

# ¿CÓMO MEJORAR EL MARCO NORMATIVO TRIBUTARIO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO?

- ◆ Fiducia Inmobiliaria y Construcción:  
Aliados del Desarrollo en Colombia

Septiembre 5 de 2012



GODOY & HOYOS  
abogados



# Principales tributos relacionados con la fiducia mercantil

- Impuesto sobre la renta (ISR)
- Impuesto de patrimonio (IP)
- Impuesto a las ventas (IVA)
- Impuesto de industria y comercio (ICA)
- Predial y otros tributos



## La raíz del problema...

A la fiducia se le atribuyen propiedades (méritos) que no tiene y se le imputan cargos que no le corresponden...



## Algunas dificultades...

- Aportes al PA
- Transparencia fiscal
- Retención en la fuente
- Inversión extranjera de portafolio
- IVA, ICA, Predial



# **Impuesto sobre la renta frente a la fiducia mercantil (Art. 102 E.T.)**

- Principio “anti-diferimiento” (inc. 1)
- Principio de transparencia (inc. 2)
- Principio del beneficiario real (inc. 3 y 4)
- Principio de no doble tributación (Patrimonio autónomo contribuyente) (inc. 4)
- Deberes formales tributarios a cargo del fiduciario (inc. 5)



## Aportes a los patrimonios autónomos

- Aplicación del artículo 90 del Estatuto Tributario, por los aportes en inmuebles a una fiducia mercantil inmobiliaria.
- La DIAN ha considerado que en dichos aportes (transferencia irrevocable) debe aplicarse el artículo 90 del Estatuto Tributario, por lo que debería liquidarse una renta para el fideicomitente si el valor (costo fiscal) de los inmuebles aportados es inferior al valor de los derechos fiduciarios que se reciben (Concepto 002875 de 2005, entre otros).
- En principio, al constituir un patrimonio autónomo no se realiza un ingreso susceptible de incrementar el patrimonio del fideicomitente; se trata de la sustitución de un activo (inmueble) por otro (derechos fiduciarios).

# Asuntos de transparencia fiscal



- **Renta presuntiva** - Acciones radicadas en patrimonio autónomo (derechos fiduciarios)
- **Impuesto al patrimonio** - Acciones radicadas en patrimonio autónomo (derechos fiduciarios).
- **Beneficios tributarios** (activos fijos reales productivos, renta exenta hotelera, etc.) - La DIAN ha iniciado procesos de fiscalización para cuestionar la deducción especial por activos fijos reales productivos, a través de esquemas fiduciarios.
- **Pérdidas fiscales** - Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado (sentencia del 30 de septiembre de 2010, radicación 16878) como la Doctrina Oficial de la DIAN (Oficio 083563 de 2010) han negado la posibilidad de que en virtud del principio de transparencia fiscal se reconozcan pérdidas fiscales para efectos del impuesto sobre la renta
- ¿Certificado de derechos fiduciarios debe incluir una depuración contable o fiscal? ¿Los fideicomitentes (o beneficiarios) deben realizar depuraciones (fiscales) adicionales o deben incluir en sus declaraciones de renta los valores reportados por la sociedad fiduciaria?



# Retención en la fuente

Respecto de la retención en la fuente en carteras colectivas, se requiere claridad legal respecto de los siguientes aspectos:

- Momento de causación de la retención en la fuente en carteras colectivas. Efectos de la valoración diaria de las participaciones en la cartera.
- La Doctrina vigente de la DIAN permite “diferir” la retención en la fuente en carteras colectivas cerradas y escalonadas, al momento del pago o abono en cuenta en calidad de exigible para el respectivo partícipe de la cartera (Concepto 69136 de 2010). En materia de carteras colectivas abiertas la DIAN entiende que la retención en la fuente debe practicarse en forma diaria, pues en su criterio, diariamente se efectúa el pago o abono en cuenta en calidad de exigible (en forma análoga a una cuenta corriente o de ahorros).
- Los actores del mercado no entienden como un mecanismo de valoración en una cartera colectiva abierta, puede tener incidencia tributaria en materia de retención en la fuente.

No existe claridad en materia de pagos de terceros con destino a un patrimonio autónomo (PA), deben o no sujetarse a retención en la fuente por impuesto sobre la renta.



# Inversión extranjera de portafolio



Las sociedades fiduciarias son administradoras de la inversión, según las normas cambiarias.

- Controversias sobre la aplicación del artículo 18-1 del Estatuto Tributario, en materia de inversiones de portafolio en nuevos productos financieros (derivados financieros por ejemplo).
- No hay certeza sobre si las utilidades de las inversiones extranjeras de portafolio en derivados financieros, están gravadas según el procedimiento de retención previsto por el artículo 18-1 del Estatuto Tributario (reglas de retención para rendimientos financieros), o según la misma norma no están gravadas (regla de no contribuyente que dispone la norma legal), o deben aplicarse normas tributarias especiales, según previsión realizada por el Decreto 2080 de 2000 en su última modificación.
- Se requiere una reforma legal, en el sentido de clarificar el tratamiento tributario de las inversiones extranjeras de portafolio, bajo el nuevo contexto del mercado, que podría implicar las siguientes soluciones: adoptar un esquema de exoneración de impuestos para este tipo de inversiones, o un esquema de retención en la fuente (razonable) que libere al inversionista del deber de declarar renta, o un esquema de retención en la fuente con obligación de declarar renta.

# IVA, ICA y Predial



## **Impuesto sobre las ventas (IVA)**

Devolución de saldos a favor

## **Impuesto de industria y comercio**

- Según la Ley 1430 de 2010, los patrimonios autónomos son solo un mecanismo a través del cual el fideicomitente o beneficiario realiza el hecho generador del ICA.
- ¿Depuración de la base gravable del ICA por el fideicomitente o beneficiario?
- En los municipios que no hayan adoptado la Ley 1430 de 2010, en principio deben seguirse las reglas del Acuerdo Municipal vigente
- Retención en la fuente por ICA (Acuerdo 469 de 2011 en Bogotá) - ¿En todos los casos la sociedad fiduciaria debe practicar retención en la fuente por ICA a los ingresos del fideicomiso?

## **Impuesto predial**

Con la Ley 1430 de 2010, los fideicomitentes o beneficiarios deben declarar y pagar el impuesto. Sin embargo, pueden existir dificultades en casode múltiples fideicomitentes, o municipios que no hayan adoptado la Ley 1430 de 2010 y exijan de la fiduciaria la declaración y pago del impuesto.



## La solución...

- Reforma legislativa ?
- La fiducia cumple una función meramente instrumental y en su caracterización tributaria debe prevalecer el principio de realidad económica
- Un nuevo escenario de interpretación y aplicación (Acuerdo Fiduciarias/DIAN sobre directrices básicas):
  1. Los derechos fiduciarios no son “acciones”
  2. El PA no tiene entidad legal
  3. El PA es un contribuyente “residual” de ISR
  4. La sociedad fiduciaria es un mero administrador



**MUCHAS GRACIAS!!!**

[jgodoy@godoyhoyos.com](mailto:jgodoy@godoyhoyos.com)