

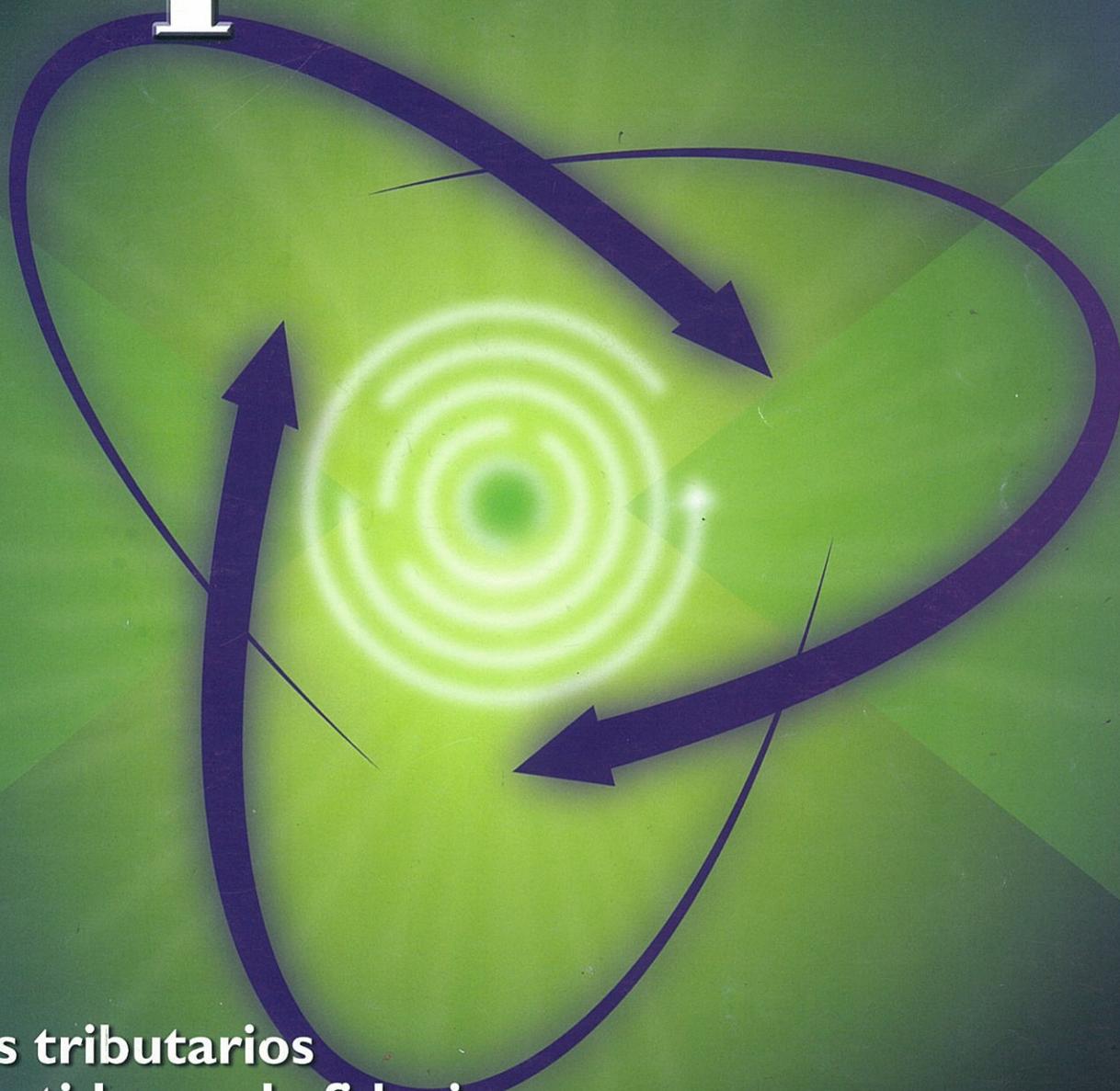
INFORME ESPECIAL: Las fórmulas empresariales para prevenir el lavado de activos

Revista de Orientación Tributaria

Impuestos

JULIO - AGOSTO DE 2006

LEGIS / ISSN 0120-5358 / BOGOTÁ / N° 136 / TARIFA POSTAL REDUCIDA N° 293



**Aspectos tributarios
controvertidos en la fiducia**

**Aportes innominados
a los fondos de pensiones**

LEGIS

INFORMACIÓN & SOLUCIONES

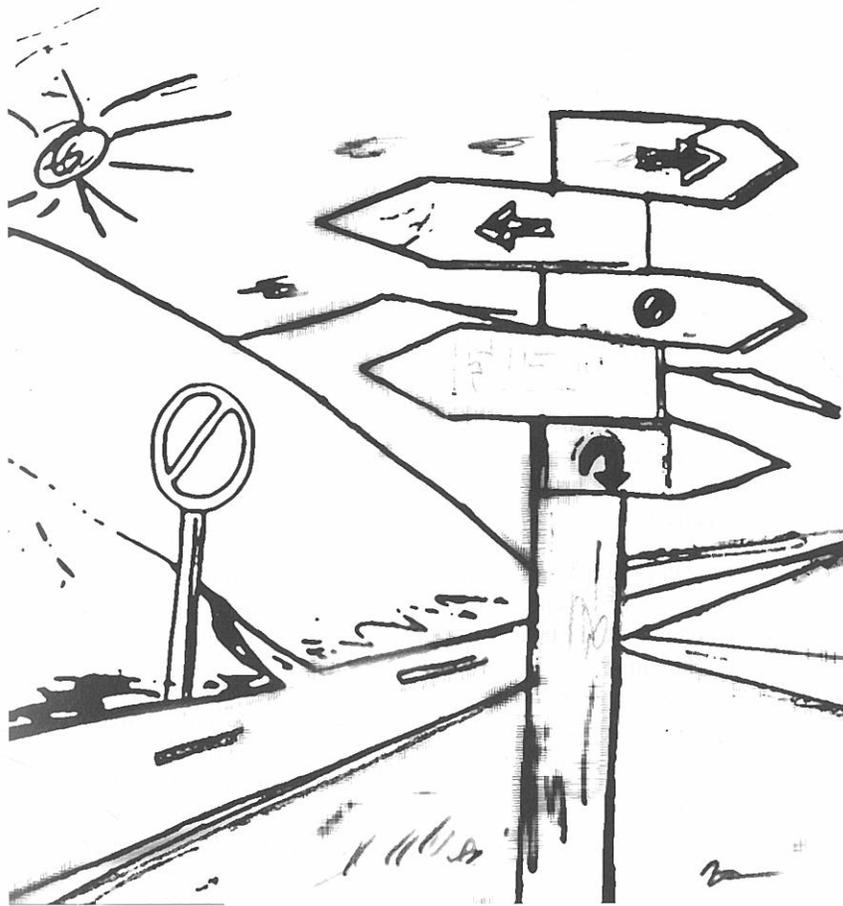


Ilustración: Leonardo Peña

Fiducia: apuntes tributarios relacionados con el valor de los aportes, los ajustes por inflación, la realización de los ingresos y la base de renta presuntiva.

Aspectos tributarios controvertidos en la fiducia

POSSE
HERRERA
& RUIZ
ABOGADOS

JUAN GUILLERMO RUIZ H.
Socio

SEBASTIÁN RODRÍGUEZ B.
Abogado junior tributarista

1. Introducción

La práctica de las operaciones fiduciarias evidencia la existencia de algunas dudas y controversias sobre aspectos básicos del tratamiento tributario de la fiducia mercantil.

Los temas sobre los cuales quisiéramos centrar nuestra reflexión en este artículo se refieren a los siguientes puntos:

— El valor fiscal de los aportes, y la aplicación del criterio de valor mínimo fiscal del aporte realizado a un patrimonio autónomo por parte del fideicomitente;

— El valor y momento de causación de los ingresos tributarios de los beneficiarios de un patrimonio autónomo;

— Los ajustes por inflación aplicables a los derechos fiduciarios y los ajustes que deben aplicarse a los activos no monetarios de propiedad del patrimonio autónomo, y

— El valor de los derechos fiduciarios para efectos del cálculo de la base de renta presuntiva del titular de esos derechos;

Los temas mencionados han sido objeto de múltiples análisis y posiciones divergentes.

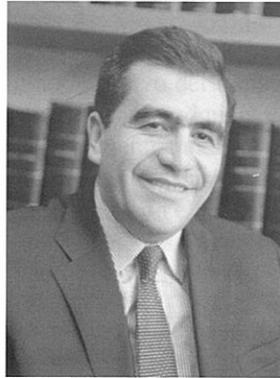
En este artículo queremos analizarlos y proponer algunos criterios de reflexión, sobre los mismos.

2. Valor fiscal de los aportes transferidos al patrimonio autónomo

Durante algún tiempo se ha discutido si el valor fiscal de los aportes realizados por el fideicomitente a una fiducia deben o no estar sujetos al principio del precio mínimo fiscal establecido en el artículo 90 del Estatuto Tributario.

Como se sabe, el artículo 90 del Estatuto Tributario establece un criterio general, aplicable a la enajenación de activos, donde el valor fiscal de los mismos no puede ser inferior al 75% del valor comercial a la fecha de la correspondiente enajenación.

Para el caso de inmuebles, se establece en el mismo artículo 90 un criterio específico según el cual el valor de enajenación de los bienes raíces no puede ser inferior a su costo, su autoavalúo catastral o su avalúo catastral.



Juan Guillermo Ruiz H.



Sebastian Rodríguez B.

Foto: Humberto Pinto.

La aplicabilidad o no de este principio de valor mínimo fiscal de enajenación resulta fundamental frente a la figura de la fiducia mercantil, en la cual, el aporte implica necesariamente una enajenación de activos.

Si se aplica el principio del valor mínimo fiscal puede fácilmente ocurrir que el fideicomitente realice una utilidad gravable cuando quiera que el valor mínimo fiscal de enajenación resulte superior al costo fiscal del activo que se aporta al patrimonio autónomo.

En nuestra opinión, el principio de valor mínimo fiscal no debería aplicarse a los aportes que se realizan a una fiducia mercantil, por las razones que exponemos a continuación:

Varias razones nos llevan a esa conclusión: La primera es el alcance que debe darse al concepto de “enajenación” a la luz del artículo 90 del Estatuto Tributario. En nuestra opinión, la “enajenación” a la que se refiere el artículo 90 es la que se realiza de una manera plena a un tercero, sin limitaciones, ni condicionamientos tales como los producidos en la “enajenación” que se realiza al aportar un activo a un patrimonio autónomo.

Jurídicamente el contrato de fiducia implica, sin duda, la transferencia del derecho real de dominio sobre el bien⁽¹⁾ a la fiduciaria, la cual debe mantener los activos fideicomitados separados de sus activos propios y particularmente debe mantenerlos afectos⁽²⁾ a un fin determinado por el fideicomitente. Es claro que para

efectos mercantiles existe una “enajenación” del activo.

No obstante, debe también reconocerse que, incluso para efectos comerciales, en el contrato de fiducia mercantil la fiduciaria recibe un derecho de dominio imperfecto, toda vez que no puede disponer libremente de los bienes sino por el contrario debe supeditarlos a las instrucciones impartidas o acordadas por el constituyente,

y en muchos casos esas instrucciones exigen la devolución del activo al mismo fideicomitente al final del contrato.

Desde el punto de vista contable, existe en la contabilidad del fideicomitente una sustitución de activos en su balance general de un bien aportado por derecho fiduciario.

No obstante, es claro que el valor de los derechos fiduciarios sigue atado al de los activos aportados y a la utilidad que estos generen. De alguna forma cambia la cuenta del activo, pero su contenido, naturaleza fiscal y valor siguen atados a los activos aportados, cuando quiera que el fideicomitente y el beneficiario coincidan.

No se puede desconocer al momento de analizar la aplicabilidad del artículo 90 al aporte de activos, que fiscalmente a la fiducia se le aplica un criterio de transparencia, que carecería de sentido si se pensara en una “enajenación” perfecta del activo.

Cuando el fideicomitente y el beneficiario son la misma persona resulta difícil aceptar que sea posible la realización de una utilidad contable o fiscal por el hecho del aporte. Es clarísimo que esa potencial utilidad derivada de la diferencia entre el valor del mercado y el costo contable o fiscal del activo no ha sido realizada, ni se realiza por el aporte al patrimonio autónomo.

No parece posible que exista realmente en el aporte la posibilidad de un ingreso susceptible de enriquecer al fideicomitente.

No obstante, como lo hemos mencionado en relación con este tema existen dos posiciones contrapuestas.

Primera posición. *Se debe respetar el principio de valor mínimo fiscal en el aporte.*

Esta teoría que no compartimos parte de la aplicación literal y formal del artículo 90 del Estatuto Tributario (forma sobre sustancia).

ART. 90—Estatuto Tributario: *“La renta bruta o la pérdida proveniente de la enajenación de activos a cualquier título, está constituida por la diferencia entre el precio de la enajenación y el costo del activo o activos enajenados.*

Cuando se trate de activos fijos depreciables, la utilidad que resulta al momento de la enajenación deberá imputarse, en primer término, a la renta líquida por recuperación de deducciones; el saldo de la utilidad constituye renta o ganancia ocasional, según el caso.

El precio de la enajenación es el valor comercial realizado en dinero o en especie.

Se tiene por valor comercial el señalado por las partes, siempre que no difiera notoriamente del precio comercial promedio para bienes de la misma especie, en la fecha de su enajenación.

Si se trata de bienes raíces, no se aceptará un precio inferior al costo, al avalúo catastral ni al autoavalúo mencionado en el artículo 72 de este estatuto.

Cuando el valor asignado por las partes difiera notoriamente del valor comercial de los bienes en la fecha de su enajenación, conforme a lo dispuesto en este artículo, el funcionario que esté adelantando el proceso de fiscalización respectivo, podrá rechazarlo para los efectos impositivos...

Se entiende que el valor asignado por las partes difiere notoriamente del promedio vigente, cuando se aparte en más de un veinticinco

por ciento (25%) de los precios establecidos en el comercio para los bienes de la misma especie y calidad, en la fecha de enajenación, teniendo en cuenta la naturaleza, condiciones y estado de los activos”.

Esta postura se fundamenta en los siguientes argumentos:

1. El fideicomiso conlleva la transferencia formal de la propiedad con un título y un modo, por lo que se cumple la hipótesis normativa del artículo 90, toda vez que se presenta una enajenación.

2. De acuerdo con las normas generales, la utilidad fiscal en la enajenación de activos está determina-

La utilidad se realiza solo cuando quiera que el fideicomiso enajene realmente el activo a un tercero y se realice efectivamente el enriquecimiento fiscal (sustancia sobre forma)

da por la diferencia entre el costo fiscal y el precio de enajenación. El precio de enajenación no puede ser inferior al mínimo fiscal definido por el artículo 90. Al no haber norma especial que consagre una excepción a esta regla general debe aplicarse para el caso del aporte de un activo a un patrimonio autónomo.

3. Tratándose de fiducia inmobiliaria o que implique transferencia de un inmueble, la DIAN ha sido clara en sostener que el artículo 90 resultaba plenamente aplicable para el caso de transferencia de bienes al patrimonio autónomo. *“Para este despacho es claro que cuando se transfiere a favor del patrimonio autónomo a título*

de fiducia mercantil inmobiliaria irrevocable, un terreno, y se reciben a cambio derechos fiduciarios se configura una enajenación o transferencia de dominio del bien objeto del aporte y por tanto a esta operación le son aplicables las reglas de los artículos 27 y 90 del Estatuto Tributario⁽³⁾—resaltado fuera de texto—.

Segunda posición. *La utilidad se realiza solo cuando quiera que el fideicomiso enajene realmente el activo a un tercero y se realice efectivamente el enriquecimiento fiscal (sustancia sobre forma).*

Además de las razones esbozadas previamente queremos hacer mención del numeral 4º del artículo 102 para soportar adicionalmente nuestra posición en este punto.

Estatuto Tributario, artículo 102 numeral 4º: *“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”.*

Esta teoría parecería ir un poco más allá de la forma jurídica, al asumir la sustancia económica de la operación sobre su forma jurídica, en concordancia con el principio constitucional al respecto⁽⁴⁾. En virtud de esta posición, el valor por el que los activos son aportados al fideicomiso debería ser equivalente a su costo, pues con el aporte no se pretende realizar una utilidad contable ni fiscal. La utilidad deberá realizarse cuando quiera que el fideicomiso enajene el activo a un tercero, caso en el cual evidentemente deberán aplicarse los criterios del valor mínimo fiscal de enajenación establecidos por el artículo 90.

Esta postura se fundamenta en los siguientes argumentos:

1. El numeral 4° del artículo 102, circunscribe la causación del ingreso, para el constituyente, a que la venta de los bienes fideicomitidos se haga a terceros, es decir, que presupone que es en este momento cuando el ingreso es realizado y no en el momento en que el aporte es efectuado al fideicomiso. Este numeral expresa de manera particular que el artículo 90 se aplica específicamente para fines de la enajenación del activo a terceros. Esta norma constituiría una regla especial, de aplicación preferente frente a la norma general del artículo 90.

2. En virtud del principio de transparencia fiscal, consagrado expresamente en la ley⁽⁵⁾, el cual se yergue como piedra angular del tratamiento fiscal para la fiducia mercantil, el tratamiento que se le da a un bien dentro del fideicomiso no podrá diferir del que se le daría al mismo, de no estar en el patrimonio autónomo.

3. La transferencia del bien al fideicomiso no debería *per se* generar utilidad o pérdida.

La misma autoridad tributaria ha sido renuente en aceptar la deducibilidad de la pérdida fiscal realizada durante el año gravable en el fideicomiso, que pudiese llegar a beneficiar al fideicomitente. En este mismo sentido resultaría desequilibrado frente al contribuyente que la autoridad fiscal rechace la deducibilidad de una pérdida real, y al mismo tiempo exija que se reconozca una utilidad no real, que se realizaría por el aporte.

4. Una interpretación que conduzca a realizar un ingreso contable en contravía a las mismas normas y principios contables⁽⁶⁾ generaría un ingreso económicamente no realizado. La misma lógica debería aplicarse para efectos fiscales.

De acuerdo con lo expresado nos parece que esta segunda teoría es la más acertada.

2. Realización del ingreso

El segundo tema que es objeto de este análisis es el que se refiere al momento y valor por el que se debe registrar el ingreso fiscal del beneficiario de un contrato de fiducia mercantil.

El ingreso fiscal está atado al aumento del valor patrimonial del fideicomiso.

De acuerdo con lo establecido en el numeral 1° del artículo 102 del Estatuto Tributario *“para efectos del impuesto de renta, los ingresos originados en los contratos de fiducia se causan en el momento en que se produce un incremento en el patrimonio del fideicomiso”*.

La transferencia del bien al fideicomiso no debería per se generar utilidad o pérdida

Es importante determinar a qué se refiere la norma cuando habla de un incremento del patrimonio del fideicomiso. En nuestra opinión, ese debe ser un incremento derivado de la operación misma del fideicomiso, de su estado de pérdidas y ganancias y no de la simple valorización contable de los activos entregados al patrimonio autónomo.

Las valorizaciones técnicas de los activos no deben dar pie a un incremento patrimonial que dé lugar a la causación de un ingreso fiscal para el beneficiario del fideicomiso. La valorización contable refleja un ajuste de valor de naturaleza contable y no fiscal, y en consecuencia no podría derivarse de la valorización un ingreso fiscal para el beneficiario generado por el ajuste del valor contable de los activos entregados al patrimonio autónomo.

Esta aproximación se confirma por la segunda parte del numeral 1° del artículo 102 y por el mismo numeral 2° de este artículo, al hacer referencia a las utilidades del fideicomiso como base para determinar las que deben ser declaradas por los beneficiarios del patrimonio autónomo.

En este sentido, la segunda parte del numeral 1° del artículo 102 determina que: *“De todas maneras, al final de cada ejercicio gravable deberá efectuarse una liquidación de las utilidades obtenidas en el respectivo período por el fideicomiso y por cada beneficiario, siguiendo las normas que señala el Capítulo I del Título I de este Libro para los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación”* (resaltado fuera de texto).

El beneficiario en consecuencia declarará las utilidades certificadas por la fiduciaria al final del ejercicio gravable, sin entrar a determinar ni a discriminar el porcentaje de ingresos provenientes de sumas efectivamente recibidas por el patrimonio autónomo o las simplemente causadas.

“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 fueran percibidas directamente por el beneficiario” (E.T., art. 102, num. 2°).

En consecuencia, es la utilidad causada en las operaciones del fideicomiso la que supone el incremento del valor patrimonial que causa el ingreso fiscal para el beneficiario del patrimonio autónomo.

Al respecto, la DIAN expresó⁽⁷⁾: Concepto 17116 del 2005: *“De acuerdo con las normas citadas, se concluye que los beneficiarios deben incluir en la declaración de renta, las utilidades obtenidas por los patrimonios autónomos, lo cual implica que los ingresos hayan sido depurados con los*

costos y deducciones correspondientes por parte de las fiduciarias”.

Por razones prácticas el ingreso del patrimonio autónomo y por ende el que la fiduciaria certifica al final del ejercicio, se determinará por el sistema de causación. Es así como el artículo 102 en concordancia con el artículo 271-1 del Estatuto Tributario, establece que los ingresos del patrimonio autónomo se determinan por el sistema de causación, sin importar la naturaleza del beneficiario.

De acuerdo con lo expresado hasta ahora hemos sugerido que el ingreso causado a favor de los beneficiarios está atado al incremento del valor patrimonial del fideicomiso, y este incremento a su vez está atado a la utilidad causada en la operación del patrimonio autónomo.

Cabe en este punto preguntarse si la utilidad a la que se hace referencia es una utilidad de naturaleza contable o una utilidad de naturaleza fiscal.

El punto es relevante particularmente frente al tema de los costos y gastos contables no deducibles fiscalmente, pues estos últimos reducen la utilidad contable pero no la utilidad fiscal. El tema es relevante si se tiene en cuenta que el ingreso fiscal de los beneficiarios se causa por el incremento patrimonial derivado de las utilidades del patrimonio autónomo.

Sobre este particular se han presentado dos posiciones así: quienes consideran que la utilidad a que se refiere el artículo 102 es de naturaleza contable, y quienes consideran que la utilidad a que se refiere esta norma debe ser de naturaleza fiscal.

Evidentemente, los gastos y costos no deducibles reducen la utilidad y en consecuencia el valor patrimonial contable de un fideicomiso.

No obstante, nos parece en principio que la idea de esta disposición no es la de permitir la deducción de costos y gastos no deducibles por otras normas del Estatuto Tributario.

Sin embargo, reconocemos que el tema está abierto a discusión.

3. Ajustes por inflación

En materia de ajustes por inflación se ha presentado una discusión en torno al doble ajuste de los activos entregados a un patrimonio autónomo. Se discute si se deben ajustar por inflación los derechos fiduciarios en cabeza del fideicomitente, o si se deben ajustar los activos en cabeza de la fiduciaria, o si se deben ajustar unos y otros.

De acuerdo con la doctrina de la DIAN⁽⁸⁾, las sociedades fiduciarias deberán ajustar por inflación los activos no monetarios fideicomitados, de acuerdo con la naturaleza del constituyente. Es la fiduciaria la encargada de ajustar por inflación los activos no monetarios, cuando el beneficiario esté obligado a llevar libros de contabilidad. Es decir, si el fideicomitente es una persona obligada a llevar libros de contabilidad por ser un comerciante, la fiduciaria debe ajustar por inflación los activos no monetarios y el patrimonio del fideicomiso.

Si el fideicomitente es una persona natural no obligada a llevar libros de contabilidad y en consecuencia no obligada a realizar ajustes por inflación, la fiduciaria no debe realizar los ajustes por inflación de los activos no monetarios del fideicomiso.

Por su parte, el Consejo Técnico en Contaduría Pública mediante los conceptos 79 y 88 de 1997, así como mediante el oficio 35 del 2005 respectivamente⁽⁹⁾, expresó que “*En general, las doctrinas que se citan a continuación, sostienen que los “derechos” (refiriéndose a derechos fiduciarios) deben ajustarse por inflación*”.

En este sentido, el criterio del consejo técnico de la contaduría sugiere que los derechos fiduciarios también deberían ser objeto de ajuste por inflación.

Lo anterior es corroborado por la DIAN mediante el Concepto 69882 de 1999.

En conclusión, el fideicomitente que es un comerciante registra los ajustes por inflación sobre los

derechos, y la fiduciaria sobre los activos no monetarios y el patrimonio del fideicomiso.

4. Base de renta presuntiva

Nos parece que los derechos fiduciarios hacen parte de la base para el cálculo de la renta presuntiva.

El tema de fondo es cuál debe ser el valor patrimonial por el que se declararán esos derechos.

Pensamos, de acuerdo con lo establecido por el artículo 271-1 que el valor patrimonial de los derechos fiduciarios para cada uno de los beneficiarios “*es el que corresponda de acuerdo con su participación en el patrimonio líquido del fideicomiso al final del ejercicio (...)*”.

Entendemos que la expresión “patrimonio líquido” a que se refiere el artículo 271-1 es de naturaleza fiscal y no contable.

Es decir, el valor patrimonial de los derechos fiduciarios debe excluir las valorizaciones contables que hacen parte del patrimonio neto contable, pero que no son parte del patrimonio líquido fiscal. Este último es el que debe tomarse para efectos del cálculo de la base para determinar la renta presuntiva del beneficiario del patrimonio autónomo.

1. C. Co., art. 226.

2. 1233, ibídem.

3. DIAN, Conc. 2875/2005.

4. C.N., art. 228.

5. E.T., art. 102, num. 2°.

6. D. 2649/93, arts. 3°, 10, 11, 14, 15, 38 y 47.

7. Lo anterior es corroborado por el Concepto 15745 del 2001.

8. Conceptos 12023 del 2005 y 69882 de 1999, en concordancia con el Decreto 416 del 2003.

9. 19 de Julio del 2005. Autopista del Café S.A., *Tratamiento contable y tributario de los derechos fiduciarios, en relación con los ajustes por inflación.*