



Revista de Derecho Privado
E-ISSN: 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia

Salcedo Younes, Ruth Yamile
Tratamiento tributario de la inversión extranjera de portafolio y de los contratos de fiducia mercantil
bajo la Ley 1607 de 2012
Revista de Derecho Privado, núm. 51, enero-junio, 2014, pp. 1-23
Universidad de Los Andes
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033222002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



**TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LA INVERSIÓN
EXTRANJERA DE PORTAFOLIO Y DE LOS CONTRATOS DE
FIDUCIA MERCANTIL BAJO LA LEY 1607 DE 2012**

RUTH YAMILE SALCEDO YOUNES

Artículo de reflexión

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 51

Enero - Junio de 2014. ISSN 1909-7794

Tratamiento tributario de la inversión extranjera de portafolio y de los contratos de fiducia mercantil bajo la Ley 1607 de 2012

Resumen

Algunas operaciones financieras fueron objeto de modificaciones normativas importantes en la Ley 1607 de 2012. Este escrito hace un análisis crítico del régimen tributario vigente, en especial sobre la inversión extranjera de portafolio y los contratos de fiducia mercantil, considerando los cambios introducidos por la Ley en mención, los cuales imprimen claridad respecto a ciertos tópicos. Los contribuyentes por las inversiones extranjeras de portafolio podrán aplicar los convenios para evitar la doble imposición y los créditos resultantes de la tributación en Colombia de dichas inversiones, las que se benefician con una tarifa general del 14%, salvo para el caso de dividendos, enajenaciones de acciones gravadas e inversiones procedentes de residentes en paraísos fiscales. En materia de fiducia mercantil, la normativa refleja el principio de transparencia fiscal tanto para resultados como para valores patrimoniales, con lo cual se permite la aplicación, por parte del beneficiario del contrato, de todos los tratamientos benéficos previstos en la legislación tributaria, a pesar de haberse conformado el patrimonio autónomo. Sobre este asunto, principalmente, está pendiente la reglamentación que permita aclarar algunas dudas que persisten.

Palabras claves: Reforma tributaria, contratos de fiducia mercantil, inversión extranjera de portafolio, principio de transparencia fiscal.

Tax regime of foreign portfolio investments and commercial trust contracts under Law 1607 of 2012

Abstract

Some financial transactions were subject to significant regulation changes in Law 1607 of 2012. Especially about foreign portfolio investments and commercial trust contracts. This document makes a critical analysis of the current tax regime, considering the changes introduced by the Law in question, which clearly printed on certain topics. Taxpayers for foreign portfolio investments would apply agreements to avoid double taxation and tax credits resulting from taxation of such investments in Colombia; this investment are subject to a general rate of 14%, except in the case of taxable dividends and sales of stocks, and investments from residents of tax havens. In terms of commercial trust contracts, normative reflects both equity values and results to the principle of fiscal transparency, so that the application is allowed, by the beneficiary of the contract, of all beneficial treatment under the tax law, despite of the conformation of an independent patrimony. On this issue mainly is pending regulations that would clarify some doubts persist.

Keywords: Tax reform, commercial trust contacts, foreing portfolio investment, principle of fiscal transparency.

Tratamento tributário do investimento estrangeiro de portfólio e dos contratos de fidúcia mercantil sob a Lei 1607 de 2012

Resumo

Algunas operações financeiras foram objeto de modificações normativas importantes na Lei 1607 de 2012. Este escrito faz uma análise crítica do regime tributário vigente, em especial sobre o investimento estrangeiro de portfólio e os contratos de fidúcia mercantil, considerando as mudanças introduzidas pela Lei em menção, os quais imprimem clareza respeito a certos tópicos. Os contribuintes pelos investimentos estrangeiros de portfólio poderão aplicar os convênios para evitar a dupla imposição e os créditos resultantes da tributação na Colômbia de ditos investimentos, os que se beneficiam com uma tarifa geral de 14%, salvo para o caso de dividendos, alienação de ações gravadas e investimentos procedentes de residentes em paraísos fiscais. Em matéria de fidúcia mercantil, a normativa reflete o princípio de transparência fiscal tanto para resultados quanto para valores patrimoniais, com o qual se permite a aplicação, por parte do beneficiário do contrato, de todos os tratamentos benéficos previstos na legislação tributária, apesar de ter se conformado o patrimônio autônomo. Sobre este assunto, principalmente, está pendente a regulamentação que permita esclarecer algumas dúvidas que persistem.

Palavras-chave: Reforma tributária, contratos de fidúcia mercantil, investimento estrangeiro de portfólio, princípio de transparência fiscal.

SUMARIO

Introducción– I. INVERSIÓN EXTRANJERA DE PORTAFOLIO – *A. Marco general* – *B. Análisis tributario* – 1. Sujetos pasivos– 2. El hecho generador – 3. Base imponible – 3.1. Marco general – 3.2. Operaciones de derivados – 3.3. Operaciones sobre títulos – 3.4. Operaciones reporto, simultáneas y de transferencia temporal de valores – 4. Tratamiento de las pérdidas – 5. Tarifa – 6. Retención en la fuente – II. CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL – *A. Marco general* – *B. Principio de transparencia fiscal* – *C. Tratamientos que se mantienen bajo la nueva normativa* – 1. Causación de los ingresos – 2. Sujetos pasivos – 3. Responsabilidad tributaria de la sociedad fiduciaria – 4. Responsabilidad solidaria de los beneficiarios de los fideicomisos – 5. Retención en la fuente por parte de las sociedades fiduciarias – *B. Modificaciones y precisiones contenidas en la Ley 1607 de 2012* – 1. Depuración fiscal y beneficios tributarios – 2. Valores patrimoniales – 3. Asuntos formales – III. CONCLUSIONES – Bibliografía.

Tratamiento tributario de la inversión extranjera de portafolio y de los contratos de fiducia mercantil bajo la Ley 1607 de 2012*

Ruth Yamile Salcedo Younes**

Introducción

La Ley 1607 de 2012 pretendió ser —sin lograrlo— una reforma estructural de la normativa tributaria. En esta se consagraron, bajo el acápite *Disposiciones Financieras*, varias regulaciones que afectan las operaciones propias del sector financiero; sin embargo, estas no son las únicas aplicables, puesto que la Ley 1607 contempla transversalmente otras que conllevan efectos sobre dichas operaciones.

Bajo el acápite en mención se regularon las inversiones de capital del exterior de portafolio, los créditos que no se consideran de fuente nacional ni se entienden poseídos en el país, los contratos de fiducia mercantil, los fondos o carteras colectivas¹, algunas exenciones del grava-

men a los movimientos financieros (GMF) y la deducción de las reservas técnicas para el Fondo Nacional de Garantías. Otras disposiciones que afectan las operaciones financieras se refieren al impuesto al valor agregado (IVA) en operaciones de compraventa de divisas, endeudamiento externo, cuentas AFC (ahorro y fomento a la construcción), fondos privados de pensiones, precios de transferencia y subcapitalización, entre otras.

Buena parte de estas disposiciones respondieron a la urgente necesidad de acompasar la nor-

* Cómo citar este artículo: Salcedo Younes, R. Y. (Junio, 2014). Tratamiento tributario de la inversión extranjera de portafolio y de los contratos de fiducia mercantil bajo la Ley 1607 de 2012. *Revista de Derecho Privado*, 51.

** Abogada de la Universidad del Rosario, con especializaciones en Derecho Financiero y en Derecho Tributario en las universidades del Rosario y de los Andes. Profesora en las especializaciones de Tributación en la Universidad de los Andes, de Derecho Tributario en la

Universidad del Rosario y de Derecho Tributario en la Universidad de la Sabana. Miembro del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Directora fiscal BBVA COLOMBIA. Publicaciones: Principios constitucionales del derecho tributario y principio de irretroactividad. En: *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*. Bogotá: Temis, 2005; Régimen jurídico tributario de los contratos de derivados financieros y el impuesto a la renta en el sector financiero. En: *El impuesto sobre la renta en el derecho comparado*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2008; Algunas reflexiones sobre las pruebas en materia tributaria. En: *Fundamentos de la tributación*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008; Tratamiento tributario de los instrumentos derivados financieros. En: *Manual de derecho tributario internacional*. Bogotá: Temis, 2010.

1 El Decreto 1242 de 2012 cambió la denominación de carteras colectivas por fondos de inversión colectiva.

mativa tributaria con las nuevas regulaciones sobre productos financieros, e incluso, aclarar la normativa existente y con ello permitir el mejor desarrollo de ciertos productos financieros; tal es el caso de las regulaciones sobre la inversión extranjera de portafolio, fiducia mercantil y las de los hoy denominados fondos de inversión colectiva. En otros eventos se pretendió evitar arbitrajes comerciales soportados en disposiciones tributarias, como sucedía con la regulación del IVA en las ventas de divisas²; o bien se incluyeron disposiciones para lograr una mayor equidad tributaria como en el caso de las exenciones del GMF y las rentas de trabajo (para las cuales se pretendió que la mayor capacidad de ahorro conllevara tasas efectivas menores de tributación, razón por la cual se establecieron menores beneficios sobre las aportaciones a las cuentas AFC y los fondos de pensiones voluntarias). Así mismo, se encuentran disposiciones con un claro fin recaudatorio, como las correspondientes a la figura de la subcapitalización³.

A la fecha se han expedido algunos decretos reglamentarios —aún quedan pendientes buena parte de ellos— los cuales si bien han precisado parte de la normativa, albergan dudas en su aplicación y han fijado en algunos casos plazos muy difíciles de cumplir, teniendo en cuenta que la mayoría de las operaciones financieras se reali-

zan en masa y que deben hacerse adecuaciones en los sistemas, que requieren de un término prudencial para sujetarse a los nuevos requerimientos normativos. En materia de productos financieros encontramos nuevas regulaciones contenidas en decretos reglamentarios sobre la inversión extranjera de portafolio⁴; retenciones en la fuente aplicables a los rendimientos financieros provenientes de títulos de renta fija y de sus enajenaciones, derivados, operaciones activas de crédito, y operaciones de reporto, simultáneas y transferencia temporal de valores⁵; igualmente, los fondos de inversión colectiva fueron objeto de normativa reglamentaria⁶, así como las exenciones al gravamen a los movimientos financieros⁷ y la subcapitalización^{8, 9}.

Bajo estas anotaciones introductorias encontramos un amplio panorama que nos obliga a centrar los análisis contenidos en este documento en el impuesto sobre la renta aplicable a dos productos financieros específicos: la inversión

2 El cual se eliminó en el nuevo ordenamiento para dichas operaciones.

3 Esta figura, regulada en varias legislaciones pero de manera diferente a la norma colombiana, impide la deducción de los intereses sobre préstamos que superen en tres veces el patrimonio líquido del contribuyente al corte del año gravable anterior, salvo las excepciones contenidas en la misma norma. Su regulación está en el artículo 118-1 del Estatuto Tributario, norma que ha sido objeto de muchas críticas y cuyo análisis amerita un trabajo independiente.

4 El Decreto 2108 de 2013 regula el supuesto de enajenación del más del 10% de acciones inscritas en bolsas de valores colombianas; igualmente, resultan aplicables a las inversiones del exterior de portafolio algunas disposiciones del Decreto 3025 de 2013.

5 En esencia, estas regulaciones se encuentran en los decretos 2318, 2418 y 3025 de 2013.

6 Ver Decreto 1848 de 2013 y Decreto 3048 de 2013 (referido al impuesto a la renta para la equidad, CREE).

7 Ver Decreto 1744 de 2013.

8 Al respecto, la subcapitalización no constituye claramente un producto financiero, pero sí tiene una referencia al endeudamiento. Los decretos que a la fecha se han expedido sobre el particular son el 3027 de 2013 y el 627 de 2014.

9 Debe anotarse que las disposiciones reglamentarias citadas corresponden a regulaciones especiales, como se anunció; sin embargo, existen otra serie de normas reglamentarias, que al igual que sucede con la Ley 1607 de 2013, resultan aplicables a estas operaciones, por contener, por ejemplo, regulaciones sobre el CREE.

extranjera de portafolio y los contratos de fiducia mercantil. La escogencia de estos temas obedece a la importancia e innovación de las regulaciones tributarias sobre estos productos; sin embargo, queda un inmenso espacio para el estudio de las otras disposiciones de la reforma tributaria que tienen efectos en productos financieros e incluso sobre los asuntos escogidos, sobre los cuales no se cubrirá el cien por ciento de la materia por razones de espacio y el carácter del presente artículo.

I. INVERSIÓN EXTRANJERA DE PORTAFOLIO

A. Marco general

La regulación tributaria de la inversión extranjera de portafolio está contenida en el artículo 18-1 del Estatuto Tributario (en adelante ET), cuya redacción inicial correspondía a la Ley 49 de 1990 (con las modificaciones introducidas por la Ley 6ª de 1992)¹⁰, es decir, se trataba de una regulación de más de veinte años de vigencia que no se acompañaba con las modificaciones introducidas a lo largo del tiempo en la regulación cambiaria y tributaria, en especial con los cambios incluidos por el Decreto 4800 de 2010¹¹, según el cual “se

considera inversión de portafolio la realizada en valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores –RNVE–, las participaciones en carteras colectivas, así como en valores listados en los sistemas de cotización de valores del extranjero”¹². Sin embargo, a pesar de la actualización normativa en materia de inversiones, el asunto tributario quedó relegado a la regulación vigente en ese momento, la cual se refería solo a dividendos y a rendimientos financieros, quedando por fuera operaciones como la de derivados, sobre la cual se generaron toda suerte de interpretaciones¹³.

De otra parte, la norma legal (artículo 18-1 del ET) adolecía de ciertos errores y, consecuentemente, su aplicación resultaba compleja. De manera afortunada, la nueva norma establece un tratamiento más coherente desde el punto de vista jurídico tributario y acorde con la reali-

vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia (artículo 7º Decreto 4800 de 2010).

12 Literal b) del artículo 1º del Decreto 4800 de 2010. De esta forma, las posibilidades de inversión se resumen así: (i) en valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE); (ii) en valores listados en los sistemas de cotización de valores del extranjero; (iii) en operaciones de reporto, simultáneas y transferencia temporal de valores; (iv) en operaciones de derivados; (v) en depósitos en cuentas corrientes, ahorros y carteras colectivas.

13 La norma a la que nos referimos es el parágrafo del artículo 10º del Decreto 4800 de 2010, que tenía esta redacción:

“A la inversión extranjera del portafolio se aplica el régimen que se había previsto para los anteriormente denominados “fondos de inversión de capital extranjero.”

“Parágrafo. Para efectos tributarios, es entendido que el cambio de denominación del vehículo de inversión no genera ninguna modificación en el respectivo régimen legal aplicable. En consecuencia, el régimen de los Fondos de Inversión de Capital Extranjero que continúen en funcionamiento en virtud de lo establecido en el presente artículo, así como para los inversionistas del exterior que lo sean de conformidad con el artículo 26 del Decreto 2080 de 2000, será el previsto en el artículo 18-1 del Estatuto Tributario, sin perjuicio de las demás normas especiales previstas en la legislación tributaria.”

10 La norma modificada contenía el tratamiento tributario aplicable solo a dos tipos de operaciones: la inversión en acciones y los rendimientos financieros.

11 Este decreto eliminó la exigencia de realizar las inversiones a través de los denominados “fondos de inversión de capital extranjero”, permitiendo que estas se administren de manera individual por un administrador especializado, carácter que tienen de manera exclusiva las sociedades comisionistas de bolsa, las sociedades fiduciarias y las sociedades administradoras de inversión, sometidas a la inspección y

dad del negocio y las expectativas económicas del Gobierno.

El siguiente cuadro resulta ilustrativo respecto al incremento de la inversión extranjera de portafolio:

	2012	2013	Variación (USD)	Variación %
	Ene.-Jun.	Ene.-Jun.		
Inversión extranjera directa	7,853	8,283	430	5,48%
Inversión extranjera de portafolio	2,647	4,928	2,281	86,17%

Fuente: Banco de la República. Cálculos: Asobancaria.

B. Análisis tributario

El análisis de la nueva normativa se hará principalmente en torno a los elementos esenciales de la obligación tributaria, en este caso, impuesto a la renta, que es el que se regula en la norma analizada.

1. Sujetos pasivos

Los inversionistas extranjeros son sujetos pasivos en Colombia por sus inversiones de portafolio, bajo el carácter de contribuyentes, lo cual significa que deben sufragar los impuestos que se causen en el país por efecto de dicha inversión. Esta precisión resultaba imperiosa para que los inversionistas, de acuerdo con la normativa que rija en sus países de residencia, puedan exonerar de gravamen las rentas tributadas en

Colombia o hacer uso de los créditos tributarios por impuestos pagados, y aplicar, de ser el caso, los tratados para evitar la doble imposición¹⁴.

Al efecto, debe hacerse una previsión importante y es la relativa a que los inversionistas en mención están gravados en Colombia únicamente por sus rentas de fuente nacional¹⁵. Esta precisión si bien no la trae el artículo 18-1 del ET, resulta de la aplicación de los artículos 9 y 12 del ET¹⁶.

2. El hecho generador

A efectos de determinar el régimen tributario de las inversiones de portafolio del exterior, resulta imperioso revisar la normativa cambiaria para verificar las posibilidades de inversión aplicables. Según se anunció, del Decreto 4800 de

14 La Ley 1607 de 2012 aclaró este importante tema, en la medida que la anterior disposición regulaba que los inversionistas del exterior no eran contribuyentes del impuesto sobre la renta, con lo cual la posibilidad de aplicar los convenios para evitar la doble imposición y los descuentos tributarios les quedaba vedada. Sin embargo, en una evidente carencia de coherencia en la normativa, la misma disposición, a renglón seguido, señalaba la forma de calcular el impuesto a cargo de los inversionistas, con lo cual, en la práctica, sí resultaban siendo contribuyentes.

15 Las rentas de fuente nacional se regulan en el artículo 24 del ET, que establece la regla general de gravamen sobre la explotación de bienes y prestación de servicios dentro del país, así como los obtenidos por la enajenación de bienes materiales e inmateriales que se encuentren en el país al momento de su enajenación. El artículo contiene un listado de algunas rentas de fuente nacional, del cual cabe destacar —a efectos del tema que nos ocupa— los provenientes de bienes muebles que se exploten en el país, “los intereses producidos por créditos poseídos en el país o vinculados económicamente a él...” y los dividendos provenientes de sociedades colombianas domiciliadas en Colombia.

16 Según el artículo 9º del ET “Las personas naturales, nacionales o extranjeras, que no tengan residencia en el país y las sucesiones ilíquidas de causantes sin residencia en el país en el momento de su muerte, sólo están sujetas al impuesto sobre la renta y complementarios respecto a sus rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional (...) poseído en el país”. Y de conformidad con el artículo 12 lb. “las sociedades y entidades extranjeras son gravadas únicamente sobre sus rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional.”

2010 surge que las siguientes son las inversiones permitidas:

- Inversión en valores inscritos en el RNVE: los valores están definidos en el artículo 2º de la Ley 964 de 1995 y comprenden, entre otros, las acciones, bonos, papeles comerciales, certificados de depósito de mercancías, títulos originados en procesos de titularización de activos, títulos representativos de capital de riesgo, certificados de depósito a término, aceptaciones bancarias, títulos de deuda pública.
- Inversión en valores listados en los sistemas de cotización de valores del extranjero.
- Operaciones de reporto y simultáneas y transferencia temporal de valores.
- Operaciones de derivados.
- Depósitos en cuentas corrientes, ahorros y carteras colectivas (como se anunció, la denominación de carteras colectivas fue sustituida por la de fondos de inversión colectiva).

Bajo la precisión fundamental de resultar gravada con el impuesto sobre la renta la obtención de ingresos que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción¹⁷, de existir rentas de fuente nacional y de fuente extranjera¹⁸ y de

resultar gravados solo los ingresos de fuente nacional para los no residentes en Colombia¹⁹, de la revisión de las inversiones admisibles antes realizada, se denota que en la mayoría de estas resulta clara la generación de rentas de fuente nacional; tal es el caso de los intereses derivados de inversiones poseídas en Colombia, de los originados en cuentas corrientes o de ahorros, de las enajenaciones de títulos poseídos en el país y de las utilidades provenientes de derivados que deban cumplirse en el territorio nacional.

Sin embargo, pensemos en el supuesto de invertirse en acciones de sociedades domiciliadas en un país diferente a Colombia, que se transan y se mantienen fuera del país (por ejemplo, en valores listados en los sistemas de cotización de valores en el extranjero). En este evento procede revisar el artículo 24 del ET, parte general,²⁰ y los siguientes dos supuestos específicos contemplados en este como generadores de rentas de fuente nacional: “los dividendos o participaciones provenientes de sociedades colombianas domiciliadas en el país” y “los dividendos o participaciones de colombianos residentes, que provengan de sociedades extranjeras que, directamente o por conducto de otras, tengan negocios o inversiones en Colombia”, para concluir que en el caso bajo análisis no se generan rentas de fuente nacional y que por ende los no residentes en el país no están obligados a tributar por estas rentas ni por los dividendos que se generen, ni por la enajenación de las acciones,

17 Lo cual corresponde al elemento objetivo del hecho generador del impuesto sobre la renta (artículo 26 del ET).

18 Corresponde el elemento espacial del hecho generador del impuesto en mención (ver artículos 24 y 25 del ET).

19 Ver nota 16.

20 Ver nota 15.

siempre y cuando estas se ubiquen fuera del país en el momento de la operación²¹.

De manera adicional, deberá verificarse la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición al momento de determinar en qué jurisdicción aplica el gravamen sobre las rentas respectivas, que en esencia y para la inversión que nos ocupa se referirán a intereses y a utilidades en la enajenación de títulos o bien a rentas empresariales; al efecto, debe tenerse en cuenta que solo la enajenación de títulos que se encuentren ubicados en Colombia en el momento de su enajenación generan rentas de fuente nacional²².

El análisis debe extenderse a las inversiones en fondos de inversión colectiva, dentro de los cuales se encuentran los fondos bursátiles, conocidos como ETF (Exchange Traded Funds) y definidos como los fondos “cuyo objeto consista en replicar o seguir un índice nacional o internacional, mediante la constitución de un portafolio

integrado por algunos o todos los activos que hagan parte de la canasta que conforma dicho índice”²³. Para este tipo de fondos resulta de particular importancia el Concepto DIAN 076740 de 2012, en el que reconsiderando un concepto anterior se concluyó que la enajenación en Colombia de ETF constituidos en el exterior bajo legislación de país extranjero y listados en los sistemas de cotización de valores extranjeros, no generan rentas de fuente nacional; este concepto precisó que lo determinante, en los términos del artículo 24 del ET, no es el lugar donde se hace la enajenación sino el lugar donde están ubicados los activos enajenados.

3. Base imponible

3.1. Marco general

También se advierten en el nuevo texto del artículo 18-1 del ET importantes avances en materia de determinación de la base impositiva para este tipo de inversiones. La norma anterior traía una gran confusión, puesto que adicional a la retención en la fuente prevista sobre los rendimientos financieros a cargo del pagador de estos, se consagraba que la sociedad administradora determinara el “rendimiento financiero devengado” con carácter mensual, el cual se veía afectado con el componente de devaluación y sobre este resultado se aplicaba la tarifa vigente para sociedades. La confusión se originaba precisamente en el alcance del término “rendimiento financiero devengado”, puesto que los

21 En el caso de inversiones en títulos, bonos u otros títulos de deuda emitidos por un emisor colombiano y que sean transados en el exterior el análisis resulta más complejo, puesto que a pesar de disponerse en el numeral 6° del artículo 266 del ET que los conceptos anotados no se entienden poseídos en el país, en cuyo caso no se generarían rentas de fuente nacional para el inversionista extranjero, el concepto de la DIAN n.° 041386 de 2013 se pronunció en el sentido que bajo el numeral 4° del artículo 24 del ET, se consideran de fuente nacional “los intereses producidos por créditos poseídos en el país o vinculados económicamente a él”, los intereses provenientes de títulos, bonos u otros títulos de deuda, si generan rentas de fuente nacional.

Este concepto, cuyo análisis y conclusiones no se comparten, no aclara qué debe entenderse por créditos vinculados económicamente al país y deja finalmente sin efecto el numeral 6° del artículo 266 del ET, cuya redacción corresponde a una ley posterior (La Ley 1430 de 2010) a la que fue incorporada como artículo 24 lb. (Ley 223 de 1995).

22 El artículo 24 del ET dispone: “También constituyen ingresos de fuente nacional los obtenidos en la enajenación de bienes materiales e inmateriales, a cualquier título, que se encuentren dentro del país al momento de su enajenación.”

23 Precisa el artículo 3.1.2.1.6 del Decreto 2555 de 2010, que el portafolio “también podrá estar conformado por derivados estandarizados cuyos subyacentes hagan parte de la canasta que conforma el índice”.

rendimientos financieros ya se habían sometido a retención²⁴. El nuevo artículo aclara la retención de orden mensual a cargo del administrador de la inversión (salvo en el caso de dividendos, donde el agente retenedor es la sociedad pagadora), precisando un asunto fundamental que traduce los principios constitucionales de justicia y equidad, relativo a que la base está constituida por la utilidad del inversionista y, al efecto, se ocupa de regular de manera específica los contratos de derivados, los títulos con rendimientos o descuentos, las operaciones de reporto o repo, las operaciones simultáneas y las de transferencia temporal de valores, para concluir que para las demás inversiones “los resultados serán el valor neto resultante de los pagos girados o los abonos en cuenta hechos directa o indirectamente, a favor y en contra del inversionista, en desarrollo de la respectiva operación”, lo que reitera —a pesar de su redacción un tanto tortuosa— que no solo los ingresos sino también las pérdidas se incluyen para determinar la base sometida a retención.

De manera adicional la norma precisa, en consonancia con los principios indicados, que no están sometidos a retención (y tampoco al impuesto de renta, puesto que el único evento en

que los inversionistas del exterior presentan declaraciones tributarias es cuando se genera renta gravada en la enajenación de acciones) los ingresos que no constituyan renta ni ganancia ocasional y las rentas exentas, que sean percibidos directa o indirectamente por el inversionista del exterior en sus inversiones de capital de portafolio. Esta previsión reconoce el mismo tratamiento para residentes y no residentes en materia de ingresos excluidos y rentas exentas, lo que no podría ser de otra manera frente a nuestra política de internacionalización de la economía y de puesta a tono de nuestra regulación fiscal con la de países desarrollados, lo cual se advierte en la Ley 1607 de 2012.

3.2. Operaciones de derivados

Las operaciones de derivados²⁵ pueden dar lugar a utilidades o pérdidas producto de su valoración a precios de mercado, de acuerdo con la normativa que aplica a los entes vigilados por la Superintendencia Financiera. Sin embargo, para los propósitos tributarios la causación fiscal solo se produce en el momento del cumplimiento del derivado²⁶.

24 El texto del aparte de la norma era el siguiente: “Al final de cada mes, la sociedad administradora del fondo, actuando como autorretenedora, deberá retener el impuesto que corresponde a los rendimientos acumulados obtenidos en ese período. En este caso, la tarifa de retención será la del impuesto de renta vigente para las sociedades en Colombia, aplicada al rendimiento financiero devengado, después de descontar el componente equivalente a la devaluación del peso con relación al dólar de los Estados Unidos de América en el respectivo mes. Para el cálculo de la devaluación del mes se utilizará la tasa representativa del mercado”. Este texto sirvió de soporte para que se interpretara por algunos que las operaciones de derivados quedaban por fuera del gravamen, dado que estas no tienen la naturaleza jurídica de rendimientos financieros.

25 Los derivados constituyen operaciones a plazo, cuyo valor depende de un subyacente. Ejemplos de esta figura son los forward, swaps, opciones y futuros. El Decreto 1796 de 2008, artículo 7°, los define así: “**Instrumento financiero derivado**. Es una operación cuya principal característica consiste en que su precio justo de intercambio depende de uno o más subyacentes y su cumplimiento o liquidación se realiza en un momento posterior. Dicha liquidación puede ser en efectivo, en instrumentos financieros o en productos o bienes transables, según se establezca en el contrato o en el correspondiente reglamento del sistema de negociación de valores, del sistema de registro de operaciones sobre valores o del sistema de compensación y liquidación. Estos instrumentos tendrán la calidad de valor siempre que se cumplan los parágrafos 3° y 4° del artículo 2° de la Ley 964 de 2005”.

26 De manera general, esto es lo que prescribe el artículo 6° del Decreto 1797 de 2008 para los ingresos. Sin embargo, interpretando armónica-

La determinación de la base gravable de los derivados sigue la regla general de la utilidad, puesto que en la generalidad de estos se presentan posiciones deudoras y acreedoras y lo que la norma obliga es a sumar unas y a restar las otras, en un período que debe entenderse mensual²⁷ y considerando para ello el momento del cumplimiento del contrato²⁸.

Ahora bien, para este tipo de inversiones, el artículo 18-1 del ET precisa que para los contratos swap o de permutas financieras debe entenderse que las causaciones de los ingresos o gastos ocurren con cada instalamento y no al final del contrato²⁹.

3.3. Operaciones sobre títulos

Respecto a los títulos con rendimientos o descuentos, de los cuales surgen ingresos fisca-

les por su propiedad y por su enajenación³⁰, se prevé en el mismo artículo 18-1 del ET que los resultados “corresponderán a los rendimientos determinados de conformidad con el procedimiento establecido en la normativa vigente para la retención en la fuente sobre rendimientos financieros provenientes de títulos de renta fija previsto para residentes”.

De esta disposición surge el interrogante sobre qué debe entenderse por “procedimiento”, aspecto sobre el cual debe arribarse a la conclusión de que si bien la norma debió haber tenido una redacción más precisa, la referencia es a las regulaciones en materia de retención en la fuente sobre los títulos en mención, en esencia, los decretos 700 de 1997, 1033 de 1999 y 2108 de 1998, modificados parcialmente por los decretos 2318, 2418 y 3025 de 2013, que regulan las retenciones para títulos con descuento y sus enajenaciones en moneda legal, en moneda extranjera y en unidades de valor real (UVR)³¹.

Atendiendo la aplicación de los beneficios tributarios previstos en la normativa, debe tenerse presente que los títulos emitidos en procesos de titularización de cartera hipotecaria y los bonos

mente diversas disposiciones que rigen el tratamiento fiscal de los derivados (en esencia, el Decreto 1798 de 2008) se arriba a la conclusión que la misma regla de causación opera para las pérdidas o egresos respectivos.

27 Se entiende así porque el período para la declaración de retención es mensual.

28 Si bien esta fórmula de causación al cumplimiento se previó expresamente en el Decreto 1898 de 2008, con anterioridad se aplicaba el mismo tratamiento dado que en la vida de los derivados y antes de su liquidación no se presentan verdaderas causaciones fiscales de los ingresos y los gastos, sino meras valoraciones contables.

29 El texto de este aparte del artículo 18-1 del ET es el siguiente: “a) En el caso de la negociación de instrumentos financieros derivados, los resultados se determinarán como el valor neto resultante de los pagos girados o los abonos en cuenta hechos, a favor y en contra, directa o indirectamente al inversionista, por la liquidación y cumplimiento de todos los instrumentos financieros derivados que se hayan vencido o liquidado en el período gravable. En el caso de las permutas financieras o swaps, los resultados que se obtengan antes del vencimiento que correspondan a la liquidación de cada uno de los flujos del respectivo instrumento, hacen parte de la base gravable del período en el que se pagan o abonan en cuenta.”

30 En los términos del artículo 395 del Estatuto Tributario, los rendimientos financieros comprenden conceptos “tales como, intereses, descuentos, beneficios, ganancias, utilidades y, en general, lo correspondiente a rendimientos de capital o a diferencias entre valor presente y valor futuro de éste, cualesquiera sean las condiciones o nominaciones que se determinen para el efecto”.

31 Estas reglamentaciones, en especial el Decreto 700 de 1997, ha sido objeto de múltiples críticas por la complejidad que entraña su aplicación; sin embargo, de manera afortunada, los decretos 2318 y 3025 de 2013 vinieron a aliviar un poco la situación, al aclarar que tratándose de títulos con rendimientos vencidos procede para los autorretenedores disminuir la base de retención, teniendo en cuenta las pérdidas mensuales (esto significa que las bases negativas se incorporan dentro de la base final de retención y disminuyen el monto de esta).

hipotecarios emitidos hasta el 23 de diciembre del año 2010 gozan de exención del impuesto sobre la renta, por el tiempo de vigencia de los títulos³².

3.4. Operaciones reporto, simultáneas y de transferencia temporal de valores

Por último, se regula la base de las operaciones reporto o repo, las simultáneas y las de transferencia temporal de valores³³, para las cuales la retención en la fuente se practica exclusivamente al momento de la liquidación final de la operación, lo cual no resulta nuevo, puesto que ya normas anteriores habían reconocido este tratamiento bajo la consideración que a pesar

32 Ver artículos 81 y 82 de la Ley 964 de 2005; artículo 177-1 del ET y Decreto 779 de 2003, artículo 9°.

33 Estas operaciones se definen así en el Decreto 2555 de 2010, mediante el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.

Las operaciones de reporto o repo y las simultáneas y transferencia se definen de la misma manera (artículos 2.36.3.1.1 y 2.36.3.1.2) como “aquellas en las que una parte (el “Enajenante”), transfiere la propiedad a la otra (el “Adquirente”) sobre valores a cambio del pago de una suma de dinero (el “Monto Inicial”) y en las que el Adquirente al mismo tiempo se compromete a transferir al Enajenante valores de la misma especie y características a cambio del pago de una suma de dinero (“Monto Final”) en la misma fecha o en una fecha posterior previamente acordada”, sin embargo, en la misma norma se establecen las diferencias aplicables (referidas al cálculo del monto inicial, a la sustitución y restricción a la movilidad de valores).

Por su parte, las operaciones de transferencia temporal de valores “son aquellas en las que una parte (el “Originador”), transfiere la propiedad de unos valores (objeto de la operación) a la otra (el “Receptor”), con el acuerdo de retransferirlos en la misma fecha o en una fecha posterior.

A su vez, el Receptor transferirá al Originador la propiedad de “otros valores” (no objeto de la operación), o una suma de dinero de valor igual o mayor al de los valores objeto de la operación; o entregará dicha suma de dinero u “otros valores” en garantía a un sistema de negociación de valores o a una bolsa de valores vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia” (artículo 2.36.3.1.3, en el cual también se incluyen sus características).

de poderse presentar dos transferencias, económicamente representan una sola operación en la cual solo a su finalización se conoce su utilidad o pérdida³⁴; por ello es que la norma, al igual que en las operaciones anteriormente analizadas, señaló “que el resultado se determinará como el valor neto resultante de los pagos girados o los abonos en cuenta hechos, directa o indirectamente, a favor y en contra del inversionista”.

4. Tratamiento de las pérdidas

De manera adicional al reconocimiento de las utilidades y pérdidas en las operaciones propias de la inversión extranjera de portafolio, en la conformación de la base finalmente sometida a retención la norma permite amortizar las pérdidas mensuales sufridas por el inversionista, con las utilidades generadas en los meses siguientes; sin embargo, precisa que la deducibilidad de estas pérdidas debe estar limitada como opera para los residentes “de conformidad con las normas generales”. Este aparte resulta impreciso, puesto que no queda clara cuál es la categoría de normas generales. De todas formas, el asun-

34 El Decreto 2555 de 2010, artículo 2.36.3.1.17, señala: Disposiciones fiscales. “En las operaciones a que se refiere el presente título [repo, simultáneas y transferencia temporal de valores] la retención en la fuente se practicará exclusivamente al momento de la liquidación final de la respectiva operación”.

En este sentido, se habían reconocido por la autoridad tributaria, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) en concepto 8368 de noviembre 28 de 2008, en el que se dijo que en este tipo de operaciones: “dada la diversidad de compromisos que adquieren las partes vinculadas sobre los títulos valores objeto de la transacción, sobre otros títulos e incluso sobre dinero que satisfagan el precio de aquellos, es por lo que el Gobierno la ha considerado como una sola operación, pues solo al final de la fecha acordada o en el evento de terminación anticipada de la operación se conocen los rendimientos o pérdidas reales”.

to obliga a revisar en el Estatuto Tributario qué pérdidas pudieran ser aplicables, teniendo en cuenta el tipo de inversiones autorizadas con los recursos de los inversionistas del exterior de portafolio; al efecto, se encuentra que perfectamente aplica la limitación de las pérdidas en la enajenación de acciones o cuotas de interés social, la cual se extiende a la enajenación de derechos fiduciarios que tengan como subyacente estos mismos activos o cualquier otro cuya pérdida esté restringida (artículo 153 del ET).

5. Tarifa

En torno a este último elemento esencial de la obligación tributaria, la Ley 1607 de 2012 estableció una tarifa de retención general del 14%³⁵ y una especial del 25%, aplicable para ingresos por dividendos y en el evento que el inversionista del exterior esté domiciliado en un paraíso fiscal³⁶. Ahora bien, soportado en que la norma legal prescribió que en el caso de utili-

dades gravadas provenientes de la enajenación de acciones³⁷ el inversionista del exterior está obligado a presentar declaración de renta, pero únicamente por estas utilidades, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 2108 de 2013, señaló la tarifa del 33% aplicable para este tipo de utilidades³⁸.

6. Retención en la fuente

Desde el punto de vista de la obligación formal de practicar retenciones en la fuente, la nueva norma establece estos eventos: (i) para la generalidad de los pagos, se prescribe que el pagador no debe practicar retención alguna³⁹, lo

35 Surge un cuestionamiento sobre la constitucionalidad de la norma que fija esta tarifa del 14%, sensiblemente inferior a la general del 33% aplicable a las sociedades extranjeras o incluso a la del 34% (considerando los impuestos de renta y CREE) aplicable a las sociedades nacionales. Al respecto, puede aducirse como argumento a favor de la constitucionalidad de la norma, que si bien se trata de un tratamiento discriminatorio, este encuentra sustento en una razón de orden económica, cual es la de atraer recursos del exterior, que permitan nuestro desarrollo económico.

Debe anotarse que las tarifas de retención señaladas en la norma tienen el carácter de impuesto definitivo, y como tal, así fijado por norma de orden legal y no reglamentaria, por lo que el inversionista del exterior no debe presentar declaración de renta, salvo que se trate de enajenaciones de acciones gravadas, en cuyo caso sí tiene que cumplir esta obligación fiscal formal.

36 Los paraísos fiscales fueron señalados en el Decreto 2193 de 2013. Frente a la nueva tarifa de autorretención en la fuente sobre títulos de renta fija y en sus enajenaciones, fijada en un 4% en el Decreto 2418 de 2013, debe concluirse que esta no aplica puesto que en el caso de la inversión extranjera de portafolio, el administrador aplica la retención en la fuente al final del mes, a la tarifa general del 14%, lo cual se constituye en una norma especial.

37 La norma es el inciso 2º del artículo 36-1 del ET, que prescribe: "No constituyen renta ni ganancia ocasional las utilidades provenientes de la enajenación de acciones inscritas en una Bolsa de Valores Colombiana, de las cuales sea titular un mismo beneficiario real, cuando dicha enajenación no supere el diez por ciento (10%) de las acciones en circulación de la respectiva sociedad, durante un mismo año gravable".

38 La norma tiene este texto:

Artículo 1. Enajenación de más del 10% de acciones inscritas en una bolsa de valores colombiana. La declaración del impuesto sobre la renta y complementarios que, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 18-1 del Estatuto Tributario, están obligados a presentar los inversionistas de capital del exterior de portafolio por las utilidades obtenidas en la enajenación de más del diez por ciento (10%) de las acciones en circulación de una sociedad, inscritas en una bolsa de valores colombiana y de las cuales sea titular un mismo beneficiario real, se sujetará a lo dispuesto en la parte final del inciso primero del artículo 240 del Estatuto Tributario, o en el inciso primero del artículo 247 del Estatuto Tributario, según corresponda.

Sobre este tópico debe anotarse que la misma norma legal había establecido que, salvo el caso señalado para los dividendos, el impuesto a cargo de los inversionistas sería pagado "íntegramente mediante las retenciones en la fuente que le sean practicadas al final de cada mes por parte del administrador de este tipo de inversiones", lo cual denota una inconsistencia en la redacción, puesto que bajo la obligación de presentar declaración de renta en el caso anotado, no resulta cierto que el impuesto a cargo sea pagado íntegramente con las retenciones practicadas por el administrador (a la tarifas del 14% y 25%), salvo en lo que corresponde a dividendos, en que el pagador es el agente retenedor.

39 La norma anterior preveía retenciones por dividendos y por rendimientos financieros a cargo del pagador y una retención mensual por el administrador de la inversión, a manera de autorretención, circunstancia

cual aplica incluso frente a la nueva regulación expedida para fondos de inversión colectiva (Decreto 1848 de 2013), en el sentido que no será el administrador del fondo quien practique la retención, sino el administrador de la inversión extranjera, para lo cual deberá contar con la información necesaria respecto a los componentes de la utilidad sobre la cual se ha procedido al pago⁴⁰; (ii) tratándose de dividendos, se mantiene la retención por parte del pagador; (iii) a cargo de la sociedad administradora de la inversión se establece la obligación de practicar retenciones mensuales sobre las utilidades generadas, a la tarifa del 14% ya indicada.

Por último, se prevé que las retenciones que resulten en exceso en un período mensual podrán ser descontadas de las que se causen en los meses subsiguientes, dentro de los 12 meses siguientes⁴¹, aspecto sobre el cual debe tenerse en cuenta que la retención sobre dividendos se estableció en un 25% y no en un 14% y que esta retención no da lugar a que se configure una retención en exceso.

que evidenciaba un error legislativo, puesto que el administrador no era el titular del ingreso, sino el inversionista extranjero.

40 La retención en este caso debe hacerse sobre pagos efectivos. Sobre el punto, debe advertirse que respecto a las inversiones de capital del exterior, por expresa previsión del artículo 3° del Decreto 2318 de 2013, en el caso de que los pagos de títulos con rendimientos vencidos se efectúen a los inversionistas de capital del exterior de portafolio, la retención en la fuente será practicada por el administrador de la inversión.

41 Llama la atención esta limitación impuesta en la norma. Su constitucionalidad resulta cuestionable, sobre todo en lo que corresponde a las retenciones en la fuente en exceso, correspondientes al año 2012, evento en el cual la norma resultaría retroactiva.

II. CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL

A. Marco general

La Ley 1607 de 2012 introdujo importantes modificaciones sobre este tipo de contratos, que resultaban también urgentes, dada la ambigüedad de la normativa que regulaba estas figuras; en esencia, los artículos 102 y 271 del ET para los contratos de fiducia mercantil⁴², y los artículos 23-1 y 368-1 referidos a las carteras colectivas⁴³, que según se dijo, hoy se conocen como fondos de inversión colectiva⁴⁴. Con todo, como se advirtió al inicio, este documento se centrará en los contratos de fiducia mercantil y no en los fondos en mención.

Respecto a los contratos de fiducia mercantil, el panorama existente al momento de la modi-

42 Los contratos de fiducia mercantil se definen en el artículo 1226 del Código de Comercio, así: "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".

43 Los contratos de fiducia de inversión pueden dar lugar a fondos de inversión colectiva.

44 Según el artículo 3.1.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 (que reproduce la redacción del artículo 9 del Decreto 2175 de 2007): "Para los efectos de esta Parte se entiende por cartera colectiva todo mecanismo o vehículo de captación o administración de sumas de dinero u otros activos, integrado con el aporte de un número plural de personas determinables una vez la cartera colectiva entre en operación, recursos que serán gestionados de manera colectiva para obtener resultados económicos también colectivos".

ficación normativa se resumía en una evidente carencia de reglamentación sobre temas poco claros en la norma legal, lo que dio lugar a doctrinas oficiales e incluso pronunciamientos judiciales muy criticados, que castigaban el negocio fiduciario. En particular, se presentaron dos situaciones complejas: la primera referida al desconocimiento de las pérdidas fiscales arrojadas en los fideicomisos, bajo la tesis que el artículo 102 del Estatuto Tributario gravaba las utilidades generadas en estos pero no permitía la deducción de las pérdidas, posición de la autoridad tributaria que fue confirmada por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴⁵; la segunda, relativa al desconocimiento de tratamientos específicos benéficos en cabeza de los fideicomitentes cuando operaban traspasos de bienes a patrimonios autónomos. El tratamiento desconocido fue el de la reducción de la base de la renta presuntiva con las acciones entregadas bajo el contrato de fiducia mercantil⁴⁶.

45 Nos referimos a las sentencias del Consejo de Estado con números de radicación 16510 de 2009 y 16878 de 2010. Se advierte en la primera de estas sentencias: "A juicio de la Sala, el artículo 102 del estatuto tributario señala claramente que lo que interesa para efectos del impuesto de renta en cabeza del beneficiario del fideicomiso, (...) es la utilidad que le reporte el negocio fiduciario, no las pérdidas, pues es evidente que tales pérdidas se enjugarían con otros ingresos diferentes a los generados por el fideicomiso, lo cual no es procedente en materia del impuesto de renta.

...

Así las cosas, la actora en calidad de beneficiaria del fideicomiso, frente al impuesto de renta tiene la obligación de declarar las utilidades de los negocios fiduciarios que hubiera constituido a su favor, pero no las pérdidas que genere el negocio".

Estas sentencias, a mi manera de ver, resultaban alejadas del texto del artículo 102, en el que no se encontraba el desconocimiento de estas pérdidas; consecuencialmente, el principio constitucional de equidad se vio afectado por estas decisiones.

46 Sobre este tema se pronunció la DIAN mediante Concepto 48995 de 2012, en el que reafirmó su tesis anterior, en el siguiente sentido: "el régimen tributario colombiano contempla la aplicación del principio de transparencia fiscal en los contratos de fiducia mercantil, en relación

B. Principio de transparencia fiscal

En relación con los problemas antes mencionados, estos tenían como eje central la aplicación incompleta y no uniforme del denominado "principio de transparencia fiscal", sobre el cual vale la pena hacer unas cortas anotaciones, dada su importancia, para entender cabalmente la correcta orientación de la normativa fiscal que debe regir los contratos de fiducia mercantil. Al efecto, partimos de la base que este tipo de contratos constituyen vehículos de actuación para lograr el efecto o finalidad económica dis-

con las utilidades que se generen en virtud de dichos contratos en cabeza del constituyente o de un tercero beneficiario (ET, art. 102).

Así mismo, el artículo 271-1 del Estatuto Tributario consagra las reglas para la determinación del valor patrimonial de los derechos fiduciarios, señalando que estos deben ser declarados por quien tenga la explotación económica de los respectivos bienes.

Estas disposiciones desarrollan parcialmente el principio de transparencia en el sentido de que, en el contexto de la realización de los ingresos, obligan al beneficiario en los contratos de fiducia a declarar las utilidades que se causen a favor del patrimonio autónomo, conservando el carácter de gravables o no gravables y el mismo concepto y condiciones tributarias que tendrían si las hubiere percibido directamente.

Patrimonialmente, obligan a declarar el valor de los derechos fiduciarios de acuerdo con su participación en el patrimonio líquido del fideicomiso. Y es claro que la titularidad de derechos fiduciarios poseídos en razón de la transferencia de la propiedad de acciones en sociedades nacionales, en virtud de la suscripción de un contrato de fiducia mercantil, corresponde a un activo distinto a acciones en tanto la propiedad de las acciones está en cabeza de la fiduciaria, porque salen del patrimonio del fideicomitente para formar parte del patrimonio...

Por tanto, en lo que se refiere a la determinación de la base para el cálculo de la renta presuntiva y, (...) para el impuesto al patrimonio, no existe ninguna disposición que de manera expresa contemple la posibilidad de detraer el valor patrimonial neto de los derechos fiduciarios correspondientes a acciones o aportes en sociedades nacionales, como tampoco existe disposición que avale el reconocimiento, para efectos del impuesto sobre la renta, de las pérdidas derivadas del contrato de fiducia".

En línea con el comentario de la nota anterior, la aplicación del principio de transparencia fiscal, debidamente entendido, obligaba a reconocer la disminución de la renta presuntiva del fideicomitente o beneficiario con las acciones en sociedades nacionales, entregadas en fideicomiso.

puesta por el constituyente, de manera tal que a la transferencia de los bienes a una sociedad fiduciaria, y a la conformación de un patrimonio autónomo con dichos bienes, no puede endilgársele un tratamiento tributario desligado del beneficiario de las rentas o bienes respectivos. El principio de transparencia fiscal reconoce que el verdadero beneficiario de los bienes fideicomitidos y de las rentas generadas en el negocio fiduciario no es otro que el beneficiario o fideicomisario consignado en el contrato de fiducia mercantil, de manera tal que la transferencia de los bienes y la existencia del patrimonio autónomo resultan “transparentes” para los efectos fiscales, puesto que el verdadero sujeto de tributación es, se recalca, el beneficiario real de la operación económica, por lo tanto, esta transparencia debe aplicarse tanto a los derechos fiduciarios como a los resultados arrojados por el fideicomiso⁴⁷.

47 Con el principio de transparencia fiscal se busca que la existencia de ciertos tipos de contratos no afecte la tributación que corresponde a los sujetos pasivos; por ende, esta tributación debe darse como si no existiera el contrato.

La DIAN emitió algunos conceptos en los cuales permitía la aplicación del principio de transparencia fiscal, y otros en que lo desechaba. En el Concepto 61758 de 2007 señaló que si se entregaban en fiducia mercantil activos fijos reales productivos, los beneficiarios podrían utilizar la deducción contemplada en la ley para los propietarios de estos, a pesar que dichos activos, al haberse trasladado a un patrimonio autónomo, representarían derechos fiduciarios.

De igual manera, en el Concepto 12023 de marzo 2 de 2005 afirmó que si las inversiones que conforman un patrimonio autónomo se encontraban en período improductivo “del derecho fiduciario que las representa se puede predicar la misma condición”. Ello implicaba imprimir en cabeza del beneficiario el tratamiento fiscal previsto en el ET, aunque los bienes respectivos no estuvieran en el patrimonio del beneficiario, sino que este tuviera unos derechos fiduciarios conformados por estos bienes.

Sin embargo, según se analizó, en otros eventos no se aplicó el principio en mención, como en el caso de la disminución de la renta presuntiva con las acciones entregadas en fideicomiso.

El principio de transparencia fiscal no constituye una teoría nueva o no reconocida por nuestra normativa tributaria, puesto que aún bajo la regulación anterior a la Ley 223 de 1995 ya se consagraba⁴⁸; posteriormente, la Ley 223 de 1995 mantuvo el principio de transparencia fiscal en materia de rentas gravables, al indicar que “Las utilidades obtenidas en los fideicomisos deberán ser incluidas en las declaraciones de renta de los beneficiarios, en el mismo año gravable en que se causan a favor del patrimonio autónomo, conservando el carácter de gravables o no gravables, y el mismo concepto y condiciones tributarias que tendrían si fueren percibidas directamente por el beneficiario”⁴⁹ e incluso, en materia de derechos fiduciarios, puesto que el artículo 271-1 del ET establece (hoy conserva la misma redacción) la obligación de quienes tienen la explotación económica de los bienes fideicomitidos, de incluir en sus declaraciones los derechos fiduciarios, bajo la precisión que “los

48 El artículo 36 del Decreto Ley 2053 de 1974, estipulaba: “Renta bruta en contratos de fiducia mercantil. Cuando se celebren contratos de fiducia mercantil, rigen las siguientes disposiciones:

1. Si se estipulare la transferencia de los bienes a los beneficiarios de la renta, a la conclusión de la fiducia, y éstos fueren distintos del constituyente, los bienes y rentas se gravan en cabeza, de tales beneficiarios, sin perjuicio del impuesto sucesoral, cuando fuere el caso.
2. Si se estipulare la devolución de los bienes al constituyente y éste fuere al mismo tiempo beneficiario, los bienes y rentas se gravan en cabeza del constituyente.
3. Si se estipulare la devolución de los bienes al constituyente, pero los beneficiarios de la renta fueren sus parientes dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, los bienes y rentas se gravan en cabeza del constituyente.
4. Si se estipulare la devolución de los bienes al constituyente y los beneficiarios de la renta fueren terceros distintos de los enumerados en el ordinal anterior, los bienes y rentas se gravan en cabeza de estos.” Este ordinal había sido modificado por el artículo 3º del Decreto 2348 de 1974.

49 Texto del artículo 102, ordinal 2º, antes de la modificación introducida por la Ley 1607 de 2012.

bienes conservarán para los beneficiarios la condición de movilizados o inmovilizados”. Por último, la Ley 1607 de 2012 estableció ciertas precisiones, sobre las cuales nos detendremos posteriormente cuando se analice el régimen tributario actual de los contratos de fiducia mercantil a la luz de los elementos esenciales de la obligación tributaria, en donde encontraremos que el principio de transparencia fiscal orienta las nuevas disposiciones con mayor propiedad⁵⁰.

C. Tratamientos que se mantienen bajo la nueva normativa

La Ley 1607 de 2012 introdujo algunas modificaciones al artículo 102 de Estatuto Tributario, sin subrogarlo completamente, puesto que mantuvo algunos tratamientos, como entra a analizarse:

1. Causación de los ingresos

La norma precisa el asunto relativo a la transferencia de los bienes objeto del fideicomiso, en el

sentido que la causación fiscal solo se produce cuando los bienes que componen el patrimonio autónomo o los derechos sobre dicho patrimonio se transfieren a personas diferentes al constituyente. Esta precisión responde claramente al principio de transparencia fiscal, puesto que bajo el prisma de la realidad económica, el aprovechamiento económico de estos bienes lo tiene el fideicomitente, salvo si este señala un tercer beneficiario, caso en el cual resulta evidente que debe causarse el impuesto a la renta o el de ganancias ocasionales por las transferencias⁵¹. La norma establece con total sentido que si la transferencia es a título gratuito (caso que correspondería, por ejemplo, a una donación) el impuesto se causa en cabeza del beneficiario de los bienes o derechos⁵².

Respecto a los ingresos propios del negocio fiduciario, se sigue la regla del ET de causación de los ingresos para quienes llevan contabili-

50 En relación con otros gravámenes también se ha reconocido el principio de transparencia fiscal. Tal es el caso del impuesto predial y la contribución de valorización, para los cuales la Ley 1607 de 2012 señala la condición de sujetos pasivos de los fideicomitentes o beneficiarios “frente al impuesto a cargo de los patrimonios autónomos”, expresión que resulta inadecuada, puesto que si los sujetos pasivos son los indicados, no resulta impuesto a cargo alguno en cabeza de los patrimonios autónomos; precisamente, la norma hace responsable por obligaciones formales y sustanciales a los fideicomitentes o beneficiarios.

En materia del impuesto de industria y comercio, el artículo 177 de la Ley 1607 de 2012 subrogó el artículo 54 de la Ley 1430 de 2012, reiterando que son sujetos pasivos de los impuestos departamentales y municipales, las personas naturales, jurídicas, sociedades de hecho y aquellas en quienes se realicen el hecho gravado a través de los patrimonios autónomos en quienes se figure el hecho generador del impuesto.

51 Este tratamiento no fue debidamente reconocido por algunos conceptos de la autoridad tributaria. Citamos el Concepto 002875 de 2005, en el que se afirmó, bajo la aplicación del artículo 90 del ET, que constituía renta gravable para el fideicomitente promotor, la diferencia entre el valor del aporte y el costo fiscal del bien aportado, cuando transfiere a título de fiducia mercantil inmobiliaria irrevocable a favor del patrimonio autónomo, un terreno por su valor comercial, el cual es superior al costo fiscal.

Consideramos que esta precisión solo sería viable si efectivamente, en el acto de constitución del fideicomiso, o en acto posterior, se identifica un beneficiario diferente al constituyente.

52 Al respecto, el numeral 4° del artículo 102 dispone:

“4. Se causará el impuesto sobre la renta o ganancia ocasional en cabeza del constituyente, siempre que los bienes que conforman el patrimonio autónomo o los derechos sobre el mismo se transfieran a personas o entidades diferentes del constituyente. Si la transferencia es a título gratuito, el impuesto se causa en cabeza del beneficiario de los respectivos bienes o derechos. Para estos fines se aplicarán las normas generales sobre la determinación de la renta o la ganancia ocasional, así como las relativas a las donaciones y las previstas en los artículos 90 y 90-1 de este estatuto”.

dad⁵³; así, la Ley 1607 de 2012, que reprodujo la Ley 223 de 1995 sobre el particular, señala que la causación se origina “en el momento en que se produce un incremento en el patrimonio del fideicomiso, o un incremento en el patrimonio del cedente, cuando se trate de cesiones de derechos sobre dichos contratos”⁵⁴. Y, para reiterar este tratamiento, el mismo aparte de la norma, al mantener la liquidación anual de los resultados del fideicomiso, se refiere a la base fiscal para indicar que se deben seguir las normas tributarias aplicables “para los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación”⁵⁵.

Aunque la norma se restringe a los ingresos sin hacer mención alguna a la causación de los costos y gastos, consideramos que aplica el mismo

principio de causación, cuando se precisa que la liquidación anual (la cual en estricta lógica comprende ingresos, costos y gastos) debe hacerse bajo las normas aplicables a los obligados a llevar contabilidad.

2. Sujetos pasivos

La normativa actual conserva la condición de no contribuyentes de los patrimonios autónomos, salvo que se trate de fideicomisos sometidos a condiciones que no permitan identificar al beneficiario o sobre los cuales imperen ciertas circunstancias que pudieran generar un efecto similar⁵⁶. Esta solución resulta adecuada en la medida que si se ha radicado la titularidad tributaria en cabeza del beneficiario, todos los supuestos en que no se permita su identificación no pueden quedar sin sometimiento a gravamen⁵⁷.

3. Responsabilidad tributaria de la sociedad fiduciaria

Se establecen responsabilidades por incumplimiento de obligaciones formales, asunto que obliga a las sociedades fiduciarias a obrar con el mayor cuidado, dada la magnitud de dichas obligaciones y de las sanciones por su incumplimiento⁵⁸.

53 Aplican los artículos 27 y 28 del ET.

54 Artículo 102 núm.1º del ET.

55 Al respecto, debe tenerse en cuenta que bajo la normativa contable actual, el Decreto 2649 de 1993, artículo 48, establece: “Contabilidad de causación o por acumulación. Los hechos económicos deben ser reconocidos en el período en el cual se realicen y no solamente cuando sea recibido o pagado el efectivo o su equivalente”.

Por su parte, el artículo 97 lb. señala que “Un ingreso se entiende realizado y, por tanto, debe ser reconocido en las cuentas de resultados, cuando se ha devengado y convertido o sea razonablemente convertible en efectivo.

Devengar implica que se ha hecho lo necesario para hacerse acreedor al ingreso”.

Y, la normativa fiscal (artículo 27 del ET) se refiere a la realización del ingreso para señalar que los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación deben denunciar los ingresos causados en el año o período gravable, y el 28 lb. prescribe que “se entiende causado un ingreso cuando nace el derecho a exigir su pago, aunque no se haya hecho efectivo el cobro”.

La anterior lluvia de normas contables y tributarias lleva a concluir que en materia de fiducia mercantil, independientemente de la calidad de obligado o no obligado a llevar contabilidad, la causación de los ingresos se produce no con su pago, sino cuando nace el derecho a exigirlo.

56 El numeral 3º del artículo 102 del ET incluye diferentes supuestos como que el fideicomiso se encuentre sometido a condiciones suspensivas, resolutorias, o a sustituciones y revocatorias.

57 De igual manera, se mantiene la disposición que señala que en contratos de fiducia en garantía, el beneficiario es siempre el constituyente, norma que se soporta bajo la lógica que en este tipo de contratos no se conoce si se hará o no efectiva la garantía.

58 Al respecto, debe tenerse en cuenta que en materia del impuesto sobre la renta solo en el evento de patrimonios autónomos que no

4. Responsabilidad solidaria de los beneficiarios del fideicomiso

Esta responsabilidad es por recursos insuficientes para el pago de impuestos, retenciones y sanciones, puesto que las sociedades fiduciarias deben atender el pago de los diferentes impuestos, intereses moratorios y actualización monetaria derivados de las operaciones desarrolladas por el fideicomiso, con cargo a los recursos del fideicomiso. Y no podría ser de otra manera, puesto que las sociedades fiduciarias gestionan recursos ajenos.

5. Retención en la fuente por parte de las sociedades fiduciarias

El artículo 102 del ET radica la responsabilidad de practicar retenciones en la fuente en cabeza de la Fiduciaria en los casos de pagos o abonos en cuenta susceptibles de constituir ingreso tributario para el beneficiario del pago, con lo cual quien traslada los recursos a la Fiduciaria debe abstenerse de practicar la retención en la fuente cuando es a la sociedad fiduciaria a la que corresponde realizar dichos pagos⁵⁹.

permitan identificar al beneficiario o que estén sometidos a condiciones o revocatorias (artículo 102 ET, núm. 3º) surge la obligación de la Fiduciaria de presentar declaración de renta por este patrimonio.

En materia del impuesto a la renta para la equidad (CREE), el artículo 20 de la Ley 1607 de 2012 (reglamentado por el Decreto 1828 de 2013) estableció como sujetos pasivos de este impuesto a las sociedades, personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios; por ende, el patrimonio autónomo, al no responder a estas características, resulta no ser contribuyente del CREE, ni tiene la condición de autorretenedor de este.

59 La norma legal es del siguiente tenor: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23-1 de este estatuto, el fiduciario deberá practicar retención en la fuente sobre los valores pagados o abonados en cuenta, susceptibles de constituir ingreso tributario para los beneficiarios de

La retención opera según el tipo de ingresos y la tarifa aplicable a cada categoría, lo cual implica una carga operativa importante para que, sobre cada fideicomiso, se hagan las discriminaciones que corresponden.

D. Modificaciones y precisiones contenidas en la Ley 1607 de 2012

Las principales modificaciones y precisiones que se surtieron con la Ley 1607 de 2012 tienen que ver con los siguientes asuntos:

1. Depuración fiscal y beneficios tributarios

Sobre esta materia se pronuncia el ordinal 3º del artículo 102 de ET, norma que es preciso transcribir, a efectos de analizar su contenido:

Las utilidades o pérdidas obtenidas en los fideicomisos deberán ser incluidas en las declaraciones de renta de los beneficiarios, en el mismo año gravable en que se causan a favor o en contra del patrimonio autónomo, conservando el carácter de gravables o no gravables, dedu-

los mismos, a las tarifas que correspondan a la naturaleza de los correspondientes ingresos, de acuerdo con las disposiciones vigentes" (párrafo del artículo 102 del ET).

En la línea anotada, el Decreto 2509 de 1985, artículo 13, había dispuesto anteriormente: "En el caso de pagos o abonos en cuenta por conceptos sometidos a retención en la fuente, que se efectúen a través de sociedades fiduciarias, la sociedad fiduciaria efectuará la retención teniendo en cuenta para ello los porcentajes y demás previsiones de que tratan las normas vigentes".

En materia de retención en la fuente por el impuesto sobre la renta sobre los pagos o abonos en cuenta realizados por la sociedad fiduciaria, existen diversos conceptos oficiales que han dejado muchas dudas; en especial, en los casos en los cuales la sociedad fiduciaria obra como agente de pagos, pero no registra contablemente los costos y gastos. Al respecto pueden consultarse numerosos conceptos, entre ellos el 3580 de 2006 y el oficio 071401 de 2013 de la DIAN.

cibles o no deducibles, y el mismo concepto y condiciones tributarias que tendrían si fueren percibidas directamente por el beneficiario.

En primer lugar, debe anotarse que la redacción anterior de la norma era la misma, salvo por la inclusión del término “pérdidas”. Varios interrogantes se han planteado bajo el texto anterior y bajo el vigente, referidos a la conformación de la base gravable en los contratos de fiducia mercantil; en esencia, si se trata de la misma base contable; si es viable la depuración fiscal que arroje un dato diferente al contable; si deben incluirse separadamente los ingresos, costos y gastos; o si procede registrar un único valor en la declaración tributaria. Estas inquietudes deben absolverse teniendo presente el principio de transparencia fiscal, a efectos de asegurar que el beneficiario de la fiducia tribute correctamente, aplicando todos los criterios fiscales sobre los ítems señalados (ingresos, costos y gastos).

En esta línea, consideramos que la norma debió referirse a los ingresos, costos, gastos, utilidades y pérdidas, y no solo a las utilidades y pérdidas, puesto que el concepto al cual se aplican los criterios de gravables y no gravables es a los ingresos y no exclusivamente a las utilidades (las que, además, constituyen el resultado de restar de los ingresos los costos y los gastos). Por su parte, adicional a las pérdidas, los gastos tienen el carácter de deducibles o no deducibles. El reglamento deberá hacer las precisiones que se requieren a efectos de contar con reglas precisas sobre el tema.

El aparte de la norma que se analiza debe leerse conjuntamente con el numeral 8° del mismo artículo, que expresamente permite la aplicación de los beneficios tributarios de cualquier tipo (por inversiones, donaciones, adquisiciones, compras, ventas) dispuestos en la ley, en cabeza del beneficiario. Esta norma señala que en este evento “la operación que da lugar al beneficio podrá realizarse directamente o a través de un patrimonio autónomo, o de un fondo de inversión de capital, caso en el cual el beneficiario, fideicomitente o adherente tendrá derecho a disfrutar del beneficio correspondiente”⁶⁰.

La disposición es clara y no da lugar a otra interpretación diferente a la de que el beneficiario en un contrato de fiducia mercantil puede llevar a su denuncia tributario todos los beneficios legales aplicables. De esta forma, las disposiciones comentadas constituyen un importante avance, sin que sea ya posible de manera alguna arribar a las conclusiones de las sentencias referidas sobre pérdidas en fideicomisos y cálculo de la base de renta presuntiva excluyendo las acciones entregadas bajo contratos de fiducia mercantil.

2. Valores patrimoniales

Al respecto debe tenerse en cuenta, en primer término, que el artículo 271-1 del ET no fue objeto de modificación por la Ley 1607 de 2012. Esta norma establece la obligación de declarar

60 El aparte transcrito soporta también la debida identificación de los ingresos, costos y gastos, a efectos de imprimir sobre estos el tratamiento que corresponda. De esta manera, v. gr. las inversiones, lo mismo que las compras y adquisiciones, dan lugar a activos y correspondientes costos fiscales.

los derechos fiduciarios por quien tiene la explotación económica de los bienes (atendiendo a las partes del contrato de fiducia mercantil, el beneficiario es quien tiene esta explotación) y según su participación en el fideicomiso (asunto lógico, puesto que en un negocio fiduciario puede existir más de un beneficiario). La información debe corresponder al último día del año o, según los términos del artículo 271-1 del ET, “en la fecha de la declaración”. Sin embargo, esta fecha no resulta correcta porque, por ejemplo, en los casos de liquidación de una sociedad, el valor del derecho fiduciario tendría que ser el vigente en la fecha del acta de liquidación y no al momento de presentarse la declaración.

Esta disposición debe leerse conjuntamente con el ordinal 1° del artículo 102 del ET, este sí introducido por la Ley 1607 de 2012 —razón por la que el tema se trata en este aparte—, según el cual “los derechos fiduciarios tendrán el costo fiscal y las condiciones tributarias de los bienes o derechos aportados al patrimonio autónomo...”. Esta norma, si bien traduce el ya varias veces mencionado principio de transparencia fiscal, debió ser objeto de una redacción más clara, en la medida que, de un lado, se refiere a los derechos fiduciarios —con lo cual podría entenderse que estos son los que se trasladan a las declaraciones tributarias— aunque no en los términos contables que se manejan por los fideicomisos, puesto que a renglón seguido la norma se ocupa de aclarar que dichos derechos fiduciarios tienen el tratamiento patrimonial que le corresponde a los bienes de que sea titular el patrimonio autónomo, con lo cual se obliga a verificar qué tipo de bienes son estos y cuáles son

las normas patrimoniales (propias del derecho tributario) que se les aplica. Sobre este asunto ya el mismo artículo 271-1 inciso 2° del ET se había ocupado, para señalar que “los bienes conservarán para los beneficiarios la condición de movilizados o inmovilizados, que tengan en el patrimonio autónomo”, redacción que se conserva y que significa una aplicación adicional del principio de transparencia fiscal, en el sentido que la existencia del patrimonio autónomo no desvirtúa el tratamiento tributario que debe aplicar el beneficiario respecto a los bienes que componen su derecho.

Se observa que la norma actual (lo mismo que la antes vigente) omitió menciones sobre los pasivos, circunstancia que no puede conllevar a concluir que los derechos fiduciarios estén compuestos solo por activos. A pesar de la deficiencia en la redacción y atendiendo la interpretación armónica de la normativa, la falencia anotada se suple con el contenido del artículo 271-1 del ET, en cuanto al regular el valor patrimonial de los derechos fiduciarios señala que ello dependerá de la participación en el patrimonio líquido del beneficiario, con lo cual resulta claro que la participación de cada beneficiario no es exclusivamente sobre los bienes fideicomitidos, sino también por las deudas adquiridas por el fideicomiso, puesto que unos y otras conforman el patrimonio.

Por último, respecto a los certificados que deben emitir las sociedades fiduciarias, el tema no fue objeto de modificación con la Ley 1607 de 2012; estos certificados resultan de la obligación de las fiduciarias de reportar el valor de

los derechos fiduciarios (no se aclara si es valor fiscal o valor contable) y los rendimientos acumulados hasta el 31 de diciembre del respectivo ejercicio, aunque no hayan sido liquidados en forma definitiva. La expresión “rendimientos” resulta imprecisa, puesto que el fideicomiso habrá registrado ingresos, costos y gastos, con lo cual surge la duda de qué es lo que se debe reportar: ¿utilidad contable, utilidad fiscal, desagregado contable, desagregado fiscal? Al efecto, debe tenerse en cuenta que el principio de transparencia se aplica no solo a efectos patrimoniales sino respecto a los resultados del fideicomiso; en consecuencia, el fideicomitente requiere la información suficiente que le permita aplicar el tratamiento fiscal que corresponda, atendiendo la normativa tributaria.

3. Asuntos formales

Bajo la normativa anterior a la Ley 1607 de 2012, la aplicación del artículo 102 del ET generaba complicaciones en materia formal, en esencia, referidas a las declaraciones que debían presentarse bajo la existencia de un solo número de identificación tributaria (NIT) para los fideicomisos, lo cual, por ejemplo en materia de IVA, desencadenó una mezcla de diferentes tratamientos en la misma declaración que dificultaban las solicitudes de devolución y compensación. Esta situación vino a ser parcialmente subsanada con la Ley en mención, al mantenerse la obligación de obtener un NIT que identifique a los fideicomisos, pero permitiendo que en algunos eventos los patrimonios autónomos obtengan un NIT individual, asunto que está pendiente

de reglamentación por el Gobierno y que debe definirse debidamente, a efectos de evitar problemas operativos y permitir evidenciar los tratamientos aplicables a cada tipo de situaciones.

III. CONCLUSIONES

1. Las modificaciones contenidas en la Ley 1607 de 2012 en materia de operaciones financieras, bien sea de las que se ocupa el acápite correspondiente o las que transversalmente resultan aplicables, se ven en general con beneplácito, en la medida que se hicieron algunas precisiones pendientes, necesarias para potenciar ciertos productos financieros. Con todo, se advierten algunas deficiencias y queda aún pendiente buena parte de la reglamentación.
2. Las inversiones extranjeras de portafolio cuentan hoy con un régimen tributario que permite aplicar debidamente a los no residentes los convenios para evitar la doble imposición y los créditos tributarios a que haya lugar. La normativa aclaró la base imponible y el régimen de retenciones aplicable, con lo cual se permite el buen desarrollo de estos productos.
3. Los contratos de fiducia mercantil cuentan hoy con una norma más acorde con la realidad del negocio fiduciario, en la medida que se permite la debida aplicación del principio de transparencia fiscal en materia de ingresos, costos, gastos, utilidades y pérdidas, y en materia de derechos fiduciarios. Queda pendiente la reglamentación, porque existen puntos que albergan dudas.

Bibliografía

- Bravo Arteaga, J. R. (2010). Aspectos tributarios de la fiducia mercantil. En *Lecciones de derecho tributario inspiradas por un maestro*. Bogotá, Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT).
- Bravo González, J. de D. (2008). Renta bruta en contratos de fiducia mercantil. En *El impuesto sobre la renta en el derecho comparado*. Bogotá, Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT).
- Cahn Speyer, P. (1995). La fiducia mercantil y sus aspectos tributarios. En *Memorias de las IXX Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*. Bogotá, Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT).
- Corredor Alejo, J. O. (2007). *El impuesto de renta en Colombia*. Bogotá, Colombia: Centro Interamericano Jurídico-Financiero.
- Forigua J. y Valencia J. C. (2012). Marco regulatorio y tributario de las carteras colectivas y fondos de capital privado. En *Memorias de las XXXVI Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*. Bogotá, Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT).
- Rodríguez Azuero, S. (2002). *Contratos bancarios: su significación en América Latina*. Bogotá: Legis.
- Salcedo Younes, R. Y. (2008). Impuesto a la renta en el sector financiero: En *El impuesto sobre la renta en el derecho comparado*. Bogotá, Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT).
- Salcedo Younes, R. Y. (2010). Tratamiento tributario de los instrumentos derivados financieros. En *Manual de derecho tributario internacional*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Salcedo Younes, R. Y. y Fajardo Cifuentes, R. (2012). Comentarios respecto al manejo tributario de las carteras colectivas monetarias, de las carteras colectivas bursátiles y de la inversión extranjera de portafolio (comunicación técnica a la ponencia “Marco regulatorio y tributario de las carteras colectivas y fondos de capital privado”, presentada por J. Forigua y J. C. Valencia). En *Memorias de las XXXVI Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*. Bogotá, Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT).