo del 2020, <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/trm>

Conceptos

- DIAN, Oficio 009000/2002.
- DIAN, Oficio 0033738/2004.
- DIAN, Oficio 019266/2005.
- DIAN, Oficio 068244/2007.
- DIAN, Oficio 012358/2016.
- DIAN, Oficio 028596/2017.

Jurisprudencia

- CE 4, abril 29/2010, 25000-23-27-000-2005-90492-01-16886, H. Bastidas. Acceso 30 de abril del 2020, [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/109/25000-23-27-000-2005-00570-01\(17845\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/109/25000-23-27-000-2005-00570-01(17845).pdf).

CE 4, octubre 16/2014, 25000-23-27-000-2009-00132-01-18882, J. Ramírez. Acceso 15 de abril del 2020, [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/159/S4/25000-23-27-000-2009-00132-01\(18882\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/159/S4/25000-23-27-000-2009-00132-01(18882).pdf).

Normas

DL 624/1989.

**ASEGURAR LA VANIDAD SIN
QUEBRARSE EN EL INTENTO:
EL MANEJO CONTABLE Y
TRIBUTARIO DEL SEGURO
DE GASTOS MÉDICOS***

Erika Díaz Silva

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.566>

Dos empresas que pertenecen al mismo grupo empresarial y se dedican al sector asegurador, principalmente a la comercialización y el manejo de la póliza de gastos médicos por cirugías plásticas y estéticas, buscan la mejor forma de optimizar sus ingresos, costos y gastos sin que se vean afectados los miembros del grupo empresarial por los impuestos que debe reportar cada compañía. La empresa 1, Correya, tiene en su cabeza reflejados la mayoría de los ingresos y muy pocos gastos, lo que implica una base gravable muy alta del impuesto al valor agregado (IVA). Por su parte, la empresa 2, Operarte, presenta la situación contraria: muchos gastos y pocos ingresos. Por otro lado, se observa que las pólizas ofrecidas tienen como tomadora a una de las empresas (el operador), mientras que el asegurado es el paciente que se va a someter al tratamiento y quien, al final, paga la póliza.

Con el presente texto se propone una forma en la que, actualmente, ambas empresas puedan manejar los ingresos y gastos de manera que la base gravable del IVA de la corredora no sea inequitativa, atendiendo a sus ingresos, y pueda descontar los gastos de la operadora, ya que ambas empresas manejan el mismo negocio jurídico en diferentes etapas.

PALABRAS CLAVE

Contrato de seguros, corredor de seguros, operador de seguros, seguro de gastos médicos, impuesto al valor agregado (IVA) en el contrato de seguros.

GLOSARIO

Contrato de seguros: Contrato mediante el cual una aseguradora asume los riesgos que pueda tener el tomador del seguro, recibiendo una contraprestación económica por asumir dicho riesgo.

Corredor de seguros: Persona jurídica que tiene a su cargo la promoción y la comercialización de las pólizas de seguros que vende una aseguradora.

Impuesto al valor agregado (IVA): tributo que se genera por la venta o importación de bienes, así como por la prestación de servicios a cargo del consumidor final.

Operador de seguros: Persona jurídica que se encarga de manejar el cumplimiento de la póliza de seguros adquirida sobre la base del cumplimiento de las condiciones de esta, es decir, se encarga de autorizar el pago de los gastos médicos que se generan con ocasión de la ocurrencia del siniestro. Adicionalmente, es el tomador de la póliza para el caso bajo análisis. Tiene el contacto con la clínica o médico encargado del procedimiento estético, así como con la clínica que maneja la complicación.

Seguro de gastos médicos: Contrato por medio del cual se aseguran los riesgos que implique que el paciente deba asumir el pago de los servicios médicos por

circunstancias particulares que generen complicaciones en su salud a raíz de un procedimiento quirúrgico, ya sea plástico o estético.

ASEGURAR LA VANIDAD SIN QUEBRARSE EN EL INTENTO: EL MANEJO CONTABLE Y TRIBUTARIO DEL SEGURO DE GASTOS MÉDICOS

A la aseguradora Asegurarte la Superintendencia Financiera le aprobó el clausulado de la nueva póliza de seguros de gastos médicos para cirugías plásticas o estéticas, por lo que firma un contrato con Correa, un corredor de seguros dedicado a la venta de este tipo de pólizas. Por otro lado, Operarte es un operador de seguros, empresa que busca contener los siniestros en los seguros de gastos médicos vendidos por Correa mediante el manejo del siniestro desde su ocurrencia. Ambas empresas pertenecen al mismo grupo empresarial.

Correa observa que, al obtener la mayor parte de los ingresos por la promoción de la póliza de seguros y no tener una gran cantidad de gastos, su base gravable del impuesto al valor agregado (IVA) es demasiado elevada, haciendo que la mayor parte de estos se vaya prácticamente en pagar impuestos. Por su parte, Operarte tiene en su cabeza la mayor parte de los gastos del negocio, porque tiene más personal a cargo, así como equipo y el manejo de la plataforma, mientras que sus ingresos no son tan altos. Por esta razón, ambas empresas firmaron un contrato de administración delegada mediante el cual consideran que pueden descontar los ingresos de Correa de los gastos de Operarte.

Marco Antonio es un reconocido cirujano estético de Barranquilla y Ángel Daniel un reconocido cirujano plástico de Medellín. Ambos fueron contactados por la empresa

Corredores de Seguros Correya. Ambos médicos se interesaron por el producto que les ofreció Correya, por lo que entregaron toda la documentación necesaria para certificar que eran médicos a los que se les permite practicar los procedimientos plásticos y estéticos que ofrecían.

Una vez entran al sistema de Correya, la empresa les informa que

- ▶ La sociedad tiene su sede en la ciudad de Bogotá D. C., desde donde se prestan los servicios correspondientes.
- ▶ La póliza es emitida en Bogotá D. C.
- ▶ La empresa los capacita en la plataforma que analiza todos los factores de riesgo de los pacientes para determinar si pueden o no ser operados y autoriza la emisión de la póliza.
- ▶ Les informa que existe otra compañía del grupo, un operador de seguros llamado Operarte, que se encarga de controlar el siniestro, por lo que una vez emitida la póliza e iniciado el procedimiento, si se presenta una complicación médica deben comunicarse con dicha empresa y remitir los soportes médicos correspondientes, entre los que se encuentra la historia clínica del paciente asociado al procedimiento.
- ▶ La aseguradora tiene una red de clínicas y hospitales para que los pacientes sean remitidos en caso de emergencia, siempre que se autorice el protocolo de servicios.
- ▶ Las pólizas tienen como tomador único a Operarte y como asegurado al paciente; también informan el nombre del médico que practica el procedimiento plástico estético.

Conociendo toda esta información, los médicos acceden a ofrecer la póliza de seguros de gastos médicos que

comercializa el grupo empresarial, incluyendo su costo dentro del paquete de la cirugía. Días después, se acerca al consultorio de Marco Antonio la señora Daniela, con la intención de practicarse una cirugía estética. Al hacer los estudios médicos de Daniela, Marco Antonio evidencia que ella no goza de las calidades físicas mínimas necesarias para realizarse este procedimiento, toda vez que tiene un índice de masa corporal superior al permitido y sufre de hipotiroidismo. Aun así, Marco Antonio diligencia información inexacta en la plataforma, con el propósito de garantizar que la póliza sea emitida como un anexo a una póliza de vida que tiene Daniela. Por pertenecer al ramo de vida la póliza no está gravada con el IVA.

Por su parte, Catherine se acerca al consultorio del médico Ángel Daniel para practicarse una cirugía muy importante para su carrera profesional y por eso dicha cirugía iba a pagarla su agencia de modelaje. Catherine sí cumplía con los requisitos médicos para su operación, por lo que Ángel Daniel no tuvo inconveniente para emitir la póliza como una póliza de salud de gastos médicos. Como pertenece al ramo de salud la póliza queda gravada al 5 % del IVA.

Ambas cirugías se practican el mismo día y se efectuó el pago de las pólizas correspondientes. Una vez llegó el día de la cirugía de ambas pacientes todo resultó, aparentemente, de acuerdo con los estándares médicos. En cuestión de horas, los dos casos tuvieron complicaciones que requirieron hospitalización de urgencia.

Marco Antonio se entera de la situación de Daniela y, al recordar que ella no cumplía las condiciones para practicar el procedimiento, decide remitir la información falsa de su estado de salud. Daniela ingresó a la clínica con su cónyuge, a quien le preguntaron por el estado de ella antes de la cirugía y él, en medio de su crisis, informa los datos correctos de la historia clínica de la paciente, los cuales quedan

registrados en la historia clínica de la complicación, informando sus padecimientos reales.

Operarte cuenta con toda la información y compara las historias clínicas, por lo que decide parar el pago de los gastos médicos generados para la atención de Daniela, ya que por sus condiciones de salud, no podía ser emitida la póliza porque era excluida de la protección de esta. La situación se le informa al cónyuge de Daniela. Por su parte, Catherine es atendida normalmente, ya que las historias clínicas son consistentes y se determina que ella sí se encuentra asegurada.

Durante la atención médica Daniela fallece y el cónyuge queda con una cuenta hospitalaria que asciende a los COP 30 000 000, que hacen parte de los gastos que deberían asegurar mediante la póliza que pagó antes de practicarse el procedimiento estético. Catherine, por otro lado, no tiene mayores inconvenientes, pues la clínica logra tratar el problema a tiempo.

Una vez culmina el proceso, la agencia de modelaje observa que en la póliza aparece como asegurado Catherine, pero como tomador Operarte, una empresa que desconocían. Por lo anterior, deciden enviar un derecho de petición a Operarte preguntando la razón por la cual ellos aparecen como los tomadores del seguro¹.

Para la agencia es sospechoso que el tomador de la póliza sea un tercero y no la agencia o la paciente, toda vez que creen que pueden disminuir su base gravable del IVA del 19 % con el 5 % del mismo impuesto que genera la póliza de gasto médico por la cirugía que se le practicó a Catherine. Al contrario de lo que piensa la agencia, el operador no puede cruzar el IVA que generan las pólizas porque no es parte de los impuestos descontables.

1 Este problema tributario planteado no se resolverá en el presente escrito; queda abierto para futuras disertaciones.

Es importante mencionar que Asegurarte informa a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) que el pago de la póliza se encuentra en cabeza del operador por figurar como tomador del seguro. En vista de lo anterior, ambas empresas del grupo empresarial necesitan encontrar qué posibilidad tienen para disminuir su carga tributaria, atendiendo a las circunstancias mencionadas.

PROBLEMÁTICA

¿Pueden dos empresas de un mismo grupo empresarial celebrar un contrato que les permita manejar más favorablemente la base gravable del IVA en la promoción, venta y contención del riesgo de la póliza de gastos médicos para cirugías plásticas y estéticas?

Introducción

El contrato de seguros se ha convertido en uno de los más importantes en el ámbito mundial. El hecho de que el tomador tenga la posibilidad de trasladar el riesgo para evitar o disminuir las consecuencias económicas de la realización del riesgo ha permitido que cada vez sea más fácil adquirir una póliza, así como crear nuevos seguros que permitan aumentar el nivel de riesgos que asume una aseguradora.

Entre los nuevos riesgos asegurados se encuentran las complicaciones por cirugías plásticas y estéticas, que no son cubiertas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) ni por las pólizas de salud existentes. Con este seguro llega un nuevo tipo de negocio que permite que un tercero interventor del contrato de seguro ayude con la operación y el manejo de la póliza.

El negocio puntual necesita de la aseguradora que asume el riesgo, un corredor que promociona la póliza y un

operador que maneja el riesgo y autoriza los pagos que debe hacer la póliza para cubrir el riesgo, las dos últimas pertenecientes a un mismo grupo empresarial. Lo anterior implica que el corredor tenga en su cabeza la mayoría de los ingresos con una base gravable del IVA demasiado alta, mientras que el operador, por tener la obligación de manejar realmente el negocio, tenga la mayor parte de los gastos.

Para poder analizar la mejor manera de solucionar la problemática planteada es necesario comprender qué es el contrato de seguro y, en particular, la póliza de seguro de gasto médico por cirugías plásticas y estéticas, el funcionamiento del grupo empresarial y el IVA. Teniendo claros los conceptos anteriores, se procederá a analizar tres estrategias de solución: el contrato de administración delegada, el contrato de prestación de servicios y el contrato de cuentas en participación. Finalmente, se expondrán las conclusiones y la propuesta de solución del caso planteado.

El contrato de seguro

El contrato de seguro es un contrato mercantil típico mediante el cual una entidad regulada asume un riesgo y como contraprestación cobra una prima. La importancia económica del contrato de seguros radica en la capacidad de los tomadores de precaver las necesidades económicas que puedan surgir de la materialización de ciertos riesgos que afecten los intereses legítimos de una persona o una entidad.

El contrato de seguros tiene varias características:

- ▶ Es típico, pues se encuentra debidamente regulado en el Código de Comercio a partir del artículo 1036 y siguientes de dicha normatividad.
- ▶ Es bilateral, porque el tomador se obliga a pagar la prima mientras que la aseguradora se obliga a

pagar la indemnización en caso de que ocurra el siniestro, salvo que se encuentre dentro de las exclusiones definidas en el clausulado.

- ▶ Es un contrato de adhesión porque el tomador no tiene la posibilidad de modificar las cláusulas previamente establecidas por la aseguradora.
- ▶ Es un contrato consensual, pues las partes se obligan por mutuo acuerdo.
- ▶ Es oneroso porque busca el beneficio económico de ambas partes: la aseguradora al recibir la prima que genera la póliza y el asegurado al garantizar el interés que considera asegurable, obligando a la aseguradora a amparar el riesgo y a pagar en caso de ocurrencia del siniestro.
- ▶ Es de ejecución sucesiva sobre la base de que mientras se encuentre vigente la póliza la aseguradora debe garantizar el amparo. En efecto, la prima se devenga día a día. Todos los días existe una obligación nueva de asegurar el riesgo.
- ▶ Es *intuitu personae* para la aseguradora frente a quien tiene el interés asegurable, pues el contrato de seguros, al ser de máxima buena fe, asume el riesgo en consideración al asegurado.

Existe una diversa forma de clasificación de los seguros; para el presente escrito se tendrá en cuenta la siguiente:

- ▶ Personas: cubre los riesgos que se generan, como su nombre lo indica, sobre las personas. Este a su vez se clasifica de la siguiente manera:
 - Vida: busca proteger a los beneficiarios frente al riesgo económico que genera el fallecimiento del tomador del seguro.

- Salud: sufragar los gastos médicos que generen complicaciones médicas que cubre el SGSSS o no, de manera más expedita.
- Exequial: cubre los gastos que se generan con el fallecimiento de una persona, como la velación y el entierro.
- Reales: seguros que protegen las pertenencias físicas de las personas, ya sea bienes muebles, inmuebles, construcciones.
- Patrimoniales: protegen al asegurado frente a los daños que pueda causar a terceros con sus acciones, particularmente, responsabilidad civil extracontractual.

Por otro lado, la póliza de seguros debe tener los siguientes elementos esenciales: el interés y los riesgos asegurables, la prima o el precio del seguro y la obligación de la aseguradora². También debe contener unas condiciones mínimas que se encuentran en el artículo 1047 del Código de Comercio, como el nombre de la aseguradora, el tomador, el asegurado y el beneficiario cuando son diferentes al tomador, calidad en la que actúa el tomador (a nombre propio o de terceros); identificación de los bienes o personas sobre los que recae el seguro; vigencia del seguro; suma que se asegura; valor y forma de pago de la póliza; riesgos que ampara, entre otras³. Adicionalmente, la solicitud del seguro debe estar firmada por el tomador y este puede tener acceso tanto a la póliza como a sus anexos⁴.

Mediante este contrato una persona, sea natural o jurídica, busca proteger su patrimonio frente al resultado

2 CCo, art. 1045.

3 *Ibíd.*, art. 1047.

4 *Ibíd.*, art. 1048.

que genera la manifestación real de un riesgo. Se trata del traslado de las consecuencias a un tercero llamado “asegurador”. Este traslado es meramente económico y no evita la ocurrencia del riesgo. Así lo mencionan varios autores, entre esos Rubén S. Stiglitz, en los siguientes términos:

El costo de la reparación de un daño futuro e incierto ejerce sobre el eventual agente pasivo una presión de tal entidad que lo coloca, casi compulsivamente, ante la necesidad de adoptar técnicas preventivas que contribuyan a bloquear, total o parcialmente, las consecuencias derivadas de un daño eventual.

[...]

En rigor, el seguro no elimina el riesgo sino que tolera que sus consecuencias resulten transferidas (trasladadas) por el sujeto amenazado por un evento económicamente desfavorable, a otro (asegurador) que, a estos fines, ha constituido una mutualidad especialmente “preparada para absorber el riesgo de indemnización”. De allí que se tenga expresado que “la aseguradora es, por definición, una empresa constituida con la específica finalidad de liquidar siniestros y, en su caso, pagar indemnizaciones”⁵.

Básicamente, el tomador/asegurado busca proteger su patrimonio ante la ocurrencia de un siniestro. Esta protección siempre se verá reflejada económicamente, pagada en dinero o en especie por la aseguradora, dependiendo del tipo de seguro contratado.

El contrato de seguro busca únicamente indemnizar o reparar los daños causados por la ocurrencia del siniestro y, según esta diferencia, las pólizas de seguro pueden ser

5 Rubén Saúl Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz, *Derecho de seguros*, Tomo I, 6.ª ed. (Buenos Aires: La Ley, 2016), 1-2.

compensatorias o indemnizatorias. Las primeras implican un equilibrio entre la ocurrencia del riesgo y el daño que genera su pérdida. El caso tradicional de referencia de un seguro compensatorio es el seguro de vida, pues la vida de una persona no es reemplazable con el pago de la póliza; su valor compensa el daño generado. Por su parte, los indemnizatorios comprenden un resarcimiento equivalente a los daños generados por una actuación o un hecho ajeno al tomador. Estos seguros no pueden generar un enriquecimiento en el beneficiario de la póliza y están dirigidos a cubrir el daño emergente y el lucro cesante⁶.

En su estructura básica, el contrato de seguros tiene dos partes: el asegurador y el tomador. El asegurador es quien asume el riesgo y debe pagar el siniestro en caso de que surja; el tomador es la persona que negocia el riesgo con la aseguradora y paga la prima correspondiente.

La complejidad de las relaciones comerciales ha causado la diversificación del contrato de seguros, creando diferentes actores que modifican la estructura básica del contrato. Por lo anterior, se ha reconocido la participación de actores como el asegurado y el beneficiario, por parte del tomador; los corredores, las agencias y los agentes de seguros, también llamados intermediarios, por parte de la aseguradora, y los actuarios, ajustadores y operadores de seguros, como terceros intervinientes.

Un contrato de seguros de importancia particular son los seguros colectivos, como el seguro grupal con tomador único y asegurado indeterminado. Este tipo de contrato es usado por los operadores de seguros para abarcar a varios asegurados dentro de una póliza común, como una póliza de vida que ampara el riesgo de fallecimiento de los trabajadores de una empresa, donde el tomador es

6 CCo, art. 1088.

la empresa y el asegurado son todos sus trabajadores. En este tipo de contratos, debido a la cantidad de asegurados, el tomador traslada a la aseguradora el riesgo por cuenta de terceros y, por lo general, es el tomador el que paga con recursos propios la prima, por lo que contablemente puede tener el gasto.

Sin embargo, hay casos en los que el tomador es un puente entre el asegurado y la aseguradora; es decir, el tomador es el responsable ante la aseguradora del pago de la prima, pero el pago lo hace el asegurado a las cuentas del tomador a nombre de la aseguradora. En el caso de los operadores, estos tienen prohibido recibir ingresos a nombre de la aseguradora, por lo que el intermediario es quien recibe el dinero de los asegurados y se lo traslada a la aseguradora.

Por último, hay operadores que, por su naturaleza, tienen tres funciones particulares: (1) controlar la suscripción de la póliza, esto es, que cumpla con los requisitos para su suscripción; (2) hacer la gestión contable y administrativa de la póliza, que incluye el pago de los retornos administrativos, y (3) contener el riesgo haciendo una auditoría concurrente, es decir, verificar que lo que se pide que se cubra sí se encuentre dentro de lo establecido en la póliza y, para el caso que se analiza en el presente documento, una auditoría de cuentas médicas que conlleva estar al tanto de que los gastos médicos sean razonables en relación con el riesgo materializado.

El alto nivel de especialización de este tipo de contrato genera una supervisión especial por parte del Estado, que se encuentra en cabeza de la Superintendencia Financiera de Colombia, a través del Estatuto Orgánico Financiero en su artículo 38 y siguientes. Frente a la póliza de gastos médicos por cirugías plásticas o estéticas, el corredor de seguros genera la mayor cantidad de ingresos por tener a su cargo el pago que hace la aseguradora de la comisión

por promocionar y lograr la suscripción de la póliza, pero sus gastos no son tan altos porque su actividad no requiere una gran cantidad de personal ni equipo. Lo anterior genera que la base gravable del IVA sea muy alta.

Por otro lado, el operador tiene a su cargo la contención del riesgo, lo que incluye la solicitud de las historias clínicas de los pacientes, tanto de la intervención como de la complicación médica, por lo que tiene en su cabeza la mayor cantidad de gastos, ya que necesita más personal y equipo de trabajo de manera constante. En resumen, el trabajo del corredor va hasta la suscripción de la póliza, mientras que el operador debe manejar el siniestro hasta que el caso sea cerrado, lo que máximo podrá durar un año.

Las funciones y actividades del grupo se explicarán con mayor detalle en una sección posterior. Para entender mejor la póliza de gastos médicos por cirugías plásticas y estéticas se detalla, a continuación, lo que implica este tipo de intervenciones, así como la necesidad de la póliza y su manejo.

Seguro de gastos médicos: cirugías plásticas y estéticas

El seguro de gastos médicos, como su nombre lo indica, cubre los gastos médicos que surjan durante o después de la práctica de un procedimiento plástico estético. La cirugía plástica por sí sola busca reparar defectos físicos congénitos de la persona que afectan su salud física, es decir, malformaciones que impiden que la persona tenga un adecuado desarrollo, bien sea porque, por ejemplo, su malformación le impide respirar, hablar o movilizarse: “En términos generales, se define a la Cirugía Plástica, Estética, Reparadora o Reconstructiva, como la especialidad quirúrgica encargada de restablecer la integridad anatómica

o funcional del cuerpo humano, alterado por defectos físicos, congénitos o adquiridos”⁷.

Por otro lado, la cirugía plástica estética no requiere que la persona tenga un problema físico que afecte su salud; busca tratar de llegar a un ideal de belleza que considere necesario para mejorar su autoestima:

La cirugía plástica tiene una función social absolutamente definida. En muchas ocasiones, una lesión en el rostro, una cicatriz, por ejemplo, o una nariz deformada produce al paciente serios traumatismos psicológicos que le impiden desarrollar una vida normal y feliz. Alguien ha dicho que la fealdad puede convertirse en una enfermedad psíquica. Gracias a la cirugía plástica pueden corregirse muchos defectos corporales, rejuvenecer físicamente a los pacientes, aplicarles injertos o trasplantes de cuero cabelludo para corregir calvicies, mamas hipertróficas o hipotróficas, reseca grandes panículos adiposos en casos de obesidad, corregir cicatrices, corregir arrugas de cara y de manos, inyectar grasa, etc.⁸.

7 Norma Acerbi Cremades, “Orígenes de la cirugía plástica. Padres, pioneros y otros más”, *Revista de Salud Pública* XIII, n.º 2 (2009): 47-52, acceso 3 de mayo del 2020, http://www.saludpublica.fcm.unc.edu.ar/sites/default/files/RSP09_2_09_mirada%20historica.pdf.

8 Edison Spireli A., “Aspectos éticos, jurídicos y médico-legales en cirugía plástica”, en *Cirugía plástica, reconstructiva y estética*, editado por Felipe Coiffman (Bogotá: Científicas y Técnicas S. A., 1994). Citado por Kyrenia Sánchez Rodríguez y Roidel Alessandrini González, “Algunas consideraciones éticas sobre la cirugía plástica”, *Revista Cubana de Cirugía* 46, n.º 4 (2007). Acceso 3 de mayo del 2020, http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0034-74932007000400012.

Las personas que se someten a este tipo de procedimientos generalmente desean mejorar aspectos de su cuerpo con los que no se sienten conformes, a pesar de que estos no afectan su desarrollo físico, por lo que un paciente que se someta a este tipo de procedimientos debe cumplir ciertas características mínimas. Una de las características, como lo menciona Norma Acerbi Cremades en “Orígenes de la cirugía plástica”⁹, es el análisis de la personalidad del paciente para determinar las causas por las cuales quiere mejorar su aspecto físico, de manera que entienda todas las consecuencias, tanto favorables como desfavorables, que implica este tipo de procedimientos, es decir, las personas que tienen una razón no obsesiva por cambiar una parte de su cuerpo serían ideales para estas intervenciones.

Por su parte, de acuerdo con Kyrenia Sánchez Rodríguez y Rojdel Alessandrini González en “Algunas consideraciones éticas sobre la cirugía plástica”¹⁰, un buen cirujano es un artista que se dedica a esculpir el cuerpo humano, con “los fundamentos teóricos del arquitecto y la pulida técnica quirúrgica del mejor cirujano general”¹¹. Es decir, debe tener unas cualidades especiales y de admiración a la belleza que le permitan unir su profesión médica para llevar al ser humano al intento de perfección estética que considera correcto para mejorar su aspecto.

Para el caso particular se dividen las cirugías en: (1) plásticas, entendidas como aquellas que requieren una especialización específica y que buscan reparar los daños físicos que afectan la salud de una persona y (2) estéticas, entendidas como aquellas que no requieren especialización del

9 Acerbi Cremades, “Orígenes de la cirugía plástica”.

10 Sánchez y Alessandrini, “Algunas consideraciones éticas”.

11 *Ibíd.*

profesional médico, pero sí conocimiento sobre el área de influencia de la operación y se practica con fines exclusivos de un ideal de belleza.

Como todo procedimiento médico, este tipo de cirugías tienen riesgos que se pueden determinar en cuatro grupos:

1. El cirujano y su equipo quirúrgico como habilidad, conocimiento y experiencia.
2. Los pacientes con enfermedades reconocidas, enfermedades ocultas o no diagnosticadas, estabilidad de sus comorbilidades, capacidades vitales y la forma de responder al trauma quirúrgico.
3. La técnica quirúrgica como la cantidad de procedimientos que realizamos en un solo tiempo a una misma paciente, el tiempo de duración de la cirugía, el grado de complejidad y agresividad de los procedimientos.
4. El hospital o clínica con recursos materiales y físicos con los que cuenta, laboratorio y terapia intensiva y personal médico de apoyo¹².

Estos riesgos deben ser cubiertos. El primer llamado a cubrir este tipo de riesgos serían los integrantes del SGSSS.

El SGSSS, que actualmente se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993, obliga a toda la ciudadanía a afiliarse a dicho sistema para garantizar la prestación de unos servicios médicos mínimos que garanticen condiciones dignas de vida, razón por la cual no cubre cirugías plásticas o estéticas con fines de embellecimiento. En razón de lo

12 Jesús Cuenca-Pardo, “¿Se pueden evitar las complicaciones en cirugía plástica?”, *Asociación Mexicana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva A. C.* 29, n.º 1 (2019): 3-14. Acceso 3 de mayo del 2020, <https://www.medigraphic.com/pdfs/cplast/cp-2019/cp191a.pdf>.

anterior, cada persona debe afiliarse al sistema, pero tiene libertad de escoger la Entidad Promotora de Salud (EPS) que le prestará dichos servicios. Atendiendo a los principios básicos del sistema y la atención prioritaria, tiene la obligación de garantizar todos aquellos tratamientos y medicamentos que se encuentren dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS).

Sobre la base de la limitada atención que presta el sistema de salud en su nivel inicial, algunas entidades ofrecen planes complementarios que permiten al usuario acceder a servicios médicos en un lapso inferior o a otros servicios de salud de manera directa sin la intervención del médico general. Esos planes alternativos de salud se encuentran regulados en el artículo 18 y siguientes del Decreto 806 de 1998^[13] como aquellos que tienen beneficios agregados, opcionales y voluntarios, que requieren pagos adicionales a la cotización obligatoria por parte del cotizante. Es decisión del afiliado si quiere utilizar el servicio de salud o el plan adicional.

Según Juan Carlos Galindo Vácha:

Los planes adicionales de salud que pueden ofrecerse son:

- Planes de atención complementaria en salud (PAC): conjunto de beneficios que comprende actividades, intervenciones y procedimientos no indispensables ni necesarios para el tratamiento de la enfermedad y el mantenimiento o la recuperación de la salud o condiciones de atención inherentes a las actividades, intervenciones y procedimientos incluidas en el Plan Obligatorio de Salud.

13 D. 806/1998, arts. 18 y siguientes.

Pueden contar con uno o varios de los siguientes contenidos: i) Actividades, intervenciones y procedimientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud o expresamente excluidos de este; y, ii) una o varias condiciones de atención diferentes que permitan diferenciarlo del Plan Obligatorio de Salud tales como comodidad y red prestadora de servicios.

[...]

- Planes de medicina prepagada [sic]: por medicina prepagada se entiende el sistema organizado y establecido por entidades autorizadas para la gestión médica, y la prestación de los servicios de salud y/o atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado.
- Pólizas de salud: aquellas ofrecidas por las compañías aseguradoras tales como pólizas de exequias, de accidentes personales, de vida individual, de vida grupo, de salud, de hospitalización y cirugía, etc.

Queda claro, que los planes complementarios de salud son los únicos que pueden entenderse incorporados dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues los planes de medicina prepagada y los seguros de salud, si bien ofrecen servicios de atención en salud con esquemas de aseguramientos propios, y asumidos por quienes deseen adquirirlos, son ofrecidos y administrados por empresas ajenas a la seguridad social¹⁴.

De acuerdo con lo anterior, se evidencia que este tipo de servicios que tienen que ver exclusivamente con la belleza y no estrictamente con la salud física no se encuentran

14 Juan Carlos Galindo Vácha, *Amparos y coberturas de la salud* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011): 259-260.

cubiertos por el POS y es poco probable que las pólizas o planes complementarios accedan a tenerlos dentro de su cobertura. Al evidenciar los riesgos mencionados y que este tipo de intervenciones no están generalmente cubiertas por el SGSSS, las pólizas de salud, la medicina prepagada o los planes complementarios, surge la demanda de una póliza de seguro que permita aminorar el impacto económico que puede generar una complicación médica, tanto para el médico como para el paciente. Al tiempo, se necesita un mecanismo que mantenga una buena relación comercial entre el médico, la clínica y el paciente.

Los numerales 1, 3 y 4 de la lista de riesgos implican que la aseguradora, antes de permitir la emisión de la póliza, debe hacer un estudio previo del médico y de la clínica, verificar su historial, hoja de vida, experiencia, especializaciones, entre otros. Por su parte, el numeral 2 depende del paciente y de la veracidad de la información que proporcione tanto al médico cirujano como al anestesiólogo, así como su situación médica real para reducir los riesgos que tienen estas intervenciones. Si bien las cirugías plásticas y estéticas se practican desde hace varios años, solo hasta hace aproximadamente diez años comenzó a comercializarse este tipo de pólizas, con un margen de comercialización mayor en los últimos cinco años¹⁵.

Un aspecto importante en el análisis de las pólizas de seguros médicos son los límites a la protección de los riesgos; por ejemplo, la póliza de gastos médicos que emite cubre las complicaciones médicas que se presenten dentro de los treinta o sesenta días posteriores a la intervención quirúrgica. Una vez surge la complicación, la póliza cubrirá un año de tratamiento o hasta que el valor de la póliza se

15 Información entregada por el grupo empresarial en el que se basó el presente documento.

agote. Como se mencionó en el acápite anterior, esta póliza no cubre ningún gasto que se genere por la muerte del paciente; únicamente los gastos por las complicaciones causadas por la cirugía plástica o estética.

Por otro lado, la póliza generalmente cubre cuatro tipos de complejidades en las cirugías plásticas o estéticas:

- ▶ Menores: aplicación de ácido hialurónico, bichectomía, botox, elevación de cejas, implante capilar, resección de lunares, rinoplastia, entre otras.
- ▶ Bajas: liposucciones menores hasta del 3 % del peso corporal, reconstrucción de mamas, labios leporinos, paladar hendido, entre otras.
- ▶ Medias: extracción de biopolímeros en rostro, lipoescultura hasta del 3 % del peso corporal, retiro de prótesis en glúteos, entre otras.
- ▶ Altas: abdominoplastia, gluteoplastia, implante de abdomen, pantorrilla o pectorales, lipectomía, lipoescultura entre el 3 % y el 10 % del peso corporal, entre otras.

Adicional a lo anterior, algunas pólizas manejan condiciones especiales en las cirugías de mamas, biopolímeros, bariátricas, ortopédicas, refractivas, dentales con anestesia local y general, así como ginecología.

Por regla general, el tomador de la póliza es el médico o la clínica, mientras que el asegurado o el beneficiario tiene que ser el paciente porque es quien recibe directamente las prestaciones médicas en caso de una complicación. Cuando el paciente presenta algún tipo de emergencia asociada a la cirugía plástica o estética practicada tiene la posibilidad de asistir a una clínica especializada que tenga contrato con la aseguradora o a un hospital diferente. En el primer caso, la póliza va a responder por la complicación en especie, es decir, pagando directamente a la clínica cada uno de los gastos médicos que se generen. Si es

la segunda opción, el paciente o quien asuma esos gastos podrá exigir a la aseguradora el pago en dinero únicamente de los gastos médicos surgidos con ocasión de la complicación.

Retomando el riesgo que existe frente a los pacientes, es importante mencionar que la información clínica reportada con anterioridad a la intervención quirúrgica depende de la valoración física que haga el médico tratante del paciente y de su historia clínica y antecedentes médicos que este informe. Lo anterior va de la mano con las exclusiones que maneja este tipo de pólizas y que se equiparan con causas por las cuales un médico no debería practicar el procedimiento plástico o estético solicitado. Si alguno de los factores de riesgo se evidencia en la historia clínica de la complicación, llevarán a la aseguradora a negar la cobertura de la póliza, toda vez que de conocerse anteriormente dicha información, la aseguradora no hubiera autorizado la emisión de la póliza. Algunas exclusiones de la póliza de gastos médicos para cirugía plástica o estética implican las siguientes enfermedades:

- ▶ Cáncer.
- ▶ Síndrome de inmunodeficiencia adquirida.
- ▶ Insuficiencia renal crónica.
- ▶ Hemofilia o trastornos de la coagulación.
- ▶ Hipertensión arterial.
- ▶ Diabetes mellitus.
- ▶ Estado de anticoagulación.

Los anteriores son padecimientos que aumentan el nivel de riesgo de que se presente una complicación médica durante o posterior al procedimiento quirúrgico, lo que implica que la aseguradora se niegue a cubrir lo que determina la póliza cuando el paciente omitió informarlos. También existen exclusiones referentes a factores que, si bien no van de la mano del estado de salud del paciente,

sí tienen que ver con el conocimiento necesario para que la aseguradora decida otorgar la mencionada póliza:

- ▶ El suministro de medicamentos no prescritos por el médico cirujano que hizo el procedimiento quirúrgico.
- ▶ Gastos médicos que no tengan relación con la complicación médica.
- ▶ Hospitalización en un centro médico que no cuente con la autorización legal para operar.
- ▶ Procedimientos efectuados por médicos cirujanos que no cuenten con la especialización en el área en la que se va a hacer el procedimiento.
- ▶ Cirugías a personas extranjeras que no lleven un tiempo mínimo de adaptación de 48 horas.
- ▶ Falta de cuidado del propio paciente por ejecutar actividades no permitidas dentro del tiempo de recuperación.

Por otro lado, las pólizas determinan cuál es el número mínimo de procedimientos que pueden hacer los médicos cirujanos para que la póliza cubra la complicación, así como la edad de los pacientes que debe ser mínimo de 14 años y máximo de 75, dependiendo del tipo de procedimientos estéticos que se realizarán. Algunas pólizas manejan un servicio de asistencia médica que permite la atención al paciente vía telefónica para evitar que active la póliza por asuntos que pueden solucionarse antes de su ingreso a una clínica, disminuyendo así la posibilidad de que ocurra el siniestro.

Esta póliza tiene dos modelos de indemnización: el primero es pagando directamente a la clínica que pertenece a su red los gastos médicos que va generando la complicación; el segundo es cuando el asegurado atiende la emergencia en un hospital que no pertenece al sistema de la aseguradora, caso en el cual tiene que probar la

ocurrencia del siniestro, así como el monto perdido ante la aseguradora¹⁶. Esta póliza se comercializa dentro del ramo de vida o dentro del ramo de salud en las aseguradoras consignadas en la tabla 1.

En la tabla 1 se evidencia que únicamente dos aseguradoras manejan la póliza de gastos médicos como un anexo en su ramo de vida, mientras que cinco lo hacen por el ramo de salud. Esta diferencia es importante por tres razones:

- Teniendo en cuenta que esta póliza cubre, como su nombre lo indica, los gastos médicos que se generan por las complicaciones posteriores a la intervención quirúrgica plástica o estética mas no la muerte, no es adecuado manejar esta cobertura dentro de las pólizas del ramo de vida que cubren los riesgos que genera la muerte del asegurado.

Tabla 1. Aseguradoras que comercializan la póliza de gastos médicos

N.º	ASEGURADORA	RAMO	
		VIDA	SALUD
1	BMI Colombia Compañía de Seguros de Vida S. A.		X
2	PAN American Life de Colombia Compañía de Seguros S. A.	X	
3	Positiva Compañía de Seguros S. A.		X
4	Seguros de Vida del Estado S. A.	X	
5	Seguros SURA Colombia S. A.		X
6	Liberty Seguros S. A.		X
7	QBE Seguros S. A.		X

Fuente: elaboración propia.

16 CCo, art. 1077.

- ▶ Las pólizas de personas en su división de vida y exequial son compensatorias, mientras que las de salud y, en particular, la póliza de gastos médicos por cirugía plástica o estética, son indemnizatorias.
- ▶ Aquellas que manejan la póliza en el ramo de vida no se encuentran gravadas¹⁷ con el IVA, mientras que las que se comercializan en el ramo de salud deben pagar un impuesto del 5 %¹⁸.

Lo anterior puede generar un inconveniente ante la DIAN, puesto que el mismo servicio se maneja de dos formas distintas. Se considera que esta póliza debería manejarse exclusivamente por el ramo de salud y no por el de vida, atendiendo a las particularidades que tiene la segunda y lo que está destinado a cubrir este seguro, que es el gasto que genere la complicación y no el fallecimiento del paciente.

Por otro lado, es importante recordar lo mencionado al final del acápite anterior: el manejo del negocio frente a la póliza de seguro por parte del corredor y del operador genera un desequilibrio en el manejo de la base gravable del IVA entre ambas empresas.

Grupo empresarial como tomador del seguro de gastos médicos de cirugía plástica o estética

El grupo empresarial está compuesto por cuatro empresas que manejan varias áreas del mercado de seguros. Sin embargo, para el presente escrito solo son relevantes dos: el corredor y el operador de seguros. El corredor de seguros se encuentra definido en el artículo 40 del Estatuto Orgánico Financiero en los siguientes términos:

¹⁷ ET, art. 468-3.

¹⁸ *Ibid.*, art. 427.

Artículo 40. Sociedades corredoras de seguros.

1. Definición. De acuerdo con el artículo 1347 del Código de Comercio, son corredores de seguros las empresas constituidas o que se constituyan como sociedades comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada, cuyo objeto social sea exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador¹⁹.

Para el negocio analizado, el corredor se encarga de promover la venta de las pólizas entre los médicos y clínicas autorizadas para realizar cirugías plásticas y estéticas, por lo que sus gastos son únicamente por el pago del personal encargado de esta tarea y sus ingresos son las comisiones determinadas por un porcentaje de la prima de cada póliza emitida y pagada. Por otro lado, está el operador de seguros, un tercero intermediario que no tiene vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia. Para el caso particular, el operador de seguro es el tomador de la póliza. Esta decisión se tomó con el fin de tener un control de las pólizas de seguro de gastos médicos emitidas y, de esta manera, que el corredor sepa cuál será el valor de su comisión. El operador también es la persona jurídica bajo la que se encuentra a cargo la autorización inicial para el pago de los gastos médicos cuando se genera una complicación.

Para cumplir con lo anterior, el operador de seguros debe contar con personal especializado que conozca a profundidad la póliza, su cobertura, y debe mantener comunicación constante con la clínica que atiende la emergencia y el cirujano que hizo la intervención. También es

19 Estatuto Orgánico Financiero, art. 40.

necesario personal médico que pueda leer las historias clínicas para determinar que la complicación se encuentra realmente cubierta por la póliza o si está excluida, ya sea por responsabilidad del médico o del paciente. También tienen a su cargo la plataforma mediante la cual se emite la póliza y la que autoriza los pagos de la complicación que permite la póliza adquirida.

De acuerdo con lo anterior, la mayor parte de los ingresos se encuentran en cabeza del corredor de seguros, mientras que los gastos se encuentran a cargo del operador. Es así como, en particular para el IVA, el corredor de seguros tiene una base gravable bastante alta con respecto a la que tiene el operador. Esto genera un gran desequilibrio entre ambas empresas que, aunque pertenecen al mismo grupo empresarial, deben declarar y pagar sus impuestos de manera individual a pesar de que ambas hacen parte esencial del negocio, especialmente la operadora, que es la base para el adecuado manejo de la póliza analizada.

Impuesto al valor agregado en el contrato de seguros

Este impuesto indirecto se encuentra regulado en los artículos 420 y siguientes del Estatuto Tributario, “que busca gravar el valor agregado o añadido en cada una de las etapas de producción y distribución de los bienes o servicios (que se entienden prestador en el lugar que materialmente se realicen), en cuya enajenación, prestación o importación se causa”²⁰. Es decir, el consumidor final tiene a su cargo el pago del IVA de los bienes y servicios que

20 Sofía Regueros de Ladrón de Guevara, *Aspectos tributarios del contrato de seguros. Comentarios y normatividad colombiana* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008), 169.

consume. Para el área de seguros debemos ubicarnos en la prestación de servicios por parte de la aseguradora hacia el tomador, asegurado o beneficiario que puede concluir con el pago del seguro, en dinero o en especie, pero que no implica que se entregue un bien a cambio de un pago.

Los elementos de impuesto, aterrizados al contrato de seguros, se encuentran determinados de la siguiente forma:

- ▶ El hecho generador es la venta, la prestación de servicios y la importación de bienes, salvo que la ley tenga estos como no gravados, exentos o excluidos. El Estatuto Tributario regula los bienes y servicios que no tienen en su cabeza este impuesto, entre los cuales se encuentran algunos de primera necesidad y agropecuarios.
- ▶ Frente al contrato de seguros, el artículo 427 de la norma tributaria establece que la póliza de seguros en el ramo de vida no está gravada con este impuesto. Las pólizas de cirugía y hospitalización sí se encuentran gravadas a una tarifa diferente a la general.
- ▶ El impuesto se causa al momento de emitir la factura de venta correspondiente cuando haya venta de bienes, prestación de servicios²¹ o importaciones. En este último caso el impuesto se liquida y paga junto con el pago de los derechos de aduana (ET, arts. 429 a 436).
- ▶ En particular para el contrato de seguros el impuesto se causa al momento de emitir la póliza o su renovación²². Frente a la comisión se causará una vez se emita la factura con destino a la aseguradora

21 ET, art. 429, literal c.

22 ET, art. 433.

por el valor correspondiente sobre el servicio prestado, de acuerdo con el contrato entre las partes.

- ▶ Es importante tener en cuenta que, actualmente, las pólizas de seguro no son equiparables a las facturas²³, por lo que surge un nuevo inconveniente para determinar entonces cuándo se va a generar el impuesto.
- ▶ Son responsables del impuesto, según el artículo 437 del Estatuto Tributario, los comerciantes, importadores y prestadores de servicios. Para el caso de los seguros, frente a la póliza el responsable ante la Autoridad Tributaria es la aseguradora. Por otro lado, la comisión por la venta de la póliza se encuentra en cabeza de aquel que la factura, sea el corredor, el agente o la agencia.
- ▶ La base gravable del impuesto es el valor de la operación, es decir, el valor del bien o servicio, incluyendo los costos de financiación, comisiones, entre otros costos y gastos.
- ▶ Para el contrato de seguros la base gravable es el valor de la prima que paga el tomador de la póliza. Por otro lado, la base gravable del impuesto frente a los corredores es el valor de la comisión.
- ▶ La tarifa general del impuesto es del 19 %, pero hay servicios y bienes gravados a una tarifa inferior al 5 %. Es así como las pólizas de cirugía y hospitalización, como la del caso actual, tiene una tarifa diferencial inferior a la general. Esto genera una tensión tributaria importante para las aseguradoras que manejan la póliza por el ramo de vida, que

23 DIAN, Resolución 000042/2020 art. 13, acceso 7 de junio del 2020, <https://www.dian.gov.co/normatividad/Normatividad/Resoluci%C3%B3n%20000042%20de%2005-05-2020.pdf>.

no generan el impuesto por ser una actividad no gravada, mientras que las que lo hacen por el ramo de salud deben generar, con la póliza, el cobro de un impuesto sobre las ventas del 5 %.

Teniendo claro lo anterior, el impuesto se determina restando al impuesto generado los IVA descontables permitidos por la norma tributaria (ET, art. 483), es decir, aquellos que genere la empresa con ocasión a su operación, que tengan relación directa con su actividad comercial.

Los impuestos descontables pueden generarse de operaciones gravadas, excluidas y exentas, por lo que deben aplicarse de manera proporcional al bien o servicio sobre el que se genera el impuesto. Sin embargo, estos no se deben contemplar como costo o deducción. Frente a los contratos de seguros de vida y de salud (incluidos los hospitalarios) es importante tener en cuenta que, como ambos van de la mano de la protección a la persona, deberían unificarse, ya sea en una tarifa del 5 % o teniéndolos como actividad no gravada, que sería el escenario ideal.

Para el caso particular, el IVA, por regla general, es del 19 % por las comisiones y la operación, así como los impuestos que permite descontar, por lo que es poco probable que deba hacer proporción de los impuestos excluidos, exentos o gravados a un valor inferior. Adicionalmente, es importante recordar que la póliza y las autorizaciones de pago de las complicaciones son emitidas desde Bogotá, pero las cirugías y complicaciones no necesariamente se practican en la capital.

Por otro lado, se genera una gran diferencia entre el corredor y el operador frente a la depuración del IVA. El corredor no puede descontar de su base gravable el impuesto generado en la operación porque en su actividad no tiene tal cantidad de gastos que le permitan hacerlo. Por otro

lado, el operador, al tener un gran nivel de gastos, puede descontar de sus ingresos los IVA generados en sus actividades por tener en su cabeza la mayor parte de la operación del negocio.

Consideraciones finales

De la información recaudada y evaluada en el presente escrito se considera importante resaltar lo siguiente: en primer lugar, el contrato de seguros ha permitido salvaguardar el patrimonio económico del tomador en casi todos los aspectos de la vida cotidiana. En segundo lugar, atendiendo a la forma del negocio, es muy importante poder equiparar costos y gastos entre el operador y el corredor, más aún viendo la importancia que el primero tiene dentro de la operación. Atendiendo a que el operador, prácticamente, tiene en su cabeza el manejo y el control de los siniestros y las autorizaciones que permiten a la aseguradora tranquilidad frente a la cobertura permitida por la póliza.

Se considera que para el negocio planteado es mucho más importante el operador de seguros, quien tiene a su cargo los gastos, frente al corredor que únicamente se encarga de la venta de la póliza. Si no se contiene adecuadamente el riesgo, se disminuiría la confianza de la aseguradora en el negocio porque podría elevarse el nivel de siniestros, a tal punto que no genere la rentabilidad esperada y, por ende, se dejen de comercializar las pólizas.

En tercer lugar, el seguro de gastos médicos por cirugía plástica y estética debería emitirse únicamente por el ramo de salud, atendiendo a que no cubre la muerte del paciente sino, únicamente, los gastos que genere la complicación médica. Así mismo, es necesario unificar la póliza y que se emita por un solo ramo para efectos tributarios, toda vez que cinco de las siete aseguradoras que tienen permitido emitir esta póliza son responsables de pagar

ante la Autoridad Tributaria un IVA del 5 % del valor de la prima, mientras que las otras dos no tienen esta obligación por emitir la póliza por el ramo de vida.

ESTRATEGIAS DE SOLUCIÓN Y SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

Teniendo en cuenta las necesidades que se plantean en el caso, se revisaron tres formas posibles de solución que se evidencian a continuación.

Contrato de administración delegada

El contrato de administración delegada no se encuentra regulado en las normas comerciales ni civiles, por lo que se entiende que es un contrato atípico. La única norma que menciona este tipo de contratos es el Decreto 1518 de 1965 en su artículo 5, en los siguientes términos:

Artículo 5. Se entiende por contrato por administración delegada aquel que se ejecuta por cuenta y riesgo de la entidad que contrata la obra y en el cual el contratista es un delegado o representante de aquella. En este tipo de contratos el contratista recibirá un honorario pactado de antemano, sea una suma fija, o en proporción al presupuesto o al valor real de la obra. Los interventores, como representantes de la entidad que ha contratado la obra, podrán exigir el cumplimiento de las condiciones y términos establecidos en el contrato²⁴.

De acuerdo con lo anterior, el contratista o administrador actúa por cuenta y riesgo del contratante como su

24 D. 1518/1965, art. 5.

delegado, razón por la cual recibe una remuneración. Es un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo y que implica una colaboración entre las partes. Este contrato no tiene mayor regulación legislativa ni desarrollo doctrinal y jurisprudencial. Por lo mismo, dependerá de la interpretación que mejor se acomode a este tipo de contratación que se puede asimilar a un mandato con representación, según la persona que lo esté analizando. Frente a este asunto, el Consejo de Estado, Sección Cuarta del 16 de julio del 2010, bajo el radicado 16605, Consejera Ponente Carmenza Teresa Ortiz de Rodríguez²⁵, ha manifestado que este tipo de contratos tiene dos tipos de obligaciones: unas frente a la realización de una obra material (cc, arts. 2053-2062) y otras referentes a la administración de los dineros entregados para la obra, regidas por el contrato de mandato (cc, arts. 2142 y 2199).

Por lo mismo y siguiendo el análisis de la mencionada sentencia²⁶, el mandante debe determinar las obligaciones claras del contrato y el mandatario tiene bajo su responsabilidad el cumplimiento de la obra contratada, incluyendo la inversión correcta del presupuesto de acuerdo con el contrato, manejar los riesgos y responder por los daños ocasionados, devolver los bienes entregados para cumplir con el contrato, entre otros. En conclusión, para el Consejo de Estado el contrato de administración delegada se asimilará entonces a un contrato de mandato porque “a través de aquel, ‘una persona confía la gestión de uno más negocios a otra por cuenta y riesgo de la primera’, y, en ejercicio de este, el mandatario puede contratar en su propio

25 CE 4, julio 16/2010, 13001123-31-000-1999-90004-01 (16605), C. Ortiz de Rodríguez, acceso 22 de abril del 2020, [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=13001-23-31-000-1999-90004-01\(16605\)A](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=13001-23-31-000-1999-90004-01(16605)A).

26 *Ibíd.*

nombre o en el del mandante, pero si contrata en su propio nombre, no obliga al mandante respecto de terceros (cc, arts. 2142 y 2177)”²⁷.

En materia tributaria, el Decreto Único Reglamentario asimila el contrato de administración delegada al contrato de mandato en los siguientes términos:

Artículo 1.2.4.11. Retención en la fuente en mandato. *En los contratos de mandato, incluida la administración delegada* el mandatario practicará al momento del pago o abono en cuenta, todas las retenciones del impuesto sobre la renta, ventas, y timbre establecidas en las normas vigentes, teniendo en cuenta para el efecto la calidad del mandante. Así mismo, cumplirá todas las obligaciones inherentes al agente retenedor.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de lo consagrado en los artículos 1.2.4.2.9 al 1.2.4.2.49 del presente decreto y demás normas concordantes que los adicionen, modifiquen o sustituyan.

El mandante declarará los ingresos y solicitará los respectivos costos, deducciones, impuestos descontables y retenciones en la fuente, según la información que le suministre el mandatario, el cual deberá identificar en su contabilidad los ingresos recibidos para el mandante y los pagos y retenciones efectuadas por cuenta de este.

El mandante practicará la retención en la fuente sobre el valor de los pagos o abonos en cuenta efectuados a favor del mandatario por concepto de honorarios. [Énfasis añadido]

Para el Consejo de Estado²⁸, en la reiterada sentencia, el administrador delegado representa al administrado en los

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ *Ibíd.*

negocios y actos jurídicos que ejecute, por lo que los gastos que el administrador tenga con ocasión del contrato se encuentran en cabeza del contratante (administrado-mandante). En consecuencia, asuntos como la devolución del IVA también se encuentran en cabeza de la persona que en realidad pagó la operación económica respaldada por una factura de venta de acuerdo con lo regulado por el Estatuto Tributario que, para el caso, es el administrado, así como sus ingresos. De esta forma lo manifiesta la sentencia mencionada:

La esencia del contrato de mandato es, pues, la gestión del mandatario que obra como tal en desarrollo del mismo, axioma a partir del cual surgen las nociones de representación directa o inmediata, si el mandatario gestiona a nombre del mandante, comprometiendo la órbita patrimonial de este, de terceros, y representación indirecta o mediata, si el mandatario oculta la calidad de tal y contrata en su propio nombre.

Siendo ello así, se infiere que el administrador delegado siempre actúa en representación de quien lo contrata, de modo que los actos que realiza y que aparecen a su nombre, como el ser el comprador a quien se expiden facturaciones, se entienden titulados por su representado-mandante, o, contratante de la administración²⁹.

Por otro lado, la Superintendencia de Sociedades en la Circular Externa 115-006 del 23 de diciembre del 2009^[30], asimila el contrato de administración delegada a un contrato de mandato, ya que inicia con un marco legal basado

29 *Ibíd.*

30 Superintendencia de Sociedades, *Circular Externa 115-006*, acceso 22 de abril del 2009, https://www.supersociedades.gov.co/imagenes/Circular%20Externa%202006_2009.pdf.

en las normas que regulan este tipo de contratos en el Código Civil. Para esta entidad el contratante ejecuta la obra que debe ejecutar el contratista en su nombre, lo que lo hace incurrir en costos y gastos que implican controlar adecuadamente la gestión contratada.

Adicionalmente, en esta circular la Superintendencia de Sociedades determina la manera como debe llevarse la contabilidad de este tipo de contratos. Entre las recomendaciones se encuentra que, a cargo del contratista (administrado), se tiene la obligación de entregar la información completa para que el contratante (administrador) pueda registrar todos los ingresos, costos, gastos, etc., necesarios para la ejecución del contrato. Todos los registros se deben hacer como si el contratante los hiciera directamente.

Por su parte, la DIAN se ha pronunciado frente a estos contratos en algunos conceptos, definiendo las responsabilidades tributarias de cada una de las partes. En el Concepto 071401 del 7 de noviembre del 2013^[31], la entidad, asimilando el contrato de administración delegada, igual que el Consejo de Estado, a un contrato de mandato, carga las obligaciones tributarias al mandatario frente a las retenciones en la fuente y del IVA, pero teniendo en cuenta que es como si las practicara el mandante. Lo mismo se confirma en el Concepto 368 del 13 de marzo del 2015 de la misma entidad.

Lo anterior sobre la base de lo regulado en el artículo 29 del Decreto 3050 de 1997 que establece:

Artículo 29. Retención en la fuente en mandato. En los contratos de mandato, incluida la administración delegada el mandatario practicará al momento del pago o

31 DIAN, Concepto 071401/2013, acceso 22 de abril del 2020, <https://cijuf.org.co/normatividad/oficio/2013/oficio-71401.html>.

abono en cuenta, todas las retenciones del impuesto sobre la renta, ventas, y timbre establecidas en las normas vigentes, teniendo en cuenta para el efecto la calidad del mandante. Así mismo, cumplirá todas las obligaciones inherentes al agente retenedor³².

Es decir, el mandatario (administrador), como ordenador y responsable del gasto, es el encargado ante la Autoridad Tributaria de declarar y pagar las retenciones en la fuente que se generen con ocasión del cumplimiento del mandato, pero no lo hace a su nombre sino a cargo del mandante (administrado), quien es en últimas el que en realidad paga a los proveedores y terceros que contrata el mandatario para cumplir con el contrato de administración delegada.

Por su parte, la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda, bajo el radicado 2-2017-038770 del 16 de noviembre del 2017, manifestó que para este tipo de contratos, frente al impuesto de industria y comercio (ICA), la base gravable correspondía

a los ingresos ordinarios y extraordinarios que se deriven del ejercicio de la actividad realizada, gravada con el impuesto, para lo cual consideramos que debe tenerse en cuenta la forma de realizar la construcción y la naturaleza del contrato (por cuenta propia, mandato, obra material, con administración delegada, etc.) para lo cual creemos necesario que, en uso de las amplias facultades de fiscalización, verifique los elementos necesarios en la determinación de los elementos del tributo, conforme las reglas particulares establecidas en el acuerdo municipal³³.

32 D. 3050/1997, art. 29.

33 Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Concepto 2-2017-038770/2017, acceso 22 de abril del 2020, <https://actualicese.com/concepto-038770-de-16-11-2017/>.

Para el Ministerio, la Autoridad Tributaria municipal, que puede extenderse a la nacional, está en capacidad de verificar el cumplimiento de los elementos del tributo en los contratos de administración delegada, que debe corresponder a los ingresos ordinarios y extraordinarios que impliquen el cumplimiento del contrato.

Por otro lado, frente al IVA y la contribución parafiscal de estampillas, la DIAN se ha pronunciado de la siguiente forma:

La administración delegada como modalidad de pago del precio del contrato de obra, obedece a la forma como se remunera al contratista que se encarga de la ejecución de una obra pública representando a la entidad contratante.

Esta entidad a efecto del impuesto sobre las ventas ha explicado en Concepto número 00001 del 2003 sobre la mencionada modalidad de pago del contrato de obra, lo siguiente:

“El contrato de Administración Delegada es una modalidad del contrato de mandato por medio del cual un contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio; en tales eventos el contratista es el único responsable de los sub-contratos que celebre.

Lo anterior conlleva que el contratista preste un servicio al contratante (prestación de hacer) consistente en encargarse de la ejecución del objeto del convenio (administrar, ejecutar una obra, etc.).”

En este sentido, al encargarse el contratista –del contrato de obra con modalidad de pago de administración delegada– de la ejecución de la obra pública, administrando los recursos a invertir en su confección, dentro de las especificaciones y plazos convenidos con la entidad contratante, este asumirá el papel de representar a

la entidad pública como su mandatario, encargándose de todo lo que respecta a la obra pública³⁴.

Es decir, el contrato de administración delegada implica que el contratista (administrador-mandatario) es el responsable de pagar, como representante del contratante, a los proveedores, porque la ejecución del contrato es por cuenta y riesgo del contratante (administrado-mandante). En conclusión, el contrato de administración delegada, al ser asimilado a un contrato de mandato, para el caso en cuestión implicaría que el operador de seguros debe tener a su cargo los gastos que genera el corredor, pero este último no podría disminuir de su base gravable los gastos del operador; únicamente podría descontarse la comisión por el pago del contrato de administración delegada. Es decir, no elimina ni ayuda a paliar el problema planteado.

Contrato de prestación de servicios

Este tipo de contrato se ha regulado en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos:

Artículo 34. Contratistas independientes.

- 1) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores

34 DIAN, Concepto 100202208-972/2019.

- extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.
- 2) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas³⁵.

De acuerdo con lo anterior, una empresa podría contratar los servicios de otra para la ejecución de una actividad particular. En el contrato se debe establecer el precio del servicio; el contratista debe asumir los riesgos que genere ejecutar la labor contratada, goza de completa libertad para contratar al personal que se encuentra bajo su cargo y debe cumplir el objeto del contrato con sus propias herramientas, salvo aquellas para las cuales requiera al contratante, por ejemplo, entrega de información o elementos necesarios para cumplir la labor contratada y que se encuentran en cabeza del contratante.

Para el pago de la contraprestación pactada el contratista debe garantizar al contratante el pago de los aportes a seguridad social tanto suyos (en caso de tratarse de una persona natural) como de sus colaboradores. Por su parte y de acuerdo con los montos, el contratante podrá descontar en el pago la retención en la fuente y, si es del caso, retención del IVA y del ICA. En cabeza de cada uno de

35 CST, art. 34.

los contratantes quedan sus propios ingresos y gastos, pudiendo el contratante descontar únicamente lo que paga por la prestación de servicios, mas no otros gastos que permitan disminuir la base gravable de los impuestos de manera razonable.

Contrato de cuentas en participación

Por su parte, el contrato de cuentas en participación es una forma de contratos de colaboración. Se encuentra definido en los artículos 507 y siguientes del Código de Comercio en los siguientes términos:

Artículo 507. Definición de cuentas de participación. La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida³⁶.

Según la norma, el contrato de cuentas en participación implica que solo una persona ejecuta el contrato a su cuenta y riesgo, obligándose a informar a los partícipes de los movimientos del negocio, así como repartir las utilidades o pérdidas de este.

Adicionalmente, existe un gestor único del contrato que se conoce ante terceros, mientras que el partícipe oculto únicamente debe entregar su aporte. A todo lo que no se encuentre regulado en el Código de Comercio directamente frente a este contrato, como la liquidación, se le aplican

36 CCo, art. 507.

las normas de las sociedades en comandita simple o el título primero del libro segundo de dicha normatividad. En este tipo de contratos “el objeto es desarrollado a nombre personal por el gestor, a cuyo patrimonio se incorporan las aportaciones de los partícipes inactivos. Y mientras estos mantengan oculta su participación solo arriesgan sus respectivos aportes”³⁷. De acuerdo con lo anterior, el riesgo y la responsabilidad principal se encuentra en cabeza del socio gestor, como persona visible ante terceros del negocio, mientras que los partícipes únicamente se arriesgan a perder su aporte, pero no tienen que responder ante terceros por los daños que ocasione el cumplimiento del contrato.

Este contrato carece de personería jurídica, lo que no implica que no exista la obligación de llevar contabilidad, toda vez que aplican las normas societarias. No requiere mayores formalidades para su creación; a diferencia de una sociedad, una unión temporal o un consorcio, todas las condiciones de funcionamiento dependerán de los partícipes. Tampoco necesita registro ante Cámara de Comercio, por lo que no constituye la creación de una nueva persona jurídica. Es un contrato que no requiere publicidad ante terceros por su carácter de reservado para las partes.

Existen dos tipos de participantes en este tipo de contratos: un partícipe oculto y un gestor. Por lo anterior

37 Luz María Jaramillo Mejía, “Contratos de Colaboración Empresarial y desmonte de la Doble Tributación y el efecto de la regla de los 13/7 - Contrato de participación o de cuentas en participación - Contrato de Asociación (Industria Petrolera) - Precios de transferencia y los convenios internacionales para evitar la doble tributación”. En *Instituto Colombiano de Derecho Tributario xxii Jornadas Colombianas de Derecho Tributario (25 a 27 de febrero de 1998)* (Bogotá: ICDT, 1998).

la DIAN, en Concepto 7795 del 12 de febrero del 2013, determinó:

Entonces, es claro que en el contrato de cuentas en participación existe un socio oculto que es partícipe y que solamente el gestor o socio visible es quien asume a su cuenta y riesgo el negocio, siendo el único responsable ante la Administración Tributaria por el mismo y en tal medida debe incluir en la depuración de su renta tanto sus ingresos propios como los totales obtenidos por la explotación de las cuentas en participación, así como los costos y deducciones imputables a la misma³⁸.

Según lo anterior, para la Autoridad Tributaria el responsable de los tributos es únicamente el socio gestor, como visible ante terceros de la ejecución del negocio, más aún cuando en su contabilidad se observan los ingresos y gastos de la explotación de este contrato.

Lo anterior es reforzado en el Concepto 041483 del 2004, citado en el Concepto 35858 del 16 de junio del 2014:

De acuerdo con lo expuesto, las cuentas en participación constituye un contrato de colaboración de carácter privado, suscrito entre dos o más personas naturales o jurídicas, una de las cuales asume el papel de gestor y es quien realiza por su cuenta y riesgo el negocio convenido y por tanto la única persona visible ante terceros.

Desde el punto de vista fiscal, la Administración Tributaria es un tercero más y por tanto no ajeno a la regla comercial.

38 DIAN, Concepto 7795(57)/2013, acceso 22 de abril del 2020, https://www.redjurista.com/Documents/oficio_7795_de_2013_dian_-_direccion_de_impuestos_y_aduanas_nacionales.aspx#/

El artículo 2.º del Estatuto Tributario, dice que son contribuyentes o responsables directos del pago del tributo los sujetos respecto de quienes se realiza el hecho generador de la obligación sustancial. Como se ha visto, en esta clase de contrato es el gestor quien realiza a su nombre, por su cuenta y riesgo el negocio convenido, por tanto es quien adquiere la calidad de sujeto pasivo de las obligaciones tributarias derivadas de tales hechos³⁹.

Por otro lado, mediante Oficio 099599 del 2006, que fue reiterado en el mismo Concepto 35858 del 16 de junio del 2014, menciona:

De esta manera al asimilarse a un contrato de colaboración privado, los aportes entre los colaboradores para el desarrollo del objeto del contrato no generan IVA. No obstante, los servicios si bien pueden constituir el aporte, se encuentran gravados cuando en desarrollo del contrato son prestados a terceros, pues no de otra forma se puede realizar este. Téngase en cuenta que para que se cause IVA en los servicios, estos deben ser prestados a terceros en los términos del artículo 1.º del decreto 1372 de 1992^[40].

Es decir, los aportes de los socios, tanto gestor como partícipes, no tienen en su cabeza el pago del IVA, pero los servicios prestados a terceros que se generen con ocasión al contrato sí pueden encontrarse gravados con dicho impuesto.

39 DIAN, Concepto 35858/2014, acceso 22 de abril del 2020, https://www.redjurista.com/Documents/oficio_7795_de_2013_dian_-_direccion_de_impuestos_y_aduanas_nacionales.aspx#/

40 *Ibíd.*

Adicionalmente, el artículo 18 del Estatuto Tributario regula los contratos de cuentas en participación en los siguientes términos:

Artículo 18. Contratos de colaboración empresarial. Los contratos de colaboración empresarial tales como consorcios, uniones temporales, *joint ventures* y cuentas en participación, no son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios. Las partes en el contrato de colaboración empresarial, deberán declarar de manera independiente los activos, pasivos, ingresos, costos y deducciones que les correspondan, de acuerdo con su participación en los activos, pasivos, ingresos, costos y gastos incurridos en desarrollo del contrato de colaboración empresarial. Para efectos tributarios, las partes deberán llevar un registro sobre las actividades desarrolladas en virtud del contrato de colaboración empresarial que permita verificar los ingresos, costos y gastos incurridos en desarrollo del mismo.

Las partes en el contrato de colaboración empresarial deberán suministrar toda la información que sea solicitada por la DIAN, en relación con los contratos de colaboración empresarial.

Las relaciones comerciales que tengan las partes del contrato de colaboración empresarial con el contrato de colaboración empresarial que tengan un rendimiento garantizado, se tratarán para todos los efectos fiscales como relaciones entre partes independientes. En consecuencia, se entenderá, que no hay un aporte al contrato de colaboración empresarial sino una enajenación o una prestación de servicios, según sea el caso, entre el contrato de colaboración empresarial y la parte del mismo que tiene derecho al rendimiento garantizado.

Parágrafo 1.º En los contratos de colaboración empresarial el gestor, representante o administrador del

contrato deberá certificar y proporcionar a los partícipes, consorciados, asociados o unidos temporalmente la información financiera y fiscal relacionada con el contrato. La certificación deberá estar firmada por el representante legal o quien haga sus veces y el contador público o revisor fiscal respectivo. En el caso del contrato de cuentas en participación, la certificación expedida por el gestor al partícipe oculto hace las veces del registro sobre las actividades desarrolladas en virtud del contrato de cuentas en participación.

Parágrafo 2.º Las partes del contrato de colaboración empresarial podrán establecer que el contrato de colaboración empresarial llevará contabilidad de conformidad con lo previsto en los nuevos marcos técnicos normativos de información financiera que les sean aplicables⁴¹.

Según lo anterior y de la mano con el Concepto 9810 del 27 de abril del 2017, “el partícipe activo y el(los) partícipe(s) oculto(s) deben declarar de manera independiente, para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, su participación en activos, pasivos, ingresos, costos y deducciones”⁴².

Por otro lado, el Concepto 041483 del 2004, citado en el Concepto 9810 del 27 de abril del 2017, menciona frente al IVA:

2. En lo que respecta al manejo del IVA, será el socio gestor quien liquide, facture, recaude, declare y pague el impuesto correspondiente a la explotación de las cuentas en participación, por ser este la única persona visible ante los terceros. De igual forma tendrá derecho a

41 ET, art. 18.

42 DIAN, Concepto 009810/2017, acceso 22 de abril del 2020, <https://actualicese.com/oficio-9810-de-27-04-2017/>.

solicitar los impuestos descontables y las retenciones practicadas por este impuesto⁴³.

De acuerdo con lo mencionado, el socio visible es quien tiene en su cabeza el recaudo, la declaración, la liquidación y el pago del IVA.

Por último, el artículo 18 del Estatuto Tributario regula la transparencia en materia tributaria para este tipo de contratos, razón por lo cual la DIAN determinó en el Concepto 9810 del 27 de abril del 2017 lo siguiente:

Ahora bien, advertido el régimen de transparencia en materia de contratos de colaboración empresarial (artículo 18 del Estatuto Tributario), se encuentra que:

- Si el partícipe oculto es responsable del impuesto sobre las ventas, deberá presentar declaración del impuesto sobre la renta y complementarios, en la cual relacionará necesariamente los activos, pasivos, ingresos, costos y deducciones que les correspondan en el contrato de cuentas en participación.
- Si el partícipe oculto pertenece al régimen simplificado del impuesto sobre las ventas y por el monto de sus ingresos brutos o su patrimonio bruto —en principio— no está obligado a presentar declaración del impuesto sobre la renta; no deberá presentar la referida declaración, de acuerdo con lo previsto en el artículo 592 *ibídem*⁴⁴.

Para el caso que nos ocupa, ambas empresas son responsables del impuesto sobre las ventas; es claro que cada una debe registrar los ingresos, costos y gastos que genera

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*

la existencia del contrato de cuentas en participación para el impuesto de renta y complementarios, pero el IVA sí quedaría en cabeza del socio gestor, lo que permite un mejor manejo contable para las empresas involucradas. Desde la perspectiva contable, Isidoro Arévalo Buitrago manifiesta que el contrato de cuentas en participación tiene el siguiente tratamiento:

Si el gestor no tiene otra actividad que la ejecución del contrato de cuentas en participación, registrará a su nombre, los libros principales de que trata el Art. 49 del Código de Comercio y en ellos anotará todas las operaciones que se deriven del contrato, las cuales, junto con los comprobantes de contabilidad, libros auxiliares y documentos de soporte interno o externo, estarán a disposición de los partícipes ocultos, del revisor fiscal o auditor, si en el contrato se ha establecido este cargo, y de la junta asesora o administradora. Es decir, el Gestor no podrá oponer la reserva de ninguno de los libros y documentos relacionados con el contrato.

Si el gestor lleva su propio negocio y además celebra contratos de cuentas de participación, se entiende que lleva contabilidad regular de su propia actividad y no requiere registrar libros adicionales para la contabilidad de la participación esta deberá llevarse dentro de su contabilidad de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 53 del Código de Comercio, según el cual “en los libros se asentarán en orden cronológico las operaciones mercantiles y todas aquellas que puedan influir en el patrimonio del comerciante”.

De igual manera, los asientos contables podrán llevarse en los comprobantes de contabilidad de sus operaciones

generales, o en comprobantes separador, relacionados, directamente con la participación⁴⁵.

En este orden de ideas, es el socio gestor quien tiene a su cargo la contabilidad del contrato de cuentas en participación, ya sea de forma conjunta o separada con su propia contabilidad. Esto no implica que no esté en la obligación de mostrar la contabilidad a sus socios ocultos como una de sus obligaciones frente al contrato. Teniendo como base que el socio gestor es la parte visible ante terceros del contrato y como el Estatuto Tributario en su artículo 623 obliga a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera a reportar en medios magnéticos los movimientos contables referentes a sus clientes, con este tipo de contrato queda protegido el socio participe al no encontrarse en la base de datos de la entidad aseguradora vigilada, reforzando así que todas las obligaciones, incluso ante la Autoridad Tributaria, quedan en cabeza del socio gestor.

Frente al asegurado, tratándose siempre de una persona natural y sobre la base de que este no sería un gasto realmente deducible, no podría evidenciarlo en sus declaraciones de impuestos, por lo que no se generaría un doble cruce de información contable-tributaria. En conclusión, mediante este tipo de contrato puede el operador de seguros traer a su cargo los ingresos del corredor, permitiendo descontar los gastos para disminuir de manera razonable el IVA que genera este tipo de operaciones.

45 Isidoro Arévalo Buitrago, “Contabilidad especial del contrato de cuentas en participación”, *Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, n.º 45 (1995): 17-27, acceso 5 de mayo del 2020, https://revistaicdt.icdt.co/wp-content/Revista%2045/PUB_ICDT_Revista%20ICDT%2045_Bogota_95.pdf.

Conclusión

Teniendo en cuenta el problema planteado se puede concluir que sí es posible, mediante un contrato, que el operador y el corredor de seguros equilibren sus ingresos y gastos. Tanto el contrato de administración delegada como el de prestación de servicios impiden que se carguen los ingresos y los gastos en cabeza de una de las empresas para que puedan fusionarse y permitir, de esta forma, la reducción de las bases gravables del corredor y del operador tanto en el impuesto de renta como en el IVA. A esta conclusión se llega porque en estos contratos los ingresos y gastos quedan en cabeza de cada una de las partes, más aún cuando el contrato de administración delegada se asimila a un mandato y se deben cargar todos los gastos e ingresos en cabeza de su mandante, mientras que en el contrato de prestación de servicios el contratista ni siquiera tiene acceso al manejo contable de quien lo contrata.

Según la información analizada, es evidente que la mejor forma de contratación para el corredor y el operador de seguros, según las características del negocio, es un contrato de cuentas en participación porque permite trasladar tanto la mayor parte de los ingresos como los gastos de la operación comercial. El beneficio adicional que tiene este tipo de contratos es que el pago hecho al socio participe por comisión o remuneración no es sujeto a retención en la fuente.

PROPUESTA DE IMPACTO O MEJORA

El presente será el modelo de contrato de cuentas en participación que permitirá a las partes manejar sus ingresos y gastos de manera equitativa, sin generar un exceso en el pago de impuestos ni abusar de las normas tributarias que regulan la materia.

CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Por un lado:

1. CORREYA, sociedad de derecho privado, legalmente constituida bajo las leyes colombianas, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D. C., identificada con NIT n.º 123.543.904-1, actuando por intermedio de CAMILA CAICEDO RAMOS, mayor de edad, domiciliada y residente en la ciudad de Bogotá D. C., identificada con cédula de ciudadanía n.º 10.432.543, en calidad de representante legal (en adelante “SOCIO GESTOR”).

Por otro lado:

2. OPERARTE, sociedad de derecho privado, legalmente constituida bajo las leyes colombianas, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D. C., identificada con NIT n.º 423.542.976-4, actuando por intermedio de SANTIAGO BARRERA RÍOS, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá D. C., identificado con cédula de ciudadanía n.º 52.456.876, en calidad de representante legal (en adelante “SOCIO PARTÍCIPE”).

CORREYA y OPERARTE (ambas denominadas conjuntamente las “PARTES”) hemos decidido celebrar este CONTRATO

DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN (en adelante el CONTRATO) para que, de común acuerdo y para beneficio mutuo, se definan los parámetros, el manejo de futuras oportunidades de negocios y, en general, para dar cumplimiento a las estipulaciones que se describen en las siguientes cláusulas, previas las siguientes:

Consideraciones

1. Que tanto el SOCIO GESTOR como el SOCIO PARTÍCIPE poseen información estratégica, sensible y confidencial para el manejo de negocios jurídicos propios del desarrollo del objeto social del SOCIO GESTOR.
2. Que las PARTES celebran este CONTRATO de manera libre, espontánea y ausente de vicios del consentimiento.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, este CONTRATO se regulará por las siguientes:

Cláusulas

CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO. El CONTRATO tendrá como objeto principal la consolidación de un esquema compartido de negocio sobre la posibilidad de unir fuerzas, fortalezas, voluntades, contactos, fuentes, proyectos, fondos de inversión, que cada una de las PARTES ha consolidado como secreto industrial en el desarrollo de su objeto social.

PARÁGRAFO. Este CONTRATO no implica la consolidación de una figura de colaboración empresarial, como lo es el *joint venture*, el consorcio o la unión temporal, por lo que el SOCIO GESTOR y el SOCIO PARTÍCIPE conservan absoluta autonomía en la ejecución de sus negocios, respetando los acuerdos suscritos en este CONTRATO. Igualmente, se

deja entendido que este CONTRATO no implica intermediación bursátil.

CLÁUSULA SEGUNDA. OBLIGACIONES DEL SOCIO PARTÍCIPE. El SOCIO PARTÍCIPE se compromete y pondrá a disposición del SOCIO GESTOR la información pertinente para el desarrollo de los negocios que podrían ser de interés para las PARTES y para beneficio común.

PARÁGRAFO. Se deja entendido que el SOCIO PARTÍCIPE está siendo representado por el SOCIO GESTOR, por lo que, frente a los clientes, potenciales usuarios e información privilegiada el SOCIO PARTÍCIPE seguirá representando sus intereses, salvo que exista acuerdo expreso y escrito en contrario.

CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES DEL SOCIO GESTOR. El SOCIO GESTOR se obliga a pagar el porcentaje de la división de cuentas en participación que trata este CONTRATO.

PARÁGRAFO. Se deja entendido que el SOCIO GESTOR no está siendo representado por el SOCIO PARTÍCIPE, por lo que, frente a los clientes, potenciales usuarios e información privilegiada, el SOCIO GESTOR seguirá representando sus intereses, salvo que exista acuerdo expreso y escrito en contrario.

CLÁUSULA CUARTA. CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN. Las PARTES guardarán absoluta reserva y confidencialidad con respecto a la información que se cruce entre ellas.

PARÁGRAFO PRIMERO. La entrega de facturación y demás documentos inherentes al cumplimiento del objeto de este CONTRATO se efectuará guardando la confidencialidad que naturalmente les pertenecen a dichos documentos.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Las PARTES responden hasta por la culpa levisima en la guarda de la información sensible.

PARÁGRAFO TERCERO. Las PARTES se comprometen a no involucrar terceras personas para defraudar este CONTRATO.

CLÁUSULA QUINTA. PARTICIPACIONES Y ESQUEMA DE PAGOS. Los beneficios económicos que alimentarán las cuentas en

participación de este CONTRATO se componen de toda remuneración proveniente de cada póliza de gastos médicos por cirugías plásticas o estéticas que el SOCIO GESTOR celebre gracias a la mediación del SOCIO PARTÍCIPE, deduciendo costos, gastos e impuestos a cargo. Toda remuneración proveniente de todo contrato de cada póliza de gastos médicos por cirugías plásticas o estéticas que sea celebrado bajo el auspicio de este CONTRATO, deduciendo costos, gastos e impuestos a cargo, hará unidad de caja con las cuentas y la contabilidad del SOCIO GESTOR.

La distribución de las cuentas en participación de este CONTRATO para cada una de las PARTES será del 50 %.

PARÁGRAFO PRIMERO. El administrador de las cuentas en participación de este CONTRATO será el representante legal del SOCIO GESTOR.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Se entiende para todo efecto de este CONTRATO que la deducción de costos, gastos e impuestos a cargo del SOCIO GESTOR, como prestadora del servicio obedece al 50 % de la facturación nominal emitida (valores totales, incluyendo impuestos y reembolsos). Es sobre este porcentaje neto que se hará distribución de las cuentas en participación mencionada en la presente cláusula.

PARÁGRAFO TERCERO. La distribución será pagadera dentro de los diez días calendario siguientes a cada facturación emitida y efectivamente pagada por el cliente beneficiario de los servicios profesionales de asistencia jurídica.

CLÁUSULA SEXTA. TÉRMINO DE DURACIÓN. El presente CONTRATO tendrá un término de duración indefinida pero determinable. Las PARTES acuerdan que el plazo de este CONTRATO se extenderá siempre que haya la voluntad de las PARTES en seguir ejecutando las obligaciones adquiridas.

CLÁUSULA SÉPTIMA. CESIÓN. Las PARTES no podrán ceder el presente CONTRATO ni en todo ni en parte a persona

alguna sin consentimiento previo y escrito de la parte cedida.

CLÁUSULA OCTAVA. PERFECCIONAMIENTO. Este CONTRATO se entiende perfeccionado con la firma de las PARTES, y cualquier modificación deberá ser debidamente anexada a este CONTRATO.

CLÁUSULA NOVENA. RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS. Se deja estipulado que no existe relación laboral o de representación y, por tanto, cualquier compromiso que signifique extralimitación de la función establecida en este Contrato, será asumido directamente por el SOCIO GESTOR o el SOCIO PARTÍCIPE, según el caso.

Frente terceros relacionados con el negocio, el SOCIO GESTOR responderá, dentro del límite de sus obligaciones, ante clientes, proveedores, administración tributaria, entre otros.

CLÁUSULA DÉCIMA. TERMINACIÓN DEL CONTRATO. El CONTRATO podrá darse por terminado por las siguientes causales:

1. Unilateralmente por cualquiera de las PARTES, inclusive cuando no haya justa causa, pero que no se avizore abuso del derecho.
2. Por la ocurrencia de las circunstancias o hechos que impidan la ejecución de las acciones objeto del CONTRATO.

PARÁGRAFO. esta estipulación se aplicará sin perjuicio de la existencia de obligaciones poscontractuales, como es el reparto de las cuentas en participación existentes y hasta que se agoten.

CLÁUSULA DÉCIMO PRIMERA. NOTIFICACIONES. Las PARTES acuerdan que el único mecanismo de comunicación será el siguiente:

1. SOCIO GESTOR: A la dirección física Carrera 300 n.º 25-32, Oficina 704 en Bogotá D. C. o a la dirección electrónica correya@correya.com

2. SOCIO PARTÍCIPE: A la dirección física Carrera 300 n.º 25-32, Oficina 705 en Bogotá D. C. o a la dirección electrónica operarte@operarte.com

CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA. LEY APLICABLE. En los aspectos no descritos en forma expresa por las partes, el presente CONTRATO queda sujeto a las disposiciones legales contenidas en el Título XIV, del corretaje, Sección (1) del Código de Comercio colombiano, y de manera general, por la ley colombiana.

CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA. RESOLUCIÓN DE DIFERENCIAS. Todas las diferencias de las PARTES que surjan con ocasión de este CONTRATO, sea en su celebración, ejecución e interpretación, serán sometidas a un tribunal de arbitramento de árbitro único. Este tribunal de arbitramento tendrá como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D. C. y estará sometido al Estatuto Arbitral Colombiano, el Código General del Proceso, el Reglamento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y, en general, a todas las normas concordantes que sean aplicables.

Este CONTRATO se firma en la ciudad de Bogotá D. C., el día ____ () del mes de _____ del año dos mil veinte (2020), en dos ejemplares del mismo valor y contenido.

SOCIO GESTOR
CORREYA
NIT 123.543.904-1
CAMILA CAICEDO R.
C. C. 10.432.543

SOCIO PARTÍCIPE
OPERARTE
NIT 423.542.976-4
SANTIAGO BARRERA R.
C. C. 52.456.87

BIBLIOGRAFÍA

- Acerbi Cremades, Norma. "Orígenes de la cirugía plástica. Padres, pioneros y otros más". *Revista de Salud Pública* XIII, n.º 2 (2009): 47-52. Acceso 3 de mayo del 2020. http://www.saludpublica.fcm.unc.edu.ar/sites/default/files/RSP09_2_09_mirada%20historica.pdf.
- Arévalo Buitrago, Isidoro. "Contabilidad especial del contrato de cuentas en participación". *Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, n.º 45 (1995): 17-27. Acceso 5 de mayo del 2020. https://revistaicdt.icdt.co/wpcontent/Revista%2045/PUB_ICDT_Revista%20ICDT%2045_Bogota_95.pdf.
- Cuenca-Pardo, Jesús. "¿Se pueden evitar las complicaciones en cirugía plástica?". *Asociación Mexicana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva A. C.* 29, n.º 1 (2019): 3-14. Acceso 3 de mayo del 2020. <https://www.medigraphic.com/pdfs/cplast/cp-2019/cp191a.pdf>.
- Galindo Vácha, Juan Carlos. *Amparos y coberturas de la salud*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011.
- Jaramillo Mejía, Luz María. "Contratos de Colaboración Empresarial y desmonte de la Doble Tributación y el efecto de la regla de los 13/7 - Contrato de participación o de cuentas en participación - Contrato de Asociación (Industria Petrolera) - Precios de transferencia y los convenios internacionales para evitar la doble tributación". En *Instituto Colombiano de Derecho Tributario xxii Jornadas Colombianas de Derecho Tributario (25 a 27 de febrero de 1998)*. Bogotá: ICDT, 1998.
- Regueros de Ladrón de Guevara, Sofía. *Aspectos tributarios del contrato de seguros. Comentarios y normatividad colombiana*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- Sánchez Rodríguez, Kyrenia y Roidel Alessandrini González. "Algunas consideraciones éticas sobre la cirugía plástica". *Revista Cubana de Cirugía* 46, n.º 4. Acceso 3 de mayo del 2020. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0034-74932007000400012.
- Spireli A., Edison. "Aspectos éticos, jurídicos y médico-legales en cirugía plástica". En *Cirugía plástica, reconstructiva y estética*, editado por Felipe Coiffman. Bogotá: Científicas y Técnicas S. A., 1994.

Stiglitz, Rubén Saúl y Gabriel A. Stiglitz. *Derecho de seguros. Tomo I. 6.^a* ed. Buenos Aires: La Ley, 2016.

Superintendencia de Sociedades. *Circular Externa 115-006*. Acceso 22 de abril del 2009. https://www.supersociedades.gov.co/imagenes/Circular%20Externa%2006_2009.pdf.

Conceptos

DIAN, Concepto 071401/2013.

DIAN, Concepto 7795(57)/2013.

DIAN, Concepto 35858/2014.

DIAN, Concepto 368/2015.

DIAN, Concepto 009810/2017.

DIAN, Concepto 100202208-972/2019.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Concepto 2-2017-038770/2017.

Jurisprudencia

CE 4, julio 16/2010, 13001123-31-000-1999-90004-01 (16605), C. Ortiz de Rodríguez. Acceso 22 de abril del 2020. [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=13001-23-31-000-1999-90004-01\(16605\)A](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=13001-23-31-000-1999-90004-01(16605)A).

Normas

CCo, art. 507.

CCo, art. 1045.

CCo, art. 1047.

CCo, art. 1048.

CCo, art. 1077.

CCo, art. 1088.

CST, art. 34.

D. 1518/1965.

D. 3050/1997, art. 29.

D. 3959/1997.

D. 806/1998.

Estatuto Orgánico Financiero, art. 40.

ET, art. 18.

ET, art. 427.

ET, art. 429, literal c.

ET, art. 433.

ET, art. 468-3.

DIAN, Resolución 000042/2020.

L. 100/1993.

LA ODISEA DE CRISTALIZAR UN DERECHO TRIBUTARIO: EL VIACRUCIS DE LAS SOLICITUDES DE SALDO A FAVOR*

John Helbert Ayala Hernández

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.567>

Mónica es la gerente financiera de una importante compañía del sector de servicios en la que ha trabajado durante más de diez años. Se sentía preocupada, dado que en el 2019 la compañía estaba pasando por una situación crítica en términos financieros y no tenía los suficientes recursos para solventar el pago del impuesto sobre las ventas (IVA) de los últimos bimestres, asumiendo el riesgo de un posible embargo por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Por esta razón Juan, presidente de la compañía, le ordenó a Mónica solicitar de inmediato la compensación de estas deudas de IVA con los saldos a favor de impuesto sobre la renta liquidados en los tres últimos años, pues ya habían transcurrido más de seis meses desde su directriz.

Mónica no sabía cómo informar a Juan dos noticias desfavorables en cuanto a este tema. La primera, que habían perdido la oportunidad de solicitar los saldos a favor por una suma importante frente a unos periodos determinados. La segunda, que con respecto al año gravable 2018, después de luchar para que la entidad admitiera solamente la solicitud, todo indicaba que, en lugar de obtener la devolución, recibirían una fiscalización contra la declaración.

En consecuencia, a pesar de tener el derecho a estos recursos financieros liquidados en sus declaraciones de renta meses atrás, la compañía debería esperar hasta que se resuelva el expediente de la solicitud de compensación del saldo a favor de renta con las obligaciones de IVA. No obstante, la normatividad tributaria actual no les favorece en nada, pues deberían pagar estas obligaciones de IVA ya que habían transcurrido más de cinco meses en mora; de lo contrario, la compañía se vería expuesta a un embargo.

PALABRAS CLAVE

Saldo a favor de renta, compensaciones, devoluciones, firmeza de declaraciones, auto inadmisorio.

GLOSARIO

Arrastre de saldo a favor o “arrastre”: Cuando el saldo a favor de la declaración tributaria se pasa a la declaración del periodo gravable siguiente, en lugar de solicitar su devolución o compensación.

Compensación: Hace referencia al hecho de compensar un saldo a favor del contribuyente con una deuda que este tiene con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

Firmeza de la declaración: El tiempo que tiene la DIAN para ejercer sus facultades de fiscalización; luego de ese tiempo, hace que la declaración del contribuyente sea inmodificable.

Pérdida fiscal: Los contribuyentes –personas físicas o morales– se encuentran obligados a pagar impuesto sobre la renta, tomando en cuenta las utilidades obtenidas durante un ejercicio fiscal; sin embargo, puede ser que en lugar de utilidad exista pérdida fiscal, es decir, que los gastos y las deducciones hayan sido mayores que los ingresos obtenidos por la empresa durante el ejercicio fiscal, caso en el que no existiría impuesto sobre la renta por pagar. La ley fiscal colombiana permite que el contribuyente compense los saldos de las pérdidas fiscales de ejercicios anteriores con la renta líquida que obtenga en ejercicios futuros.

Reforma tributaria: Cambia uno o varios aspectos de la estructura tributaria, buscándose, mediante ella, aumentar o disminuir la cantidad de dinero que recibe el Estado por concepto de impuestos.

Saldo a favor en el impuesto de renta: Se genera cuando al liquidar el impuesto, en lugar de arrojar un saldo a pagar por concepto de impuestos, se determina un saldo a favor del contribuyente.

Títulos de Devolución de Impuestos (Tidis): Títulos emitidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público como mecanismo para la devolución de saldos a favor originados en el pago de impuestos, los cuales constituyen deuda pública interna y son libremente negociables.

LA ODISEA DE CRISTALIZAR UN DERECHO TRIBUTARIO: EL VIACRUCIS DE LAS SOLICITUDES DE SALDO A FAVOR

Mónica, contadora pública con más de veinte años de experiencia en su profesión y con estudios de maestría en finanzas, durante los últimos diez años ha trabajado en la sociedad Servicios S. A. S. en el cargo de gerente financiera. Le corresponde, entre sus múltiples funciones, velar por todos los recursos financieros de la organización, optimizándolos de la mejor manera.

A finales del 2016 Mónica se encontró con una nueva reforma tributaria en la que se modificaron varios aspectos. Uno de los más llamativos para ella fue la ampliación del tiempo que tiene ahora la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) para fiscalizar y modificar las declaraciones tributarias. Antes de esta reforma, una declaración de impuesto sobre la renta quedaba en firme en dos años; ahora pasó a tres años. Por otro lado, si la

declaración de renta tiene pérdida fiscal, pasa de cinco años a seis años y, en otros casos excepcionales, según algunas opiniones de expertos tributarios, puede estar abierta la declaración a disposición de la DIAN hasta doce años dependiendo del caso.

Después de un arduo trabajo de cierre contable y fiscal Jorge, el nuevo contador —había ingresado hace unos pocos meses a la sociedad Servicio S.A.S.— quería compartir con Mónica el borrador de la declaración de renta del año gravable 2018, antes de realizar la presentación formal ante la página de internet de la DIAN, por lo que la citó a una reunión la siguiente semana.

Llegado el día de la reunión Jorge, muy puntual, diligente y proactivo, tenía todos los anexos y soportes preparados. Tenía además tiempo suficiente, y mientras llegaba la hora de la reunión se preparó un buen café.

A la hora de la cita Mónica lo llama por teléfono para informarle que no podía ir a la oficina, puesto que se encontraba un poco mal de salud. El médico le había otorgado unos días de incapacidad, sin embargo ella sabía que al otro día se debía presentar la declaración.

En el transcurso de la llamada, Mónica le informa:

—Por favor, ten presente el saldo a favor de la declaración de renta del año gravable 2016, es una suma muy importante para la compañía. Por favor presenta mañana la declaración de renta, ¡se vence mañana!

La comunicación telefónica había sido interrumpida por el ruido del entorno. Jorge, un poco tímido, sin saber exactamente qué le quiso decir Mónica, le respondió:

—No te preocupes, Mónica. Cuídate mucho, que te mejores. Hablamos la siguiente semana.

Jorge, un poco sonriente, decía en su mente: —A veces siento que Mónica me subestima; quiere tener todo bajo control. ¡No voy a saber yo que mañana se vence la declaración de renta, si de eso trataba la reunión de hoy!

Muy diligente, al día siguiente Jorge presentó la declaración de renta del año gravable 2017, que esta vez arrojó un saldo a favor mínimo en comparación con el de años anteriores, precisamente por la prudencia que tuvo al no incorporar unas cifras muy importantes que le daban derecho a aumentar el saldo. Adicional a esto, decidió esperar a que llegaran los certificados de retención en la fuente que le daban derecho a disminuir el impuesto y aumentar significativamente el saldo a favor de COP 100 000 000 a COP 1300 000 000.

Un poco más de un año después, Mónica estaba muy angustiada y no era para menos: la compañía necesitaba con urgencia recursos financieros o de lo contrario la DIAN embargaría las cuentas bancarias, situación muy difícil de enfrentar.

Mónica citó a una reunión de carácter urgente a Jorge, con el fin de validar el estatus de los procesos de las solicitudes de saldo a favor de renta de los últimos años y examinar algunas alternativas para financiar las deudas.

—Jorge, ¿cuál es el estatus de las solicitudes de saldo a favor de renta? —Pregunta Mónica con tono alto.

—Doctora, no ha sido posible radicar la solicitud de la compensación del saldo a favor de renta del año gravable 2018 —responde Jorge con voz nerviosa.

—No entiendo, ¿cómo es posible que a la fecha no tengamos estos recursos a disposición? ¿Y los saldos a favor de renta de los años 2016 y 2017? ¿Qué ha pasado con eso? —Pregunta Mónica un poco molesta.

El ambiente estaba muy tenso. Para armonizar un poco, Jorge responde con sutileza, dándole a entender que todo esto es por causa de la DIAN, que siempre pone muchas barreras para devolver los saldos a favor, y ahora con la nueva ley de financiamiento y el último decreto (1422 del 6 de agosto del 2019), solicitan aspectos formales más detallados.

—Doctora, yo radiqué la solicitud de compensación del saldo a favor de renta del 2018 una vez presenté la declaración. Pasaron casi dos meses cuando nos llegó un auto inadmisorio por parte de la DIAN, donde nos notificaron que no procedía la solicitud de saldo a favor; faltaba incluir una nueva certificación de costos y gastos con un grado de detalle de factura por factura desde el origen del saldo a favor de renta, que en nuestro caso es desde el 2006. Esto lo incorporó la nueva Ley de Financiamiento.

—Esto es una locura, Jorge. Respondió airadamente Mónica. —Con el anterior contador siempre solicitamos los saldos a favor y, a mi entender, con la última reforma tributaria la DIAN realizaría la devolución automática. ¿Ahora me vienes con este cuento de que pasaron casi más de tres meses y no tenemos esos recursos? ¿Y los saldos de los otros años, 2016 y 2017?, ¿qué ha pasado?, ¿dónde están los títulos de devolución de impuestos?

La situación no podía estar peor. Jorge nunca radicó el saldo a favor de renta del año gravable 2016; tampoco imputó este saldo en la siguiente declaración, es decir en el año gravable 2017, y la renta del año gravable 2017 arrojó un saldo a favor no significativo, resultado de la no incorporación de los certificados de retención en la fuente que llegaron meses después de la presentación de la renta.

La renta del año gravable 2018 tenía saldo a favor, pero no había sido posible radicarla; era la cuarta vez que intentaba hacerlo y en cada ocasión la DIAN, con algún argumento, negaba la solicitud.

Finalmente, después de varios intentos, le fue aceptada a Jorge la solicitud de la compensación del saldo a favor de renta del año gravable 2018 con las obligaciones de IVA de los bimestres I, II y III del 2019. Dos meses después de la radicación de la solicitud llegaron los funcionarios de la DIAN a la oficina de Jorge.

Estos, con gran prepotencia, exigían una cantidad de documentos que de no estar disponible causaría la suspensión de la devolución por noventa días hábiles más, la cual se dio, pues Jorge no estaba preparado para esta visita de la DIAN y le faltaba mucha información. Por otro lado, para empeorar la situación, dicha entidad le estaba exigiendo el pago inmediato de las declaraciones de IVA que estaban pendientes; de no efectuarse el pago posiblemente podría terminar en el embargo de las cuentas bancarias. Mónica le manifestó al presidente de la compañía la complicada situación que estaban pasando, por lo que tomaron la decisión de contratar a una firma de abogados tributarios para que les asesorara en esta difícil situación.

Una vez analizada la situación por los asesores, estos informaron el estado de la compañía:

- ▶ El saldo a favor del año gravable 2016 lo habían perdido, ya que el tiempo para solicitarlo era de dos años.
- ▶ El mayor valor del saldo a favor del año gravable 2017 no se podía aumentar; la normatividad dispone de un año a partir del vencimiento de la presentación de la declaración, esto a pesar de que la empresa tiene todos los soportes.
- ▶ Los años 2016 y 2017 podrían ser fiscalizados por la DIAN, habiéndose perdido el saldo a favor.
- ▶ Por el saldo a favor del año gravable 2018, la DIAN puede suspender la devolución por noventa días hábiles, por tanto, el trámite se lleva a cabo dentro del término fijado por la normatividad vigente.
- ▶ Y, por último, se recomienda buscar recursos para cancelar lo más pronto las obligaciones tributarias de la empresa en lo referente a las declaraciones de IVA; es un delito no pagar oportunamente estos impuestos.

A Juan y a Mónica, conmocionados por la situación, no les parecía justo tener unos saldos a favor en sus declaraciones. Sin embargo, debían buscar otras opciones financieras, asumiendo grandes costos e intereses para poder pagar las obligaciones de IVA que estaban pendientes; de no hacerse, la DIAN podía embargar la compañía. Estaban preocupados de que se iniciara, contra la compañía y el representante legal, una acción por responsabilidad penal por el no pago oportuno del IVA.

PROBLEMÁTICA

¿El que exista una notoria asimetría entre los términos con los que cuenta la DIAN para fiscalizar al contribuyente y los que tiene este para corregir sus declaraciones y solicitar sus saldos a favor vulnera el principio de equidad y justicia tributaria? ¿Puede el legislador superar este conflicto mediante un mecanismo equitativo que brinde igualdad de condiciones?

Estrategias de solución y solución del problema

Entre las medidas adoptadas por el Gobierno nacional y las autoridades administrativas en el marco de la emergencia sanitaria derivada de la COVID-19, se ha modificado la normativa asociada a las devoluciones de saldos a favor; por ejemplo, no es necesario adjuntar el formato del reporte de costos y gastos al detalle de factura, labor muy dispendiosa y desgastante, y adicionalmente deja la posibilidad de que el contribuyente recupere el saldo a favor en menor tiempo posible: pasa de cincuenta días a quince días hábiles.

Dichas medidas son de aplaudir, pues ayudan a que los contribuyentes tengan un mejor flujo de efectivo en sus organizaciones, más aún durante esta crisis económica. Sin embargo, no es válido que para efectuar una “devolución automática” de los saldos a favor, que es un derecho del contribuyente, se tuviera que llegar a estos extremos para su implementación.

Una vez superada la emergencia sanitaria y económica, es importante que el Gobierno nacional siga implementando este mecanismo de devolución automática de saldo a favor. Esto es urgente, puesto que, de acuerdo con el último decreto gubernamental, volvemos a la devolución de saldo a favor general, lo que no sería favorable para los contribuyentes. En lo que sigue se detallará la tensión que produce este tema entre 1987 y el 2020. Los términos que tiene el contribuyente frente a los que tiene la DIAN para tramitar solicitudes de saldos a favor vulneran los principios de equidad y justicia del contribuyente.

Vamos a realizar un desarrollo legal del procedimiento de devoluciones para validar cuál es la mejor alternativa para solucionar la problemática.

Decreto 2503 de 1987

El proceso de devoluciones de saldos a favor surge en 1987^[1], en el que se reconoce el derecho que se les da a los contribuyentes de solicitar ante la Administración de Impuestos la devolución de sus saldos a favor.

Antes de la vigencia del Estatuto Tributario, el término para que los contribuyentes solicitaran los saldos a favor era de dos años; la Administración, por su parte, contaba

1 D. 2503/1987, art. 88.

con un término de treinta días para proceder con la devolución del saldo a favor.

Las declaraciones quedaban en firme dentro de los dos años siguientes a la fecha del vencimiento del plazo para declarar, siempre y cuando no se le hubiera notificado al contribuyente un requerimiento especial o se haya presentado en forma extemporánea.

Así mismo, quedaba en firme la declaración tributaria que presentara un saldo a favor del contribuyente o responsable si dos años después de la fecha de presentación de la solicitud de devolución o compensación no se hubiera notificado requerimiento especial.

Ley 223 de 1995

A partir de la promulgación de la Ley 223 de 1995 se modifica el proceso de las devoluciones, haciendo énfasis en la necesidad de efectuar oportunamente² las devoluciones de saldos a favor.

La DIAN deberá devolver oportunamente a los contribuyentes los pagos en exceso o de lo no debido que estos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor.

Por otra parte, se adicionó la suspensión del proceso de solicitud de saldos a favor por indicios de inexactitud, descontables o retenciones inexistentes. Se añadió, asimismo, un mes de fiscalización por parte de la DIAN para aquellas solicitudes de saldos a favor que se radiquen dentro de los dos meses siguientes a la presentación de la declaración del saldo a favor.

2 L. 223/1995, art. 49.

Ley 383 de 1997

En su momento quiso el legislador establecer sistemas de devolución automática de los saldos a favor, que operaran de oficio con posterioridad a la presentación de las declaraciones y que deberían priorizar las devoluciones a las entidades sin ánimo de lucro (Esal)³.

Con esta norma ya no es un deber de la DIAN realizar la devolución, sino una facultad que puede o no realizar la devolución automática. En cuanto a las devoluciones de oficio, estas aún no han tenido aplicación dentro del contexto tributario colombiano.

Ley 1430 del 2010

Esta norma extiende el plazo de la devolución de saldos a favor a cincuenta días.

Mecanismos de recuperación de saldos a favor

Los saldos a favor generados en las declaraciones privadas presentadas por los contribuyentes son susceptibles de recuperación por medio de los diferentes procedimientos establecidos por la normatividad tributaria. A continuación, se listan las alternativas con las que cuenta un contribuyente para recuperar dichos saldos a favor.

- *Imputación en la declaración del año siguiente*⁴: consiste en arrastrar el saldo a favor generado en la declaración, con el objetivo de imputar dicho saldo en la declaración tributaria del periodo fiscal siguiente.

3 L. 383/1997, art. 70.

4 D. 2503/1987, art. 87-a.

- ▶ *Solicitarlo en devolución*: consiste en iniciar un procedimiento de solicitud de devolución ante la Administración Tributaria, cumpliendo con los requisitos exigidos para obtener el monto requerido.
- ▶ *Solicitarlo en compensación*⁵: otra alternativa con la que cuenta el contribuyente es compensar las diferentes obligaciones tributarias (por ej., IVA, retención en la fuente, entre otras), cumpliendo con los requisitos exigidos por la normatividad tributaria.
- ▶ *Solicitarlo en devolución y compensación*: el contribuyente cuenta con la opción de realizar la solicitud de devolución y la compensación en una sola solicitud. En ese sentido, puede pedir una parte compensando obligaciones tributarias y otra parte en devolución del saldo a favor. Dicha alternativa dependerá de factores como las previsiones financieras del contribuyente, la conveniencia en la operación y el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley. El contribuyente cuenta principalmente con cuatro mecanismos de recuperación de los saldos a favor, por lo que consideramos pertinente entrar a analizar, en términos generales, los trámites exigidos por la Administración Tributaria.

Trámites ante la Administración Tributaria

El trámite para solicitar el saldo a favor del impuesto sobre la renta puede hacerse de manera virtual o presencial⁶, esto depende del tipo de contribuyente: si tiene instrumento de firma electrónica (IFE), debe realizar la solicitud de manera virtual; los contribuyentes o responsables

5 D. 2503/1987, art. 87-b.

6 DIAN, Resolución 151, noviembre/2012.

que no cuenten con dicha firma, deben presentar y radicar la solicitud de devolución en forma presencial en la Dirección Seccional que corresponda, adjuntando los formatos requeridos debidamente diligenciados, firmados e impresos.

Requisitos para realizar las solicitudes de devolución

Los requisitos y el procedimiento para realizar el trámite de las solicitudes de saldo a favor del impuesto sobre la renta están contemplados en las resoluciones 151 del 2012 y 57 del 2014, y en el Decreto Único Reglamentario en Materia Tributaria 1625 del 2016, en sus artículos 1.6.1.21.13 y 1.6.1.21.14.

Término para solicitar la devolución⁷

Los contribuyentes o responsables podrán solicitar la devolución o compensación de los saldos a favor que se liquiden en las declaraciones tributarias del impuesto sobre la renta a más tardar dos años después del vencimiento del término para declarar.

Término para que la DIAN efectúe la devolución⁸

Una vez radicada la solicitud de saldo a favor, oportunamente y en debida forma, la Administración de Impuestos deberá culminar el procedimiento dentro de los cincuenta días siguientes a la fecha de la solicitud de devolución. Sin embargo, si la solicitud de dicho saldo se realiza dentro de los dos meses siguientes a la presentación de la

7 L. 1430/2010, art. 19.

8 *Ibíd.*

declaración o de su corrección, la Administración Tributaria dispondrá de un término adicional de un mes para hacer el reintegro de dicho saldo. Lo anterior de conformidad con el parágrafo 3 del artículo 855 del Estatuto Tributario.

Ahora bien, es importante mencionar que iniciar este procedimiento genera un posible proceso de fiscalización por parte de la Administración de Impuestos. En ese sentido, podrá suspender términos hasta un máximo de noventa días, para que adelante la correspondiente investigación, cuando se produzca alguno de los siguientes hechos:

- ▶ Cuando se verifique que las retenciones declaradas por los contribuyentes son inexistentes, ya sea porque la retención no fue practicada o porque el agente retenedor no existe.
- ▶ Cuando a juicio de la DIAN exista un indicio de inexactitud en la declaración que genera el saldo a favor, en cuyo caso se dejará constancia escrita de las razones en las que se fundamenta el indicio, o cuando no fuere posible confirmar la identidad, residencia o domicilio del contribuyente.

Terminada la investigación, si no se produce requerimiento especial, se procederá a la devolución o compensación del saldo a favor. Si se produjere requerimiento especial, solo procederá la devolución o compensación sobre el saldo a favor determinado una vez culmine el procedimiento anterior.

Causales de rechazo e inadmisión de la solicitud de devolución o compensación

De acuerdo con lo expresado en el artículo 857 del Estatuto Tributario⁹, las siguientes son algunas de las situaciones que dan lugar a rechazo e inadmisión de las solicitudes de devolución o compensación:

- ▶ Cuando la solicitud se presentó de forma extemporánea, es decir, después de los dos años de haber vencido el plazo para declarar.
- ▶ Cuando la solicitud se presenta sin el lleno de los requisitos.
- ▶ Cuando el saldo solicitado ya había sido devuelto o compensado.
- ▶ Cuando durante el proceso de investigación de la solicitud el contribuyente corrija la declaración y, a partir de dicha corrección, ya no se liquide un saldo a favor sino un saldo a pagar.
- ▶ Cuando la declaración bajo la cual se solicita la devolución o compensación se entiende como no presentada.
- ▶ Cuando la declaración tiene algún error aritmético.
- ▶ Cuando en la declaración se imputa un saldo a favor del periodo anterior diferente al que se declaró por dicho periodo.
- ▶ Cuando la solicitud de devolución o compensación no cumpla con los requisitos, el auto inadmisorio deberá dictarse en un término máximo de quince días. Una vez emitido el inadmisorio, el contribuyente deberá subsanar las inconsistencias y presentar de nuevo la solicitud del saldo a favor cumpliendo con todos los requisitos formales.

9 L. 223/95, art. 141.

Devolución con presentación de garantía¹⁰

Por regla general, la Administración Tributaria cuenta con cincuenta días para culminar el proceso de recuperación del saldo a favor. Sin embargo, existe una alternativa para reducir dicho término y agilizar el procedimiento. Consiste en que la solicitud presentada se realice con una póliza a favor de la Nación, y así el término se reducirá a veinte días contados a partir de la radicación de la solicitud del saldo a favor, siempre y cuando se haya presentado en la debida forma y oportunamente.

Forma de desembolso del saldo a favor

Con el artículo 862 del Estatuto Tributario¹¹, si el saldo a favor supera el tope de 1000 UVT la Administración de Impuestos realizará la devolución en los denominados Títulos de Devolución de Impuestos (Tidis). Por el contrario, si el monto solicitado es inferior a las 1000 UVT, se realizará la devolución en la cuenta bancaria indicada por el contribuyente.

Los Tidis podrán ser utilizados por su titular como instrumento para cancelar obligaciones tributarias administradas por la DIAN, dentro del año calendario siguiente a la fecha de su expedición.

Cambios introducidos por la Ley 1819 del 2016

Con la entrada en vigor de la Ley 1819 del 2016, se realizaron algunos cambios en materia de devoluciones o compensaciones de saldo a favor correspondiente al impuesto

¹⁰ L. 1430/2010, art. 18.

¹¹ L. 1430/2010, art. 32.

sobre la renta y complementarios y del impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), entre los más importantes:

- ▶ Al desaparecer el CREE, el contribuyente tenía que aplicar alguno de los mecanismos antes explicados para la recuperación del saldo a favor de acuerdo con la incorporación del numeral 4 del artículo 290 al Estatuto Tributario¹².
- ▶ Se amplió el término de firmeza de las declaraciones del impuesto sobre la renta y del CREE. En este sentido, una vez se solicite el saldo a favor dicha declaración quedará en firme a los tres años siguientes¹³, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de devolución o compensación.
- ▶ Las declaraciones del impuesto sobre la renta o del CREE con pérdidas fiscales o compensación quedarán en firme en seis años después de su radicación.

Ahora bien, tratándose de los saldos a favor generados en las declaraciones de CREE, algunos contribuyentes tomaron la decisión de solicitar la devolución o compensación del saldo a favor; otros optaron por realizar la imputación del saldo en la declaración de renta del año gravable 2017, lo cual generó la siguiente situación: si dicho arrastre crea un nuevo saldo a favor y el contribuyente deseaba solicitarlo en devolución, la Administración Tributaria tenía la obligación de verificar el histórico del arrastre con sus respectivos formatos de retención y autorretenciones desde el origen del saldo. El problema estaba en que el prevalidador y el sistema informático de la DIAN están diseñados solamente para arrastres generados por saldos en renta y no en CREE.

12 L. 1819/2016, art. 290.

13 *Ibíd.*, art. 277.

Por lo anterior, se generaron varios inadmisorios a solicitudes de saldo a favor con estas características, hasta que la DIAN publicó en su momento en la página de internet las instrucciones al respecto; no obstante, a la fecha no existen unos requisitos claros para dichas solicitudes.

Ley 1943 del 2018 (Ley de Financiamiento)

La implementación de la devolución automática de solicitudes de saldos a favor forma parte de la transformación de la administración pública como desarrollo de uno de los objetivos del “Pacto por una gestión pública efectiva”, al permitir que se reduzcan los términos de reconocimiento de las devoluciones de los saldos a favor del impuesto sobre la renta y el impuesto sobre las ventas (IVA).

Con la entrada en vigor de la Ley 1943 del 2018 se incorporó al Estatuto Tributario la “devolución automática”. Con este fin, se adicionaron también unos nuevos requisitos¹⁴ para realizar las devoluciones de las solicitudes de saldo a favor del impuesto sobre la renta y el IVA: “(i) No representen un riesgo alto de conformidad con el sistema de análisis de riesgo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN); (ii) más del 85 % de los proveedores estén con factura electrónica; (iii) hasta que el Gobierno nacional lo reglamente”.

Ha transcurrido más de un año y medio desde la implementación de este nuevo mecanismo, donde la DIAN está modificando sus sistemas informáticos de forma tal que le permitan cumplir con los requisitos exigidos para sus respectivas auditorías.

Con esta nueva ley lo único que entró a regir fue más exigencias formales para el trámite de las devoluciones

14 L. 1943/2018, art. 98.

de saldos a favor, puesto que ahora se debe entregar un reporte detallado de los costos y gastos, de tipo factura por factura, para soportar las deducciones incluidas en la declaración de renta —antes no se exigía para el trámite de las solicitudes de devolución—. En él se debe indicar si el soporte consiste en facturas o documentos equivalentes: número de identificación tributaria (NIT) del proveedor, nombres o apellidos o razón social del proveedor, tipo y número de documento soporte, fecha de expedición, concepto y valor (COP) del costo, gasto o deducción. Sin embargo, pese a cumplir con este nuevo requisito, la Administración de Impuestos no aplicaba la devolución automática.

Decreto 1422 del 6 de agosto del 2019

El decreto 1422 del 6 de agosto del 2019 reglamentó la devolución automática expedida por la Ley 1943 del 28 de diciembre del 2018, donde especifica los requisitos para el trámite de la solicitud de devolución de saldos a favor determinados en las declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios y del IVA.

Quiénes tienen derecho a la devolución automática

Para que la devolución sea automática, los contribuyentes o responsables deben cumplir inicialmente con los requisitos formales que estaban vigentes antes de la entrada en vigor de la Ley 1943 y que están incorporados en los artículos 1.6.1.21.13, 1.6.1.21.14, 1.6.1.21.15, 1.6.1.21.16 y 1.6.1.25 del Decreto Único Reglamentario en materia tributaria; adicional a esto, también deben tener las siguientes condiciones:

- Que no representen un riesgo alto de conformidad con el sistema de análisis de riesgo de la DIAN.

- Que más del 85 % de los costos o gastos o impuestos sobre las ventas descontables, según sea el caso, provengan de proveedores que emitan sus facturas mediante el sistema de facturación electrónica con validación previa.

En cuanto al término para el reconocimiento de la devolución automática, la DIAN deberá dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de radicación de la solicitud en debida forma realizar la devolución del saldo a favor al contribuyente; las solicitudes de devolución que no cumplan los requisitos establecidos para tener derecho a la devolución automática continuarán con el proceso ordinario, sin que se requiera acto administrativo que así lo indique.

Requisitos especiales en las solicitudes de devolución

Para las nuevas solicitudes de devolución de saldo a favor, que se radicaron a partir del 6 de agosto del 2019, la DIAN exige que se anexasen los siguientes requisitos especiales, que estaban incluidos en el Decreto 1422 del 2019:

- Una relación de las retenciones o autorretenciones en la fuente que originaron el saldo a favor del periodo solicitado y de los que componen el arrastre, indicando: nombre o razón social y NIT de cada agente retenedor, así como el valor base de retención, el valor retenido y concepto, certificada por revisor fiscal o contador público, cuando a ello hubiere lugar.
- Una relación de los costos y gastos declarados en el periodo objeto de solicitud y de los que componen el arrastre certificada por revisor fiscal o contador público, cuando a ello hubiere lugar, indicando: NIT; nombres y apellidos o razón social del

proveedor; concepto del costo, gasto o deducción; número, fecha de expedición y valor del costo, gasto o deducción.

Con este nuevo Decreto 1422, al parecer se daba una luz con respecto al tiempo de la devolución, ya que en diez días hábiles el contribuyente obtendría la recuperación de su saldo a favor. Sin embargo, los anteriores requisitos generaron mayor tiempo y complejidad en el proceso.

La información solicitada en este nuevo decreto se ha entregado a la DIAN en periodos anteriores, en los reportes de información exógena y en las declaraciones de retenciones en la fuente que los contribuyentes reportan cumpliendo con esta obligación formal y sustancial.

Implementación de la devolución automática

A partir de los anteriores requisitos especiales, el Gobierno nacional otorgó un término de seis meses, a partir del 6 de agosto del 2019, para que la DIAN adecuara sus sistemas informáticos.

Por su parte, la DIAN exigió desde el mismo 6 de agosto del 2019 todos los requisitos formales, incluyendo los especiales ya listados. Esto ocasionó varios inadmisorios para los contribuyentes, puesto que el sistema informático de la DIAN no está actualizado y tampoco se tenían las instrucciones para cumplir con estos nuevos requisitos especiales, por lo que la entidad se pronunció, dando las nuevas indicaciones para radicar las solicitudes de devoluciones¹⁵.

15 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), *Relación de costos, gastos y deducciones devoluciones abreviadas*, https://www.dian.gov.co/tramitesservicios/Tramites_Importos/Devoluciones/Paginas/Relacion-de-costos-gastos-y-deducciones-devoluciones-abreviadas.aspx.

Requisitos especiales en las solicitudes

Uno de los nuevos requisitos especiales para las solicitudes de saldo a favor de renta que generó inconvenientes para los contribuyentes y que está incorporado en el artículo 3 del Decreto 1422 del 2019 corresponde al siguiente: “una relación de los costos y gastos declarados en el periodo objeto de solicitud y de los que componen el arrastre certificada por revisor fiscal o contador público”.

Este nuevo requisito exige que la información esté al detalle (factura por factura) y, adicional a esto, si el saldo a favor tiene arrastre, se debe anexar por cada año gravable. Por otro lado, debe ser certificada por revisor fiscal o contador público según corresponda, lo que genera un trabajo operativo importante.

La DIAN, dado que a la fecha del año gravable 2019 no tenía habilitados sus sistemas informáticos, simplificó este requisito (haciendo la publicación en la página de la DIAN)¹⁶: la “relación de los costos y gastos declarados en el periodo objeto de solicitud y de los que componen el arrastre”, para que los contribuyentes que quieran realizar las solicitudes de saldos a favor tengan dos alternativas y puedan presentarse en cualquiera de las siguientes formas, así:

1. Reporte totalizado de cada uno de los conceptos del costo, gasto o deducción, con los siguientes campos (tabla 1):

16 DIAN, *Relación de costos*.

Tabla 1. Reporte consolidado

CONCEPTO DEL COSTO O GASTO	VALOR (COP)	TIPO DE SOPORTE
Gastos de nómina	100 000 000	Comprobante de contabilidad
Compra de materia prima	140 000 000	Facturas de venta
Cajas menores	150 000 000	Comprobante de contabilidad
Total	390 000 000	

Fuente: DIAN, www.dian.gov.co.

2. Reporte totalizado detallando uno a uno cada ítem que conforma los costos, gastos y deducciones declarados en el año, indicando:

- ▶ Si el soporte se trata de facturas o documentos equivalentes: NIT del proveedor, nombres o apellidos o razón social del proveedor, tipo y número de documento soporte, fecha de expedición, concepto y valor (COP) del costo, gasto o deducción.
- ▶ Si el soporte se trata de comprobante de contabilidad: tipo y número del documento soporte, fecha de expedición, concepto y valor (COP) del costo, gasto o deducción.
- ▶ Para los no obligados a llevar contabilidad: concepto y valor (COP) del costo, gasto o deducción.

Las personas que no hayan registrado costos, gastos y deducciones no están obligadas a suministrar la relación.

El tipo de soporte “Comprobante de contabilidad” aplica para todos los costos, gastos y deducciones que no se encuentran soportados con facturas de venta y que se encuentran efectivamente declarados. Por ejemplo: costo de ventas determinado por sistemas de valuación de inventarios, amortizaciones, depreciaciones, gastos de nómina y demás ajustes que hacen parte integral de la declaración

de renta y complementarios. No obstante, una vez la DIAN tenga parametrizados sus sistemas informáticos, consideramos que se deberá realizar por medio de los prevalidadores que designe la entidad.

Ley 2010 del 2019 “Crecimiento económico”

La Ley 2010 del 27 de diciembre del 2019 mantuvo los mismos lineamientos de la Ley de Financiamiento, donde se incorpora el parágrafo 5 al artículo 855 del Estatuto Tributario denominado “Devolución automática de saldos a favor”, el cual aplicará y podrá ser utilizado por los contribuyentes que cumplan con ciertos criterios exigidos por el Gobierno nacional, como se indicará más adelante.

Devolución automática de saldos a favor en impuestos

Con la entrada en vigor de la nueva Ley de Financiamiento, se realizaron algunos cambios en devoluciones o compensaciones de saldo a favor correspondientes al impuesto sobre la renta y complementarios, cambios importantes en especial con el término que tiene la DIAN para realizar la devolución de dicho saldo automáticamente. Estos mismos criterios fueron mantenidos en el artículo 115 de la Ley 2010 del 2019.

Los contribuyentes o responsables que tienen derecho a la devolución automática de saldos a favor deben cumplir las siguientes condiciones¹⁷:

- ▶ Que no representen un riesgo alto de conformidad con el sistema de análisis de riesgo de la DIAN.
- ▶ Que más del 85 % de sus proveedores, que le generen derecho a costos o gastos o impuestos sobre

17 L. 2010/2019, art. 115.

las ventas descontables, emitan sus facturas mediante el mecanismo de factura electrónica.

A pesar de que existe el Decreto 1422 del 6 de agosto del 2019, que reglamentó la devolución automática, este aplica solamente a la Ley de Financiamiento; por tanto, el Gobierno nacional deberá expedir el nuevo decreto reglamentario para este mecanismo de devolución automática expedido en esta ley.

Para que surja la aplicabilidad de la devolución automática, se deben confeccionar los tres ítems anteriores:

1. Que no representen un riesgo alto de conformidad con el sistema de análisis de riesgo de la DIAN.
2. Que más del 85 % de los proveedores estén con factura electrónica.
3. Hasta que el Gobierno nacional lo reglamente.

A continuación, detallamos algunas inquietudes que se generan en las nuevas disposiciones sobre la “devolución automática”.

Asumamos que un contribuyente cumple con el ítem (2) (más del 85 % de los proveedores estén con factura electrónica): ¿cómo saber si no representan un riesgo alto de conformidad con el sistema de análisis de riesgo de la DIAN? Puesto que la información y los procedimientos que administra el sistema de gestión de riesgos de la DIAN es de carácter reservado.

Con la devolución automática consideramos que entraría a desaparecer la devolución con presentación de garantía contemplada en el artículo 860 del Estatuto Tributario; por tanto, el sector financiero se vería afectado, ya que se disminuiría la cotización de este servicio.

Términos para solicitar la devolución del saldo a favor

Los contribuyentes o responsables podrán solicitar la devolución o compensación de los saldos a favor, que se liquiden en las declaraciones tributarias de los impuestos sobre la renta o del IVA a más tardar dos años después del vencimiento del término para declarar. En el caso de los pagos en exceso o pago de lo no debido, se debe realizar el trámite de la solicitud en máximo cinco años contados a partir de la fecha en que se origine el saldo a favor.

Es importante tener presente los términos de solicitud o compensación del saldo a favor de la declaración de renta con la inclusión del parágrafo 3 del artículo 689-2 del Estatuto Tributario, “Beneficio de auditoría” por la Ley de Financiamiento. A continuación, los detallamos.

Declaración de impuesto de renta con saldo a favor y con beneficio de auditoría

Los contribuyentes que liquiden saldos a favor en renta y cumplan con los criterios de beneficio de auditoría, una vez cumplido el tiempo para realizar la solicitud de devolución o compensación del saldo a favor no podrán realizar el trámite de la solicitud o compensación para la firmeza de la declaración; deberán imputar este saldo a la siguiente declaración de renta y realizar la solicitud o compensación con esta, lo cual restringe el uso de dichos saldos en el flujo de caja de las compañías si no se solicitan dentro de los nuevos términos definidos (tabla 2).

Tabla 2. Criterios de beneficio de auditoría

INCREMENTO DEL IMPUESTO FRENTE AL AÑO ANTERIOR (%)	TÉRMINO PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN
30	Seis meses siguientes a la fecha de su presentación
20	Doce meses siguientes a la fecha de su presentación

Fuente: elaboración propia.

Términos para que la DIAN efectúe la devolución

Una vez radicada la solicitud o compensación de la devolución del saldo a favor en debida forma, la DIAN cuenta con los términos detallados en la tabla 3 para emitir la resolución de solicitud o devolución al contribuyente.

Decreto Legislativo 535 del 2020

Entre las medidas adoptadas por el Gobierno nacional y las autoridades administrativas en el marco de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia de la COVID-19, se ha modificado la normativa asociada a las devoluciones de saldos a favor.

El Gobierno nacional, mediante el Decreto 535 del 10 de abril del 2020, dispone lo siguiente:

- ▶ La devolución o compensación será autorizada por la DIAN dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la solicitud en debida forma, en lugar del término general de cincuenta días hábiles.
- ▶ No es necesario que el contribuyente cumpla con los requisitos del parágrafo 5 del artículo 855 del Estatuto Tributario (que más del 85 % de los costos, gastos o impuestos descontables provengan de proveedores que facturen electrónicamente).

Tabla 3. Términos para recuperar el saldo a favor

SALDO A FAVOR	TIEMPO QUE TIENE LA DIAN PARA REALIZAR LA DEVOLUCIÓN (DÍAS HÁBILES)	CRITERIO	FUNDAMENTO JURÍDICO
Renta/IVA	50	(1) Presentada en debida forma la solicitud	Artículo 855 ET
Renta/IVA	20	(1) Presentada en debida forma la solicitud (2) Con garantía	Artículo 860 ET
IVA	30	(1) Presentada en debida forma la solicitud (2) Ostente la calidad de operador económico autorizado	Artículo 855 ET, par. 3.
Renta/IVA	140	(1) 50 días hábiles (2) 90 días hábiles de suspensión de términos	Artículos 855 y 857-1 ET
Pago en exceso	50	(1) Presentada en debida forma la solicitud	Artículo 855 ET, artículo 1.6.1.21.22 DUR
Pago de lo no debido	50	(1) Presentada en debida forma la solicitud	Artículo 855 ET, artículo 1.6.1.21.22 DUR
Renta/IVA	15	(1) Devolución automática	Artículo 855 ET, par. 5

Fuente: elaboración propia.

- El requisito especial de detalle de costos y gastos deberá ser entregado a la DIAN dentro de los treinta días calendario siguientes al levantamiento de la Emergencia Sanitaria o su prórroga, sin necesidad de requerimiento de información especial, para evitar una sanción por no enviar información de acuerdo con el artículo 651 del Estatuto Tributario.

- ▶ La DIAN revisará las solicitudes de saldo a favor en trámite para aplicar este nuevo decreto.
- ▶ Este nuevo decreto no aplica a los contribuyentes que la DIAN haya calificado como “de alto riesgo en materia tributaria”.
- ▶ La vigencia de este procedimiento abreviado para las solicitudes de saldo a favor termina con el levantamiento de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada de la COVID-19; por tanto, nuestra recomendación es realizar la solicitud de saldo a favor en debida forma en el menor tiempo posible.

Por medio del Decreto Legislativo 535 del 10 de abril del 2020, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estableció un procedimiento abreviado de devolución y compensación de saldos a favor del impuesto sobre la renta y el IVA, en el que se redujo el término de autorización de la solicitud por parte de la DIAN a quince días hábiles¹⁸. Disposición que será aplicable a los contribuyentes y responsables que no representen un alto riesgo, durante el término de vigencia del Estado de Emergencia Sanitaria declarado hasta el 30 de mayo del 2020 (o sus posibles prórrogas) por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante Resolución 385.

La DIAN, mediante Resolución 11 del 16 de abril del 2020, estableció unos lineamientos para determinar si un contribuyente incurre en una conducta de alto riesgo en las solicitudes de devolución o saldo a favor:

- ▶ Solicitudes del impuesto sobre la renta con arrastre de saldos a favor por más de tres periodos que tengan inadmisorio previo sin subsanar.

18 D. 535/2020, art. 1.

- ▶ Solicitudes del IVA con arrastres superiores a doce periodos.
- ▶ Solicitudes de devolución del impuesto sobre la renta en las que se evidencie que las autorreten- ciones en la fuente del periodo objeto de solicitud sean ineficaces.
- ▶ Contribuyentes que con ocasión del proceso de in- vestigación previa a la devolución hubiesen corre- gido las declaraciones objeto de devolución por estar incurso en alguna inconsistencia.
- ▶ Contribuyentes que con respecto al mismo impuesto objeto de la devolución, por el año fiscal inmedia- tamente anterior, se les haya suspendido el trámite.
- ▶ Contribuyentes solicitantes de devolución o com- pensación del saldo a favor del impuesto sobre la renta y complementarios que incluyan dentro de sus deducciones erogaciones a países de baja im- posición o paraísos fiscales.

Con el propósito de asegurar un tratamiento equitativo entre los contribuyentes, también se establecieron unas disposiciones para quienes presentaron solicitudes con anterioridad al 13 de abril del 2020, las cuales deberán ser gestionadas en el menor tiempo posible.

Términos de la Administración de Impuestos vs. contribuyente

En la tabla 4 se presenta un cuadro comparativo de los tér- minos normativos para el contribuyente vs. frente a los de la Administración de Impuestos en materia de saldos a favor¹⁹.

19 L. 1819/2016, art. 277.

Tabla 4. Términos para contribuyentes vs. términos DIAN

CONTRIBUYENTE		
DETALLE	TÉRMINOS	NORMATIVIDAD
Solicitar el saldo a favor	2 años	Art. 854 ET
Consideraciones para aumentar el saldo a favor	1 año	Art. 589 ET
Ejecutar el uso de Tidis	1 año	Art. 862 ET
Recuperación del saldo a favor	50 días hábiles o más	Art. 855 ET

ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS		
DETALLE	TÉRMINOS	NORMATIVIDAD
Solicitar el cobro de obligaciones tributarias	5 años	Art. 817 ET
Correcciones para aumentar el valor a pagar	3-6 años	Art. 714 ET
Fiscalizar declaraciones	3-6 años	Art. 714 ET
Presentación y pago de impuestos	El día de vencimiento	Decreto de plazos
Forma de pago	Efectivo o Tidis	Decreto de plazos

Fuente: elaboración propia.

Con lo anterior se identifica que el contribuyente tiene una gran desventaja con la normatividad actual. Esta restringe su posibilidad de solicitar los saldos a favor en un plazo posterior al término para realizarlo, que consideramos son demasiado cortos; en comparación, la DIAN tiene unos términos muy amplios.

Conclusiones

Los avances tecnológicos incorporados por la DIAN en su plataforma de servicios en línea representan un aporte significativo para los objetivos de la entidad. En ese contexto

se ha efectuado la mayoría de los trámites que deben realizar los contribuyentes, en especial aquellos relacionados con las solicitudes de devolución o compensación. No obstante, para los contribuyentes que tienen un saldo a favor en sus declaraciones de impuestos y que desean recuperarlos se dificulta un poco la tarea, pues cada vez se exigen más requisitos especiales, como por ejemplo el detalle de costos y gastos, que es una tarea un poco dispendiosa.

Ha pasado más de un año y medio desde la entrada en vigor de la Ley de Financiamiento, y varios meses desde la promulgación de la Ley de Crecimiento y todavía está en proceso de desarrollo e implementación el nuevo mecanismo de devolución automática. Consideramos, por tanto, que muy pocos tendrán el privilegio de dicho beneficio hasta que se ejecuten las condiciones establecidas ya mencionadas: (1) que no representen un riesgo alto de conformidad con el sistema de análisis de riesgo de la DIAN y (2) que más del 85 % de los proveedores estén con factura electrónica. Hasta ahora la mayoría de los contribuyentes están realizando el trámite para implementar la factura electrónica, por lo que posiblemente hasta el 2021 entrará en vigencia la devolución automática.

A pesar de la emisión del Decreto 1422 del 2019, las devoluciones automáticas no se ejecutarán hasta que no se surta la implementación tecnológica de la entidad. No obstante, al modificarse el Decreto Único Reglamentario en materia tributaria con respecto a los requisitos de la devolución, la Autoridad Tributaria exige para las devoluciones que se surten por el procedimiento general u ordinario “la relación detallada de los costos y deducciones”, lo que exige la identificación de cada operación con el soporte específico de la factura o el comprobante de contabilidad (interno o por tercero), firmado por el revisor fiscal. De manera transitoria, la DIAN considera que el anexo puede ser presentado totalizado por concepto.

Finalmente, solo con la determinación de un Estado de Emergencia Sanitaria derivada de la COVID-19, que fue declarada mediante el Decreto 417 del 17 de marzo del 2020, se llegó a considerar una “devolución automática”.

Mediante el Decreto Legislativo 535 del 10 de abril del 2020, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estableció un procedimiento abreviado de devolución y compensación de saldos a favor del impuesto sobre la renta y el IVA, en el que se redujo el término de autorización de la solicitud por parte de la DIAN a quince días hábiles, disposición que será aplicable a los contribuyentes y responsables que no representen un alto riesgo, durante el término de vigencia del Estado de Emergencia Sanitaria declarado hasta el 30 de mayo del 2020 y sus posibles prórrogas por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante Resolución 385.

Lo anterior como medida otorgada por el Gobierno nacional con el ánimo de dar una salida de flujo de caja para todas las empresas, derecho que se encuentra truncado, como se evidenció en algunos casos, por más de un año.

PROPUESTA DE IMPACTO O MEJORA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE LEY

Las disposiciones contenidas en este proyecto de ley tienen la finalidad de corregir muchos de los problemas estructurales que aquejan a la economía y la estructura tributaria nacional de tiempo atrás.

En efecto, esta iniciativa fue pensada para: (1) potenciar el crecimiento económico; (2) incrementar la equidad del sistema tributario entre la DIAN y los contribuyentes, y (3) fortalecer a la DIAN en un contexto de sostenibilidad fiscal.

La implementación de la devolución automática de solicitudes de saldos a favor forma parte de la transformación de la administración pública en desarrollo de uno de los objetivos del “Pacto por una gestión pública efectiva”, al permitir que se reduzcan los términos de reconocimiento de las devoluciones de los saldos a favor del impuesto sobre la renta y el IVA.

Es así como la alternativa de solución para que el proceso de solicitud de saldos a favor sea más sencillo y ágil, con unos términos equitativos y justos tanto para el contribuyente como para la DIAN, se presenta mediante una ley en la que se condensen los siguientes ítems:

- ▶ El contribuyente debe contar con los mismos términos en cuanto a plazos para solicitar los saldos a favor, como lo hace actualmente la Administración de Impuestos para realizar el cobro de las obligaciones pendientes.
- ▶ El contribuyente tiene solo un año para aumentar el saldo a favor, por lo que se propone tenga el mismo tiempo que la DIAN para fiscalizar su declaración.
- ▶ Los requisitos para radicar la solicitud de saldo a favor deben ser más sencillos y prácticos.
- ▶ La DIAN deberá realizar la fiscalización posterior a la entrega de la devolución de saldo a favor, y no retener este derecho del contribuyente de recuperar sus saldos a favor en el menor tiempo posible, partiendo de la buena fe y de la validación preliminar por medio de su sistema informático.

A más tardar al día hábil siguiente de la radicación de la solicitud de devolución, se debe gestionar ante la Coordinación de Administración y Perfilamiento de Riesgos la calificación de los contribuyentes mediante el formato FT-RE-2209 establecido para dicho fin, lo cual aplica tanto para las solicitudes presentadas por medio del

servicio informático como las recibidas en los buzones electrónicos creados para cada una de las seccionales.

En cuanto a la gestión de las solicitudes calificadas como “riesgo muy alto”, “alto” o “*null*”, a aquellas que cumplan los requisitos formales y que de conformidad con el perfilamiento de riesgos tengan calificación “muy alto” se les debe suspender los términos de la devolución o compensación del saldo a favor.

Las solicitudes de devolución o compensación que cumplan con los requisitos formales y que de conformidad con el perfilamiento de riesgos tengan calificación “muy alto”, “alto” o “*null*”, deberán remitirse dentro de los seis días hábiles siguientes a la fecha de radicación a la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional correspondiente.

Los Tidis son títulos valores emitidos por la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La vigencia actual es de un año a partir de la fecha de expedición del derecho y el vencimiento es el mismo día y mes del año siguiente; se debe modificar su fecha de vencimiento, dado que es un título ejecutivo emitido por la Nación y es derecho irrevocable para el contribuyente.

PROYECTO DE LEY

“Por medio de la cual se adoptan normas para la promoción del crecimiento económico, la inversión, el fortalecimiento de las finanzas públicas y la progresividad, equidad y eficiencia del sistema tributario, de acuerdo con los objetivos que sobre la materia impulsaron la Ley 1943 del 2018 y la Ley 2010 del 2019 se dictan otras disposiciones”.

DECRETA:

TÍTULO I

Medidas de seguridad jurídica, simplificación y facilitación

CAPÍTULO I

Procedimiento tributario

ART. 1. —Modifíquese el artículo 589 del Estatuto Tributario, el cual quedará así:

ART. 589. —Correcciones que disminuyan el valor a pagar o aumenten el saldo a favor. Para corregir las declaraciones tributarias, disminuyendo el valor a pagar o aumentando el saldo a favor, se deberá presentar la respectiva declaración por el medio al cual se encuentra obligado el contribuyente; podrán corregir sus declaraciones tributarias dentro de los tres (3) años siguientes al vencimiento del plazo para declarar y antes de que se les haya notificado requerimiento especial o pliego de cargos, en relación con la declaración tributaria que se corrige y se liquide la correspondiente sanción por corrección.

La corrección de las declaraciones a que se refiere este artículo no impide la facultad de revisión, la cual se contará a partir de la fecha de la corrección.

PAR. —El procedimiento previsto en el presente artículo se aplicará igualmente a las correcciones que impliquen incrementos en los anticipos del impuesto para ser aplicados a las declaraciones de los ejercicios siguientes, salvo que la corrección del anticipo se derive de una corrección que incrementa el impuesto por el correspondiente ejercicio.

ART. 2. —Modifíquese el artículo 854 del Estatuto Tributario, el cual quedará así:

ART. 854. —Término para solicitar la devolución de saldos a favor. La solicitud de devolución de impuestos

deberá presentarse a más tardar tres (3) años después de la fecha de vencimiento del término para declarar.

ART. 3. —Modifíquese el artículo 855 del Estatuto Tributario, el cual quedará así:

ART. 855. —Término para efectuar la devolución. La Administración de Impuestos deberá devolver, previo a las compensaciones a que haya lugar, los saldos a favor originados en los impuestos sobre la renta y complementarios y sobre las ventas, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la solicitud de devolución presentada oportunamente y en debida forma.

ART. 4. —Modifíquese el artículo 855 del Estatuto Tributario, el cual quedará así:

ART. 858. —Auto inadmisorio. Cuando la solicitud de devolución o compensación no cumpla con los requisitos, el auto inadmisorio deberá dictarse en un término máximo de cinco (5) días hábiles.

ART. 5. —Modifíquese el artículo 862 del Estatuto Tributario, el cual quedará así:

ART. 862. —Mecanismo para efectuar la devolución. La devolución de saldos a favor podrá efectuarse mediante cheque, título o giro. La Administración Tributaria podrá efectuar devoluciones de saldos a favor superiores a mil (1000) UVT mediante títulos de devolución de impuestos, los cuales solo servirán para cancelar impuestos o derechos administrados por las direcciones de impuestos al día siguiente a la fecha de su expedición.

El valor de los títulos emitidos en cada año no podrá exceder el diez por ciento (10 %) del valor de los recaudos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales con respecto al año anterior; se expedirán a nombre del beneficiario de la devolución y serán negociables.

ART. 6. —Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga el artículos 857-1, 860 del Estatuto Tributario.

Publíquese y cúmplase.

BIBLIOGRAFÍA

Arango Múnera, Iván Darío. *Saldo a favor en el impuesto sobre la renta en personas jurídicas: ¿Cómo hacer viable su devolución?* Bogotá: Ediciones de la U, 2018.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). *Relación de costos, gastos y deducciones devoluciones abreviadas*. https://www.dian.gov.co/tramitesservicios/Tramites_Impuestos/Devoluciones/Paginas/Relacion-de-costos-gastos-y-deducciones-devoluciones-abreviadas.aspx.

Leyes y normas

D. 2503/1987, art. 87.

D. 624/1989, art. 862.

D. 2701/2013, art. 7.

D. 2877/2013, art. 13.

D. 1422/2019, art. 1.

D. 417/2020.

D. 535/2020, art. 1.

DIAN, Resolución 151, noviembre 30/2012.

L. 223/1995, art. 49.

L. 383/1997, art. 70.

L. 1430/1997, art. 19.

L. 1943/2010, art. 98.

L. 1819/2016, arts. 277 y 290.

L. 2010/2019, art. 115.

¡DINERO ES LO QUE HAY! ¿INVERTIMOS EN INMUEBLES COLOMBIANOS?*

Ricardo Pava Martínez

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.568>

Martín, un inversionista sudafricano, recibió a mediados del 2019 una herencia de sus padres por USD 1 000 000 000 y no sabe exactamente en qué invertir. Le han propuesto diferentes negocios, pero no le ha llamado la atención ninguna de las propuestas. Sin embargo, él no quiere malgastar el dinero recibido. Martín es una persona adversa al riesgo, por lo que no le gusta invertir su dinero en acciones o en títulos que coticen en la bolsa de valores de su país, donde la inversión es muy inestable. Tampoco quiere mantener el dinero en sus cuentas bancarias o como recursos líquidos por miedo a gastar todo el dinero. Martín está interesado en el sector inmobiliario, bien sea para percibir los arriendos o ganarse las valorizaciones de los inmuebles, pues considera que la inversión en este sector es segura y rentable.

Al hacer un análisis del mercado africano, se da cuenta de que en ese continente el mercado inmobiliario no es muy rentable: la propiedad está demasiado concentrada y no existen muchas oportunidades de inversión ni de generar nuevos ingresos por arrendamientos y las valorizaciones que tienen los inmuebles son casi nulas. A pesar de esto, Martín no desiste de la idea de invertir en el sector inmobiliario y empieza a investigar en qué países del mundo este negocio puede ser rentable.

En su investigación, un amigo le recomendó realizar la inversión en países de América Latina como Colombia, Chile, México y Perú. La rentabilidad que se ha visto en este sector en el mercado latinoamericano antes de impuestos es del 8 % anual, incluyendo los arrendamientos y las valoraciones. La rentabilidad relacionada con la valoración es del 6 % y los arrendamientos es del 2 %.

PALABRAS CLAVE

Alianza del Pacífico, arrendamiento, valorización, fondo de capital privado, depreciación, valor razonable, no residente fiscal.

GLOSARIO

Alianza del Pacífico: La Alianza del Pacífico nació como una iniciativa económica y de desarrollo entre cuatro naciones de América Latina: Chile, Colombia, México y Perú. Desde el 28 de abril del 2011 hasta la fecha, la Alianza se ha convertido en el eje de una nueva forma de hacer negocios en el continente.

Depreciación: Distribución sistemática del importe depreciable de un activo a lo largo de su vida útil¹.

Fondo de capital privado: Se considerarán fondos de capital privado los fondos de inversión colectiva cerrados que destinen al menos las dos terceras partes (2/3) de los aportes de sus inversionistas a la adquisición de activos o derechos de contenido económico diferentes a valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE)².

No residente fiscal: Persona que, para fines fiscales, no cumple con las condiciones para ser considerado como

1 International Accounting Standards Board (IASB), "Glosario de términos", 31 de diciembre del 2009, 18, https://www.nicniif.org/files/normas2010/parte%20b/70_glossary%20of%20terms%20f_139.pdf.

2 D. 2555/2018, art. 3.3.2.1.1.

residente fiscal en determinada jurisdicción. Por lo general, tributa por sus rentas y patrimonio de fuente local a diferencia de los residentes, que tributan por sus rentas y patrimonio de fuente mundial.

Sucursal de sociedad extranjera: Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad³.

Valor razonable: El precio que se recibiría por vender un activo o que se pagaría por transferir un pasivo en una transacción ordenada entre participantes del mercado en la fecha de la medición⁴.

¡DINERO ES LO QUE HAY! ¿INVERTIMOS EN INMUEBLES COLOMBIANOS?

Martín Coronado es un inversionista de Sudáfrica, quien a mediados del 2019 recibió una herencia de sus padres por valor de USD 1 000 000 000. Él está revisando varias alternativas de inversión, pues diferentes personas le han propuesto realizar inversiones de alto riesgo, que generan mayor rentabilidad. Sin embargo, el abogado aún no le entrega la herencia, puesto que tiene algunos problemas para conseguir todo el dinero y liquidar las inversiones que tenían los padres. El abogado que maneja la sucesión establece que le entregará los recursos aproximadamente entre mayo y junio del 2020, para que él se prepare y le diga cómo y en dónde quiere recibir estos recursos.

3 CCo, art. 263.

4 IASB, "Glosario de términos".

Dentro de las opciones que Martín está revisando aparece como alternativa invertir su dinero en la bolsa de valores de Sudáfrica. Sin embargo, tiene miedo de realizar malas inversiones y perder parte de la herencia que sus padres con tanto esfuerzo le dejaron, puesto que en la bolsa se manejan diferentes alternativas de inversión de alto riesgo y de mucha volatilidad, y Martín es bastante adverso al riesgo. Por esto, al realizar un análisis con su asesor de inversiones, prefiere no invertir en instrumentos financieros de alto riesgo; su asesor le propone que revise otras alternativas de inversión en otros países y que preferiblemente no sea en las bolsas de valores del mundo. Así mismo, Martín tampoco tiene la intención de gastarse el dinero, razón por la cual no quiere dejar esos recursos en las cuentas bancarias.

María Almodóvar, quien trabaja en una banca de inversión, le ha recomendado a Martín que invierta en inmuebles, puesto que este tipo de inversión tiene dos fuentes de rentabilidad: el ingreso por arrendamientos y la valorización de los inmuebles. Este tipo de inversiones llaman la atención de Martín, puesto que son de bajo riesgo y, en esa medida, se acomodan a las condiciones y características de inversión que él está buscando.

Siguiendo el consejo de sus amigos, Martín comienza a buscar en qué países es más rentable la inversión en finca raíz, y empieza inicialmente a mirar si en su país este tipo de inversión lo es. Al realizar el análisis de mercado, considera que estas inversiones no son muy rentables, ya que existe gran concentración de la propiedad y es muy restringido el acceso a este mercado. Sin embargo, esto no acaba con las ilusiones de Martín para continuar con su intención de invertir en el mercado inmobiliario, por lo que decide revisar dicho mercado en Estados Unidos y se percató de que no es muy rentable, teniendo en cuenta que solamente se tiene rentabilidad por los arrendamientos,

pero la valorización es muy poca, entonces prefiere no invertir su dinero en ese país.

María vuelve a hablar con Martín sobre un nuevo mercado que se está abriendo en América Latina en relación con el mercado inmobiliario, en el que Martín ha mostrado tanto interés. El mercado se desarrollará en cuatro países específicamente: Chile, Colombia, México y Perú, los llamados países de la Alianza del Pacífico, en los cuales la rentabilidad promedio está en el 8 %, incluyendo el arrendamiento y la valoración. En promedio el arrendamiento genera un 2 % anual de rendimiento y la valoración el 6 %; esto claramente depende de la ubicación del inmueble, del uso que se piense dar y de cada uno de los países.

Antes de tomar una decisión definitiva, a Martín le gustaría averiguar sobre otros mercados, así que contrata una firma de consultoría para que le ayude a establecer cuáles serían los países que mejores opciones manejan en cuanto a rentabilidad en el tema inmobiliario. Contrata a Spencer Corp., para que haga un estudio que determine las jurisdicciones en las cuales se puede realizar la inversión en renta inmobiliaria que no solo tomen en consideración los arrendamientos como fuente periódica de ingreso, sino que piensen también en el momento de la salida, cuando se vaya a vender la inversión o el inmueble, con el fin de que la valorización que se logre sea importante. Martín le pide a Spencer Corp. que sea exhaustiva en su análisis para establecer dónde es más confiable y se ofrece mejor rentabilidad, y que no se limite a países considerados como potencias mundiales, sino que indague en todo tipo de jurisdicciones con el fin de tener un análisis muy completo para poder tomar la mejor decisión. Pasados unos meses, Martín se reúne con Douglas Matech, de Spencer Corp., para revisar el informe y este le indica que en los países de Europa la rentabilidad por los arrendamientos alcanza el 4 % en el mejor de los casos, pero que

la rentabilidad en el caso de una venta es muy baja. En esa medida, solo en los flujos constantes es donde va a conseguir una buena rentabilidad, pero no en el momento de salida. También se indagó en el mercado asiático, pero el estudio determinó que, en estos países, aunque existen algunos casos de sobrepoblación, así mismo existe una sobreoferta de bienes inmuebles tanto para arriendo como para venta, lo que hace que la rentabilidad que generan este tipo de inversiones en este continente no sean tan buenas.

Martín le pregunta a Douglas sobre el mercado en América Latina específicamente. Douglas le dice que, como están las cosas, hoy en día es un mercado bastante inestable en general, y que de acuerdo con un análisis de riesgo no es recomendable hacer inversiones en activos que estén situados en esta parte del mundo. Martín, un poco triste y desconcertado a la vez, le insiste a Douglas para que realicen un análisis de ese mercado, compartiendo la posición de María en relación con los inmuebles en los países que le había sugerido su amiga. Douglas acuerda con Martín que va a realizar un análisis de esta información, pero que es importante tener en cuenta la situación de protestas que se vive en varios de estos países, lo cual genera en este momento para el mercado mucha inestabilidad. Al cabo de un par de semanas Douglas se comunica con Martín y le dice que ya tiene listo el informe solicitado; determina que si bien son países que en este momento atraviesan una situación política un poco compleja, es viable hacer ciertas inversiones en inmuebles que son atractivas desde el punto de vista financiero y que no representan una inversión de alto riesgo, es decir, que se acomodan a las condiciones establecidas por Martín para llevar a cabo la inversión.

Martín, una vez sale de la reunión, muy contento por tener un panorama más claro de en qué desea invertir, se

comunica con María para establecer cuáles serán los pasos por seguir para llevar a cabo las inversiones. Pasaron unos días y Martín se reúne con María para ejecutar su plan. Sin embargo, antes de firmar cualquier documento, María le comunica una inquietud de otros inversionistas: ¿cómo es la situación tributaria en cada uno de estos países?, ¿qué regímenes tributarios existen y cómo afectan a los extranjeros? Incluyendo estos indicadores, ¿la rentabilidad sigue siendo atractiva para Martín?

Martín queda un poco preocupado y le pide a María un poco más de tiempo para tomar la decisión mientras él analiza esta variable. Al ser nuevo en el mundo de los negocios, él no había tenido en cuenta que al ganar dinero se debe pagar impuestos, por lo que decide ponerse a estudiar y a analizar el tema. Sin embargo, al entrar a revisar la legislación de cada país, esta es muy confusa y no entiende nada.

Al verse en esta situación Martín decide contratar a Pava & Asociados, firma experta en temas tributarios internacionales, para determinar cuál es la carga impositiva que se tiene en cada uno de los países de la Alianza del Pacífico y establecer cuál sería el mejor vehículo o alternativa de inversión para el sector inmobiliario. Así mismo, le pide a María que esté muy pendiente de este proceso y, de ser necesario, que se apoye en otras firmas de tributaristas para contrastar las respuestas y sugerencias que sean emitidas por Pava & Asociados. Martín es claro y establece un límite de dos semanas para recibir el informe final, puesto que ya está muy cerca la fecha en la cual va a recibir los recursos provenientes de la herencia y no quiere dejar el dinero a la espera sin que sea invertido.

PROBLEMÁTICA

En Colombia, cuando el inversionista utilice vehículos semitransparentes cuyo activo subyacente sean inmuebles, ¿es posible que realice la depreciación o amortización de la inversión en inmuebles?

ESTRATEGIAS DE SOLUCIÓN

En busca de dar solución al problema, se identificará si en las normas, la doctrina o la jurisprudencia en Colombia se encuentran argumentos para definir si es posible solicitar la deducción por depreciación desde el punto de vista fiscal, cuando se realiza la inversión en inmuebles a través de entidades consideradas como semitransparentes. Por tanto, se realizará un estudio de derecho comparado con el fin de observar si en otros países se puede solicitar la depreciación cuando la inversión se lleva a cabo bajo las condiciones mencionadas; el hecho de que en Colombia esto no esté tan claro desde el punto de vista fiscal y tenga el potencial de incrementar la base sobre la cual se paga impuesto de renta en esta actividad económica puede ser un indicador importante para el inversionista al momento de realizar la inversión en Colombia o en otro país.

Contexto

Las propiedades de inversión están definidas como aquellos activos que corresponden exclusivamente a inmuebles (terrenos y construcción), los cuales no están determinados para ser usados por el propietario sino que van a estar destinados para arrendamiento, uso por parte de terceros o para generar algo de plusvalía (lotes de engorde).

En las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF)⁵ que Colombia adoptó, tanto en los principios que aplican las NIIF plenas (NIC 40) como en las NIIF para pymes (Sección 16), se establece que las propiedades de inversión no son depreciables, puesto que por regla general se miden al valor razonable. Las mencionadas normas establecen que, desde la técnica contable, las propiedades de inversión no se deprecian y, en esa misma medida, no se reconoce un gasto por depreciación, con lo cual no hay una aminoración del activo ni de las utilidades por esta vía; solo se reducen cuando hay deterioro del valor de la inversión, que para efectos fiscales no es aceptado. Otro efecto que tienen las propiedades de inversión es que todo incremento en valor producto de la medición del valor razonable afecta los resultados contables, pero no los fiscales.

En ese caso, es importante recordar que con ocasión de la inclusión del artículo 21-1 del Estatuto Tributario por regla general hay una remisión a la técnica contable, salvo que exista una norma especial, desde el punto de vista fiscal. En el caso de la depreciación, esta es regulada por los artículos 127 al 138 del Estatuto Tributario. Al respecto, el artículo 135 del Estatuto Tributario establece: “Para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios serán tratados como bienes tangibles depreciables los siguientes: propiedad, planta y equipo, *propiedades de inversión* y los activos tangibles que se generen en la exploración y evaluación de recursos naturales no renovables, con excepción de los terrenos, que no sean amortizables”⁶ [Énfasis añadido].

5 IFRS, por sus siglas en inglés.

6 ET, art. 135.

Nótese que las normas tributarias sí establecen que las propiedades de inversión son susceptibles de depreciarse. Sin embargo, el inciso final del artículo 131 establece: “Para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, el valor residual y *la vida útil* se determinará de acuerdo con la técnica contable”⁷. Así mismo, el artículo 134 dispone los métodos de depreciación aceptados fiscalmente así: “Art. 134. Métodos de depreciación. Para los contribuyentes obligados a llevar contabilidad los métodos de depreciación de los activos depreciables, *serán los establecidos en la técnica contable*”⁸ [Énfasis añadido].

De conformidad con lo anterior, es claro que tanto la vida útil como los métodos de depreciación aceptados fiscalmente están determinados por la técnica contable y, en esa medida, la depreciación la lleva a cabo la persona que es propietaria del activo. Ahora bien, no queda claro si los contribuyentes que realizan sus inversiones mediante vehículos transparentes o semitransparentes como las fiducias o los fondos de capital tienen derecho a solicitar esta deducción. Así las cosas, es importante establecer si, cuando las inversiones no son realizadas por medio de sociedades o directamente por la persona natural, sino por intermedio de vehículos que para fines tributarios son transparentes o semitransparentes, es posible solicitar la deducción por depreciación de las propiedades de inversión.

No existe como tal norma, doctrina o jurisprudencia en la que se establezca si al utilizar este tipo de vehículos para invertir en inmuebles, el inversor se pueda llevar la depreciación de estos activos. Para esto proponemos las siguientes medidas:

7 *Ibíd.*, art. 131.

8 *Ibíd.*, art. 134.

1. Modificar la ley para que se establezca que los beneficiarios de la deducción también pueden ser los beneficiarios o partícipes de las inversiones, independiente de su naturaleza de residentes o no residentes o extranjeros.
2. Establecer en un decreto reglamentario que se entiende como “beneficiario de la deducción por depreciación” a las personas que realizan las inversiones a través de Fondos de Capital Privado, independiente de su naturaleza de residentes o no residentes o extranjeros.

Teniendo en cuenta que en el Estatuto Tributario se establece la posibilidad de solicitar la deducción por depreciación de las propiedades de inversión, y que la ley tiene un proceso largo y engorroso para su aprobación, bastaría solo con emitir un decreto reglamentario en el que se aclaren estas dudas en relación con la depreciación de las inversiones que se realizan a través de los fondos de capital. Por lo anterior, consideramos descartar la opción de llevar a cabo una modificación a la ley.

Ahora bien, como única opción queda la posibilidad de emitir un decreto reglamentario, en el cual, para resolver los problemas propuestos, se deben incluir los siguientes puntos:

1. Las depreciaciones de las propiedades de inversión se podrán realizar al máximo plazo establecido en el decreto reglamentario que expida el Gobierno nacional, en el cual se regulen las vidas útiles. Mientras no se expida dicho decreto, el porcentaje máximo de depreciación será el establecido para este tipo de activos en la tabla del parágrafo 1 del artículo 137 del Estatuto Tributario para bienes construcciones y edificaciones.

2. Cuando las inversiones se realicen a través de vehículos transparentes o semitransparentes para fines fiscales, el beneficiario de estos vehículos será el que tenga la posibilidad de solicitar también la depreciación para fines fiscales, con el propósito de realizar una aminoración de la base gravable del impuesto sobre la renta o de la retención en la fuente cuando sea un no residente o extranjero para fines fiscales.

Lo que se busca con esta alternativa de reglamentación es que muchos de los contribuyentes realicen sus inversiones en inmuebles en Colombia con el fin de atraer inversión a este sector, que es un acelerador para la economía, y puede ser un diferenciador para esta, teniendo en cuenta los beneficios con las mismas rentas en comparación con los países de la Alianza del Pacífico. Lo anterior sumado a la construcción como acelerador de la economía en la crisis económica que se ha venido intensificando con las medidas tomadas por el Gobierno nacional para atacar la emergencia sanitaria que vive el país.

Estudio de derecho comparado con los países miembros de la Alianza del Pacífico

En el derecho comparado se pueden observar las formas en que se maneja la depreciación para las diferentes personas contribuyentes del impuesto sobre la renta en los países miembros de la Alianza del Pacífico.

Perú

Contexto general del impuesto sobre la renta

El impuesto de renta en Perú está basado en un sistema cedular de tributación, en el que el artículo 22 de la Ley del Impuesto de Renta (LIR) establece las siguientes categorías:

Artículo 22.º Para los efectos del impuesto, las rentas afectas de fuente peruana se califican en las siguientes categorías:

- a) Primera: Rentas producidas por el arrendamiento, subarrendamiento y cesión de bienes.
- b) Segunda: Rentas del capital no comprendidas en la primera categoría.
- c) Tercera: Rentas del comercio, la industria y otras expresamente consideradas por la Ley.
- d) Cuarta: Rentas del trabajo independiente.
- e) Quinta: Rentas del trabajo en relación de dependencia, y otras rentas del trabajo independiente expresamente señaladas por la ley⁹.

De conformidad con el artículo anterior, podemos concluir que las rentas por la explotación de inmuebles que perciben los contribuyentes en Perú se clasifican en rentas de primera categoría, siempre que estas sean realizadas por personas naturales. En la medida en que estas actividades sean llevadas a cabo por personas jurídicas que llevan a cabo actividades empresariales, serán clasificadas en las rentas de tercera categoría.

9 LIR, art. 22.

Tributación de las personas naturales

La LIR clasifica los ingresos obtenidos por las personas naturales domiciliadas en Perú y que no realicen una actividad empresarial, como rentas inmobiliarias en la primera categoría de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la LIR:

Artículo 23.º- Son rentas de primera categoría:

- a) El producto en efectivo o en especie del arrendamiento o subarrendamiento de predios, incluidos sus accesorios, así como el importe pactado por los servicios suministrados por el locador y el monto de los tributos que tome a su cargo el arrendatario y que legalmente corresponda al locador.*

En caso de predios amoblados se considera como renta de esta categoría, el íntegro de la merced conductiva.

En caso de arrendamiento de predios amoblados o no, para efectos fiscales, se presume de pleno derecho que la merced conductiva no podrá ser inferior a seis por ciento (6 %) del valor del predio, salvo que ello no sea posible por aplicación de leyes específicas sobre arrendamiento, o que se trate de predios arrendados al Sector Público Nacional o arrendados a museos, bibliotecas o zoológicos¹⁰. [Énfasis añadido]

Nótese que existe una presunción de ingresos equivalente al 6 % del valor del predio, con lo que se establece una base mínima en el valor de los arrendamientos, algo similar a lo que en Colombia denominamos renta presuntiva, solo que se aplica específicamente a los inmuebles y no a la totalidad del patrimonio. A continuación, se establecerá cuál es la base gravable sobre la cual se liquida el

¹⁰ *Ibíd.*, art. 23.

impuesto de las rentas inmobiliarias clasificadas en la primera categoría. El artículo 36 de la LIR de Perú establece:

Artículo 36.º- Para establecer la renta neta de la primera y segunda categoría, se deducirá por todo concepto el veinte por ciento (20 %) del total de la renta bruta. [...]

Las pérdidas de capital originadas en la enajenación de los bienes a que se refiere el inciso a) del artículo 2.º de esta Ley¹¹ se compensarán contra la renta neta anual originada por la enajenación de los bienes antes mencionados. Las referidas pérdidas se compensarán en el ejercicio y no podrán utilizarse en los ejercicios siguientes¹². [Énfasis añadido]

De conformidad con la citada norma, para determinar la base gravable en la primera categoría del impuesto sobre la renta se toman los ingresos brutos percibidos por el contribuyente y se disminuye un 20 %, con lo cual tributan sobre el 80 % de los ingresos. Así mismo, es importante anotar que al realizar las ventas de los inmuebles, estos son considerados como ganancias de capital, pero las pérdidas que se derivan en estas operaciones están limitadas en su utilización, puesto que no es posible imputarlas a ejercicios siguientes; solo es posible compensar estas pérdidas en el mismo ejercicio en el que se generan.

Las rentas por el arrendamiento de inmuebles están gravadas a una tarifa del 6,5 %¹³. Ahora bien, cuando se trate de la enajenación de inmuebles, se aplicará la mencionada tasa únicamente sobre los dos primeros bienes

11 El inciso 2 del artículo 2 habla sobre las rentas de capital producto de la enajenación de inmuebles.

12 LIR, art. 36.

13 *Ibid.*, art. 52A.

que se vendan. En caso de vender un tercer inmueble o más, la tasa a la cual estarán sometidas las rentas provenientes de este tipo de operaciones será del 29,5 % y solo podrá volver a la tarifa del 6,5 % si no se venden inmuebles en los dos años siguientes. También hay exoneración en el caso de tener varias viviendas de habitación: se exonera del impuesto sobre la renta la venta de la vivienda de habitación de menor valor, en caso de tener más de una.

En este punto, es importante resaltar que para las personas naturales no se aplica como tal una depuración particular de los ingresos por arrendamientos, sino que se toma el ingreso bruto y se descuenta (el 20 %) y posteriormente se aplica la tarifa, con lo cual vemos que la base gravable es bastante alta, aunque se compensa con una tarifa reducida.

Personas jurídicas

A las personas jurídicas les aplica las rentas de la tercera categoría, correspondiente a las rentas empresariales. En esa medida, su depuración en la determinación de la base gravable es muy diferente a la que ya se observó para las personas naturales.

La definición de las personas jurídicas está consagrada en el artículo 14 de la LIR:

Son consideradas personas jurídicas las siguientes:

Para los efectos de esta Ley, se considerarán personas jurídicas, a las siguientes:

- a) Las sociedades anónimas, en comandita, colectivas, civiles, comerciales de responsabilidad limitada, constituidas en el país.*
- b) Las cooperativas, incluidas las agrarias de producción.*
- c) Las empresas de propiedad social.*

- d) *Las empresas de propiedad parcial o total del Estado.*
- e) *Las asociaciones, comunidades laborales incluidas las de compensación minera y las fundaciones no consideradas en el Artículo 18.º.*
- f) *Las empresas unipersonales, las sociedades y las entidades de cualquier naturaleza, constituidas en el exterior, que en cualquier forma perciban renta de fuente peruana.*
- g) *Las empresas individuales de responsabilidad limitada, constituidas en el país.*
- h) *Las sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento permanente en el país de empresas unipersonales, sociedades y entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior.*
- i) *Las sociedades agrícolas de interés social.*
[...]
- k) *Las sociedades irregulares previstas en el Artículo 423.º de la Ley General de Sociedades; la comunidad de bienes; joint ventures, consorcios y otros contratos de colaboración empresarial que lleven contabilidad independiente de la de sus socios o partes contratantes¹⁴.*
[Énfasis añadido]

Una vez definidas las personas jurídicas, a continuación se mostrará la forma en la que se determina la base gravable del impuesto sobre la renta y cómo se incorpora la depreciación en esta. Para lo anterior, se debe observar lo dispuesto en los artículos 37-39 de la LIR:

Artículo 37.º- A fin de establecer la renta neta de tercera categoría se deducirá de la renta bruta los gastos necesarios para producirla y mantener su fuente, así como los

14 *Ibíd.*, art. 14.

vinculados con la generación de ganancias de capital, en tanto la deducción no esté expresamente prohibida por esta ley, en consecuencia son deducibles:

[...]

- f) *Las depreciaciones por desgaste u obsolescencia de los bienes de activo fijo* y las mermas y desmedros de existencias debidamente acreditados, de acuerdo con las normas establecidas en los artículos siguientes.

Artículo 38.º- El desgaste o agotamiento que sufran los bienes del activo fijo que los contribuyentes utilicen en negocios, industria, profesión u otras actividades productoras de rentas gravadas de tercera categoría, se compensará mediante la deducción por las depreciaciones admitidas en esta ley.

Las depreciaciones a que se refiere el párrafo anterior se aplicarán a los fines de la determinación del impuesto y para los demás efectos previstos en normas tributarias, debiendo computarse anualmente y sin que en ningún caso puedan hacerse incidir en un ejercicio gravable depreciaciones correspondientes a ejercicios anteriores.

Cuando los bienes del activo fijo solo se afecten parcialmente a la producción de rentas, las depreciaciones se efectuarán en la proporción correspondiente.

Artículo 39.º- *Los edificios y construcciones se depreciarán a razón del cinco por ciento (5 %) anual*¹⁵. [Énfasis añadido]

Por tanto, se desprende de los artículos anteriores que es importante rescatar que una de las deducciones aceptada para fines del impuesto sobre la renta en la actividad

15 *Ibíd.*, art. 37.

inmobiliaria es la depreciación, sin dejar de lado las otras erogaciones que son válidas fiscalmente.

La depreciación será deducible en la medida en que efectivamente esté relacionada con la actividad productora de renta y se establece una alícuota de depreciación equivalente del 5 % anual. Es importante anotar que esa tasa de depreciación es equivalente a veinte años. El hecho de poder solicitar la deducción por depreciación no limita que se puedan solicitar otros tipos de deducciones asociadas a la realización de la actividad empresarial como impuestos, gastos por honorarios, entre otros, que tengan relación de causalidad con la actividad inmobiliaria o cualquier otra que realiza la compañía.

Nótese que la deducción por depreciación no está condicionada a la técnica contable, ya que no menciona como requisito para su deducción determinar una vida útil ni aplicar un método de depreciación. Lo único que establece la norma es un porcentaje fijo de depreciación para fines fiscales, con lo cual la depreciación de los bienes inmuebles es totalmente independiente de lo que se establece en la contabilidad.

La tasa de tributación a la cual están sometidas las personas jurídicas es del 29,50 %. Así mismo, es necesario advertir que, adicional al impuesto que se genera en cabeza de la sociedad, cuando estas se distribuyen, son gravados a una tarifa del 5 % cuando se trate de personas no residentes en Perú.

Tributación por medio de vehículos de inversión

Ahora bien, en caso de realizar la inversión por medio de vehículos que no son considerados personas jurídicas ni asimiladas como fiducias, fondos de capital, patrimonios autónomos, fideicomisos, entre otros, debemos observar lo establecido en el artículo 14A de la LIR, que establece:

Artículo 14.º-A- *En el caso de fondos de inversión, empresariales o no, las utilidades, rentas o ganancias de capital serán atribuidas a los partícipes o inversionistas. Entiéndase por fondo de inversión empresarial a aquel fondo que realiza inversiones, parcial o totalmente, en negocios inmobiliarios o cualquier explotación económica que genere rentas de tercera categoría.*

En el caso de fideicomisos, el Impuesto a la Renta será determinado de la siguiente forma:

1) Fideicomiso Bancario

Las utilidades, rentas o ganancias de capital que se obtengan de los bienes y/o derechos que se transfieran en fideicomiso al amparo de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N.º 26702, serán atribuidas al fideicomitente. El fiduciario será responsable solidario del pago del impuesto, en su calidad de administrador del patrimonio fideicometido, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16.º del Código Tributario. Tal responsabilidad no podrá exceder del importe del impuesto que se habría generado por las actividades del negocio fiduciario.

2) Fideicomiso de Titulización

Tratándose del Fideicomiso de Titulización a que se refiere la Ley de Mercado de Valores, las utilidades, rentas o ganancias de capital que generen serán atribuidas a los fideicomisarios, al originador o fideicomitente o a un tercero, si así se hubiera estipulado en el acto constitutivo.

3) Disposiciones aplicables a los Fideicomisos Bancarios y de Titulización

En el caso del Fideicomiso Bancario y en el de Titulización deberá tenerse en cuenta las siguientes disposiciones:

- a) Si se establece en el acto constitutivo que el bien o derecho transferido retornará al originador o fideicomitente en el momento de la extinción del patrimonio fideicometido:
- i) Los resultados que pudieran generarse en las transferencias que se efectúen para la constitución o la extinción de patrimonios fideicometidos se encuentran inafectos al Impuesto a la Renta.
- ii) El Patrimonio Fideicometido deberá considerar en su activo el valor de los bienes y/o derechos transferidos por el fideicomitente u originador, al mismo costo computable que correspondía a este último.
- iii) *El Patrimonio Fideicometido continuará depreciando o amortizando los activos que se le hubiera transferido, en las mismas condiciones y por el plazo restante que hubiera correspondido aplicar al fideicomitente como si tales activos hubieran permanecido en poder de este último*¹⁶. [Énfasis añadido]

De conformidad con lo anterior, es claro que las rentas que se obtienen de la explotación de inmuebles son consideradas como rentas pertenecientes a la tercera categoría. En esa medida, estarán gravadas a la tarifa del 29,5 %. El artículo 29A de la LIR establece que el impuesto sobre la renta se causa, en el caso de las rentas de tercera categoría, cuando estas son percibidas por el vehículo de inversión para los sujetos domiciliados y cuando sean distribuidos para los sujetos no domiciliados.

Así mismo, es importante resaltar que se continúa obteniendo beneficio de la deducción por depreciación, teniendo en cuenta que el vehículo es el que realiza la depreciación del activo.

16 *Ibíd.*, art. 14.

No domiciliados

El artículo 54 de la LIR dispone la tarifa sobre la cual deben tributar las personas naturales no domiciliadas en Perú: para las rentas provenientes de capital la tarifa será del 5 % y la base de este impuesto será el ingreso que se percibe. Ahora bien, el literal j del artículo 55 de la LIR establece que las personas jurídicas no domiciliadas deberán tributar a la tarifa del 30 % sobre las otras rentas, entre las que se encuentran los arrendamientos. No se establece ninguna deducción relacionada con la depreciación, por lo cual no será posible disminuir la base gravable por este concepto si la inversión se hace directamente por un no domiciliado.

Conclusiones

1. El hecho de realizar la inversión como persona natural residente en Perú hace que el tributo se cause sobre el 80 % de los ingresos a una tarifa del 6,5 %, con lo cual la tributación puede ser baja. Existe una renta presuntiva sobre el valor de los inmuebles equivalente al 6 %.
2. Las personas jurídicas pueden detraer de su base gravable el 5 % del costo del inmueble como depreciación, sin que esta se encuentre contabilizada. Esta deducción no se encuentra relacionada directamente con la contabilidad, sino que es una norma autónoma. La tarifa de tributación es del 29,5 %.
3. Cuando se realicen las inversiones a través de fondos de inversión o patrimonios autónomos, las rentas inmobiliarias son consideradas como rentas de tercera categoría, por lo que estarán gravadas como actividades empresariales a la tarifa del 29,5 %. En todo caso, la base sobre la cual se tributa será la

utilidad que arroje el fondo, teniendo en cuenta que este puede depreciar para fines fiscales.

4. Los no domiciliados que realicen su inversión a través de los fondos de capital solo causarán el impuesto en el momento en el que se distribuyan las utilidades de los fondos.
5. Las personas naturales no domiciliadas tributarán a una tarifa del 5 % sobre las rentas inmobiliarias y las personas jurídicas no domiciliadas tributarán al 30 %.

Chile

Contexto general del impuesto sobre la renta

El impuesto de renta en Chile está basado en un sistema cecular de tributación, así:

Entre las rentas clasificadas como de Primera Categoría tenemos las obtenidas de:

1. *La explotación de bienes raíces agrícolas y no agrícolas.*
2. De capitales mobiliarios.
3. Del comercio, de la industria, de la minería, construcción y servicios en general, es decir, las rentas de naturaleza empresarial.
4. De servicios de intermediación (corredores, comisionistas, martilleros, agentes de aduanas, etc.), la educación, de salud y de diversión y esparcimiento.
5. De cualquier otra actividad o servicio no comprendido en los anteriores¹⁷. [Énfasis añadido]

Las rentas que se encuentran en esta primera categoría corresponden a las rentas de capital. Las rentas de segunda categoría son principalmente para las actividades en las que predomina el esfuerzo físico. El artículo 42 de

17 Domingo Carbajo Vasco, *Tributación de las rentas de capital en América Latina* (Ciudad de Panamá: CIAT, 2013), 126-127.

la Ley Sobre el Impuesto de Renta de Chile (LSIR) establece todas las rentas a las que se les aplica este impuesto de segunda categoría, entre las cuales no se encuentran las rentas inmobiliarias.

Personas naturales y jurídicas en las rentas de primera categoría

De acuerdo con lo anterior, las rentas que provengan de la explotación de capitales —como el arrendamiento de bienes inmuebles— son consideradas como rentas de primera categoría, aun cuando esta actividad sea llevada a cabo por personas naturales. Es importante resaltar que la tributación de forma definitiva recae sobre los socios o accionistas personas naturales, ya que constituye el impuesto definitivo para la sociedad y un crédito parcial o total sobre el impuesto de renta global para las personas naturales. Ahora bien, el artículo 20 (numeral 1) de la LSIR establece lo siguiente con respecto al impuesto sobre las rentas de primera categoría:

1.º- La renta de los bienes raíces en conformidad a las normas siguientes:

a) *Tratándose de contribuyentes que posean o exploten a cualquier título bienes raíces se gravará la renta efectiva de dichos bienes.*

En el caso de los bienes raíces agrícolas, del monto del impuesto de esta categoría podrá rebajarse el impuesto territorial pagado por el periodo al cual corresponde la declaración de renta. Solo tendrá derecho a esta rebaja el propietario o usufructuario. Si el monto de la rebaja contemplada en este párrafo excediere del impuesto aplicable a las rentas de esta categoría, dicho excedente no podrá imputarse a otro impuesto ni solicitarse su devolución. [...]

- b) En el caso de contribuyentes que no declaren su renta efectiva según contabilidad completa, y den en arrendamiento, subarrendamiento, usufructo u otra forma de cesión o uso temporal, bienes raíces, se gravará la renta efectiva de dichos bienes, acreditada mediante el respectivo contrato, sin deducción alguna.

Para estos efectos, se considerará como parte de la renta efectiva el valor de las mejoras útiles, contribuciones, beneficios y demás desembolsos convenidos en el respectivo contrato o posteriormente autorizados, siempre que no se encuentren sujetos a la condición de reintegro y queden a beneficio del arrendador, subarrendador, nudo propietario o cedente a cualquier título de bienes raíces. Serán aplicables a los contribuyentes de esta letra las normas de los dos últimos párrafos de la letra a) de este número, salvo aquellos que den dichos inmuebles en arrendamiento, subarrendamiento, usufructo u otra forma de cesión o uso temporal al cónyuge, conviviente civil, o parientes ascendientes o descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad; o, a relacionados conforme con el artículo 8 número 17 del Código Tributario; o, al cónyuge, conviviente civil, o parientes ascendientes o descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad de las personas señaladas en las letras c) y e) del artículo 8 número 17 del Código Tributario, ya referido.

- c) Las empresas constructoras e inmobiliarias por los inmuebles que construyan o manden construir para su venta posterior, podrán imputar al impuesto de este párrafo el impuesto territorial pagado desde la fecha de la recepción definitiva de las obras de edificación, aplicándose las normas de los dos últimos párrafos de la letra a) de este número¹⁸. [Énfasis añadido]

18 LSIR, art. 20, numeral 1.

De conformidad con la norma citada, la depuración de la renta por la explotación de bienes inmuebles se separa en dos tipos, a saber:

1. Quienes realizan la determinación de la base tomando en cuenta su contabilidad. Para estos contribuyentes, existe una remisión directa entre la contabilidad y las normas fiscales, con una depuración por las erogaciones o gastos no deducibles.
2. Quienes realizan la determinación de la base sin tener en cuenta la contabilidad.

Para los contribuyentes que no determinen la base gravable de conformidad con la contabilidad, esta se determinará de acuerdo con el contrato de arrendamiento. En esa medida, el valor que se tomará como base será el ingreso, por lo que el hecho de realizar la actividad directamente como persona natural hace que esta sea bastante onerosa. Ahora bien, en relación con la depreciación, es posible utilizar sistemas de depreciación acelerados con el fin de obtener una deducción mayor a la que se realiza contablemente; por tanto, la base de tributación es menor.

Estas rentas de primera categoría se encuentran gravadas a la tarifa del 27 %. En este punto, es importante resaltar la exención para las personas naturales consignada en el numeral 3 del artículo 39 del LSIR: “*Artículo 39.º- Estarán exentas del impuesto de la presente categoría las siguientes rentas: [...] 3.º- La renta efectiva de los bienes raíces no agrícolas obtenida por personas naturales*”¹⁹ [Énfasis añadido].

Nótese que estas rentas solo están exentas del impuesto de primera categoría, pero eso no quiere decir que se encuentran exentas del impuesto sobre la renta en su totalidad,

19 *Ibíd.*, art. 39.

ya que están gravadas con el impuesto global complementario (IGC) a la tarifa progresiva que le corresponda.

El IGC está dispuesto en el artículo 52 de la LSIR así:

Artículo 52.º- Se aplicará, cobrará y pagará anualmente un impuesto global complementario sobre la renta imponible determinada en conformidad al párrafo 2 de este Título, *de toda persona natural, residente o que tenga domicilio o residencia en el país*, y de las personas o patrimonios a que se refieren los artículos 5.º, 7.º y 8.º, con arreglo a las siguientes tasas:

Las rentas que no excedan de 13,5 unidades tributarias anuales, estarán exentas de este impuesto;

Sobre la parte que exceda de 13,5 y no sobrepase las 30 unidades tributarias anuales, 4 %;

Sobre la parte que exceda de 30 y no sobrepase las 50 unidades tributarias anuales, 8 %;

Sobre la parte que exceda de 50 y no sobrepase las 70 unidades tributarias anuales, 13,5 %;

Sobre la parte que exceda de 70 y no sobrepase las 90 unidades tributarias anuales, 23 %;

Sobre la parte que exceda de 90 y no sobrepase las 120 unidades tributarias anuales, 30,4 %;

Sobre la parte que exceda de 120 y no sobrepase las 310 unidades tributarias anuales, 35 %;

Sobre la parte que exceda de 310 unidades tributarias, 40 %.

La tasa que en definitiva se aplique de acuerdo con este artículo con motivo de lo dispuesto en el artículo 14, podrá llegar hasta un máximo de 44,45 %, para cuyo efecto se aplicará lo señalado en el artículo 56²⁰. [Énfasis añadido]

20 *Ibíd.*, art. 52.

Del artículo citado, se concluye que el IGC que grava a las personas naturales tiene una tarifa progresiva; así mismo, es importante tener en cuenta que según lo expuesto, como estas personas no llevan contabilidad, la tributación se realiza sobre el monto del contrato; en esa medida, se gravan sus ingresos y por esto es que se realiza la tributación a una tarifa progresiva, reconociendo los costos y deducciones que pueda tener la persona natural en su actividad de rentista de capital. Es importante advertir que las personas jurídicas no tienen que tributar adicionalmente sobre este impuesto. Cuando una sociedad le distribuye dividendos a un no domiciliado, por regla general deberá realizar una retención del 35 % sobre el monto distribuido.

Tributación por medio de vehículos de inversión

Los fondos de inversión no son considerados como contribuyentes del impuesto de renta, puesto que carecen de personería jurídica. Por tanto, no caen en los supuestos establecidos en el artículo 3 del LSIR: “Artículo 3.º- Salvo disposición en contrario de la presente ley, *toda persona domiciliada o residente en Chile, pagará impuesto sobre sus rentas de cualquier origen, sea que la fuente de entradas esté situada dentro del país o fuera de él, y las personas no residentes en Chile estarán sujetas a impuestos sobre sus rentas cuya fuente esté dentro del país*”²¹ [Énfasis añadido].

Como se puede observar, es claro que al no ser “persona” el fondo de inversión, este no es considerado como contribuyente y, en esa medida, el vehículo no es responsable del impuesto. Esto no quiere decir que sus partícipes sean considerados como no contribuyentes; por el

21 *Ibíd.*, art. 3.

contrario, serán ellos quienes tienen la obligación de pagar impuestos sobre las rentas que se generan en estos fondos.

Ahora bien, la forma en la que tributan los partícipes de los fondos es resumida por Constanza Campos Bastidas así:

De esta forma, las utilidades que los Fondos de Inversión Privados distribuyan a sus partícipes deberán tributar de la siguiente manera:

- a) En caso que los partícipes sean personas naturales:
 - i. Personas naturales que determinan sus rentas en base a contabilidad completa (empresario unipersonal): En esta situación, y siempre que la inversión en el Fondo de Inversión Privado forme parte del patrimonio del contribuyente inversionista, tales utilidades o beneficios deben pasar a formar parte del Fondo de Utilidades Tributables de dicho contribuyente, y deberán tributar con el impuesto Global Complementario en *la oportunidad o ejercicio en que tales utilidades o beneficios sean retirados*.
 - ii. Personas naturales que no determinan sus rentas en base a contabilidad completa: En tal caso, el inversionista debe incorporar dichas utilidades o beneficios en la base imponible del impuesto Global Complementario o Adicional según corresponda, *en el ejercicio en que se efectúe el reparto de tales beneficios o utilidades*.
- b) En caso que los partícipes sean personas jurídicas:
 - i. Personas jurídicas que determinan sus rentas en base a contabilidad completa: En esta situación, y siempre que la inversión en el Fondo de Inversión Privado forme parte del patrimonio de la persona jurídica inversionista, tales utilidades o beneficios

deben pasar a formar parte del Fondo de Utilidades Tributables de dicho inversionista, y sus socios o accionistas deberán tributar con el impuesto Global Complementario o Adicional según corresponda, en la oportunidad o ejercicio en que tales utilidades o beneficios sean retirados por los socios de la sociedad inversionista o distribuidos a sus accionistas por la sociedad anónima inversionista.

- ii. Personas jurídicas chilenas que no determinan sus rentas en base a contabilidad completa: En tal caso, las referidas sociedades inversionistas chilenas deben traspasar tales utilidades o beneficios a sus respectivos socios, los cuales, dependiendo su calidad jurídica y forma de determinar su renta deberán a su vez operar en la forma que corresponda y detallada en los puntos anteriores.
- iii. Personas jurídicas extranjeras: En tal caso, el inversionista debe incorporar dichas utilidades o beneficios en la base imponible del Impuesto Adicional (con tasa de 35 %), en el ejercicio en que se efectúe el reparto de tales beneficios o utilidades²². [Énfasis añadido]

Nótese que en el caso de los fondos de capital, los impuestos se causan efectivamente cuando los recursos son recibidos por los partícipes del fondo. Estos rendimientos estarán gravados a la tarifa que corresponde de acuerdo con la naturaleza de la persona que lo recibe: (1) si es una persona natural, tributará en el momento de su recepción; (2) si es una persona jurídica, esto hará parte

22 Constanza Campos Bastidas, *Fondos de Inversión Privados y sus implicancias tributarias* (Santiago de Chile: Centro de Estudios Tributarios de Chile, 2010), 200-201.

del Fondo de Utilidades Tributarias y solo pagará impuestos cuando sean distribuidos a sus accionistas, lo anterior siempre que tribute sobre su contabilidad; si no determina sus rentas sobre la contabilidad completa, trasladará a sus inversionistas directamente las rentas provenientes del fondo y ellos tributarán según su naturaleza, y (3) los no domiciliados pagarán impuestos en la medida en que el fondo les distribuya utilidades.

No domiciliados

El artículo 58 y siguientes del LSIR establecen la tasa de tributación para los no domiciliados de la siguiente manera:

TÍTULO IV

Del impuesto adicional

ARTÍCULO 58.º- Se aplicará, cobrará y pagará un impuesto adicional a la renta, con tasa del 35 %, en los siguientes casos: [...]

Artículo 59.º- Se aplicará un impuesto de 30 % sobre el total de las cantidades pagadas o abonadas en cuenta, sin deducción alguna, a personas sin domicilio ni residencia en el país, por el uso, goce o explotación de marcas, patentes, fórmulas y otras prestaciones similares, sea que consistan en regalías o cualquier forma de remuneración, excluyéndose las cantidades que correspondan a pago de bienes corporales internados en el país hasta un costo generalmente aceptado. [...]

Artículo 60.º- Las personas naturales que no tengan residencia ni domicilio en Chile y las sociedades o personas jurídicas constituidas fuera del país, incluso las que se constituyan con arreglo a las leyes chilenas, que perciban o devenguen rentas de fuente chilena que no se encuentren afectas a impuesto de acuerdo con las normas

de los artículos 58 y 59, pagarán respecto de ellas un impuesto adicional de 35 %²³. [Énfasis añadido]

Según lo anterior, las personas naturales y jurídicas no domiciliadas en Chile deberán pagar un impuesto del 35 % sobre las rentas que perciban en ese país. Su base gravable serán los ingresos brutos que perciben. Lo anterior teniendo en cuenta que se implementa un sistema de tributación denominado “impuesto adicional”; en ese sentido, los extranjeros son los únicos que se encuentran gravados con ese impuesto.

Las rentas inmobiliarias no tienen ninguna tarifa especial ni depuración, por tanto los ingresos percibidos directamente por un no residente proveniente de arrendamientos estará gravado a la tarifa general del 35 %.

Conclusiones

1. Las personas jurídicas pueden determinar si liquidan su impuesto sobre su contabilidad completa o no; esta es considerada como renta de primera categoría y está gravada a una tarifa del 27 %. La depreciación se realiza acorde con las normas contables.
2. Las personas naturales que arrienden inmuebles no están gravadas con el impuesto de renta de primera categoría sino que se someten a un impuesto global con una tarifa progresiva.
3. Los fondos de capital son vehículos transparentes en los cuales tributan sus partícipes en la medida en que se distribuyen efectivamente las utilidades del fondo.
4. Los no domiciliados tienen una tarifa general del impuesto del 35 %.

²³ *Ibid.*, arts. 58 y 59.

México

Contexto general del impuesto sobre la renta

El impuesto de renta en México es uno de los sistemas más complejos en el ámbito latinoamericano, teniendo en cuenta la gran cantidad de regímenes que hacen que se generen distorsiones importantes en el sistema de tributación, y es ineficiente ya que genera doble tributación para los beneficiarios finales en algunos de los regímenes; esto aplica tanto para las personas jurídicas como para las personas naturales. En general, se gravan todos los ingresos por las rentas percibidas que sean considerados como de fuente nacional mexicana.

Personas naturales

Las personas naturales deberán inscribirse en el sistema de rentas de acuerdo con el tipo de ingresos que perciben, ya que cada tipo de ingreso tiene un sistema diferente de determinación de la base gravable. Los sistemas de tributación que aplican para las personas naturales son:

1. Sueldos, salarios y conceptos asimilados.
2. Actividades profesionales.
3. Arrendamientos.
4. Ingresos por intereses.

El artículo 141 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta clasifica los ingresos por arrendamientos para las personas naturales así:

Artículo 141. Se consideran ingresos por otorgar el uso o goce temporal de bienes inmuebles, los siguientes:

1. *Los provenientes del arrendamiento o subarrendamiento y en general por otorgar a título oneroso el uso o goce temporal de bienes inmuebles, en cualquier otra forma.*

II. Los rendimientos de certificados de participación inmobiliaria no amortizables.

Para los efectos de este Capítulo, *los ingresos en crédito se declararán y se calculará el impuesto que les corresponda hasta el año de calendario en el que sean cobrados*²⁴. [Énfasis añadido]

De acuerdo con el artículo anterior, la causación del ingreso para las personas naturales que tienen arrendamientos únicamente se entenderá realizado cuando efectivamente sean cobrados (principio de caja).

Así mismo, el artículo 142 establece cuáles son las deducciones que se pueden imputar a este tipo de ingresos:

Artículo 142. Las personas que obtengan ingresos por los conceptos a que se refiere este Capítulo, podrán efectuar las siguientes deducciones:

- I. Los pagos efectuados por el impuesto predial correspondiente al año de calendario sobre dichos inmuebles, así como por las contribuciones locales de mejoras, de planificación o de cooperación para obras públicas que afecten a los mismos y, en su caso, el impuesto local pagado sobre los ingresos por otorgar el uso o goce temporal de bienes inmuebles.
- II. Los gastos de mantenimiento que no impliquen adiciones o mejoras al bien de que se trate y por consumo de agua, siempre que no los paguen quienes usen o gocen del inmueble.
- III. Los intereses reales pagados por préstamos utilizados para la compra, construcción o mejoras de los bienes inmuebles. Se considera interés real el monto en que dichos intereses excedan del ajuste anual por

24 Ley del Impuesto Sobre la Renta de México, art. 141.

inflación. Para determinar el interés real se aplicará en lo conducente lo dispuesto en el artículo 159 de esta Ley.

- IV. Los salarios, comisiones y honorarios pagados, así como los impuestos, cuotas o contribuciones que conforme a la Ley les corresponda cubrir sobre dichos salarios, efectivamente pagados.
- V. El importe de las primas de seguros que amparen los bienes respectivos.
- VI. Las inversiones en construcciones, incluyendo adiciones y mejoras.

Los contribuyentes que otorguen el uso o goce temporal de bienes inmuebles podrán optar por deducir el 35 % de los ingresos a que se refiere este Capítulo, en substitución de las deducciones a que este artículo se refiere. Quienes ejercen esta opción podrán deducir, además, el monto de las erogaciones por concepto del impuesto predial de dichos inmuebles correspondiente al año de calendario o al periodo durante el cual se obtuvieron los ingresos en el ejercicio según corresponda²⁵. [Énfasis añadido]

Nótese que en el listado de partidas que se pueden deducir, para las personas naturales que obtienen ingresos por arrendamientos no está considerada la depreciación, aunque es una de las erogaciones más altas que tiene este tipo de persona al momento de hacer su inversión. En todo caso, un punto relevante que se debe tener en cuenta es que la persona natural puede decidir entre las erogaciones que menciona la norma o deducir el 35 % de los ingresos, adicionando el impuesto predial que paga. Con esto queda claro que la base gravable de dichas rentas

25 *Ibíd.*, art. 142.

no corresponde necesariamente a los ingresos brutos por arrendamientos.

Ahora bien, el artículo 177 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta establece la tasa a la cual están sometidas estas rentas:

Artículo 177. Las personas físicas calcularán el impuesto del ejercicio sumando, a los ingresos obtenidos conforme a los Capítulos I, III, IV, V, VI, VIII y IX de este Título, después de efectuar las deducciones autorizadas en dichos Capítulos, la utilidad gravable determinada conforme a las Secciones I o II del Capítulo II de este Título, al resultado obtenido se le disminuirá, en su caso, las deducciones a que se refiere el artículo 176 de esta Ley. A la cantidad que se obtenga se le aplicará la siguiente²⁶:

Tarifa

LÍMITE INFERIOR	LÍMITE SUPERIOR	CUOTA FIJA	PORCENTAJE PARA APLICARSE SOBRE EL EXCEDENTE DEL LÍMITE INFERIOR
\$	\$	\$	%
0,01	5952,84	0,00	1,92
5952,85	50 524,92	114,24	6,40
50 524,93	88 793,04	2966,76	10,88
88 793,05	103 218,00	7130,88	16,00
103 218,01	123 580,20	9438,60	17,92
123 580,21	249 243,48	13 087,44	19,94
249 243,49	392 841,96	38 139,60	21,95
392 841,97	En adelante	69 662,40	28,00

26 *Ibid.*, art. 147.

De lo anterior podemos concluir que las personas naturales se acogen a un sistema de rentas cedular, que al final suma las bases gravables de las cédulas y se aplican las tarifas progresivas de conformidad con el citado artículo, la cual rige para todo lo que excede el rango inferior de la tabla. También es importante notar que existe una cuota fija, para cada uno de los rangos, que cubre el valor del impuesto calculado del rango anterior, que no corresponde como tal a un sobrecargo.

Personas jurídicas

Para las personas jurídicas la tasa de tributación vigente es del 28 %. El artículo 10 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta de México establece:

[...] El resultado fiscal del ejercicio se determinará como sigue:

- I. Se obtendrá la utilidad fiscal disminuyendo de la totalidad de los ingresos acumulables obtenidos en el ejercicio, las deducciones autorizadas por este Título. Al resultado obtenido se le disminuirá, en su caso, la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas pagada en el ejercicio, en los términos del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- II. A la utilidad fiscal del ejercicio se le disminuirán, en su caso, las pérdidas fiscales pendientes de aplicar de ejercicios anteriores²⁷.

Es evidente que no hay exoneración general sobre los ingresos por arrendamientos obtenidos por las personas

²⁷ *Ibíd.*, art. 10.

jurídicas y solamente se pueden solicitar como deducción las erogaciones que son autorizadas por la ley, es decir, no hay una remisión a la contabilidad. Así mismo, la base gravable se podrá disminuir en la medida en que tenga pérdidas pendientes por compensar.

El artículo 40 de la ley establece la depreciación de los activos fijos así:

Artículo 40. Los por cientos máximos autorizados, tratándose de activos fijos por tipo de bien son los siguientes:

- I. Tratándose de construcciones:
 - a) 10 % para inmuebles declarados como monumentos arqueológicos, artísticos, históricos o patrimoniales, conforme a la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, que cuenten con el certificado de restauración expedido por el Instituto Nacional de Antropología e Historia o el Instituto Nacional de Bellas Artes.
 - b) 5 % en los demás casos²⁸. [Énfasis añadido]

Se tiene entonces que la depreciación de las construcciones tiene un porcentaje fijo del 5 %, es decir que tienen una vida útil de 20 años. También es claro que no se aplica ningún método de depreciación específicamente. Es importante resaltar que esta deducción no está sujeta a la contabilidad; en ese sentido, no importa si el inmueble se deprecia o no, sino que se puede solicitar aun cuando el inmueble realice su medición al valor razonable.

Existe un beneficio especial en el artículo 220 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta de México que establece que en el primer año, cuando se realicen inversiones en inmuebles, se puede solicitar la deducción del 57 % del valor de costo del activo.

²⁸ *Ibíd.*, art. 40.

Tributación por medio de vehículos de inversión

En cuanto a los vehículos de inversión relacionados con la inversión inmobiliaria, los artículos 223 y siguientes de la Ley del Impuesto Sobre la Renta de México establecen:

Artículo 223. Con el propósito de fomentar la inversión inmobiliaria en el país, se les dará el tratamiento fiscal establecido en el artículo 224 de esta Ley a los fideicomisos que se dediquen a la adquisición o construcción de bienes inmuebles que se destinen al arrendamiento o a la adquisición del derecho a percibir ingresos provenientes del arrendamiento de dichos bienes, así como a otorgar financiamiento para esos fines, cuando se cumplan los requisitos siguientes:

- I. Que el fideicomiso se haya constituido o se constituya de conformidad con las leyes mexicanas y la fiduciaria sea una institución de crédito residente en México autorizada para actuar como tal en el país.
- II. Que el fin primordial del fideicomiso sea la adquisición o construcción de bienes inmuebles que se destinen al arrendamiento o la adquisición del derecho a percibir ingresos provenientes del arrendamiento de dichos bienes, así como otorgar financiamiento para esos fines con garantía hipotecaria de los bienes arrendados.
- III. Que al menos el 70 % del patrimonio del fideicomiso esté invertido en los bienes inmuebles, los derechos o créditos a los que se refiere la fracción anterior y el remanente se invierta en valores a cargo del Gobierno Federal inscritos en el Registro Nacional de Valores o en acciones de sociedades de inversión en instrumentos de deuda.
- IV. Que los bienes inmuebles que se construyan o adquieran se destinen al arrendamiento y no se enajenen

antes de haber transcurrido al menos cuatro años contados a partir de la terminación de su construcción o de su adquisición, respectivamente. Los bienes inmuebles que se enajenen antes de cumplirse dicho plazo no tendrán el tratamiento fiscal preferencial establecido en el artículo 224 de esta Ley.

- v. Que la fiduciaria emita certificados de participación por los bienes que integren el patrimonio del fideicomiso y que dichos certificados se coloquen en el país entre el gran público inversionista o bien, sean adquiridos por un grupo de inversionistas integrado por al menos diez personas, que no sean partes relacionadas entre sí, en el que ninguna de ellas en lo individual sea propietaria de más del 20 % de la totalidad de los certificados de participación emitidos.
- vi. Que la fiduciaria distribuya entre los tenedores de los certificados de participación cuando menos una vez al año, a más tardar el 15 de marzo, al menos el 95 % del resultado fiscal del ejercicio inmediato anterior generado por los bienes integrantes del patrimonio del fideicomiso.

Artículo 224. Los fideicomisos que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 223 de esta Ley, estarán a lo siguiente:

- i. El fiduciario determinará en los términos del Título II de esta Ley, el resultado fiscal del ejercicio derivado de los ingresos que generen los bienes, derechos, créditos o valores que integren el patrimonio del fideicomiso.
- ii. El resultado fiscal del ejercicio se dividirá entre el número de certificados de participación que haya emitido el fiduciario por el fideicomiso para determinar el monto del resultado fiscal correspondiente a cada uno de los referidos certificados en lo individual.

- III. No se tendrá la obligación de realizar los pagos provisionales del impuesto sobre la renta a los que se refiere el artículo 14 de esta Ley.
- IV. El fiduciario deberá retener a los tenedores de los certificados de participación el impuesto sobre la renta por el resultado fiscal que les distribuya aplicando la tasa del 28 % sobre el monto distribuido de dicho resultado, salvo que los tenedores que los reciban estén exentos del pago del impuesto sobre la renta por ese ingreso. Cuando los certificados de participación estén colocados entre el gran público inversionista, será el intermediario financiero que tenga en depósito los citados certificados quien deberá hacer la retención del impuesto a que se refiere el párrafo anterior y el fiduciario quedará relevado de la obligación de realizar tal retención.
- V. Los tenedores de los certificados de participación que sean residentes en México o residentes en el extranjero que tengan establecimiento permanente en el país acumularán el resultado fiscal que les distribuya el fiduciario o el intermediario financiero provenientes de los bienes, derechos, créditos o valores que integren el patrimonio del fideicomiso emisor de dichos certificados, sin deducir el impuesto retenido por ellos, y las ganancias que obtengan por la enajenación de los citados certificados, salvo que estén exentos del pago del impuesto por dichas ganancias, y podrán acreditar el impuesto que se les retenga por dicho resultado y ganancias, contra el impuesto sobre la renta que causen en el ejercicio en que se les distribuya o las obtengan.
- VI. Las personas físicas residentes en México considerarán que el resultado fiscal distribuido corresponde a los ingresos a que se refiere la fracción II del artículo 141 de esta Ley. La retención que se haga a los tenedores de

certificados de participación que sean residentes en el extranjero se considerará como pago definitivo del impuesto.

[...]

- xI. Los tenedores de los certificados de participación causarán el impuesto sobre la renta por la ganancia que obtengan en la enajenación de dichos certificados, que resulte de restar al ingreso que perciban en la enajenación, el costo promedio por certificado de cada uno de los certificados que se enajenen²⁹.

De conformidad con estos dos artículos, para las personas que realicen inversiones por medio de fondos o fideicomisos de inversión inmobiliarios se aplicará una retención en la fuente sobre el resultado neto del ejercicio a la tarifa del 28 %; para los no residentes esta retención corresponde al impuesto definitivo. En el caso de los residentes estos deben incluir dichos ingresos en la depuración del impuesto sobre la renta de acuerdo con la naturaleza, y solo serán ingresos fiscales cuando sean efectivamente distribuidos.

Es importante resaltar que el encargado de realizar la depuración es la fiduciaria y no el inversor. No es claro si este tipo de fideicomisos pueden depreciar los inmuebles, pero al cumplir todas las normas fiscales y teniendo en cuenta que la depreciación no está atada a la contabilidad, se considera que es posible que el fideicomiso o fondo deprecie y afecte las utilidades fiscales que distribuye a los partícipes.

29 *Ibíd.*, arts. 223 y 224.

Extranjeros

Los extranjeros tributan únicamente sobre sus rentas de fuente nacional mexicana a la tarifa general que le aplique si se trata de persona natural o persona jurídica. Así las cosas, se debe revisar el tipo de contribuyente según lo anterior. Por tanto, al ser una persona jurídica el extranjero tributará a una tarifa del 28 % y al ser una persona natural el extranjero le aplicará la depuración establecida explicada para las personas naturales.

Conclusiones

1. Las personas naturales pueden solicitar ciertas deducciones asociadas a la renta de inmuebles, pero no pueden solicitar la depreciación.
2. Las personas jurídicas pueden solicitar el 5 % anualmente como depreciación de los inmuebles. Existe una deducción especial del 57 % de depreciación para los inmuebles adquiridos.
3. Los fondos inmobiliarios sirven como diferimiento de un año en el impuesto sobre la renta.
4. Las personas no residentes tributan bajo las mismas condiciones que los residentes, pero solo sobre sus rentas de fuente mexicana.

Colombia

Contexto general del impuesto sobre la renta

Colombia tiene un sistema de impuesto sobre la renta que grava a los residentes por sus rentas de fuente mundial y a los no residentes los grava solo sobre las rentas de fuente nacional. Es un país que no es muy estable en sus normas tributarias, puesto que en los diez últimos años ha tenido seis reformas tributarias. Así mismo, el sistema tributario

tiene diversas normas y diferentes regímenes que aplican según distintas condiciones; uno de ellos puede ser el régimen de zonas francas o los que perciben rentas hoteleras. Este impuesto es uno de los que representa más recaudo para el fisco colombiano junto con el impuesto sobre las ventas.

Personas naturales

Las personas naturales en Colombia tienen un sistema celdular de tributación y el momento de causación se genera cuando realmente pagan las erogaciones o efectivamente reciben los ingresos. Ahora bien, las rentas obtenidas por la explotación de inmuebles son clasificadas en la cédula general de conformidad con el artículo 335 del Estatuto Tributario así:

Art. 335. Ingresos de la cédula general

Para los efectos de este título, son ingresos de la cédula general los siguientes:

1. Rentas de trabajo: las señaladas en el artículo 103 de este Estatuto.
2. *Rentas de capital: las obtenidas por concepto de intereses, rendimientos financieros, arrendamientos, regalías y explotación de la propiedad intelectual.*
3. Rentas no laborales: se consideran ingresos de las rentas no laborales todos los que no se clasifiquen expresamente en ninguna otra cédula³⁰. [Énfasis añadido]

Por otro lado, el artículo 336 del Estatuto Tributario establece la manera en que se depura la renta generada en esta cédula:

³⁰ ET, art. 335.

Art. 336. Renta líquida gravable de la cédula general.

Para efectos de establecer la renta líquida de la cédula general, se seguirán las siguientes reglas:

1. Se sumarán los ingresos obtenidos por todo concepto excepto los correspondientes a dividendos y ganancias ocasionales.
2. A la suma anterior, se le restarán los ingresos no constitutivos de renta imputables a cada ingreso.
3. Al valor resultante podrán restarse todas las rentas exentas y las deducciones especiales imputables a esta cédula, siempre que no excedan el cuarenta (40 %) del resultado del numeral anterior, que en todo caso no puede exceder de cinco mil cuarenta (5040) UVT.
4. *En la depuración de las rentas no laborales y las rentas de capital se podrán restar los costos y los gastos que cumplan con los requisitos generales para su procedencia establecidos en las normas de este Estatuto y que sean imputables a estas rentas específicas.*

En estos mismos términos también se podrán restar los costos y los gastos asociados a rentas de trabajo provenientes de honorarios o compensaciones por servicios personales, en desarrollo de una actividad profesional independiente. Los contribuyentes a los que les resulte aplicable el parágrafo 5 del artículo 206 del Estatuto Tributario deberán optar entre restar los costos y gastos procedentes o la renta exenta prevista en el numeral 10 del mismo artículo³¹.

De conformidad con lo anterior, los gastos que se pueden asociar a los ingresos por las rentas de capital entre

³¹ *Ibíd.*, art. 336.

los que se encuentran los arrendamientos deben cumplir con las condiciones expuestas en el artículo 107^[32] del Estatuto Tributario de la siguiente manera:

Art. 107. Las expensas necesarias son deducibles.

Son deducibles las expensas realizadas durante el año o periodo gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta y que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad³³. [Énfasis añadido]

En este orden de ideas, para que una erogación sea deducible debe cumplir con tres condiciones: (1) que se haya realizado en el año; (2) que tenga relación de causalidad con la actividad productora de renta, y (3) que sea necesario y proporcional.

En el caso de las rentas por arrendamientos las erogaciones que cumplen con estas condiciones pueden ser: (1) servicios públicos y cuotas de administración de los inmuebles; (2) impuesto predial e impuesto de industria y comercio; (3) intereses por préstamos asociados a la adquisición de los inmuebles, y (4) mantenimientos y reparaciones del inmueble. Así las cosas, como se expone más adelante, no es claro que la depreciación pueda ser solicitada como deducción por las personas naturales, puesto que no cumplen con ciertos requisitos.

En relación con la tarifa que aplica a las personas naturales, nos debemos remitir al artículo 241 del Estatuto

32 Este artículo aplica a todo el sistema del impuesto sobre la renta en Colombia.

33 ET, art. 107.

Tributario, el cual establece la tarifa que aplica para este tipo de contribuyentes:

Art. 241. Tarifa para las personas naturales y extranjeras residentes y asignaciones y donaciones modales.

El impuesto sobre la renta de las personas naturales residentes en el país, de las sucesiones de causantes residentes en el país, y de los bienes destinados a fines especiales, en virtud de donaciones o asignaciones modales, se determinará de acuerdo con la siguiente tabla³⁴.

RANGOS UVT		TARIFA MARGINAL	IMPUESTO
DESDE	HASTA		
>0	1090	0 %	0
>1090	1700	19 %	(Base Gravable en UVT menos 1090 UVT) x 19 %
>1700	4100	28 %	(Base Gravable en UVT menos 1700 UVT) x 28 % + 116 UVT
>4100	8670	33 %	(Base Gravable en UVT menos 4100 UVT) x 33 % + 788 UVT
>8670	18970	35 %	(Base Gravable en UVT menos 8670 UVT) x 35 % + 2296 UVT
>18970	31000	37 %	(Base Gravable en UVT menos 18970 UVT) x 37 % + 5901 UVT
>31000	En adelante	39 %	(Base Gravable en UVT menos 31000 UVT) x 39 % + 10352 UVT

De conformidad con el citado artículo, las personas naturales tienen una tarifa progresiva en la determinación del impuesto sobre la renta, las cuales gravan desde el 19 % hasta el 39 %, sobre una base depurada de los ingresos. Es importante anotar que, en consonancia con el

34 *Ibid.*, art. 241.

parágrafo 2 del artículo 21-1 del Estatuto Tributario, si la persona natural lleva contabilidad, le aplicarán las reglas fiscales de las personas jurídicas obligadas a llevar contabilidad.

Personas jurídicas

Para las personas jurídicas del régimen general no aplica un régimen cédular de tributación, sino que todos sus ingresos, costos y deducciones se computan en una sola base gravable. Teniendo en cuenta que este tipo de contribuyentes se encuentran obligados a llevar contabilidad, su base gravable se determina con base en esta. Lo anterior de conformidad con el artículo 21-1 del Estatuto Tributario, el cual dispone:

Art. 21-1. Para la determinación del impuesto sobre la renta y complementarios, en el valor de los activos, pasivos, patrimonio, ingresos, costos y gastos, los sujetos pasivos de este impuesto obligados a llevar contabilidad aplicarán los sistemas de reconocimientos y medición, de conformidad con los marcos técnicos normativos contables vigentes en Colombia, cuando la ley tributaria remita expresamente a ellas y en los casos en que esta no regule la materia. En todo caso, la ley tributaria puede disponer de forma expresa un tratamiento diferente, de conformidad con el artículo 4 de la ley 1314 del 2009.

[...]

Parágrafo 2. Los contribuyentes personas naturales que opten por llevar contabilidad se someterán a las reglas previstas en este artículo y demás normas previstas en este Estatuto para los obligados a llevar contabilidad³⁵. [Énfasis añadido]

35 *Ibíd.*, art. 21-1.

De acuerdo con el artículo anterior, es claro que las bases fiscales son las mismas contables, siempre que no exista una norma fiscal que refiera la situación o hecho económico específico. Así mismo, es importante advertir que todas las deducciones deben cumplir con las mismas condiciones establecidas en el artículo 107 ya mencionado.

Ahora bien, los artículos 127 al 140 establecen todo el régimen de depreciación desde el punto de vista fiscal. De estos artículos es importante resaltar los siguientes:

Art. 127. Beneficiarios de la deducción.

El contribuyente beneficiario de la deducción por depreciación es el propietario o usufructuario del bien, salvo que se trate de venta con pacto de reserva de dominio, en cuyo caso el beneficiario es el comprador.

[...]

Art. 128. Deducción por depreciación.

Para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, los obligados a llevar contabilidad podrán deducir cantidades razonables por la depreciación causada por desgaste de bienes usados en negocios o actividades productoras de renta, equivalentes a la alícuota o suma necesaria para amortizar la diferencia entre el costo fiscal y el valor residual durante la vida útil de dichos bienes, siempre que estos hayan prestado servicio en el año o periodo gravable.

[...]

Art. 131. Base para calcular la depreciación.

[...]

Para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, un contribuyente depreciará el costo fiscal de los bienes depreciables, menos su valor residual a lo largo de su vida útil. Para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, el valor residual y la vida útil se determinará de acuerdo con la técnica contable.

Art. 135. Bienes depreciables.

Para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios serán tratados como bienes tangibles depreciables los siguientes: propiedad, planta y equipo, *propiedades de inversión* y los activos tangibles que se generen en la exploración y evaluación de recursos naturales no renovables, con excepción de los terrenos, que no sean amortizables³⁶. [Énfasis añadido]

De los artículos anteriores podemos concluir que

1. El beneficiario de la deducción es el propietario o usufructuario del bien.
2. Las personas jurídicas son las únicas que pueden depreciar.
3. El valor residual, el método de depreciación y la vida útil se definen a partir de la técnica contable.
4. Las propiedades de inversión son susceptibles de depreciación.

En este punto, es importante resaltar que los inmuebles destinados para el uso de terceros son considerados como propiedad de inversión y, desde el punto de vista contable, estos inmuebles no se deprecian. Por tanto, teniendo en cuenta que las normas fiscales remiten a las normas contables para definir la vida útil y el método de depreciación, no es claro qué vida útil se asigna a las propiedades de inversión ni cuál es el método de depreciación que se debe utilizar en las propiedades de inversión.

Así mismo, es de notar que el párrafo del artículo 137 del Estatuto Tributario establece una tasa máxima de depreciación del 2,22 % para inmuebles, equivalente a 45 años. Ahora bien, la tarifa general del impuesto sobre la

36 *Ibíd.*, arts. 127, 128, 131 y 135.

renta para las personas jurídicas vigente para el 2020 es del 32 % y va a ir disminuyendo progresivamente año a año hasta llegar al 30 %.

Adicionalmente, existe un impuesto a los dividendos del 10 % en caso de que las utilidades distribuidas ya estuvieran gravadas en cabeza de la sociedad; si no estuvieron gravadas en cabeza de la sociedad, se debe primero pagar el impuesto a la tarifa ordinaria entre el 32 % y el 30 % y, posteriormente, se grava al 10 % sobre el neto. Este impuesto recae sobre las personas naturales y los no residentes.

Tributación por medio de vehículos de inversión

De acuerdo con el artículo 23-1 del Estatuto Tributario, los fondos de capital privado (FCP) no son contribuyentes del impuesto sobre la renta. Por el contrario, en ellos opera un principio de transparencia fiscal, que implica que para efectos fiscales los ingresos, costos y deducciones deban reflejarse en cabeza, no del FCP, sino de sus partícipes. En este sentido se pronuncian los artículos 23-1 y 368-15 del Estatuto Tributario. La transparencia es vertical, puesto que a nivel de resultado o de renta es que se aplica el principio de transparencia. Las rentas se reciben bajo las mismas características como si el contribuyente realizara directamente la actividad productora de renta, es decir, se mantienen la naturaleza, la fuente, la tarifa de retención y todas las demás características tributarias.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con otros vehículos transparentes como los patrimonios autónomos o esquemas fiduciarios, los rendimientos de los FCP (como fondos cerrados) solo estarán gravados en cabeza de los partícipes cuando dichos rendimientos sean efectivamente distribuidos. Y como consecuencia de ello: (1) cualquier valoración contable o financiera que se realice de las unidades de participación antes de su redención no tiene

efectos en el impuesto sobre la renta, y (2) existirá un diferimiento de impuestos hasta el momento de la distribución de los rendimientos del fondo o la enajenación de las participaciones. Es decir, los FCP son vehículos transparentes para efectos fiscales, pero con una particularidad, a saber, que se genera un diferimiento de la causación del ingreso para los partícipes de este.

El diferimiento mencionado se fundamenta en las siguientes consideraciones:

1. Con anterioridad a la expedición de la Ley 1819 del 2016, los artículos 27 y 28 del Estatuto Tributario Colombiano señalaban que, en el caso de los contribuyentes obligados a llevar contabilidad, los ingresos se entendían causados cuando surgía el derecho a exigir el pago.

Por su parte, los partícipes de un FCP solo adquieren derechos sobre los rendimientos cuando estos son efectivamente distribuidos; por esta razón, únicamente en ese momento estarán gravados con el impuesto sobre la renta. De manera consistente, cualquier valoración contable o financiera que deba hacerse de las unidades antes de su redención no tiene ningún efecto en el impuesto sobre la renta, pues el contribuyente no ha adquirido ningún derecho sobre ese mayor valor de la unidad.

La misma Administración Tributaria aceptó esta posición en el Concepto 143 del 2016, en el que señaló que “los rendimientos que se generen a través de los fondos de inversión colectiva deberán ser revelados por los suscriptores o partícipes de los fondos al momento del pago, momento este en el cual se practicará su respectiva retención en la fuente”³⁷.

37 DIAN, Concepto 143/2016.

2. La Ley 2010 del 2019 modificó el artículo 23 del Estatuto Tributario colombiano, introduciendo unas modificaciones importantes en relación con las condiciones que deben cumplir los fondos de capital para poder continuar con el diferimiento del impuesto sobre la renta. Las condiciones introducidas son:
 - a. Que las participaciones en el fondo sean negociadas en una bolsa de valores sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.
 - b. En caso de no cumplir con el literal anterior, se deben cumplir con las siguientes condiciones:
 - i. No ser poseído directa o indirectamente, en más de un 50 %, por un mismo beneficiario efectivo o grupo inversionista vinculado económicamente o por miembros de una misma familia hasta un cuarto grado de consanguinidad o afinidad, que sean contribuyentes del impuesto sobre la renta.
 - ii. Cuando ninguno de los beneficiarios efectivos del fondo o grupo inversionista vinculado o grupo familiar, de manera individual o conjunta, tenga control o discrecionalidad sobre las distribuciones de este.

Así mismo, en caso de que el fondo haya sido constituido con el único propósito de diferir los impuestos que se causen en una transacción en particular, aun cuando cumple con las condiciones antes mencionadas, las rentas se causarán para el partícipe del fondo en el mismo periodo en que se causan para el fondo.
3. Además, el artículo 368-1 del Estatuto Tributario colombiano señala que la retención en la fuente sobre los rendimientos de los FCP debe ser practicada

al momento del pago, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que, en ese momento, se entiende causado el ingreso.

Es importante tener en cuenta que la valoración contable que se haga de las unidades de participación tiene efectos en el impuesto sobre la renta, o que los rendimientos del fondo deban ser declarados antes de que sean distribuidos.

En efecto, el parágrafo 6 del artículo 21-1 del Estatuto Tributario, en concordancia con el artículo 28 del mismo estatuto, señala que las mediciones contables que se efectúen a valor razonable no tienen efectos fiscales hasta tanto no se realice la transferencia económica del activo (a través de su enajenación o liquidación), o la extinción del pasivo.

Por esta razón, incluso después de las modificaciones realizadas por la Ley 1819 y siguientes, las valoraciones contables que se realicen de las unidades de participación siguen sin tener efectos fiscales, hasta tanto ese mayor valor no haya sido efectivamente distribuido o las participaciones sean enajenadas, pues solo en esos momentos se producirá la liquidación económica del activo.

No domiciliados

Los no domiciliados solo tributan por las rentas de fuente colombiana. En el caso de las rentas inmobiliarias, el artículo 408 del Estatuto Tributario establece una retención del 20 % sobre los ingresos percibidos por arrendamientos. En este punto es importante resaltar que el recaudo de este impuesto se realiza vía retención en la fuente y el obligado a retener es la persona que está realizando el pago. Esta retención aplica cuando la actividad es

realizada directamente por una persona jurídica o natural considerada como no residente para efectos fiscales.

De acuerdo con las normas colombianas, el hecho de que se practique esta retención le quita la obligación al no residente de cumplir con la obligación formal de presentar la declaración de renta.

Conclusiones

1. Para las personas naturales son aceptadas ciertas deducciones relacionadas directamente con los ingresos por arrendamientos, pero no es aceptada su depreciación.
2. Las personas jurídicas pueden solicitar la depreciación asociada con los inmuebles que arriendan.
3. Con los fondos de capital privado se puede realizar inversiones, pero los ingresos solo se declaran en el periodo en el que se reciben los rendimientos del fondo.
4. Los no domiciliados tienen una retención del 20 % sobre los ingresos y este es su impuesto definitivo; no quedan obligados a cumplir con la obligación formal de declarar.

Ejemplo comparativo de la tributación de las inversiones realizadas por medio de fondos de capital privado

A continuación, se presenta un ejemplo de cómo tributarían las inversiones realizadas por medio de los fondos de capital en los diferentes países miembros de la Alianza del Pacífico.

Un inversionista persona natural sudafricano realiza su inversión en inmuebles por medio de un fondo de inmobiliario por valor de USD 500 000. El valor de ingreso

mensual por arriendo es del 1 % del valor de la inversión, los gastos de mantenimiento corresponden USD 3000 y los impuestos a la propiedad raíz ascienden a USD 1000. El fondo realiza la distribución de los rendimientos en el 2022 (tabla 1).

Enseguida presentamos el mismo caso, pero como si se tratara de una persona jurídica y asumiendo que en Colombia, para fines fiscales, es posible solicitar la depreciación (tabla 2).

De conformidad con los ejemplos enunciados, si en Colombia queda claro que las depreciaciones pueden hacer parte de la depuración sobre la que se calcula el impuesto (retención en la fuente) para las personas jurídicas no residentes, este país ofrece la mejor alternativa para realizar la inversión.

En caso de que la inversión sea realizada por personas naturales, aunque no tengan el beneficio de la deducción por depreciación, la mejor alternativa desde el punto de vista fiscal para realizar la inversión es Perú.

Tabla 1. Cuadro comparativo de la tributación de las inversiones realizadas por medio de fondos de capital privado

CONCEPTO	CHILE	PERÚ	MÉXICO	COLOMBIA
Ingreso	60 000	60 000	60 000	60 000
Depreciación	-25 000			
Mantenimiento	-3000		-3000	-3000
Impuestos	-1000		-1000	-1000
Base	31 000	60 000	56 000	56 000
Tarifa (%)	35	5	28,50	20
Impuestos	10 850	3000	15 960	11 200

Fuente: elaboración propia.

Tabla 2. Cuadro comparativo de la tributación de las inversiones realizadas por medio de personas jurídicas

CONCEPTO	CHILE	PERÚ	MÉXICO	COLOMBIA
Ingreso	60 000	60 000	60 000	60 000
Depreciación	-25 000	-25 000		-25 000
Mantenimiento	-3000	-3000	-3000	-3000
Impuestos	-1000	-1000	-1000	-1000
Base	31 000	31 000	56 000	31 000
Tarifa (%)	35	30	28,50	20
Impuestos	10 850	9300	15 960	6200

Fuente: elaboración propia.

SOLUCIÓN Y PROPUESTA DE MEJORA

Teniendo en cuenta la tensión presentada, relacionada con la incertidumbre acerca de si un inversionista en inmuebles para arrendar puede utilizar la depreciación si realiza la inversión por medio de estructuras como los fondos de capital, se presenta la propuesta de decreto reglamentario que busca solucionar las dos tensiones que hemos planteado.

PROYECTO DE DECRETO REGLAMENTARIO

Considerando

Que el Gobierno nacional expidió el Decreto 1625 del 2016 Único Reglamentario en Materia Tributaria, para compilar y racionalizar las normas de carácter reglamentario que rigen el sector y contar con instrumentos jurídicos únicos.

Que la Ley 1819 del 2016 modificó todo el régimen de deducción por depreciación incluido en los artículos 127 al 140 del Estatuto Tributario, asociando la depreciación contable con la depreciación fiscal.

Estos artículos no establecen con total claridad ciertos aspectos de la deducción por depreciación: (1) si las personas naturales se pueden beneficiar con esta deducción; (2) si cuando los activos se miden contablemente por el valor razonable, es posible solicitar su depreciación fiscalmente, y (3) si cuando las inversiones se realizan por medio de vehículos transparentes o semitransparentes para fines fiscales y estos vehículos no deprecian, es posible que la depreciación sea solicitada por los beneficiarios de estos vehículos.

En mérito de lo expuesto,

Decreta:

Artículo 1. Para los contribuyentes que reciban sus rentas por la explotación de propiedades de inversión por medio de los vehículos referidos en los artículos 23-1 y 102 del Estatuto Tributario o cualquier otro vehículo de inversión considerado como “Transparente” o “Semitransparente” serán beneficiarios de la deducción por depreciación en las mismas condiciones establecidas en este decreto y en los artículos 127 al 141 del Estatuto Tributario. Estos beneficios aplicarán independientemente de si el contribuyente del impuesto sobre la renta es considerado como un residente fiscal o no residente fiscal en Colombia.

Artículo 2. Para la deducción mencionada en el artículo anterior, se deberán considerar los límites de depreciación anual establecidos en el artículo 137 del Estatuto Tributario o en el reglamento que establezca regulación sobre este artículo.

Artículo 3. Para los contribuyentes que no sean residentes fiscales o sociedades extranjeras y se practique retención en la fuente, de conformidad con el artículo 408 del Estatuto Tributario, en la base de retención en la fuente, deberán tener en cuenta el valor de la depreciación fiscal del inmueble.

BIBLIOGRAFÍA

- Arias Minaya, Luis Alberto. *Tributación en América Latina: equidad y desafíos. El caso de Perú*. Santiago de Chile: CEPAL, 2009.
- Brañes, Raúl. "Ingresos por actividades empresariales". *México. Enciclopedia Jurídica Online*. Acceso 10 de noviembre del 2019. <https://mexico.leyderecho.org/ingresos-por-actividades-empresariales/>.
- Campos Bastidas, Constanza. *Fondos de Inversión Privados y sus implicancias tributarias*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Tributarios de Chile, 2010.
- Carbajo Vasco, Domingo. *Tributación de las rentas de Capital en América Latina*. Ciudad de Panamá: CIAT, 2013.
- Casares, Enrique, María Guadalupe García S., Lucía A. Ruiz y Horacio Sobarzo. "Distribución del ingreso, impuestos y transferencias en México: un análisis de equilibrio general aplicado". *Trimestre Económico* 82, n.º 327 (2015): 523-558. doi: 10.20430/ete.v82i327.176.
- Estrada Álvarez, Daniel. *Tributación en América Latina: equidad y desafíos. Estudio del caso en México*. Santiago de Chile: CEPAL, 2009.
- ICEX España Exportación e Inversiones. "Fiscalidad en México". *El Exportador. Revista para la internacionalización* (2019, 24 de abril). Acceso 6 de octubre del 2019. <https://www.icex.es/icex/es/Navegacion-zona-contacto/revista-el-exportador/mundo/REP2019819251.html>.
- International Accounting Standards Board (IASB). "Glosario de términos". 31 de diciembre del 2009. https://www.nicniif.org/files/normas2010/parte%20b/70_glossary%20of%20terms%20f_139.pdf.

Polo Chiroque, Roberto E. “Los Fondos de Inversión en el Perú y el impuesto a la renta”. *IUS ET VERITAS* 24, n.º 53 (2016): 118-131.

Unda Gutiérrez, Mónica. “La Reforma Tributaria de 2013: los problemas de la Hacienda Pública y la desigualdad en México”. *Espiral (Gualajara)* 22, n.º 64 (2015): 69-99.

Leyes y normas

CCo, art. 263.

D. 624/1989, arts. 21-1, 27, 28, 29, 127-140, 225, 226.

D. 1625/2016.

D. 2555/2018, art. 3.3.2.1.1.

DIAN, Concepto 143/2016.

DL 824.

ET, arts. 21-1, 24, 107, 127, 128, 131, 134, 135, 335, 336.

L. 1819/2016.

L. 2010/2019.

Ley del Impuesto de Renta (LIR) del Perú, arts. 14, 22, 23, 36, 37.

Ley del Impuesto Sobre la Renta de México, arts. 10, 40, 141, 142, 147, 223, 224.

Ley del Impuesto Sobre la Renta (LSIR) de Chile, arts. 3, 20, 39, 52, 58, 59.

SOBRE LOS AUTORES

COMPILADORA

Eleonora Lozano Rodríguez

Abogada, economista y magíster en Economía de la Universidad de los Andes. Doctora en Derecho de la Universidad de Salamanca. Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Sus reflexiones académicas han girado en torno a la tributación y la hacienda pública colombiana, a partir de perspectivas comparadas e interdisciplinarias. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran: *Estudios interdisciplinarios de la Tributación, segunda edición* (Ediciones Uniandes e Instituto Colombiano de Derecho Tributario y Aduanero, 2022; coordinación académica y coautora), el capítulo “Tax Incentives in Pacific Alliance Countries, the BEPS Project (Action 5), and the 2030 Sustainable Development Agenda” (*Taxation, International Cooperation and the 2030 Sustainable Development Agenda*, Springer, 2022) y *Metodologías de investigación jurídica. Experiencias y desafíos del oficio de investigar en derecho* (Ediciones Uniandes, 2021; coordinación académica y coautora). Puede seguirla en www.eleonoralozano.com.

AUTORES

John Helbert Ayala Hernández

Contador público de la Universidad Central, especialista en Tributación de la Universidad de los Andes y magíster en Tributación de la misma universidad. Actualmente se desempeña como gerente de impuestos y servicios legales en la firma Crowe.

Erika Díaz Silva

Abogada con profundización en Derecho Tributario de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario de Bogotá D. C., especialista en Tributación de la Universidad de los Andes y magíster en Tributación de la misma universidad. Socia administradora de la firma Arango Díaz Abogados S. A. S.

Juan Carlos Durán Uribe

Abogado *cum laude* de la Universidad de los Andes. Se desempeñó como primer gestor académico de la Maestría en Tributación de la misma institución. Participó en el diseño metodológico del curso de maestría Metodología para la Resolución de Casos Tributarios, y de otras experiencias pedagógicas vivenciadas surgió su interés por adelantar la Maestría en Educación de la Universidad de los Andes, a cuyo título aspira actualmente.

Brandon Steven Espinel Laverde

Abogado con profundización en Hacienda Pública y Derecho Tributario de la Universidad del Rosario, especialista en Tributación de la Universidad de los Andes y magíster en

Tributación de la misma universidad. Profesor titular de la cátedra de Teoría General del Tributo en la Universidad del Rosario y coordinador del Observatorio de Hacienda Pública y Derecho Tributario de la misma universidad. Estudiante del Doctorado en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social de la Universidad de Salamanca. Actualmente se desempeña como abogado de Brigard Urrutia.

Diego Mauricio Gómez Díaz

Ingeniero industrial de la Universidad de los Andes, especialista y magíster en Tributación de la misma institución. Actualmente es vicepresidente de estrategia y desarrollo en Credicorp Capital S.A.

David Alejandro Mejía Bonilla

Abogado de la Universidad del Rosario, magíster en Tributación de la Universidad de los Andes, especialista en Derecho Comercial y Derecho de la Empresa de la Universidad del Rosario y especialista en Tributación de la Universidad de los Andes. Socio de la firma Soler & Mejía S.A.S., con amplia experiencia en la asesoría de empresas nacionales y multinacionales, así como de grupos familiares en temas corporativos, cambiarios y tributarios.

Gloria Johana Morales Osorio

Licenciada en Lengua Castellana y magíster en Literatura. Trabajó en el Centro de Español de la Universidad de los Andes como coordinadora de los cursos de escritura académica intensiva de pregrado. También ha sido profesora de escritura académica en posgrado y está interesada en

acompañar pedagógicamente la enseñanza de la escritura y la lectura en la educación superior.

Ricardo Pava Martínez

Contador Público y especialista en Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Tributación de la Universidad de los Andes. Actualmente es candidato a magíster también de la misma universidad. Consultor *senior* en el área de tributario de la firma Godoy & Hoyos Abogados-GOH.

Alejandra Sarmiento Rojas

Abogada de la Universidad de Ibagué. Especialista y magíster en Tributación de la Universidad de los Andes. Asesora y consultora en asuntos tributarios y corporativos. Actualmente es abogada asociada de la firma Herrera Carvajal LS S. A. S.

Ruby Esperanza Yaya Escobar

Licenciada en Biología de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, especialista y magíster en Educación de la Universidad de los Andes. Líder del frente de innovaciones educativas con tecnología en posgrado del Centro de Innovación en Tecnología y Educación (ConectaTE) y profesora de apoyo de cursos de la concentración de educación y TIC de la Maestría en Educación. Especialmente, profesora maravillada con el aporte de las TIC a la educación.

Narrativas tributarias 4
se terminó de imprimir
en enero del 2023
en Bogotá, D. C., Colombia