PROPUESTA DE LINEAMIENTOS JURÍDICOS QUE PERMITA FORTALECER LA LEY TRIBUTARIA EN EL MANEJO DE LA FIDUCIA EN COLOMBIA

EDISON GIOVANNI JIMÉNEZ TROCHEZ

OSCAR HERNANDO JIMÉNEZ PASIMINIO

UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE CIENCIAS CONTABLES, ECONÓMICAS Y ADMINISTRATIVAS
MAESTRÍA EN TRIBUTACIÓN
2019

PROPUESTA DE LINEAMIENTOS JURÍDICOS QUE PERMITA FORTALECER LA LEY TRIBUTARIA EN EL MANEJO DE LA FIDUCIA EN COLOMBIA

EDISON GIOVANNI JIMÉNEZ TROCHEZ

OSCAR HERNANDO JIMÉNEZ PASIMINIO

UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE CIENCIAS CONTABLES, ECONÓMICAS Y ADMINISTRATIVAS
MAESTRÍA EN TRIBUTACIÓN
2019

Agradecimientos

Agradecemos a Dios por darnos la salud, sabiduría y entusiasmo requerido para cursar la maestría y realizar esta tesis.

A nuestra entidad la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, por el apoyo al desarrollo profesional de sus funcionarios y a la cual retribuiremos nuestro conocimiento y labor.

A la Universidad de Manizales y su alma mater por multiplicar el conocimiento y recalcar el amor al estudio, puntos clave para el desarrollo del país.

A la familia por su apoyo y acompañamiento son ellos el incentivo para superar cualquier obstáculo.

Tabla de contenido

Pág.

1 Introducción 13
Capítulo I. El problema 16
1.1 Planteamiento del Problema 16
1.1.1 Preguntas de Investigación 20
1.2 Objetivos de la investigación 20
1.2.1 Objetivo General. 20
1.2.2 Objetivos Específicos. 21
1.3 Justificación, Delimitación y Alcance 21
2 Capítulo II. Marco teórico y antecedentes 23
2.1 Breve reseña histórica 23
2.2 Antecedentes 26
2.3 Marco Teórico 30
2.3.1 Definición de Fiducia. 30
2.3.2 Intervinientes en la fiducia. 31
2.3.2.1 Fideicomitente. 32
2.3.2.2 Beneficiario. 32
2.3.2.3 Fiduciario. 33
2.3.3 El Contrato de Fiducia 34
2.3.4 Efecto de la fiducia mercantil 41
2.3.4.1 Generación de un patrimonio autónomo. 41
2.3.4.2 Naturaleza Jurídica del Patrimonio Autónomo. 41
2.3.5 Aspectos Contables del Patrimonio Autónomo 44
3 Capitulo III. Aspectos Metodológicos 47
3.1 Diseño de la investigación. 47
3.2 Tipo de investigación. 47
3.3 Técnicas e instrumentos de recolección de datos. 48
3.4 Tratamiento y análisis de la información 48

4 Capítulo IV. Resultados de la investigación 49
4.1 Caracterizar la fiducia desde la perspectiva de los elementos jurídicos que configuran el negocio fiduciario. 49
4.1.1 Caracterización desde la perspectiva de negocio jurídico 49
4.1.1.1 Confianza. 49
4.1.1.2 Una finalidad que cumplir. 50
4.1.1.3 Entrega o transferencia de bienes. 50
4.1.1.4 Separación contable y patrimonial absoluta de los bienes. 51
4.1.2 Tipos de fiducia 51
4.1.2.1 Fiducia Civil. 51
4.1.2.2 Fiducia Mercantil. 54
4.1.3 Clasificación por tipo de negocio fiduciario 54
4.1.3.1 Fiducia de administración. 54
4.1.3.2 Fiducia inmobiliaria. 55
4.1.3.3 Fiducia de inversión. 60
4.1.3.4 Fiducia Pública. 61
4.1.3.5 Fiducia con recursos del sistema de seguridad social y otros relacionados. 62
4.2 Descripción de la fiducia como mecanismo de planeación tributaria identificando los vacíos normativos que permitan la elusión y/o evasión 63
4.2.1 Planificación Tributaria 64
4.2.2 Factores que hacen necesaria la Planeación Tributaria 65
4.2.3 Análisis Artículo 102 del Estatuto Tributario, Contratos de Fiducia Mercantil. 69
4.2.3.1 Numeral 1 del Artículo 102 del Estatuto Tributario. 69
4.2.3.2 Numeral 2 del Artículo 102 del Estatuto Tributario. 73
4.2.3.3 Numeral 3 del Artículo 102 del Estatuto Tributario 76
4.2.3.4 Numeral 4 del Artículo 102 del Estatuto Tributario 77
4.2.3.5 Numeral 5 del Artículo 102 del Estatuto Tributario. 79
4.2.3.6 Numeral 6 del Artículo 102 del Estatuto Tributario 82
4.2.3.7 Numeral 7 del Artículo 102 del Estatuto Tributario 83
4.2.4 Principio de Transparencia 86
4.2.5 Principio de transparencia en la fiducia mercantil 87

4.2.6 Esquemas de planeación mediante fiducia mercantil. 92
4.2.7 Análisis de la planeación en fiducia civil 95
4.3 Esquema de planificación patrimonial familiar 101
4.4 Correctivos jurídicos que fortalecen la ley tributaria en el manejo de la fiducia para disminuir los impactos de la elusión y evasión. 105
5 Conclusiones 116
6 Recomendación 118
7 Bibliografía 124

Lista de tablas

Pág.

Tabla 1. Derechos y Obligaciones de las partes 36

Tabla 2. Elementos esenciales en el contrato de fiducia. 39

Tabla 3.Cuentas de orden de los negocios fiduciarios 45

Tabla 4. Principales diferencias entre la fiducia civil y la fiducia mercantil 63

Tabla 5. Análisis numeral 1 Artículo 102 del estatuto tributario 70

Tabla 6.Análisis numeral 2 Artículo 102 del estatuto tributario 73

Tabla 7. Análisis numeral 3 Artículo 102 del estatuto tributario 76

Tabla 8. Análisis numeral 4 Artículo 102 del estatuto tributario 77

Tabla 9. Análisis numeral 5 Artículo 102 del estatuto tributario 79

Tabla 10. Análisis numeral 6 Artículo 102 del estatuto tributario 82

Tabla 11.Análisis numeral 7 articulo 102 del estatuto tributario 83

Tabla 12. Principio de transparencia en la fiducia mercantil 87

Tabla 13. Cálculo del impuesto de renta ejemplo propuesto 94

Tabla 14. Artículos del código civil colombiano que enmarcan la fiducia civil 95

Tabla 15. Características más importantes para cada derecho 98

Tabla 16. Impuesto de ganancias ocasionales 100

Tabla 17. Principales diferencias entre la fiducia civil y la fiducia mercantil 101

Tabla 18. Análisis numerales del artículo 102 del Estatuto Tributario 107

Tabla 19. Análisis principio de transparencia 110

Tabla 20. Correctivo jurídico propuesto para los numerales 8 y 11 113

Tabla 21. Ejemplo alteraciones en el valor del costo fiscal de los activos fijos en el patrimonio del contribuyente 119

Tabla 22. Ejemplo depuración de costos y deducciones devengados con cargo al patrimonio 121

Tabla 23. Ejemplo rendimientos financieros de un patrimonio autónomo 123

Lista de figuras

Pág.

Figura 1 Modalidades de la Fiducia inmobiliaria 55

Figura 2. Fiducia Inmobiliaria de Administración y Pagos. 56

Figura 3. Fiducia Inmobiliaria de Preventas 57

Figura 4. Fiducia de Parqueo 58

Figura 5. Esquemas de planeación mediante fiducia mercantil. 94

Figura 6. Planeación patrimonial familiar mediante fiducia 104

Resumen

Este trabajo de investigación tuvo por objetivo desarrollar una propuesta de lineamientos jurídicos que permitieran fortalecer la ley tributaria en el manejo de la fiducia mercantil, atendiendo la problemática encontrada en el hecho de que los negocios aumentaron su utilización dentro del mercado colombiano de este instrumento y sus variantes, a marzo de 2017, alcanzando que los activos administrados por el sector crecieran a un ritmo anual de 19,2%, encontrando que este mecanismo se ha convertido en una forma de fragmentar los patrimonios y evadir la totalidad de los impuestos que, sin la existencia de ese negocio, tendrían como carga los contribuyentes a favor del fisco nacional en cuanto al impuesto de renta. A lo largo del desarrollo de esta propuesta se logró hacer una descripción profunda de los aspectos teóricos, legales y caracterización del negocio de la fiducia en Colombia, dejando expuesto a través de un análisis los diferentes vacíos legislativos que han permitido a los contribuyentes utilizar de forma incorrecta este modelo de negocio como herramienta de planeación estratégica, que lleva a una planeación tributaria, orientando el manejo de los recursos sin arriesgar el activo líquido que requiere la organización para su curso corriente, buscando formas innovadoras de financiarse sin incrementar sus ganancias. Como conclusión principal se encontró que la fiducia mercantil de administración es un instrumento jurídico que de acuerdo al análisis realizado fue descuidado normativamente por el legislador y durante muchos años permitió realizar estrategias elusivas mediante planeación tributaria y en la actualidad a pesar del sellamiento de múltiples fisuras se pueden observar aun brechas por donde puede emerger la elusión.

Palabras claves: Fiducia mercantil**,** elusión, evasión, impuesto de renta, lineamientos jurídicos

Abstrac

his work of investigation(research) had for aim(lens) develop an offer of limits juridically that was allowing to strengthen the tributary(tax) law in the managing of the mercantile fiducia, attending to the problematics found in the fact that the business of the market of fiducia increased his utilization inside the Colombian market of the mercantile fiducia and his variants, to March, 2017, reaching that the assets administered by the sector were growing to an annual pace of 19,2 %, thinking that this mechanism has turned into a way of fragmenting the holdings and of evading the totality of the taxes that, without the existence of this business, the contributors would take as a load in favour of the national exchequer as for the tax of revenue. Throughout the development of this proposal, a thorough description of the theoretical, legal aspects and characterization of Fiducia's business in Colombia was achieved, exposing through an analysis the different legislative gaps that have allowed taxpayers to misuse this business model as a strategic planning tool, leading to tax planning, directing the management of resources without risking the liquid assets required by the organization for its current course, seeking innovative ways to finance itself without increasing its profits. As a main conclusion it was found that the Fiducia mercantile de Administration is a legal instrument that according to the analysis carried out was normatively neglected by the legislator and for many years allowed to realize strategies elusive through tax planning and at present despite the sealing of multiple fissures, one can observe even gaps where circumvention can emerge.

Keywords: Fiducia mercantil, circumvention, evasion, income tax, legal guidelines

Introducción

En Colombia el uso de la fiducia mercantil, ha venido en aumento progresivo como una forma de estructuración financiera que trae consigo numerosos beneficios tributarios, comerciales, civiles y, por supuesto, patrimoniales. Las estadísticas indican que, a marzo del 2017, los activos administrados por las fiducias mercantiles con asiento en Colombia, alcanzaron un crecimiento anual del 19.2% con respecto a anualidades anteriores, cifra que llama profundamente la atención en virtud de las dificultades que traen consigo las reformas tributarias que ha sufrido Colombia en el mismo período.

Para los años comprendidos entre 2010 y 2018, se mantiene una tasa de crecimiento constante, a lo que se suma la reactivación económica nacional que, si bien es cierto ha alcanzado niveles modestos, también lo es que ello no ha sido un obstáculo para que grandes sumas de dinero tengan movimiento en el mercado nacional. Así las cosas, resulta necesario identificar las razones por las cuales el sector empresarial, bien sea persona jurídica o natural, optó por encajar su disponible económico mediante la creación de negocios fiduciarios, en lugar de la inversión de los dineros circulantes en negocios de oportunidad, teniendo la capacidad para hacerlos gracias a la reactivación económica nacional.

Lo anterior induce que las empresas y las personas naturales con grandes capitales están apuntando a una planeación financiera estratégica a largo plazo, la cual busca hacer frente a una política tributaria fluctuante, que no brinda seguridad jurídica ni financiera y que vuelve cada vez más pesadas las cargas tributarias que las personas jurídicas y naturales deben asumir.

Vale la pena precisar que la planeación tributaria en sí, no es negativa, sino que dadas las brechas normativas existentes, en materia de regulación de la fiducia mercantil y civil, es posible que el uso de este negocio esté encaminado al fraccionamiento intencionado del patrimonio, implicando con ello que se obtengan ventajas fiscales, reduciéndose notablemente y de manera premeditada los impuestos a cargo, lo que afecta profundamente la estabilidad económica del Estado, el cual se financia a partir de las responsabilidades tributarias impuestas al ciudadano con el objetivo de satisfacer sus obligaciones constitucionales.

Ante este análisis resulta de interés y actualidad analizar las diferentes aplicaciones que se le ha dado a la figura de Fiducia en los últimos años y contrastar con la norma, con el fin de determinar si con las reformas que trajo consigo las Leyes 1607 de 2012 y 1819 de 2016, el legislador ha dejado vacíos normativos que permiten el uso del negocio fiduciario como una forma de fragmentación patrimonial que logra materializar una planeación tributaria agresiva, que traiga como beneficio principal la reducción de impuestos.

A partir de lo anterior se fundamentó la realización de esta investigación, la cual tuvo un desarrollo por capítulos que permitieron el desarrollo de los objetivos planteados para lo cual se pueden planear en tres momentos específicos un primer momento que fue la documentación teórica y caracterización del tema central de estudio “ La fiducia “ como un negocio jurídico en Colombia de planeación tributaria, en este acercamiento teórico de carácter descriptivo analítico que se develaron las condiciones y aspectos jurídicos que permitieron identificar la problematización objeto de estudio, describiéndose detalladamente el alcance de esta tesis que era establecer la deficiencia en los lineamientos jurídicos que convierte a la fiducia en un

mecanismo de planeación tributaria que permite a los contribuyentes evadir y/o eludir impuestos que se pagan al fisco. En un segundo momento a partir de los hallazgos encontrados se logra presentar de forma analítica una propuesta que entrega planteamientos correctivos de carácter jurídico que permitirían el fortalecimiento de la ley tributaria en el manejo de la fiducia para disminuir los impactos de la elusión y posible evasión.

Finalmente se entregan conclusiones y recomendaciones que permitan dar solución a los posibles usos indebidos de este instrumento dada su flexibilidad jurídica.

Capítulo I. El problema

1.1 Planteamiento del Problema

El análisis estadístico de la Asociación de Fiduciarias de Colombia, Asofiduciarias muestra un aumento en la utilización dentro del mercado colombiano de la fiducia mercantil y sus variantes, se evidencia que, a marzo de 2017, los activos administrados por el sector crecieron a un ritmo anual de 19,2%, tras alcanzar los $445 billones, cuyo porcentaje comparado con el Producto Interno Bruto (PIB) equivale a 51%; de acuerdo con el gremio, la mayor participación la obtuvo la fiducia de inversión, con $97,4 billones administrados en 1.332 negocios, con un crecimiento de 45%, le siguió la fiducia inmobiliaria con $54,9 billones (+19%) y la fiducia en garantía, con $43,7 billones (+15,1%). Los recursos de la seguridad social administrados bajo esta figura alcanzaron los $77,8 billones. En este orden de ideas el portafolio administrado por las fiduciarias, evidencia como se convierten en las principales inversionistas institucionales del sistema financiero, llegando a $248 billones; es decir, 35,4% del total de las inversiones en el sector, aunque la economía registró un tímido crecimiento de 1,1% en el primer trimestre del año, según las cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), todo lo anterior refleja como el sector está marchando (ASOFIDUCIARIAS, 2018).

No obstante, la laxitud de las condiciones bajo las cuales se originan este tipo de negocios jurídicos y financieros ha permitido que, en lo referente a los impuestos, sobre todo en el de Renta, las fiducias sirvan como una forma de fragmentar los patrimonios y evadir la totalidad de los impuestos que, sin la existencia de ese negocio, tendrían como carga los contribuyentes a

favor del fisco nacional, en este sentido un caso concreto detectado por la DIAN donde la figura para venta de inmuebles, es una técnica sofisticada para evadir haciendo uso de elementos legales a través de la figura de la compraventa de apartamentos, con la participación de algunas fiduciarias que según la Dian, la figura de beneficio de área en escritura de contrato de fiducia es la típica distorsión del contrato de compra/venta de inmuebles. En la práctica funciona así: Algunos constructores que tienen un lote para edificar, lo ceden gratuitamente a un patrimonio autónomo administrado por una fiduciaria. Una vez se construye el edificio de apartamentos se traslada el dominio a dicho patrimonio, en este sentido esta figura se viene utilizando con frecuencia, aprovechando la deficiencia de la ley para vigilar estas fiduciarias, que proponen un esquema de negocios para generar mayores utilidades a los constructores y beneficios a los compradores. Por tanto, se erige como una mala práctica de las fiducias, la forma como se constituyen los negocios para que los bienes en cabeza de una persona, terminen estando en sede de posesión de otra en aras de evadir los impuestos que deben ser pagados al fisco.

En relación con lo anterior se observa como la Fiducia se presenta como una excelente herramienta que, desde la planeación estratégica, lleva a una planeación tributaria, orientando el manejo de los recursos sin arriesgar el activo líquido que requiere la organización para su curso corriente. Esta práctica se evidencia aún más cuando se extrapola con las reformas tributarias que ha sufrido Colombia en el período comprendido por los últimos 15 años, lapso en el cual las empresas han tenido que buscar formas innovadoras de financiarse sin incrementar sus ganancias, a niveles tales que la carga tributaria las obligue a desistir del negocio que manejan, y obtener considerables rendimientos por vía del desarrollo; así como lo indica Camacho (2013) en su Trabajo Nacional para la XXX Conferencia Interamericana de Contabilidad:

> En los últimos años, las naciones latinoamericanas se han visto forzadas a efectuar significativos esfuerzos por incorporar en sus legislaciones normas consideradas como buenas prácticas corporativas, dirigidas tanto a las empresas multinacionales como a las administraciones tributarias. Esto se ha generado con motivo de la conformación y salida a la luz de cada vez más planificaciones fiscales agresivas tendientes a la evasión o elusión de impuestos en una jurisdicción determinada. Casos de empresas como Starbucks y Apple en Norteamérica y Europa, Dolce & Gabanna en Italia y Lionel Messi en España (p.3).

Es necesario entonces que el Estado tenga certeza del correcto uso de dicho instrumento con el fin de no afectar el recaudo de impuestos, como el de Renta, mediante el aprovechamiento de vacíos normativos, que permiten la disposición de los patrimonios, por la llamada autonomía de la voluntad, sin la existencia de controles efectivos que permitan identificar los orígenes reales del patrimonio objeto del negocio fiduciario, dando lugar a elusión de impuestos y en casos extremos a posibles evasiones de los mismos.

Es conveniente entender la elusión como aquella disminución o no pago de impuestos que la misma norma brinda, porque el legislador no tuvo en cuenta determinados efectos al integrarse con la normatividad vigente o por deficiencias en la redacción, como lo indican (Cordova & Oliva , 2016)

> La elusión es la figura consistente en no pagar determinados impuestos que se han establecido, amparándose en subterfugios o resquicios legales, no previstos por el

> legislador al momento redactar la ley, ya sea por una redacción deficiente de la misma o porque dicha ley produce efectos al entrar en juego con el resto de las normas tributaria (p.11).

La planeación tributaria ha permitido que se dé un uso de la fiducia que, si bien no está alejado de la legislación actual, sí representa un grave riesgo para los intereses estatales que tienen que ver directamente con el recaudo del impuesto de Renta. La fiducia, entonces, es usada por personas naturales y jurídicas, en muchos casos y ante las eventuales obligaciones tributarias reguladas, como un medio de planeación tributaria que permite la fragmentación del patrimonio neto, la creación de patrimonios autónomos no gravables y, así, la evasión de impuestos. Según Manzano (2004) citado por Álvarez, Ballerteros, & Fimbres (2011):

> Por dichas utilidades obtenidas las empresas pagan un impuesto, por tal motivo siempre buscará la manera de pagar lo menos posible, de ahí el origen del término planeación fiscal; definida como el conjunto de medidas de carácter fiscal que adopta un contribuyente para cumplir con estricto apego a la Ley, con sus obligaciones fiscales al menor costo posible (Manzano 2004), y las autoridades fiscales (sujeto activo), buscarán la forma de recaudar más ingresos vía impuesto, porque lo que tratará de evitar la planeación fiscal e incluso llamarla evasión fiscal (p. 3).

De este modo, se puede inteligenciar que la fiducia es un instrumento que permite la planeación tributaria, conllevando en determinado momento a elusiones tributarias aprovechando

los vacíos normativos de la misma o en ocasiones llegar a ser utilizado como un instrumento para una posible evasión, específicamente en el impuesto de Renta.

1.1.1 Preguntas de Investigación

Dadas las disertaciones anteriores y entendiendo que los vacíos normativos presentan posibilidades para que los contribuyentes a través del uso de la figura de fiducia en diferentes negocios logren la reducción del impuesto de Renta mediante una planeación tributaria agresiva, en este sentido es lícito cuestionarse, como problema a resolver en la presente investigación, lo siguiente: ¿La deficiencia en los lineamientos en la ley convierte a la fiducia en un mecanismo de la planeación tributaria que permite a los contribuyentes evadir y/o eludir impuestos que se pagan al fisco?, dicho interrogante tendrá su análisis en el Impuesto sobre la Renta el cual se ha considerado como el más relevante de carácter en el ámbito nacional.

De este lo anterior se deriva el siguiente interrogante:

¿Cuáles son los lineamientos jurídicos necesarios que el negocio fiduciario requiere en la actualidad, para que se convierta en un instrumento de planeación tributaria?

1.2 Objetivos de la investigación

1.2.1 Objetivo General.

Desarrollar una propuesta de lineamientos jurídicos que permita fortalecer la ley tributaria en el manejo de la fiducia.

1.2.2 Objetivos Específicos.

- Caracterizar la fiducia desde la perspectiva de los elementos jurídicos que configuran el negocio fiduciario.

- Describir la fiducia como mecanismo de planeación tributaria, identificando los vacíos normativos que permiten la elusión y evasión.

- Complementar los lineamientos jurídicos que rigen en materia tributaria con relación al negocio fiduciario para Colombia.

1.3 Justificación, Delimitación y Alcance

Teniendo en cuenta que la fiducia es un instrumento jurídico y financiero de carácter flexible que se adecúa a varias situaciones y ha tenido un crecimiento en su utilización en los últimos años por las personas jurídicas y naturales, se tomará como base, el análisis de las características las Fiducias Mercantil y Civil así como los alcances que en materia fiscal sobre impuesto de renta haya podido tener, y con dicho entrelace llegar a determinar si este es un instrumento de planeación tributaria para el Impuesto de Renta y Complementarios en Colombia o si en algún momento supera estos límites y se puede entonces considerar como una herramienta que es

utilizada para obtener beneficios económicos aprovechando las deficiencias de la normas en detrimento del recaudo del estado.

Como punto obligatorio a tratar, tenemos el principio de transparencia que trajo consigo la Ley 1819 de 2016 con el fin de identificar los alcances fiscales y brechas normativas que cerró el legislador para evitar situaciones de abuso en materia tributaria.

Capítulo II. Marco teórico y antecedentes

2.1 Breve reseña histórica

La fiducia tuvo su origen en el Imperio Romano, donde empezó a surgir la necesidad de un sistema jurídico más elástico que le permitiera actuar con más libertad y celebrar contratos que hasta entonces no se podían celebrar por carecer de instrumentos legales adecuados; necesidad que se fue haciendo cada vez más creciente al aumentarse el comercio e intercambio con otros pueblos. Fue así como surgió de manera paulatina otro derecho basado en las decisiones del Pretor, exento de rigidez y libre de formulismos inútiles y dotado de gran flexibilidad, que lo hacía maleable a las situaciones nuevas que se fueran presentando, es así como toma fuerza este nuevo derecho llamado “de gentes” y relega a un segundo plano el derecho civil que se fue tornando un poco arcaico para la evolución que se presentaba para la época. Corolario de lo anterior se requería un sistema de seguridad y protección de derecho común por fuera del derecho civil al que se le dio el nombre de fiducia palabra del latín que significa confianza (Sablich , 2010).

Esta Fiducia primitiva consistía en que al celebrar un contrato la parte que se constituía deudora transmitía la propiedad de un bien suyo al acreedor (fiduciario), el cual conservaba tal bien en su poder hasta tanto el deudor cumpliera con su obligación, una vez cumplida esta, le era devuelta la propiedad con todos sus atributos. Era la fiducia cum creditore o fiducia con acreedor, es decir, un pacto accesorio (Sablich , 2010).

Fue utilizada también como medio de protección a la propiedad en el caso de aquellos que se ausentaban por largo tiempo y consistía en poner las propiedades en manos de un fiduciario quien quedaba investido con amplios poderes para hacer todo aquello que demandará la adecuada conservación y explotación de dicho patrimonio. Así mismo dada la elasticidad jurídica que brindaba la figura se llegó a utilizar como medio de emancipación. Ya para el siglo XVII en Inglaterra se presentaba una dualidad en los derechos legales denominados el "common law" y la "equity", llegándose a determinar que al existir incompatibilidad entre el común y la equidad debía preferirse esta última (Gómez , 2016).

Existió para la época unos beneficios y privilegios de los cuales gozaba la iglesia (los religiosos), los cuales no fueron bien vistos por el señor feudal creando un estatuto denominado "de Manos Muertas" que prohibió a los religiosos adquirir y poseer bienes raíces, basados en el hecho de que al estar en su poder la tierra no cumplía con las finalidades que le eran propias; consecuencia de esto los religiosos se vieron despojados de sus propiedades, obligándoles a realizar un estudio minucioso del sistema jurídico romano para no resignarse a perder su poderío (Gómez , 2016).

Es así como se encuentran con la figura de fiducia en la cual vieron el único medio y el instrumento ideal para eludir la prohibición que les atormentaba. De esta manera se establece una institución análoga a la fiducia, que recibió el nombre de "use" que quiere decir "uso" y consistía en que la orden que quería adquirir determinado bien inmueble conseguía un amigo laico que hiciera la compra respectiva a su propio nombre, pero con dinero suministrado por aquella. El comprador tenía el compromiso y la obligación en conciencia de destinar el inmueble al "uso" de

la orden, la cual entraba a disfrutar de todos los privilegios de propietario, sin tener que soportar los cargos correspondientes toda vez que según el "common law", era quien había adquirido el bien de conformidad con sus prescripciones (González & Cubaque, 2013).

Esta institución paso paulatinamente a ser utilizada en la vida jurídica inglesa, sin embargo, las autoridades vieron en ellas las finalidades que se perseguían y fueron reglamentadas poniendo fin a los incentivos que su celebración pudiera tener mediante el Statue of Uses promulgado en 1535. Sin perjuicio de lo anterior el Tribunal de Equidad rescató las ventajas de los "uses" y adoptó dicha institución denominándola "trust" es decir confianza, el propietario legal "trustee" (fiduciario) y el propietario de equidad, "cestui que trust" (el que confía), consolidándola como en el Trustee Act en el año 1893.

Como herencia del sistema jurídico ingles llega a Estados Unidos con sus primeros pobladores, en desarrollo del mismo detectan una limitación relevante y residía en el hecho de que el trust se otorgará a una persona natural quien por su misma naturaleza podría fallecer, enfermar, morir, etc., es así como se apeló a los fiduciarios colectivos en la cual se encomendaba el trust no a una sino a varias personas de manera que siempre hubiera una al menos que estuviera en capacidad de hacerse cargo de los bienes objeto de encargo y administrarlos en forma adecuada, pero dada las necesidades crecientes de establecer Trusts, cada vez era más difícil conseguir personas dignas de confianza, por lo tanto, en vista de tal situación comenzó a pensarse en encomendarse los encargos a personas jurídicas de reconocida solvencia y honorabilidad, que entre otras cosas ofrecían la ventaja de la existencia permanente. Es entonces en 1759 cuando la Delaware General Loan Office funda una junta permanente de fiduciarios lo

cual permitió una amplia utilización del trust en todas las modalidades, más adelante los bancos organizaron el Trust Departments en cuyo cargo quedaron las actividades de esta especie (González & Cubaque, 2013).

En Colombia para el año 1923, el país buscando reorganizar el sistema financiero-bancario y contable trajo una misión de consejeros norteamericanos entre ellos el profesor y economista Edwin Walter Kemmerer quien dio su nombre a la misión, cuyas recomendaciones dieron lugar a la Ley 45 de 1923 que fue una errada traducción que no permitió dar vida a la fiducia, solo hasta el año 1971 con la expedición del nuevo Código de Comercio en virtud del Decreto-Ley 410 propiciaron su adecuado desarrollo (González & Cubaque, 2013).

2.2 Antecedentes

Estudiando a Speyer (2016) se evidencia un análisis de los antecedentes de la figura y aduce que: la Ley 51 de 1918, confirmó a las entidades bancarias amplias facultades fiduciarias, omitiendo indicar la forma de ejercerlas. Por tanto, al no haber una reglamentación concreta, explica este autor: "teóricamente los bancos podían constituirse en fiduciarios con todas las potestades prácticamente ilimitadas que la legislación civil asigna a esta calidad" (p.49).

Igualmente, Speyer (2016) explica que la figura de la fiducia no gozaba de confianza a raíz de que la Ley 45 de 1923 tampoco concibió un esquema de fiducia representativo del concepto "confianza", similar al que el "trust" había innovado en las legislaciones de los países avanzados, y por esa razón tan sólo se realizaban muy pocas operaciones fiduciarias". Fue solo hasta el Decreto 410 de 1971 que se reguló de manera expedita la figura de la fiducia mercantil (p.12).

Entre tanto Villca (2012), en su tesis doctoral hace un recorrido en los países andinos sobre la fiducia, basada en que esta figura constituye uno de los instrumentos financieros más utilizados y difundidos en los países de la Comunidad Andina, por su fácil adaptabilidad a innumerables negocios jurídicos. Su introducción en los países miembros de esta organización latinoamericana fue realizada en distintos años: Bolivia se constituyó en 1928, en Perú la fiducia se conoció en el año 1931, en Colombia fue regulada en 1971 y en Ecuador solamente se reguló hasta el año 1993, con el objetivo principal de brindar un mecanismo práctico para la gestión patrimonial familiar, empresarial y financiera de bienes ajenos.

Por su parte Saade (2009) realizó una investigación en la cual explica que:

> En la actualidad, la fiducia mercantil se ha convertido en un vehículo muy importante para el desarrollo de múltiples negocios y actividades empresariales. El desarrollo de las estructuras fiduciarias se ha dado en gran medida por vía consuetudinaria, y la normatividad sobre el tema se ha quedado rezagada. El acompañamiento en la dinamización de la fiducia mercantil, representa un gran reto para el Derecho tributario. Es por ello que se ha querido dedicar estas cortas líneas, al análisis de los aspectos que se consideran más relevantes de acuerdo con la realidad jurídica y económica, así como de los problemas prácticos que de ellos se generan, todo ello con el ánimo de contribuir a un desarrollo prolijo de la tributación en negocios fiduciarios (P. 42).

Otro estudio de interés es el de Giraldo (2005), el cual enfatizó que el contrato de fiducia ha tenido en los últimos diez años un desarrollo muy importante en el país, al punto que se ha convertido en herramienta jurídica insustituible para el desarrollo de los más variados fines, en sus modalidades de inversión, garantía, y administración. En su artículo hace un análisis de treinta laudos arbitrales que han decidido controversias contra las sociedades fiduciarias por la administración de los contratos fiduciarios, exponiendo las principales líneas jurisprudenciales en relación con el carácter de profesionales de las sociedades fiduciarias y las consecuencias que ello tiene, especialmente en materia de responsabilidad.

De igual forma, una de las investigaciones que sirven de antecedente para este trabajo investigativo, es la realizada por Rodríguez (2007), en el artículo titulado "El fideicomiso mercantil contemporáneo", en el cual se afirma, en tratándose de la fiducia, que gracias a su tipificación como contrato mercantil y a la asignación de la función de fiduciario a un gestor profesional, en buena parte de los casos un banquero, esta vieja manifestación del derecho, cuyos orígenes se remontan a doscientos años antes de Cristo, ha retomado un papel protagónico y se afianza, cada vez con mayor vigor, en la normatividad jurídica de numerosos países y en las manifestaciones prácticas que la desarrollan.

Como parte del estado del arte de esta investigación, se identificaron varios trabajos que configuran una ayuda importante a la hora de dar luces sobre la materia objeto de estudio, su alcance, sus características, sus aspectos relevantes, su método de aplicación y de funcionamiento y las problemáticas que podrían representarse en su uso en cuestiones tributarias.

En un primer momento se encuentra la investigación adelantada por Tatiana Andrea González Cerón y Juan Antonio Cubaque Cañavera, publicada en el año 2000, titulada "Historia, reglamentación y clasificación de la fiducia mercantil en el régimen colombiano y el surgimiento y naturaleza en el derecho comparado". En esta obra, se hace referencia explícita a la génesis de la figura mercantil, desde las formas primitivas en las que se fundamentó, hasta las regulaciones más recientes tanto a nivel interno como internacional.

Por otro lado, otra investigación que interesa como antecedente a este trabajo, es la tesis: La Fiducia Mercantil en Colombia: Un estudio sobre el Déficit Regulatorio frente al Lavado de Activos; presentado por Leidy Dayana Navarro Pacheco en la Universidad Católica de Colombia, en este trabajo se evidenció que cuando existen vacíos normativos en la aplicación de la denominación de una fiducia mercantil, puede llegar a presentar un posible lavado de activos, ya que puede estar dándosele una apariencia de legalidad a riquezas que provienen de fuente ilícitas y que en algún momento dado pueden ser destinadas a la financiación del terrorismo. Se establece que en una fiducia priman los intereses de capitalización de las partes de manera mutua lo que genera un debilitamiento en su control y por ello puede permitir generar derechos fiduciarios con capital ilícito, designando a su vez las utilidades a terceros beneficiarios en donde dichos ingresos gozaran de presunción de legalidad, creando así a lo que se denomina "Activos Blanqueados", que pueden llegar a permear capitales de buena procedencia.

Igualmente en el desarrollo de dicha tesis, se puede observar que la fiducia, no ha sido rigurosamente regulada y esto se debe, a que los gobiernos al tratar de brindar condiciones de seguridad jurídica e incentivar la inversión extranjera generan beneficios que se pueden convertir

en brechas por las cuales se puede llegar presentar un posible lavado de activos o financiación del terrorismo, basado en documentos soportes para la constitución de la misma que no reflejan el conocimiento integral del cliente.

2.3 Marco Teórico

2.3.1 Definición de Fiducia.

El artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio y el artículo 6 de la ley 45 de 1990, hace referencia a la fiducia mercantil como 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 éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario, donde una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Igualmente, solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

Con base en lo planteado anteriormente se puede establecer que mediante la fiducia, una persona natural o jurídica, llamada fideicomitente o constituyente, entrega a una sociedad fiduciaria uno o más bienes concretos, despojándose o no de la propiedad de los mismos, con objeto de que dicha fiduciaria actué en provecho del mismo fideicomitente o de quien éste determine, este último se llama beneficiario.

Como lo indica Salazar (2015) en su tesis Los Derechos fiduciarios a la luz de la Teoría General del Derecho:

> ….. estructurar el contrato de fiducia mercantil como un contrato de colaboración, plurilateral, oneroso y de ejecución sucesiva. Se trata de un negocio jurídico celebrado entre el fideicomitente, también denominado constituyente, y una sociedad fiduciaria, en el que el fideicomitente aporta bienes para la creación de un patrimonio autónomo, administrado por la sociedad fiduciaria, con el propósito de cumplir una finalidad específica. Adicionalmente, se nombra un beneficiario de esa finalidad, que puede ser el mismo fideicomitente, pero nunca la sociedad fiduciaria, en virtud del Artículo 1244 del Código de Comercio (p.14).

2.3.2 Intervinientes en la fiducia.

Para describir los intervinientes en este acto, es preciso interiorizar las definiciones y tipos de persona que establece el código civil.

En este sentido persona según el código civil en su artículo 74 son todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Pero las personas ante la ley pueden ser Persona Natural que es un ser humano con atributos para hacerse objeto de derechos y sujeto de obligaciones, por otro lado, están las Personas Jurídicas que según el Artículo 633 del Código Civil Colombiano se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente, donde estas últimas son de dos especies denominadas corporaciones y

fundaciones de beneficencia pública, y pueden presentarse personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.

De forma más detallada los actores que intervienen en este tipo de actos son:

2.3.2.1 Fideicomitente.

El fideicomitente es la persona que constituye el fideicomiso, transfiriendo sus bienes al fiduciario para que los utilice en la forma establecida en el acto constitutivo del fideicomiso. Pueden ser fideicomitentes todas las personas naturales o jurídicas que tengan la facultad de disponer de los bienes que transfieren, incluso las empresas e instituciones estatales de derecho público o privado. Cuando el fideicomiso se constituye a favor del propio fideicomitente, este asume también la calidad de fideicomisario (Avendaño, 1996).

2.3.2.2 Beneficiario.

Persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, bien sea nacional o extranjera, que es escogida por el fideicomitente para que goce de los beneficios y de la finalidad del contrato de fiducia; como se puede observar en pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia No 089 de septiembre 8 de 1995 en relación con el tema se establece:

> Los derechos que se derivan del contrato de fiducia se radican en cabeza del beneficiario de la fiducia y no en la de quien la constituye. b) El fideicomitente puede ser una persona completamente distinta del beneficiario, y los derechos de este no suponen que se haga presente al momento de constituir el encargo. c)La calidad de beneficiario puede obedecer a una inmensa gama de relaciones jurídicas entre fideicomitente y beneficiario, que pueden ir desde la gratuidad, hasta la garantía sobre alguna deuda de las partes. La única prueba que se requiere es la del consentimiento del fiduciario para que el beneficiario sea la persona indicada por el fideicomitente. d) La persona como beneficiario figura en el título, es la legitimada para reclamar el valor del encargo fiduciario en el día en que se torne exigible (Corte Suprema de Justicia, 1995).

2.3.2.3 Fiduciario.

Persona jurídica constituida como sociedad anónima con permiso de Estado, que presta servicios financieros, por lo cual está sujeta a la supervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia. La función del fiduciario es recibir los bienes y se compromete a cuidarlos y administrarlos según lo que se haya pactado en el contrato. Su principal función es cumplir con la finalidad del contrato. Debe ser una persona capacitada y conocer muy bien los temas para manejar el conjunto de activos entregados en fideicomiso, así como aconsejar y presentar la información correcta; al respecto dice:

> (...) el fiduciario está obligado a mantener separado de su activo el conjunto de bienes dados en fideicomiso, así como de los demás bienes pertenecientes a otros negocios

> fiduciarios, toda vez que aquellos (sic) están destinados al cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constitutivo. Dicha separación que no sólo es jurídica sino también contable y patrimonial, resulta ser mucho más importante cuando los bienes fideicomitidos son dinero, pues de llegar a confundirse en un momento dado el correspondiente a un negocio fiduciario con el fiduciario o con el de otro fideicomiso se haría prácticamente imposible su diferenciación. Y no se diga que, finalmente, resulta posible establecer lo que a cada uno corresponde, como quiera que la obligación en comento no se inspira en la imposibilidad de llegar a tal determinación cuando no se han mantenido separados los bienes, sino precisamente, en la precaución de los problemas que pueden originarse con motivo de su manejo no diferenciado.... el fiduciario no compromete ante terceros su responsabilidad patrimonial por los negocios celebrados en cumplimiento de la finalidad de la fiducia, como si la compromete un mandatario que actúa sin representación, esto es, en su propio nombre. Y no compromete su responsabilidad porque en realidad de verdad con el negocio fiduciario coexiste un acto jurídico de apoderamiento (Código de Comercio, art 832), razón por la cual está en el deber de informar a los terceros con quiénes contrata que lo hace en nombre del fideicomitente. (Consejo de Estado, 1996)

2.3.3 El Contrato de Fiducia.

Como todo contrato, este debe redactarse en términos sencillos, de fácil comprensión para los usuarios; reflejando con claridad, fidelidad y precisión las condiciones jurídicas y económicas que se deriven de él para cada una de las partes que se vinculen, independientemente de su

posición contractual; con apego mínimo a obligaciones y derechos establecidos en el Código Civil para cada una de las partes intervinientes, como se resume a continuación:

Tabla 1. Derechos y Obligaciones de las partes

DERECHOS		
FIDUCIANTE Artículo 1236 Código de Comercio	FIDUCIARIO	BENEFICIARIO Artículo 1235 Código de Comercio
Los que se hubiere reservado para ejercerlos directamente sobre los bienes fideicomitidos.	Artículo 1237 del Código de Comercio. Todo negocio fiduciario será remunerado, conforme a las tarifas que al efecto expida la Superintendencia Bancaria.	El beneficiario tendrá, además de los derechos que le conceden el acto constitutivo y la ley, los siguientes
Revocar la fiducia, cuando se hubiere reservado esa facultad en el acto constitutivo, pedir la remoción del fiduciario y nombrar el sustituto, cuando a ello haya lugar.	Artículo 1232 del Código de Comercio. Puede renunciar a su gestión por los motivos expresamente indicados en el contrato. A falta de estipulación se presumen causas justificativas de renuncia las siguientes: 1.Que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir las prestaciones de acuerdo con el acto constitutivo. 2. Que los bienes fideicomitidos no rindan productos suficientes para cubrir las compensaciones estipuladas a favor del fiduciario. 3.Que el fiduciante, sus causahabientes o el beneficiario, en su caso, se nieguen a pagar dichas compensaciones.	Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas.
Obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario, si cosa distinta no se hubiere previsto en el acto de su constitución.		Impugnar los actos anulables por el fiduciario, dentro de los cinco años contados desde el día en el que el beneficiario hubiera tenido noticia del acto que da origen a la acción, y exigir la devolución de los bienes dados en fideicomiso a quien corresponda.
Exigir rendición de cuentas.		Oponerse a toda medida preventiva

DERECHOS		
FIDUCIANTE Artículo 1236 Código de Comercio	FIDUCIARIO	BENEFICIARIO Artículo 1235 Código de Comercio
		o de ejecución tomada contra los bienes dados en fiducia o por obligaciones que no los afectan, en caso de que el fiduciario no lo hiciere.
Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario.		Pedir al Superintendente Bancario por causa justificada, la remoción del fiduciario y como medida preventiva, el nombramiento de un administrador interino.
En general, todos los derechos expresamente estipulados y que no sean incompatibles con los del fiduciario o del beneficiario o con la esencia de la institución.		
Transferir el dominio de los bienes y derechos especificados. Pagar al fiduciario la remuneración cuando se encuentre a su cargo, realizar el saneamiento del bien objeto de la fiducia.	Son deberes indelegables del fiduciario, además de los actos previstos en el acto constitutivo, los siguientes:	Recibir los bienes en el momento en que se cumplan las condiciones del contrato y colaborar con los actos necesarios para el cumplimiento del contrato.
	Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia.	
	Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios	
	Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca	

DERECHOS		
FIDUCIANTE Artículo 1236 Código de Comercio	FIDUCIARIO	BENEFICIARIO Artículo 1235 Código de Comercio
	Llevar personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente.	
	Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario.	
	Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo	
	Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o la ley, una vez concluido el negocio fiduciario.	
	Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.	

Fuente: Elaboración propia a partir de los Artículos 1234 al 1237 del Código de Comercio

Por otra parte, por mandato de la Superintendencia Financiera de Colombia, el contrato fiduciario debe incorporar las siguientes previsiones como mínimo y se deberá abstener de cláusulas adicionales que puedan llegar a desnaturalizar el objeto de esta figura, aspectos que se resumen a continuación:

Tabla 2. Elementos esenciales en el contrato de fiducia.

Identificación de las partes	**Descripción**	**Aspectos que deben evitarse**
Objeto	Enunciación de las gestiones o actividades específicas constitutivas de la finalidad del negocio fiduciario.	Deberá evitarse la inclusión de cláusulas potestativas en las cuales se concedan facultades al fiduciario para alterar unilateralmente el contenido del contrato. Deberá evitarse consignar cláusulas en donde la sociedad fiduciaria se exima de responsabilidades que la ley le otorga de conformidad con sus deberes
Bienes Fideicomitidos	Términos y condiciones bajo los cuales se verifica la transferencia o entrega de los bienes, atendiendo la naturaleza de los mismos y la finalidad del contrato fiduciario.	
Rendimientos	Cuando se generen rendimientos o utilidades se estipulará el uso y destino que se dará a los mismos.	
Obligaciones y derechos de las partes contratantes	En cláusulas separadas se relacionarán las obligaciones y derechos de la Fiduciaria y del Fideicomitente y beneficiario.	
Remuneración	Valores o factores sobre los cuales se determinará la remuneración de la sociedad fiduciaria y la forma y oportunidad en que la misma será liquidada o cobrada.	
Terminación del negocio fiduciario	Deberá señalarse la forma como se transferirán los bienes y activos y se atenderán las obligaciones, cuando ocurra una causal de terminación del contrato prevista en el mismo o en la ley.	
Órganos asesores y/o administradores	Cuando se requiera juntas o cuerpos colegiados, deben señalarse sus atribuciones y responsabilidades (actas, etc.) y forma de integración.	
Gastos	Se indicará los gastos que estarán a cargo del patrimonio autónomo, y en especial los relacionados con avalúos, pago de impuestos, realización de peritajes, etc.	

Identificación de las partes	Descripción	Aspectos que deben evitarse
Gestión de Riesgos	Se tendrá que prever los mecanismos para el cumplimiento de las políticas y estándares establecidos por la sociedad fiduciaria para la gestión de los riesgos asociados a cada negocio y la forma como tales estándares deberán ser cumplidos por las partes, clientes y usuarios del negocio fiduciario.	
Avalúos de los bienes fideicomitidos	Atendiendo la clase de negocio, se establecerá la periodicidad con la que se harán o actualizarán los avalúos, la obligación del fideicomitente de aportarlos o proveer los recursos para pagarlos y las implicaciones del incumplimiento de tal obligación, y el alcance de las obligaciones de la fiduciaria, según el tipo de negocio cuando sea del caso.	
Localización de fideicomitentes, beneficiarios y/o acreedores garantizados	Se requiere prever un procedimiento a seguir en los casos en los cuales no fuere posible la localización del fideicomitente, beneficiarios y acreedores garantizados.	
Liquidación	Se refiere al procedimiento para la liquidación del contrato y los términos para hacerla, incluyendo los eventos en que haya necesidad de hacer pagos por concepto de impuestos, tasas, contribuciones, etc. para la restitución de los bienes fideicomitidos, o la necesidad de que el contratante autorice.	

Fuente: Elaboración propia (Jiménez T. y Jiménez P., 2019)

Con respecto a los elementos esenciales se deberá hacer claridad sobre el alcance jurídico que tendrán las decisiones contenidas en las actas de los comités fiduciarios o las instrucciones especiales que profiera el fideicomitente, precisando de qué manera éstas tienen la virtud de modificar, complementar o desarrollar el contrato fiduciario. Se puede establecer en los contratos una prelación de pagos a cargo del fideicomiso tales como, impuestos, gastos de operación, servicios de la deuda, excedentes, etc.

2.3.4 Efecto de la fiducia mercantil

Las fiducias mercantiles tienen efectos con respectos a las acciones que se realizan:

2.3.4.1 Generación de un patrimonio autónomo.

La constitución de un patrimonio autónomo hace referencia a los bienes transferidos al fiduciario por el fideicomitente a título de fiducia mercantil que constituyen un patrimonio autónomo afecto a la finalidad del contrato (Superintenedencia Financiera Colombiana, 2004)

2.3.4.2 Naturaleza Jurídica del Patrimonio Autónomo.

Artículo 1°. Derechos y deberes del fiduciario:

> Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia. (Decreto 2555, 2010)

El fiduciario debe mantener separados patrimonial y jurídicamente los bienes entregados en encargos fiduciarios o transferidos a título de fiducia mercantil del resto de los activos de su propio patrimonio y de los que corresponden a otros negocios fiduciarios. En virtud de lo anterior, deberá llevar cuentas independientes de cada uno de los negocios y también de su propio patrimonio (Artículo 146, decreto Estatuto Orgánico del Sistema Financiero , 2019).

Los recursos entregados al patrimonio autónomo no pueden ser embargados, salvo excepción muy concreta establecida en el inciso 1º del artículo 1238 del código de comercio, precisada por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 29 de enero de 2010, cuando existan acreencias anteriores a la constitución del fideicomiso y con ello se haya causado un perjuicio (Código de Comercio, 1971).

El patrimonio autónomo es una individualidad jurídica propia, receptora de derechos y obligaciones de carácter patrimonial, constituido mediante la celebración del contrato de fiducia mercantil y cuyos bienes o activos están afectos a la finalidad del mismo contrato. La sociedad fiduciaria es vocera o representante del patrimonio autónomo y llevará la personería en todas las actuaciones procesales administrativas o jurisdiccionales que deban realizarse para defender los bienes que lo conforman, contra actos de terceros, del beneficiario o del Fideicomitente, o para ejercer los derechos y acciones que le corresponden en desarrollo del contrato de fiducia.

Con la constitución de un patrimonio autónomo se surten los siguientes efectos según lo establecido en el Código de Comercio (1971) :

1. Los bienes que integran el patrimonio autónomo quedan separados de los activos de la sociedad fiduciaria, y de los activos de otros negocios fiduciarios.

2. El patrimonio autónomo y los bienes fideicomitidos están afectos a la finalidad contemplada en el respectivo contrato fiduciario.

3. Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciario ni del fideicomitente, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo.

   En relación con el carácter inembargable de los bienes afectos a la finalidad prevista en un patrimonio autónomo, la Corte Suprema de Justicia (2010) precisó que "el inciso 1º del artículo 1238 del Código de Comercio, contempla una acción auxiliar al alcance de los acreedores del fideicomitente anteriores a la constitución del Contrato Fiduciario", cuyo espíritu es, en esencia, establecer un mecanismo que proteja la prenda general de los acreedores de cara a un pacto fiduciario. Compete al acreedor preexistente, aunque no haya fraude, demostrar que el convenio fiduciario le causó un perjuicio y, en consecuencia, tiene un interés jurídico, serio y actual para legitimar la persecución de los bienes involucrados en el patrimonio autónomo. Aclara la misma sentencia que la acción de impugnación del negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros (inciso segundo del artículo 1238 del Código de Comercio), es la típica acción Pauliana regulada en la legislación.

4. El patrimonio autónomo aun cuando no corresponde a una sociedad, sí puede ser titular de derechos y obligaciones derivados de la ley o de los actos o contratos celebrados o ejecutados por la sociedad fiduciaria en desarrollo del contrato fiduciario, por expresa disposición legal (Decreto 2555, 2010). De este modo, el patrimonio autónomo es responsable patrimonialmente de las obligaciones que adquiera, incluyendo las tributarias, y puede establecer relaciones contractuales.

5. La sociedad fiduciaria es la vocera y administradora del patrimonio autónomo, llevando la personería en las actuaciones procesales administrativas o jurisdiccionales.

2.3.5 Aspectos Contables del Patrimonio Autónomo

El patrimonio autónomo se constituye en el centro de imputación contable, lo que significa que en el mismo quedarán registrados todos los hechos económicos que ocurran con respecto a su trámite. Refleja el patrimonio autónomo, afectándose las respectivas cuentas (activos, pasivos, aportes, ingresos y egresos). De acuerdo con el origen de los recursos en el patrimonio autónomo, los activos se individualizarán los registros correspondientes a recursos privados, públicos, fondos públicos, bienes aportados, rendimientos, etc. (Asociación de Fiduciarias de Colombia, 2017).

Las siguientes son las Cuentas de Orden de los negocios fiduciarios de conformidad con el Plan Único de Cuentas establecido por la Superintendencia Financiera, cada una de las cuales comporta diversas subcuentas:

Tabla 3.Cuentas de orden de los negocios fiduciarios

	SUBCUENTA	DESCRIPCIÓN
CUENTAS DE ORDEN FIDUCIARIAS	ACTIVO	Agrupa las cuentas que representan los bienes y derechos tangibles e intangibles objeto de un negocio fiduciario. Comprende los siguientes grupos: Disponible, Pactos de Reventa, Inversiones, Cartera de Créditos, Derivados, Cuentas por Cobrar, Bienes Realizables y Recibidos en Pago, Propiedades y Equipo y Otros Activos.
	PASIVO	Agrupa las cuentas que representan las obligaciones contraídas en desarrollo del giro ordinario del negocio fiduciario. Comprende los pactos de recompra, créditos de bancos y otras obligaciones financieras, cuentas por pagar, pasivos estimados y provisiones y otros pasivos.
	BIENES FIDEICOMITIDOS	Agrupa las cuentas que representan el fideicomiso por la transferencia de bienes del fiduciante al fiduciario, dando lugar a la formación de un PATRIMONIO AUTÓNOMO, cuyo titular es el fiduciario, tratándose de fiducia mercantil. En caso contrario, agrupa los bienes objeto del encargo o mandato fiduciario. El elemento de la afectación está dado por la finalidad que señale el fideicomitente en el acto constitutivo. En el caso de los Fondos Comunes de Inversión ordinarios y especiales y los Fondos de Pensiones Voluntarias agrupa además el valor de los rendimientos abonados a los fideicomitentes en desarrollo del procedimiento de la distribución periódica de los mismos.
	INGRESOS	Agrupa las cuentas que representan los beneficios económicos que percibe el fideicomiso en el desarrollo del giro normal de su actividad, en un ejercicio determinado.
	GASTOS Y COSTOS	Agrupa las cuentas que representan las erogaciones y los cargos financieros y operativos en que incurre el fideicomiso en el desarrollo del giro normal de su actividad en un ejercicio determinado.
	CUENTAS CONTINGENTES	En las cuentas contingentes se registran los hechos económicos o circunstancias que pueden llegar a afectar la estructura financiera del fideicomiso. Registra aquellas operaciones mediante las cuales el fideicomiso adquiere un derecho o asume una obligación, cuyo surgimiento está condicionado a que un hecho se produzca o no, dependiendo de factores futuros eventuales o remotos. Igualmente, registra los rendimientos financieros a partir del momento en que se suspenda su causación en las cuentas de la cartera de créditos.

Fuente: Elaboración propia (Jiménez T. y Jiménez P., 2019)

Capitulo III. Aspectos Metodológicos

A continuación, se detalla el aspecto metodológico de la presente tesis, para lo cual se muestra el diseño de la investigación, tipo de investigación, técnicas e instrumentos para la recolección de datos.

3.1 Diseño de la investigación.

La investigación dado su alcance tuvo una primera fase de lectura e interpretación de los diferentes componente legales, estatutarios que rodeaban el tema que se abordó, como fueron definiciones de fiducia mercantil y civil, usos de estas figuras en el Impuesto sobre la Renta como planeación tributaria así como la normatividad del Estatuto Tributario referente a esta herramienta, a su vez observación de conceptos de la Dirección de Impuestos y Adunas Nacionales DIAN y algunas Sentencias del Consejo de Estado Sección Cuarta que permitieron dilucidar temas de planeación tributaria y la aplicación práctica de esta herramienta y que condujeron a profundizar en el tema; obteniendo el bagaje y un conocimiento integral de esta figura para llegar a la solución del problema planteado previamente.

3.2 Tipo de investigación.

La investigación desarrollada fue de tipo documental y analítica, en la cual se hizo acopio de documentos que contenían información de carácter académico, jurídico y tributario sobre la materia en estudio, que ofreció perspectivas para el análisis y comprensión de la utilización de

este instrumento como es la fiducia en las estrategias de planeación tributaria de las personas naturales y jurídicas y sus efectos sobre el impuesto de renta.

3.3 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Para la observación documental se realizó la consolidación de normatividad fiscal vigente para el tratamiento de la Fiducia con respecto al Impuesto sobre la Renta y Complementarios, Conceptos de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas DIAN y Jurisprudencia del Consejo de Estado, específicamente de la Sección Cuarta la cual se relacionó al interior de este trabajo de grado de maestría.

Lo anterior se complementó con un estado del arte solicitada a la Universidad de Manizales y búsqueda en la web académica de los estudios y comentarios en sentencias que pudieran tratar el tema en referencia, todo esto con el fin de obtener las bases suficientes que permitan la interpretación y conclusión respecto al tema planteado.

3.4 Tratamiento y análisis de la información

El análisis documental realizado en este proceso de investigación permitió sintetizar los antecedentes investigativos y apropiar los conceptos asociados al tema de investigación así como la compilación de sentencias y conceptos que fundamentan las conclusiones obtenidas.

Capítulo IV. Resultados de la investigación

4.1 Caracterizar la fiducia desde la perspectiva de los elementos jurídicos que configuran el negocio fiduciario.

Los contratos de fiducia tienen características propias de este tipo de negocios las cuales están reguladas y contenidas en el código de comercio en su artículo 1226 y siguientes, se puede decir que, si alguna de estos requisitos faltare en un contrato de fiducia, podría adquirir visos de otro tipo de contratos.

4.1.1 Caracterización desde la perspectiva de negocio jurídico

Teniendo en cuenta que la fiducia es un negocio jurídico este adquiere unas características propias.

4.1.1.1 Confianza.

La Superintendencia Financiera de Colombia hace referencia a la fiducia como un acto de confianza en virtud del cual, una persona (Fideicomitente) entrega a una Sociedad Fiduciaria uno o más bienes determinados transfiriéndole o no la propiedad, con el propósito de que cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. En virtud de la cual el fideicomitente contrata a al fiduciario para que con sus conocimientos profesionales y técnicos gestione la finalidad determinad por aquel (Asofiduciaria, 2015).

En este sentido el fideicomitente contrata al fiduciario para que con sus conocimientos profesionales y técnicos gestione la finalidad determinada por aquel, por ello se afirma que el negocio fiduciario es intuito personae, es decir, en consideración de la persona.

4.1.1.2 Una finalidad que cumplir.

Una característica muy importante dentro de un contrato de fiducia dado que desde ahí se desprende parte del objetivo que según Gaitán (2004) lo que busca la fiducia es que el fiduciario a través de su capacidad técnica y profesional logre el cumplimiento de una determinada finalidad que debe estar estipulada en el respectivo contrato en forma clara y precisa, esta última condición incluye un trabajo profesional donde se le da respuesta a un cliente, de conformidad con las instrucciones impartidas por estos en el acto constitutivo y con los señalamientos de las normas legales.

4.1.1.3 Entrega o transferencia de bienes.

Por ser de carácter real el negocio fiduciario requiere para el perfeccionamiento del mismo y cumplimiento de la finalidad, que el constituyente o fideicomitente le haga entrega de los bienes, cuando se trata de encargos fiduciarios, o le transfiera la propiedad de los mismos, cuando se constituye fiducia mercantil.

4.1.1.4 Separación contable y patrimonial absoluta de los bienes.

Todo negocio fiduciario exige la separación absoluta de los bienes fideicometidos del patrimonio de la sociedad y de los demás patrimonios creados por la fiducia, esta separación como lo indica el código de comercio debe ser tanto jurídica, como patrimonial y contable (Gaitan, 2004).

En virtud de lo anterior, deberá llevar cuentas independientes de cada uno de los negocios y también de su propio patrimonio.

4.1.2 Tipos de fiducia

En el país hay dos grandes grupos de Fiducia, la Civil y la mercantil.

4.1.2.1 Fiducia Civil.

Como método para mantener patrimonios separados el Código Civil contiene esta figura en los artículos 793 al 822 donde el fideicomiso civil es consagrado como una de las formas de limitación de la titularidad del derecho de dominio, (el dominio puede pasar a otra persona), igualmente de acuerdo con el artículo 1223 del Código Civil, explica la sustitución fiduciaria como aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria (Código de Comercio, 1971).

De acuerdo a fuentes formales como los artículos 794 a 822 del Código de Comercio y artículos 26, 261, 263 y 264 del estatuto Tributario el fideicomiso civil vincula tres (3) partes:

- **Constituyente**: persona que entrega los bienes en fiducia al fiduciario.
- **Fiduciario:** persona a quien se encomienda la propiedad mientras se verifica el cumplimiento de la condición con cargo a restituirla al fideicomisario, hasta cuando se cumpla la condición la propiedad estará en cabeza de esta persona, haciéndolo el propietario responsable. Ostenta el derecho pleno de propiedad y de usufructo mientras dure el fideicomiso.

- **Fideicomisario**: persona a cuyo favor debe llevarse a cabo la restitución cuando se cumpla la condición.

Los artículos 261, 263 y 264 del estatuto tributario prevén qué bienes integran el patrimonio de los contribuyentes por lo cual la obligación de declararlos recae en quien potencial o realmente les aprovecha económicamente en su beneficio. En la fiducia civil, es el fiduciario quien posee los bienes del fideicomiso susceptibles de ser utilizados en cualquier forma para su beneficio económico, y, por ende, es quien los aprovecha económicamente en forma efectiva. Igual ocurre con los ingresos que de la explotación de los bienes objeto del fideicomiso civil perciba el fiduciario.

Donde el concepto 009255 del 14 de febrero de 2002, haciendo referencia al impuesto de renta en la fiducia civil cita textualmente (Dirrección de Impuestos y aduanas Nacionales de Colombia, 2002):

> Por lo anterior, tratándose de la fiducia civil y teniendo en cuenta quien es el beneficiario de los ingresos que provienen de los bienes fideicomitidos, así como de quien detenta la propiedad y posesión de los mismos mientras se verifica la condición, en observancia de la legislación impositiva general en materia del impuesto de renta contenida en el estatuto tributario, la obligación de declarar los bienes y los ingresos que del fideicomiso civil deriven se encuentra en cabeza del fiduciario (p. 2).

> Ante la posibilidad de que el fideicomiso civil pueda constituirse en forma gratuita u onerosa, en el evento de que se haya constituido en forma gratuita, deben observarse por el fideicomisario las normas relativas a las ganancias ocasionales al momento del acaecimiento de la condición (p.3).

Con la forma de proceder en el caso de anticipos sufragados por la sociedad se liquida antes de que se dé la figura de la restitución de los bienes puestos en fideicomiso.

Por otra parte, como lo indica De la Hoz (2018)

> Lo cierto del caso es que actualmente a la figura del Fideicomiso Civil desde una perspectiva estrictamente pragmática, acuden en su mayoría personas naturales con el fin de evitar procesos sucesorales o para gozar del beneficio de la inembargabilidad de la propiedad fiduciaria en aras de proteger su patrimonio, con lo cual se ha permitido su constitución con una estructura tripartida o bipartita (p.20).

4.1.2.2 Fiducia Mercantil.

En este tipo de contrato fiduciario el fideicomitente transfiere la propiedad de uno o más bienes a la Sociedad Fiduciaria con la finalidad de lograr el cumplimiento de unos objetivos determinados, los cuales se determinan a través del contrato fiduciario. Los bienes entregados al fideicomiso conforman un patrimonio autónomo separado del patrimonio tanto del Fideicomitente como de la Sociedad Fiduciaria. Dentro de este tipo de negocios se enmarca la Fiducia de Administración y fuente de pagos (Cardona, Castañeda , & Delgado, 2012).

4.1.3 Clasificación por tipo de negocio fiduciario

4.1.3.1 Fiducia de administración.

De acuerdo a la Circular Básica Jurídica (C.E 029/14) - Parte II-Título II- Capítulo I - Numeral 8, citado por la Asofiduciaria (2017)se define la Fiducia Administrativa como negocio en virtud del cual el Fideicomitente entrega bienes a la Sociedad Fiduciaria, con o sin transferencia de la propiedad, para que los administre y desarrolle la gestión encomendada,

destinándolos junto con los respectivos rendimientos, si los hubiere, al cumplimiento de la finalidad señalada.

4.1.3.2 Fiducia inmobiliaria.

En este sentido la Superfinanciera de Colombia (2018) el negocio fiduciario tiene como finalidad la "administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de dicho proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato"(p.15).

Igualmente se identifican diferentes modalidades de fiducia inmobiliaria, a saber:

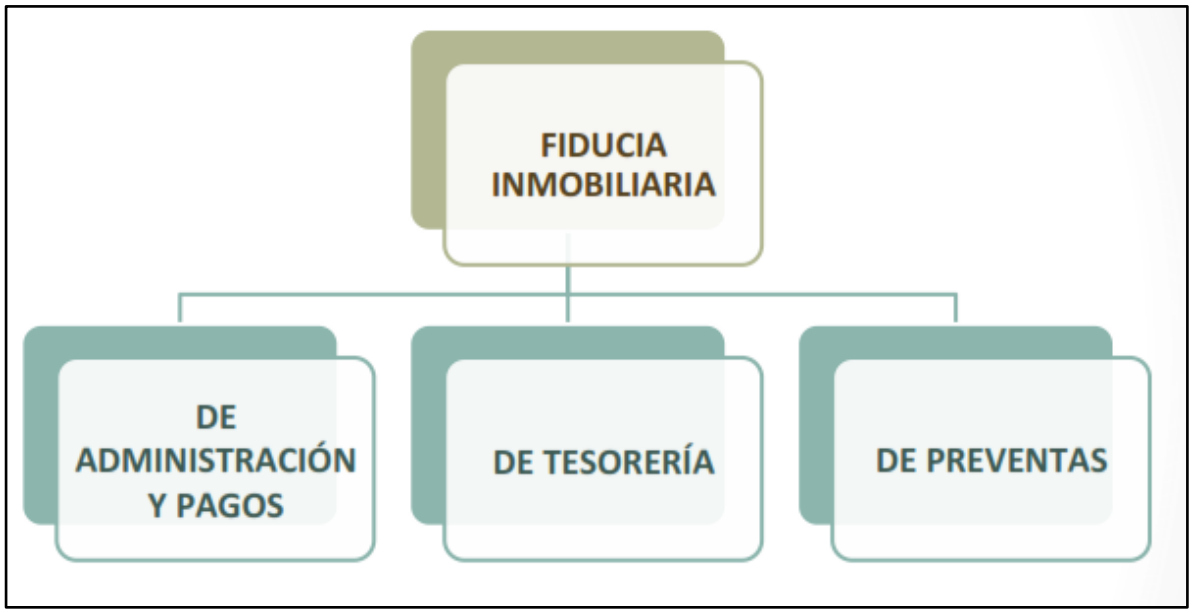

Figura 1 Modalidades de la Fiducia inmobiliaria
Fuente: Superindustria Financiera de Colombia

.

- Fiducia Inmobiliaria de administración y pagos. Por fiducia inmobiliaria de administración de pagos se entiende transferencia de un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato. En desarrollo de este negocio, la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario.

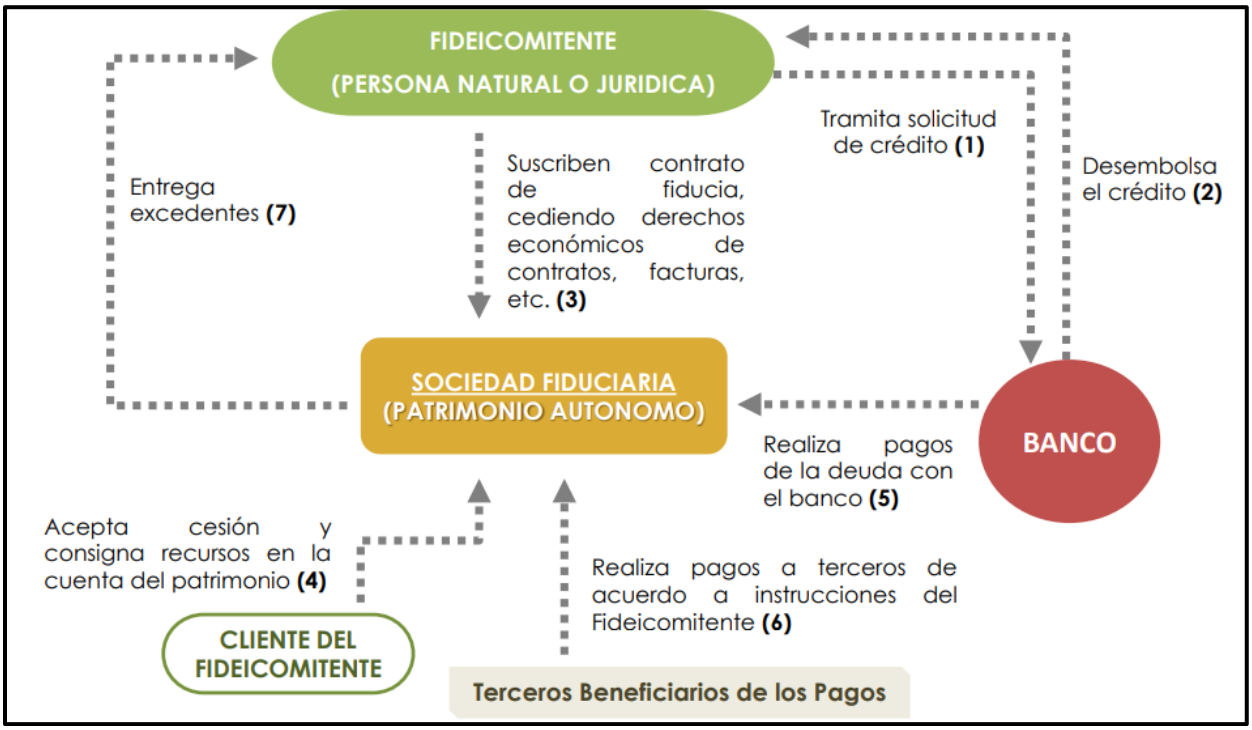

Figura 2. Fiducia Inmobiliaria de Administración y Pagos.
Fuente: Cartilla Asociación de Fiducias, 2015

Dentro de la fiducia inmobiliaria de administración y pagos se tiene:

- **Fiducia Inmobiliaria de tesorería:** Tiene como finalidad principal encomendar a la sociedad fiduciaria la inversión y administración de los recursos en efectivo destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario.
- **Fiducia inmobiliaria de preventa**. Tiene como obligación principal, efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario. En este caso la sociedad fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario.

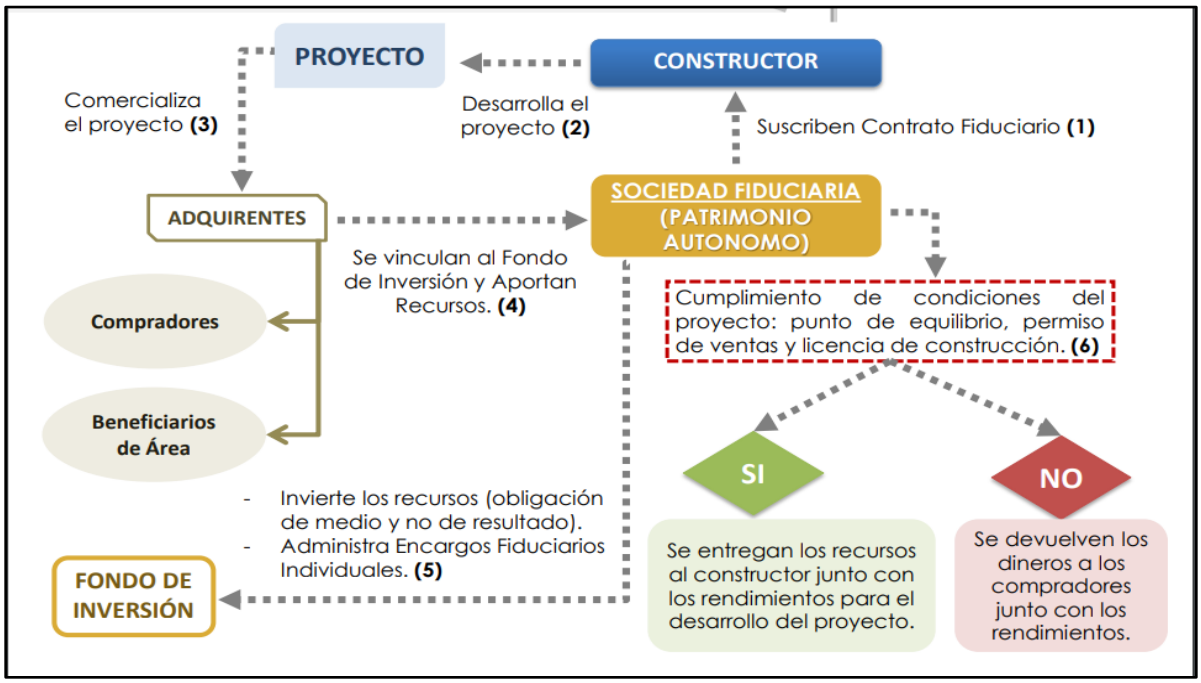

Figura 3. Fiducia Inmobiliaria de Preventas
Fuente: Cartilla Asociación de Fiducias, 2015

- **Fiducia inmobiliaria de parqueo**. Este tipo de fiducia, se caracteriza por contener dentro de su objeto que la sociedad fiduciaria detente la titularidad del inmueble, en su condición de titular y vocera del patrimonio autónomo, hasta el cumplimiento de las condiciones establecidas en el acto constitutivo o de las instrucciones que imparta el fideicomitente.

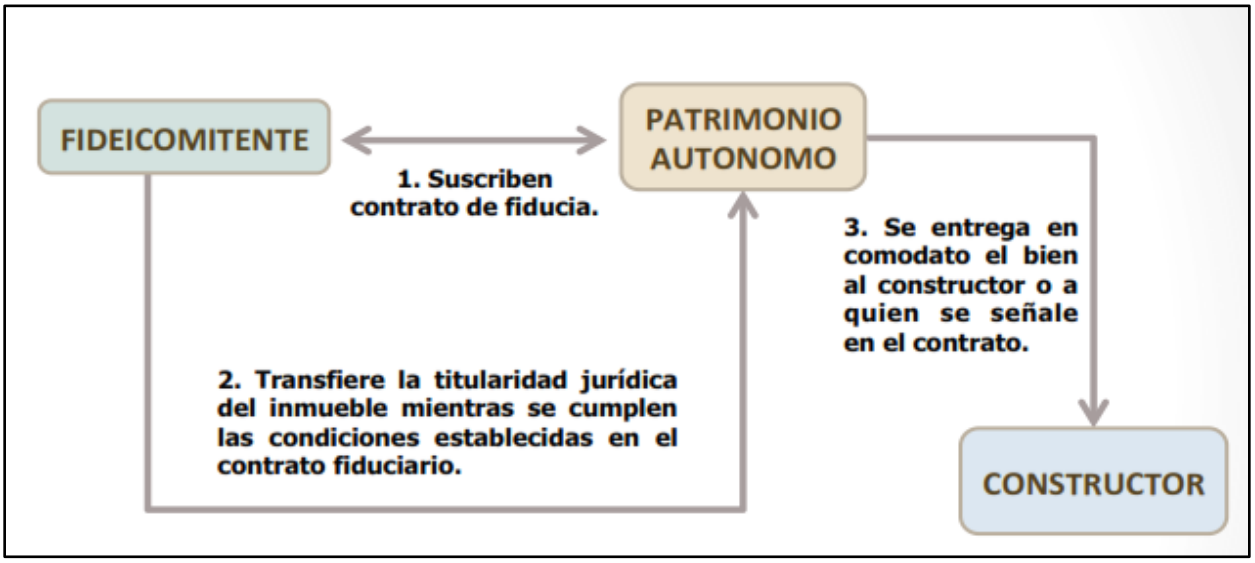

Figura 4. Fiducia de Parqueo
Fuente: Cartilla Asociación de Fiducias,2015

Este tipo de fiducia es muy utilizada en el desarrollo de proyectos inmobiliarios, en los cuales se vinculan propietarios aportantes de los inmuebles y personas naturales o jurídicas que realizan la construcción y la comercialización de los proyectos, facilitando a los constructores la adquisición del inmueble destinado al desarrollo del proyecto y su puesta en marcha una vez cumplidas las condiciones que para el efecto se hayan señalado.

En cuanto al tratamiento jurídico, se debe destacar que para ellas no existe un marco normativo especial diferente del que rige a la fiducia mercantil, y el carácter vinculante de las estipulaciones que las partes plasman en el acto constitutivo en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

En la legislación no existe restricción ni regulación especial sobre la materia, distinta a la que regula los contratos mercantiles, de manera tal que corresponde a las partes del contrato determinar en el acto constitutivo si habrá lugar a la concurrencia de varias personas en calidad de fideicomitentes y, en caso de ser así, establecer el alcance de sus derechos y obligaciones, así como las condiciones de su participación en el proyecto. (Superintendencia Financiera, 2012(a))

- **Fiducia con fines de garantía**. Se constituye una garantía en la que el beneficiario es el acreedor de la persona que se constituye como fideicomisario. Pero no solo la Fiducia en garantía respalda a un solo acreedor, también lo puede hacer con varios acreedores a la vez, según la cantidad de deudas que tenga siempre y cuando los bienes entregados a la Sociedad Fiduciaria tengan un valor suficiente para cubrir todas las acreencias (Suerintendencia FInanciera de Colombia, 2003).

Por otro lado, una vez registrada en la Sociedad Fiduciaria, la persona a quien se le debe dinero, inmediatamente se constituye como acreedor del fideicomiso y tiene la facultad de exigir a la Sociedad Fiduciaria el cumplimiento del pago de la deuda cuando se incumpla en algún

momento la obligación. Para la Superintendencia Financiera, la fiducia en garantía puede presentarse en las siguientes modalidades:

- **Fiducia en garantía propiamente dicha:** Consiste en la transferencia irrevocable de la propiedad de uno o varios a título de fiducia mercantil o la entrega en encargo fiduciario irrevocable, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias del fideicomitente o de terceros, a favor de uno o varios acreedores. La garantía se realiza de conformidad con las instrucciones contenidas en el contrato, mediante la venta o remate de los bienes Fideicomitidos para que, con su producto, o mediante dación de pago, se cancele el valor de la obligación garantizada. (Central Fiduciaria, 2013)

- **Fiducia en garantía y fuente de pagos:** Es el negocio fiduciario que consiste en la transferencia o entrega irrevocable a una Sociedad Fiduciaria de un flujo futuro de recursos producto de una cesión de derechos económicos a favor del fideicomitente, que se destinan a garantizar el cumplimiento de una obligación y a la atención de la deuda producto de la misma. (Central Fiduciaria, 2013)

4.1.3.3 Fiducia de inversión.

El fideicomitente, entrega a la Sociedad Fiduciaria una suma de dinero para que la invierta en títulos; el beneficio puede ser para el fideicomitente o para el beneficiario. La Superintendencia Financiera de Colombia prohíbe a la sociedad fiduciaria, delegar la administración de los

recursos a un tercero, pero en casos de emergencia y con la autorización de la Superintendencia Financiera, se puede acudir a ese tercero (Multibanca Colpatria, 2010).

La Superintendencia Financiera distingue dos tipos de fiducia de inversión, así:

- **Fideicomisos de inversión con destinación específica.** Son aquellos en los cuales el fideicomitente entrega una suma de dinero a la sociedad fiduciaria, esta suma de dinero debe ser administrada con la finalidad principal de inversión o colocación en cualquier título de acuerdo con las instrucciones fijadas en el contrato de fiducia. En este tipo de Fiducia de Inversión, la destinación de los recursos es definida única y exclusivamente por el fideicomitente (Superfinanciera de Colombia, 2018).

- **Administración de inversiones**. Este tipo de fiducia de inversión se lleva a cabo en los fondos mutuos de inversión. Es decir que implica una administración colectiva de todos los trabajadores que están inscritos a estos fondos. Sin embargo, la Sociedad Fiduciaria mantiene una total separación jurídica entre los recursos de cada persona (Superfinanciera de Colombia, 2018).

4.1.3.4 Fiducia Pública.

Interviene una entidad estatal como fideicomitente, se diferencia de la fiducia mercantil en cuanto que la entidad estatal no constituye patrimonio autónomo ni transfiere la propiedad de los bienes o recursos fideicometidos al fiduciario, salvo en los casos expresamente señalados en la

ley. Por otra parte, los contratos de obra, las concesiones o los que se realicen por licitación pública, deberán constituir un patrimonio autónomo para el manejo de los recursos que se reciba a título de anticipo (Congreso de la República, 1933).

4.1.3.5 Fiducia con recursos del sistema de seguridad social y otros relacionados.

Consiste en la entrega de sumas de dinero o bienes a una Sociedad Fiduciaria, transfiriendo o no su propiedad, para que ésta los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente. (Super Intendencia Financiera, 2008).

Se pueden dar las siguientes modalidades

- **Pasivos pensionales.** Consiste en la entrega a una sociedad fiduciaria de recursos para la administración, inversión y constitución de reservas y garantías destinadas a la atención y/o normalización de pasivos pensionales, tales como el pago de mesadas pensionales, cuotas partes pensionales o cualquier otra obligación derivada de dichos pasivos (Super Intendencia Financiera, 2008).

- **Recursos de la seguridad social. t**iene como finalidad la entrega a una sociedad fiduciaria, de recursos destinados a algunas operaciones relacionadas con el sistema de seguridad social en las áreas de salud y riesgos profesionales, para ser administrados por ella (Superintendencia Financiera de Colombia, 2008).

Tabla 4. Principales diferencias entre la fiducia civil y la fiducia mercantil

FIDUCIA CIVIL	FIDUCIA MERCANTIL
El propietario fiduciario es dueño bajo condición resolutoria y se convierte en pleno propietario dada la condición.	El fiduciario no puede bajo ninguna condición adquirir la propiedad de los bienes fideicomitidos.
Es solemne. Se constituye por escritura pública o por testamento	Puede ser consensual, real o solemne
Gratuito	Oneroso
El fideicomitente desaparece	El fideicomitente subsiste y en algunos casos es el mismo beneficiario.
Cualquier persona puede ser fiduciario hasta el propio constituyente.	Tienen la calidad de fiduciarios las sociedades fiduciarias debidamente autorizadas por la Superintendencia Financiera.
Los bienes transferidos ingresan al patrimonio del propietario fiduciario.	Los bienes transferidos forman un patrimonio autónomo diferente al del fiduciario.

Fuente: Elaboración propia (Jiménez T. y Jiménez P., 2019)

4.2 Descripción de la fiducia como mecanismo de planeación tributaria identificando los vacíos normativos que permitan la elusión y/o evasión

4.2.1 Planificación Tributaria

Para Fraga (2005) citado en Villasmil (2017) la planificación tributaria permite el aprovechamiento de opciones de ahorro que las propias leyes tributarias, de manera expresa o tácita, ponen a disposición de los contribuyentes. La planificación tributaria es pues, un sistema desarrollado por sujetos pasivos para disminuir su carga fiscal considerando “los vacíos” existentes en la Ley o situaciones en las que el legislador no fue lo suficiente explícito: mediante las vías de salidas que la misma ley civil, mercantil o tributaria le permite, según sea el caso y el impuesto. Por ende, es considerada un instrumento dirigido a optimizar o reducir los costos fiscales de empresas y particulares mediante la utilización eficiente de la legislación vigente. (p.123)

Es preciso interiorizar que la planificación tributaria se puede definir como el conjunto de técnicas y estrategias que un ente económico adopta, en forma anticipada, con el objetivo de poder llevar a cabo sus actividades económicas buscando el mayor rendimiento de su inversión al menor "costo tributario" posible. La planeación tributaria como herramienta puede ser utilizada desde la administración, en las compañías, para optimizar los impuestos en que éstas son sujetos pasivos. Mediante la misma se logra entre otros:

- Determinar en la evaluación de los proyectos de inversión, los posibles efectos de los impuestos en forma anticipada.
- Considerar alternativas de ahorro en impuestos, en los proyectos de inversiones u operaciones que se vayan a realizar.

- Aumentar la rentabilidad de los accionistas.
- Mejorar el flujo de caja de las compañías, programando con la debida anticipación el cumplimiento adecuado de las obligaciones tributarias.

La planeación tributaria es indispensable en la administración de los tributos de los contribuyentes, sean personas naturales o jurídicas, pues con una adecuada planeación tributaria se pueden proyectar los flujos de caja futuros, derivados del pago de impuestos. Igualmente, permite optimizar las cargas impositivas, haciendo uso de los beneficios tributarios a los cuales pueda acogerse clasificando los ingresos entre gravados, no gravados e ingresos no constitutivos de renta, así como en la determinación e identificación de los costos y gastos que sean no sujetos de deducción en las declaraciones tributarias, específicamente en el impuesto sobre la renta. Mediante una adecuada Planeación Tributaria es posible identificar aquellas diferencias fiscales de carácter temporal, que le permitan diferir el pago de los impuestos o diferir el registro del gasto de impuestos.

4.2.2 Factores que hacen necesaria la Planeación Tributaria

Entre muchos factores se pueden identificar los siguientes

- Los permanentes cambios en la legislación tributaria, obligan a las compañías a analizar su impacto y buscar estrategias inmediatas para reducirlo.
- Presión a la gerencia de las compañías para el mejoramiento de los resultados.

- Aplicación de precios de transferencia en las transacciones con compañías vinculadas del exterior. Las consecuencias de no hacer el estudio y no tener la documentación soporte, es el rechazo de los costos y deducciones en estas operaciones.
- Las organizaciones cada día buscan reducir costos y mejorar la rentabilidad.

Sin embargo, a pesar de todos los beneficios que trae consigo una adecuada planeación tributaria se desprende de ellas estrategias o esquemas que se salen de los límites de la norma o que, valiéndose de la misma permiten a los contribuyentes reducir de manera importante los impuestos a su cargo, dicha situación se presenta no solo en este país sino a nivel mundial, como lo indica Carlos Camacho Córdoba en su Trabajo Nacional para la XXX Conferencia Interamericana de Contabilidad:

> En los últimos años, las naciones latinoamericanas se han visto forzadas a efectuar significativos esfuerzos por incorporar en sus legislaciones normas consideradas como buenas prácticas corporativas, dirigidas tanto a las empresas multinacionales como a las administraciones tributarias. Esto se ha generado con motivo de la conformación y salida a la luz de cada vez más planificaciones fiscales agresivas tendientes a la evasión o elusión de impuestos en una jurisdicción determinada. Casos de empresas como Starbucks y Apple en Norteamérica y Europa, Dolce & Gabanna en Italia y Lionel Messi en España (Camacho , 2013)

Teniendo en cuenta lo planteado por Camacho (2013) se podría decir que el nombre "planeación tributaria agresiva", es pertinente ya que este se basa en esquemas o estrategias que

en últimas concluyen en elusión y/o evasión y en consecuencia en un menor o nulo pago de impuestos como el de renta, afectando el recaudo del país.

Las cuantiosas obligaciones fiscales y la inseguridad jurídica que deben atender las empresas de los diferentes sectores que conforman la economía de un país, han llevado a conformar departamentos especializados con el propósito de planificar la optimización en el pago de los tributos, obtener un mejor aprovechamiento de los beneficios consagrados en la ley, cumplir oportunamente los deberes fiscales inherentes, conseguir los recursos necesarios e interpretar y aplicar debidamente en su propio beneficio las normas que los rigen.

Se puede llegar a entender la elusión como aquella disminución o no pago de impuestos que la misma norma brinda, porque el legislador no tuvo en cuenta determinados efectos al integrarse con la normatividad vigente o por deficiencias en la redacción, como lo indican Cordova & Oliva (2016).

> La elusión es la figura consistente en no pagar determinados impuestos que se han establecido, amparándose en subterfugios o resquicios legales, no previstos por el legislador al momento redactar la ley, ya sea por una redacción deficiente de la misma o porque dicha ley produce efectos al entrar en juego con el resto de las normas tributaria" (p.11).

También es correcto traer a colación la definición del profesor argentino Bonzon (2010) que arguye:

> … No existe doctrinariamente un concepto unívoco respecto a que se considera elusión fiscal, importantes doctrinarios consideran elusión como una acción licita tendiente a lograr la no concreción del hecho imponible" (p. 1)

Por otro lado, está la evasión la cual se encuentra definida de manera clara y concisa en apartes de la sentencia C-15/93:

> La evasión, supone la violación de la ley. El contribuyente, no obstante, está o estará sujeto a una específica obligación fiscal, por abstención (omisión de la declaración de renta, falta de entrega de los impuestos retenidos, ocultación de la información tributaria relevante, etc.) o comisión (transformaciones ilícitas en la naturaleza de los ingresos, inclusión de costos y deducciones ficticias, clasificación inadecuada de partidas, subvaloración de activos, etc.) evita su pago (p.8).

Dentro del concepto genérico de la evasión fiscal, suele considerarse comprendido el fraude fiscal consagrado expresamente como delito en otros ordenamientos. Generalmente, su configuración exige como ingrediente esencial, la intención del contribuyente de evadir el pago de sus obligaciones fiscales la cual se infiere concretamente de sus propias acciones o deliberadas abstenciones (comportamiento premeditado).

Con toda la antesala abordada en este capítulo, en concordancia con los análisis realizados a la reglamentación de la fiducia mercantil y la fiducia civil, se detectaron usos que permitieron hacer parte de planeaciones fiscales que en principio fueron abordadas por las reformas que trajo

consigo la ley 1607/2012 y 1819/2016, solucionando algunas, pero dejando vigentes otras, que pueden afectar los recaudos, para el caso en estudio, el del impuesto de renta.

4.2.3 Análisis Artículo 102 del Estatuto Tributario, Contratos de Fiducia Mercantil.

A continuación, se analizará el artículo 102 del Estatuto Tributario que reglamenta fiscalmente los contratos de fiducia mercantil, identificando en cada numeral que lo compone, las modificaciones del cual fue objeto y su visualización de cómo recitaba antes de la reforma de la Ley 1607 de 2012, después de esta y posterior a la de la Ley 1819/2016, identificando motivaciones del legislador, así como las posibles repercusiones en el impuesto de renta.

4.2.3.1 Numeral 1 del Artículo 102 del Estatuto Tributario.

Tabla 5. Análisis numeral 1 Artículo 102 del estatuto tributario

Antes de la reforma 1607 de 2012	Después de la reforma 1607 de 2012	Con la reforma 1819 de 2016
Artículo 102. Contratos de fiducia mercantil. Para la determinación del impuesto sobre la renta en los contratos de fiducia mercantil se observarán las siguientes reglas:	**Artículo 102. Contratos de fiducia mercantil.** Para la determinación del impuesto sobre la renta en los contratos de fiducia mercantil se observarán las siguientes reglas:	**Artículo 102. Contratos de Fiducia Mercantil**. Para la determinación del impuesto sobre la renta en los contratos de fiducia mercantil se observarán las siguientes reglas
1. Para los fines del impuesto sobre la renta y complementarios, los ingresos originados en los contratos de fiducia mercantil se causan en el momento en que se produce un incremento en el patrimonio del cedente, cuando se trate de cesiones de derechos sobre dichos contratos. De todas maneras, al final de cada ejercicio gravable deberá efectuarse una liquidación de las utilidades obtenidas en el respectivo período por el fidecomiso 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.	1. (Numeral 1 modificado por el artículo 127 de la Ley 1607 de 26 de diciembre de 2012). Los derechos fiduciarios tendrán el costo fiscal y las condiciones tributarias de los bienes o derechos aportados al patrimonio autónomo. Al cierre de cada período gravable los derechos fiduciarios tendrán el tratamiento patrimonial que le corresponda a los bienes de que sea titular el patrimonio autónomo. Para los propósitos del impuesto sobre la renta y complementarios, los ingresos originados en los contratos de fiducia mercantil se causan 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. De todas maneras, al terminar de cada ejercicio gravable deberá efectuarse una liquidación de los resultados obtenidos 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.	1. (Numeral 1 modificado por el artículo 127 de la Ley 1607 de 26 de diciembre de 2012). Los derechos fiduciarios tendrán el costo fiscal y las condiciones tributarias de los bienes o derechos aportados al patrimonio autónomo. Al cierre de cada período gravable los derechos fiduciarios tendrán el tratamiento patrimonial que le corresponda a los bienes de que sea titular el patrimonio autónomo. Para el propósito del impuesto sobre la renta y complementarios, los ingresos originados en los contratos de fiducia mercantil se causan 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. De todas maneras, al final de cada ejercicio gravable deberá efectuarse una liquidación de los resultados obtenidos 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.

Fuente: Elaboración propia (Jiménez T. y Jiménez P., 2019)

Se observa como en el numeral 1 del artículo 102 del Estatuto Tributario, antes de la reforma planteada en la Ley 1607 de 2012, no se especificaba el tratamiento que se le debía de dar a los derechos y/o bienes que hacían parte de contrato de fiducia mercantil; ya con la reforma se determina que estos deben manejarse por el costo fiscal y con las mismas condiciones tributarias que debían tener los derechos fiduciarios o bienes aportados al patrimonio autónomo; con lo cual se dio un control a la autonomía que en otrora tenía el contribuyente (persona natural o jurídica), para establecer el costo de los activos entregados en fiducia así como sus derechos, ocasionando con esto reducciones en sus patrimonios y en los ingresos por ganancia ocasional de los beneficiarios; este primer numeral fue modificado por última vez desde 1995 y abría un portal para la elusión y reducción del impuesto de renta y valor del patrimonio, que solo hasta el año 2012 fue estrechado.

Lo anterior lo podemos constatar entre los apartes de la Sentencia 16598 de 2009:

> …De aceptarse que la fiduciaria pueda recibir bienes por un valor inferior a su costo fiscal, implicaría una práctica elusiva en la medida en que la deducción por pérdida dependería de un acuerdo voluntario entre el constituyente y la fiduciaria sobre el valor de enajenación de los bienes a título de fiducia y un abuso del derecho porque se trasladaría al Estado el pago de la diferencia representado en un menor impuesto… (párr. 6)

4.2.3.2 Numeral 2 del Artículo 102 del Estatuto Tributario.

Tabla 6.Análisis numeral 2 Artículo 102 del estatuto tributario

Antes de la reforma 1607 de 2012	Después de la reforma 1607 de 2012	Con la reforma 1819 de 2016
2. Las utilidades obtenidas en los fideicomisos deberán ser incluidas en 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.	2. Las utilidades o pérdidas obtenidas en los fideicomisos deberán ser incluidas en 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, deducibles o no deducibles, y el mismo concepto y condiciones tributarias que tendrían si fueren percibidas directamente por el beneficiario.	2. (Numeral 2 modificado por el artículo 59 de la Ley 1819 de 29 de diciembre de 2016). El principio de transparencia en los contratos de fiducia mercantil opera de la siguiente manera: En los contratos de fiducia mercantil los beneficiarios, deberán incluir en sus declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios, los ingresos, costos y gastos devengados con cargo al patrimonio autónomo, en el mismo año o período gravable en que se devenguen a favor o en contra del patrimonio autónomo con las mismas condiciones tributarias, tales como fuente, naturaleza, deducibilidad y concepto, que tendrían si las actividades que las originaron fueren desarrolladas directamente por el beneficiario. Cuando los beneficiarios o fideicomitentes sean personas naturales no obligadas a llevar contabilidad se observará la regla de realización prevista en el artículo 27 del Estatuto Tributario.

Fuente: Elaboración propia (Jiménez T. y Jiménez P., 2019)

Se evidencia claramente como este numeral 2, a pesar de ser objeto de modificación en la reforma 1607 de 2012, amplió el pórtico de elusión, ya que al hablar de "utilidades", podía llegar a permitir la deducción de pérdidas para el fiduciante o beneficiario, y entenderse que con este término se refería a un valor positivo que traía consigo pérdidas inmersas; retomando nuevamente los apartes de la Sentencia 16598 de 2009, que fue una de las que vislumbró los errores que se estaban cometiendo por parte del legislador y la interpretación que daban los contribuyentes de la época, entre sus apartes indica al respecto:

> …A juicio de la Sala, el hecho de que sea una pérdida comercial no implica necesariamente que se trate de una pérdida fiscal. Las pérdidas fiscales son las expresamente previstas en la ley. Los contratos de fiducia que celebró el actor, son negocios que pueden arrojar unas utilidades o unas pérdidas, que para efectos del impuesto de renta del beneficiario tiene relevancia la utilidad más no la pérdida. Ahora bien, la Sala no comparte la interpretación que hace el actor del término "utilidades" contenido en el artículo 102 del Estatuto Tributario en cuanto señala que debe entenderse como renta, bien sea negativa o positiva. En primer lugar, el artículo 26 del Estatuto Tributario establece la depuración de la renta líquida, que es la renta gravable en el impuesto de renta. En el caso que se presente renta líquida significa que hay utilidad y es la base gravable del tributo. En el caso de que se presente pérdida, simplemente no será la base gravable del impuesto y se acudirá a otro sistema de determinación de la renta líquida gravable. De manera que cuando una disposición señala que se gravarán tales rentas, se refiere a un valor positivo que será la base gravable a la cual se aplicará la tarifa. Salvo que por disposición legal esa renta no sea gravable. De ahí que el numeral 2

> del artículo 102 del Estatuto Tributario advierte que las utilidades conservarán el carácter de gravables o no gravables. La Sala en sentencia de 27 de octubre de 2005, dictada dentro del expediente 14699 con ponencia de la Dra. María Inés Ortiz Barbosa, precisó que los términos "rentas" y "utilidades" utilizados por el legislador en los artículos 147 y 351 del Estatuto Tributario, en el régimen del impuesto sobre la renta significan lo mismo, "renta líquida": o sea renta bruta menos las deducciones o gastos necesarios para la producción de la renta… (p.6).

Es preciso añadir al respecto que las pérdidas que el contribuyente declaraba permitían anular sus réditos como los de otras actividades, afectando con esto la renta líquida y por lo tanto nuevamente el recaudo del impuesto, basándose en ese vacío normativo de dicho numeral.

> En efecto, a juicio de la Sala, la disposición es clara en señalar 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. Lo anterior, por cuanto, el beneficiario de un contrato de fiducia mercantil es el titular de los réditos que produzcan dichos bienes, el que, en ciertas ocasiones puede ser el mismo fiduciante… (Sentencia CE 16598,2019, p 1*).*

Con las modificaciones a este numeral que trajo consigo la ley 1819/2016, se da origen a la aplicación y reglamentación del principio de transparencia para los contratos de fiducia mercantil; dando un orden e instrucciones precisas, para evitar interpretaciones extralimitadas

por parte de los contribuyentes basadas en las mismas fisuras de la norma; es por esto que se especifica de manera taxativa la inclusión en la declaración de renta que deben hacer los beneficiarios del fideicomiso, de todos los ingresos, costos y deducciones con acatamiento de los requisitos planteados en la norma para establecer su procedencia y deducibilidad; para evitar con ello la problemática explicada anteriormente.

Con dicha modificación se restringe de manera permanente la entrada a esquemas de elusión y/o evasión.

4.2.3.3 Numeral 3 del Artículo 102 del Estatuto Tributario

Tabla 7. Análisis numeral 3 Artículo 102 del estatuto tributario

Antes de la reforma 1607 de 2012	Después de la reforma 1607 de 2012	Con la reforma 1819 de 2016
3. Cuando el fideicomiso se encuentre sometido a condiciones suspensivas, resolutorias o a sustituciones, revocatorias u otras circunstancias que no permitan identificar a los beneficiarios de las rentas en el respectivo ejercicio, estas serán gravadas en cabeza del patrimonio autónomo a la tarifa de las sociedades colombianas. En este caso, el patrimonio autónomo se asimila a una sociedad anónima para los fines del impuesto sobre la renta y complementarios. En los fideicomisos de garantía se entenderá que el beneficiario es siempre el constituyente.	3. Cuando el fideicomiso se encuentre sometido a condiciones suspensivas, resolutorias o a sustituciones, revocatorias u otras circunstancias que no permitan identificar a los beneficiarios de las rentas en el respectivo ejercicio, estas serán gravadas en cabeza del patrimonio autónomo a la tarifa de las sociedades colombianas. En este caso, el patrimonio autónomo se asimila a una sociedad anónima para los fines del impuesto sobre la renta y complementarios. En los fideicomisos de garantía se entenderá que el beneficiario es siempre el constituyente.	3. Cuando el fideicomiso se encuentre sometido a condiciones suspensivas, resolutorias, o a sustituciones, revocatorias u otras circunstancias que no permitan identificar a los beneficiarios de las rentas en el respectivo ejercicio, éstas serán gravadas en cabeza del patrimonio autónomo a la tarifa de las sociedades colombianas. En este caso, el patrimonio autónomo se asimila a una sociedad anónima para los fines del impuesto sobre la renta y complementarios. En los fideicomisos de garantía se entenderá que el beneficiario es siempre el constituyente.

Fuente: Elaboración propia (Jiménez T. y Jiménez P., 2019)

Se evidencia que este numeral no ha tenido cambios, de igual manera se establece que la norma se encuentra bien sustentada asegurando el recaudo del impuesto de renta en cabeza del patrimonio autónomo asimilado a una sociedad anónima y a la tarifa de las sociedades, en casos en los cuales se presenten condiciones suspensivas, resolutorias, o a sustituciones, revocatorias u otras circunstancias.

4.2.3.4 Numeral 4 del Artículo 102 del Estatuto Tributario

Tabla 8. Análisis numeral 4 Artículo 102 del estatuto tributario

Antes de la reforma 1607 de 2012	Después de la reforma 1607 de 2012	Con la reforma 1819 de 2016
4. Se causará el impuesto sobre la renta o ganancia ocasionales cabeza del constituyente, siempre que los bienes que conforman el patrimonio autónomo o los derechos sobre los mismos 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.	4. Se causará el impuesto sobre la renta o ganancia ocasionales cabeza del constituyente, siempre que los bienes que conforman el patrimonio autónomo o los derechos sobre los mismos 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.	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.

Fuente: Elaboración propia (Jiménez T. y Jiménez P., 2019)

Este numeral, tampoco ha sufrido cambios con las reformas, de igual manera, se determina que se encuentra bien redactado y estableciendo los respectivos límites, asegurando el recaudo del impuesto de renta y/o ganancias ocasionales; ya que grava en cabeza del constituyente aquellos bienes y/o derechos que conforman el patrimonio autónomo y que serán otorgados a personas distintas a él por voluntad propia (otros beneficiario); Adicionalmente si son recibidos por beneficiarios a título gratuito, dichos derechos y/o bienes harían base de impuesto de ganancias ocasionales, aplicando normas relativas a estas, así como donaciones y lo previsto en el artículo 90, 90-1 del estatuto Tributario.

4.2.3.5 Numeral 5 del Artículo 102 del Estatuto Tributario.

Tabla 9. Análisis numeral 5 Artículo 102 del estatuto tributario

Antes de la reforma 1607 de 2012	Después de la reforma 1607 de 2012	Con la reforma 1819 de 2016
5. Con relación a cada uno de los patrimonios autónomos bajo su responsabilidad, los fiduciarios están obligados a cumplir las obligaciones formales señaladas en las normas legales para los contribuyentes, los retenedores y los responsables, según el caso. Para tal efecto, se asignará un NIT diferente al de la sociedad fiduciaria, que identifique en forma global a todos los fideicomisos que administre.Las sociedades presentaran una sola declaración por todos los patrimonios autónomos. La sociedad fiduciaria tendrá una desagregación de los factores de la declaración atribuibles a cada patrimonio autónomo a disposición de la DIAN para cuando ésta lo solicite.Los fiduciarios son responsables, por las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones formales a cargo de los patrimonios autónomos, así como de la sanción por corrección, por inexactitud, por corrección aritmética y de cualquier otra sanción relacionada con dichas declaraciones.	5. (Inciso 1 del numeral 5 modificado por el artículo 127 de la Ley 1607 de 26 de diciembre de 2012). Las sociedades fiduciarias deben cumplir con los deberes formales de los patrimonios autónomos que administren. Para tal fin, se les asignará a las sociedades fiduciarias, aparte del NIT propio, un NIT que identifique en forma global a todos los fideicomisos que administren. El Gobierno Nacional determinará adicionalmente en qué casos los patrimonios autónomos deberán contar con un NIT individual, que se les asignará en consecuencia.(Inciso 2 del numeral 5 modificado por el artículo 127 de la Ley 1607 de 26 de diciembre de 2012). Las sociedades fiduciarias presentarán una sola declaración por los patrimonios autónomos que administren y que no cuenten con un NIT individual. En estos casos la sociedad fiduciaria tendrá una desagregación de los factores de la declaración atribuible a cada patrimonio autónomo a disposición de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para cuando esta lo solicite. Cuando se decida que uno o varios patrimonios autónomos tengan un NIT independiente del global, la sociedad fiduciaria deberá presentar una declaración independiente por cada patrimonio autónomo con NIT independiente y suministrar la información que sobre los mismos le sea solicitada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales	5. (Inciso 1 del numeral 5 modificado por el artículo 127 de la Ley 1607 de 26 de diciembre de 2012). Las sociedades fiduciarias deben cumplir con los deberes formales de los patrimonios autónomos que administren. Para tal fin, se les asignará a las sociedades fiduciarias, aparte del NIT propio, un NIT que identifique en forma global a todos los fideicomisos que administren. El Gobierno Nacional determinará adicionalmente en qué casos los patrimonios autónomos deberán contar con un NIT individual, que se les asignará en consecuencia.(Inciso 2 del numeral 5 modificado por el artículo 127 de la Ley 1607 de 26 de diciembre de 2012). Las sociedades fiduciarias presentarán una sola declaración por los patrimonios autónomos que administren y que no cuenten con un NIT individual. En estos casos la sociedad fiduciaria tendrá una desagregación de los factores de la declaración atribuible a cada patrimonio autónomo a disposición de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para cuando esta lo solicite. Cuando se decida que uno o varios patrimonios autónomos tengan un NIT independiente del global, la sociedad fiduciaria deberá presentar una declaración independiente por cada patrimonio autónomo con NIT independiente y suministrar la información que sobre los mismos le sea solicitada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

Antes de la reforma 1607 de 2012	Después de la reforma 1607 de 2012	Con la reforma 1819 de 2016
Con cargo a los recursos del fideicomiso, los fiduciarios deberán atender el pago de los impuestos de ventas, timbre y de la retención en la fuente, que se generen como resultado de las operaciones del mismo, así como de sus correspondientes intereses moratorios y actualización por inflación, cuando sean procedentes. Cuando los recursos del fideicomiso sean insuficientes, los beneficiarios responderán solidariamente por tales impuestos retenciones y sanciones.	(Inciso 3 del numeral 5 modificado por el artículo 82 de la Ley 488 de 24 de diciembre de 1998). Los fiduciarios son responsables, por las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones formales a cargo de los patrimonios autónomos, así como de la sanción por corrección, por inexactitud, por corrección aritmética y de cualquier otra sanción relacionada con dichas declaraciones. (Inciso 4 del numeral 5 modificado por el artículo 82 de la Ley 488 de 24 de diciembre de 1998). Con cargo a los recursos del fideicomiso, los fiduciarios deberán atender el pago de los impuestos de ventas, timbre y de la retención en la fuente, que se generen como resultado de las operaciones del mismo, así como de sus correspondientes intereses moratorios y actualización por inflación, cuando sean procedentes. (Inciso 5 del numeral 5 modificado por el artículo 82 de la Ley 488 de 24 de diciembre de 1998). Cuando los recursos del fideicomiso sean insuficientes, los beneficiarios responderán solidariamente por tales impuestos retenciones y sanciones.	(Inciso 3 del numeral 5 modificado por el artículo 82 de la Ley 488 de 24 de diciembre de 1998). Los fiduciarios son responsables, por las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones formales a cargo de los patrimonios autónomos, así como de la sanción por corrección, por inexactitud, por corrección aritmética y de cualquier otra sanción relacionada con dichas declaraciones. (Inciso 4 del numeral 5 modificado por el artículo 82 de la Ley 488 de 24 de diciembre de 1998). Con cargo a los recursos del fideicomiso, los fiduciarios deberán atender el pago de los impuestos de ventas, timbre y de la retención en la fuente, que se generen como resultado de las operaciones del mismo, así como de sus correspondientes intereses moratorios y actualización por inflación, cuando sean procedentes. (Inciso 5 del numeral 5 modificado por el artículo 82 de la Ley 488 de 24 de diciembre de 1998). Cuando los recursos del fideicomiso sean insuficientes, los beneficiarios responderán solidariamente por tales impuestos retenciones y sanciones.

Fuente: Elaboración propia (Jiménez T. y Jiménez P., 2019)

Se evidencia como el numeral 5 en comento, modificó la redacción e introdujo algunos cambios que permitieron especificar las obligaciones de los fiduciarios frente a los patrimonios autónomos que tiene a su cargo.

Entre dichos cambios está la facultad que se reserva el gobierno para exigir, qué patrimonios autónomos deben contar con un NIT individual, otorgando con esto mayor control e incrementando el riesgo subjetivo en cuanto al manejo que las fiducias le dan a dichos recursos.

En su inciso 2 nuevamente se incluye los lineamientos para aquellos patrimonios autónomos que deban contar con un Nit individual, ya que de igual forma deberán contar con una declaración individual y soportar con la respectiva documentación idónea que deberá estar disponible para la administración; como se mencionaba en el inciso anterior dicha modificación buscó un mayor control a patrimonios autónomos que manejen recursos importantes y que de acuerdo a la facultad del gobierno crea conveniente verificar.

En cuanto a los dos últimos incisos que trajo la reforma de la ley 1607 de 2012, para este numeral, se evidencia una mejor redacción y cercamiento de las responsabilidades sustanciales de los fiduciarios, de las cuales asegura su recaudo con cargo al fideicomiso o sea recursos y réditos del fiduciante y de ser insuficientes serán los beneficiarios los responsables solidarios por tales obligaciones.

En este orden de ideas se determina que las reformas planteadas para este numeral cumplen con su propósito y sellan de sobremanera posibilidades de interpretación paralela que den lugar a elusión.

4.2.3.6 Numeral 6 del Artículo 102 del Estatuto Tributario

Tabla 10. Análisis numeral 6 Artículo 102 del estatuto tributario

Antes de la reforma 1607 de 2012	**Después de la reforma 1607 de 2012**	**Con la reforma 1819 de 2016**
6. Las utilidades acumuladas en los fideicomisos, que no hayan sido distribuidas ni abonadas en las cuentas de los correspondientes beneficiarios, deberán ser determinadas por el sistema de causación e incluidas en sus declaraciones de renta. Cuando se den las situaciones contempladas en el numeral 3° de este artículo se procederá de acuerdo con lo allí previsto.	6. Las utilidades acumuladas en los fideicomisos, que no hayan sido distribuidas ni abonadas en las cuentas de los correspondientes beneficiarios, deberán ser determinadas por el sistema de causación e incluidas en sus declaraciones de renta. Cuando se den las situaciones contempladas en el numeral 3° de este artículo se procederá de acuerdo con lo allí previsto.	6. Las utilidades acumuladas en los fideicomisos, que no hayan sido distribuidas ni abonadas en las cuentas de los correspondientes beneficiarios, deberán ser determinadas por el sistema de causación e incluidas en sus declaraciones de renta. Cuando se den las situaciones contempladas en el numeral 3 de este artículo se procederá de acuerdo con lo allí previsto.
PAR.1°. 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 los mismos, a las tarifas que correspondan a la naturaleza de los correspondientes ingresos, de acuerdo a disposiciones vigentes.		
PAR.2°.Sin perjuicio de las responsabilidades establecidas en este artículo, en la acción de cobro, la administración tributaria podrá perseguir los bienes del fideicomiso.		

Fuente: Elaboración propia (Jiménez T. y Jiménez P., 2019)

Del análisis del numeral 6, se concluye que no sufrió modificaciones relevantes, ni se observan vacíos normativos que permitan realizar planeaciones fiscales.

4.2.3.7 Numeral 7 del Artículo 102 del Estatuto Tributario

Tabla 11.Análisis numeral 7 articulo 102 del estatuto tributario

Antes de la reforma 1607 de 2012	Después de la reforma 1607 de 2012	Con la reforma 1819 de 2016
	8. (Numeral 8 (sic, es 7) adicionado por el artículo 127 de la Ley 1607 de 26 de diciembre de 2012). Cuando la ley consagre un beneficio tributario por inversiones, donaciones, adquisiciones, compras, ventas o cualquier otro concepto, 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.	8. (Numeral 8 (sic, es 7) adicionado por el artículo 127 de la Ley 1607 de 26 de diciembre de 2012). Cuando la ley consagre un beneficio tributario por inversiones, donaciones, adquisiciones, compras, ventas o cualquier otro concepto, 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.
	PAR.1°. 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 los mismos, a las tarifas que correspondan a la naturaleza de los correspondientes ingresos, de acuerdo a disposiciones vigentes.	PARÁGRAFO. 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 los mismos, a las tarifas que correspondan a la naturaleza de los correspondientes ingresos, de acuerdo con las disposiciones vigentes.
	PAR.2°. (Parágrafo adicionado por el artículo 82 de la Ley 488 de 24 de diciembre de 1998). Sin perjuicio de las responsabilidades establecidas en este artículo, en la acción de cobro, la administración tributaria podrá perseguir los bienes del fideicomiso.	PARÁGRAFO 2. (Parágrafo adicionado por el artículo 82 de la Ley 488 de 24 de diciembre de 1998). Sin perjuicio de las responsabilidades establecidas en este artículo, en la acción de cobro, la administración tributaria podrá perseguir los bienes del fideicomiso.
		PARÁGRAFO 3. (Parágrafo 3 adicionado por el artículo 59 de la Ley 1819 de 29 de diciembre de 2016). Para efectos de lo dispuesto en este artículo, el fiduciario deberá proporcionar a los fideicomitentes y/o beneficiarios la información financiera relacionada con el patrimonio autónomo. La certificación deberá estar firmada por el representante legal o quien haga sus veces, y la información financiera, que hará parte integral de dichos certificados, por el contador público y/o revisor fiscal, según corresponda, de acuerdo con los mecanismos establecidos en las disposiciones vigentes que rigen en materia de firmas.

Fuente: Elaboración propia (Jiménez T. y Jiménez P., 2019)

De manera errada quedó registrada como el numeral 8 en el Estatuto Tributario, y se trata de un nuevo numeral que introdujo la ley 1607 de 2012, otorgando derecho de igualdad a los fiduciantes y/o beneficiarios que realicen operaciones a través de patrimonios autónomos, para las cuales se consagre algún beneficio tributario, extendiendo a los mismos dichos beneficios.

La ley 1819 de 2016, creo un nuevo parágrafo a este numeral reglamentando para los fiduciarios la obligación de certificar a los fideicomitentes y/o beneficiarios la información financiera de los patrimonios autónomos los cuales deben cumplir con determinados requisitos en cuanto a los firmantes que la expiden.

En este orden de ideas este nuevo numeral hizo extensivo los beneficios tributarios de operaciones que dieran lugar a ello hacia los fideicomitentes y/o beneficiarios; no se observan resquicios en dicha norma que permitan extralimitaciones o interpretaciones distintas a las consideradas en ella.

Adicional a lo anterior, es conveniente abordar el principio de transparencia, el cual de acuerdo a la exposición de motivos del proyecto de ley del cual resultó la 1607 de 2012, buscó que se aplicará a varios artículos 28-1, 271-1, y en el 102 como se había comentado previamente; en dicha motivación aducían:

> ‘‘Teniendo en cuenta que la intención es la de fortalecer el principio de transparencia fiscal en los contratos de fiducia mercantil, se propone mantener la condición de no contribuyentes de los patrimonios autónomos cuando sea posible identificar a los beneficiarios del contrato. En caso de

> que no sea posible identificar a los beneficiarios del contrato, el patrimonio autónomo será considerado como un contribuyente del impuesto sobre la renta y complementarios asimilado a una sociedad nacional.
>
> Para cumplir con lo anterior, se propone un tratamiento diferenciado para los casos en los que la calidad de fideicomitente y beneficiario recaen sobre una misma persona. En este caso, el tratamiento tributario aplicable implica que los fideicomitentes incorporarán en sus declaraciones los ingresos, costos y gastos en los que incurra el patrimonio autónomo en las mismas condiciones como si el fideicomitente hubiere desarrollado las actividades directamente.
>
> Igualmente, cuando el beneficiario del contrato de fiducia mercantil sea una persona diferente del fideicomitente, se establece un tratamiento que respeta el principio de transparencia para efectos fiscales. En este sentido, se establece que, si el beneficiario no ha desarrollado ninguna actividad sustancial en el marco del contrato de fiducia mercantil, las distribuciones que se hagan a su favor, se consideran de manera separada y constituyen rentas o pérdidas asociadas al impuesto de ganancias ocasionales. Estas distribuciones también estarán gravadas en cabeza de los fideicomitentes observando lo previsto anteriormente explicado. (párr,3-4)

Por último, y con el mismo fin de fortalecer el principio de transparencia fiscal de estos vehículos, se establece que el fiduciario deberá certificar y proporcionar a los fideicomitentes y/o beneficiarios la información financiera y fiscal relacionada con el patrimonio autónomo. La certificación deberá estar firmada por el representante legal y el contador público o revisor fiscal respectivo. Esto, no solo para permitir que la información sea más clara para el contribuyente u obligado a declarar, sino también para permitir una fiscalización más eficiente y directa.

4.2.4 Principio de Transparencia

Cuando se habla de un principio estamos frente a un concepto amplio de reglas, fundamentos, ideales, etc.; que buscan enmarcar un comportamiento. Para el caso en estudio nos referimos a reglas, fundamentos, ideales aplicados al tratamiento fiscal de ciertos temas; a este hecho se hace referencia en la publicación de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (2010), en la cual indican entre sus apartes:

> La transparencia tributaria también tiene sentido desde el punto de vista jurídico para: i) mejor cumplimiento de los contribuyentes con sus obligaciones fiscales; ii) la verificación de las obligaciones de contribución y las facultades de comprobación; iii) evitar fraudes y conflictos entre contribuyentes; iv) la protección y garantía de los derechos de los contribuyentes y sus datos personales; v) la rendición de cuentas de las autoridades hacia los ciudadanos en el ejercicio de sus funciones de recaudación, y vi) como instrumento de cooperación internacional respecto a la atracción de capital, la elusión y evasión de contribuciones (p. 149)

Aunque el principio de transparencia se hizo visible con la reforma 1819 de 2016; ya estaba inmerso en varios artículos; sin embargo, se da a conocer justamente con los contratos de fiducia mercantil; buscando una mayor orientación del actuar de los contribuyentes, así como facilitar el control por parte de la administración tributaria, con respecto a lo anterior indicaba el concepto DIAN No.01606 de 2015, entre otros apartes que estas disposiciones desarrollaban 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.

De igual manera indicaba que el régimen tributario colombiano contempla la aplicación del principio de transparencia fiscal en los contratos de fiducia mercantil, en relación con las utilidades que se generen en virtud de dichos contratos en cabeza del constituyente o de un tercero beneficiario.

4.2.5 Principio de transparencia en la fiducia mercantil

De acuerdo a lo anterior se analiza si la fiducia mercantil cumple en su totalidad con el principio de transparencia, así:

Tabla 12. Principio de transparencia en la fiducia mercantil

Principio	Respuesta	Transferencia Fiscal	Atributo
Los derechos fiduciarios adquieren las características tributarias de los bienes aportados al patrimonio autónomo (en adelante PA)	Si	Si	
Los bienes aportados al PA conservan las características que tenían en cabeza del aportante (antigüedad, fijo o corriente, etc.)	Si	Si	
Solamente cuando se enajenan los activos aportados a un PA o sus derechos fiduciarios, se genera un evento gravado con el impuesto de renta.	Si	Si	
El fideicomitente declara los activos y pasivos del PA	Si	Si	
El fideicomitente declara los ingresos, costos y gastos del PA	No	No	Ventaja

Principio	Respuesta	Transferencia Fiscal	Atributo
Las pérdidas fiscales pueden ser trasladadas a los fideicomitentes	Si	Si	
La utilización de un PA eleva la tarifa del impuesto sobre la renta de los fideicomitentes.	No	Si	
Las utilidades o pérdidas obtenidas por los fideicomitentes se someten a misma retención (en monto) que le hubiera aplicado a los ingresos del PA	No	No	Ventaja
Las declaraciones de impuestos territoriales (Predial, ICA, etc.) son presentados por los fideicomitentes?	Si	Si	Ventaja

Fuente: Elaboración propia (Jiménez T. y Jiménez P., 2019)

En el anterior consolidado se puede observar como aún continúan algunos puntos sin aplicación del principio de transparencia y que podrían en determinado momento servir de ventaja para los fideicomitentes, entre ellos*:*

El fideicomitente no declara los activos y pasivos los del Patrimonio Autónomo, con lo cual no permite un control de las cuantías que manejan por estos conceptos.

Utilidades o pérdidas obtenidas por los fideicomitentes se someten a la misma retención (monto) que le hubiere aplicado a los ingresos del Patrimonio Autónomo, lo anterior hace referencia a lo que indica el artículo 368-1 del Estatuto Tributario que reglamenta la retención en la fuente de los Fondos de Inversión Colectiva, que indicó entre sus apartes : " Los fondos de que trata el artículo 23-1 de este Estatuto o las sociedades que los administren o las entidades financieras que realicen pagos a los inversionistas, según lo establezca el Gobierno nacional, efectuarán la retención en la fuente que corresponda a los ingresos que distribuyan entre los suscriptores o partícipes, al momento del pago"; con esto se planteaba un diferimiento del pago de retención, o sea, una ventaja con respecto a otros contribuyentes, sin embargo este vacío

acaba de ser solucionado con modificaciones que incluyó la ley 1943 de 2018 en la cual incorporó el siguiente acápite : …salvo en los casos en las que no se admita el diferimiento del ingreso, en los términos establecidos en la norma. En este último caso la retención deberá realizarse conforme a las normas que son aplicables en los contratos de fiducia mercantil, al momento de la realización del ingreso. Los agentes de retención serán los responsables de confirmar la procedencia de beneficio del diferimiento del ingreso y el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 23-1 del Estatuto Tributario.

Así mismo el artículo 23-1 del Estatuto Tributario indicaba: No son contribuyentes los fondos de capital privado, los fondos de inversión colectiva y otros: "No son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, los fondos de capital privado y los fondos de inversión colectiva, administrados por una entidad autorizada para tal efecto".

La remuneración que reciba por su labor la entidad que administre el fondo constituye un ingreso gravable para la misma y estará sujeta a retención en la fuente.

Los ingresos del fondo de capital privado o de inversión colectiva, previa deducción de los gastos a cargo del mismo y de la contraprestación de la sociedad administradora, se distribuirán entre los suscriptores o partícipes, al mismo título que los haya recibido el fondo de capital privado o de inversión colectiva y en las mismas condiciones tributarias que tendrían si fueran percibidos directamente por el suscriptor o partícipe…

Sin embargo, la ley 1943 de 2018, adicionó los siguientes incisos, los cuales esclarecen el diferimiento de los fondos que se conformen a partir de este año y dan la opción de continuar con el tratamiento anterior a aquellos constituidos antes del 31 de diciembre de 2018.

No obstante, lo anterior, la realización de las rentas para los beneficiarios o partícipes de un fondo solo se diferirá hasta el momento de la distribución de las utilidades, inclusive en un período gravable distinto a aquel en el cual el fondo de capital privado o los fondos de inversión colectiva han devengado contablemente el respectivo ingreso, en los siguientes casos:

1. Cuando las participaciones del Fondo sean negociadas en una bolsa de valores sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia

2. Cuando el fondo cumpla con los siguientes requisitos:

a. No ser poseído directa o indirectamente, en más de un 50%, por un mismo beneficiario efectivo, o grupo inversionista vinculado económicamente o por miembros de una misma familia hasta un 4° grado de consanguinidad o afinidad, que sean contribuyentes del impuesto sobre la renta.

b. Cuando ninguno de los beneficiarios efectivos del fondo o grupo inversionista vinculado o grupo familiar, de manera individual o conjunta, tenga control o discrecionalidad sobre las distribuciones del mismo.

En los casos en que el propósito principal para la creación del fondo sea el diferimiento de impuestos, como sucede con la estructuración de un fondo con el propósito de realizar una transacción particular de venta de uno o varios activos, las rentas de los partícipes se causarán en el mismo ejercicio en que son percibidas por el fondo, con independencia de que se cumpla con los requisitos señalados en los literales a. y b. anteriores.

PAR 1. Lo dispuesto en el numeral 2 del inciso 4 no aplicará para aquellos fondos que tengan por objeto exclusivo desarrollar nuevos emprendimientos innovadores y recaudar capitales de riesgo para dicho propósito.

Para estos efectos, el valor de la inversión en el fondo tiene que ser inferior a seis cientos mil (600.000) UVT, y no puede existir vinculación económica o familiar entre el desarrollador del nuevo emprendimiento y los inversionistas de capital de riesgo.

PAR 2. No son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, los fondos parafiscales agropecuarios y pesqueros, y el Fondo de Promoción Turística. Los anteriores fondos que administran recursos públicos están sujetos a control fiscal.

PAR 3. Lo dispuesto en el literal b) del numeral segundo del inciso no será aplicable al gestor, siempre y cuando no exista vinculación económica entre el gestor y los beneficiarios o inversionistas mayoritarios el fondo de capital privado o de inversión colectiva.

PAR TRANSITORIO. Los Fondos de Capital Privado y los Fondos de Inversión Colectiva que se encuentren vigentes a 31 de diciembre de 2018, continuarán rigiéndose por lo dispuesto en la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 1848 de 2013 hasta el 30 de junio de 2020, fecha a partir de la cual deberá haberse acogido a los requisitos establecidos en los numerales 1 o 2 del inciso 4 de este artículo, según el caso, para mantener el tratamiento allí consagrado. En caso contrario, las utilidades de los fondos a los que se refiere el inciso 4, que conforme a las disposiciones anteriores se hayan causado en el fondo y se encuentren pendientes de causación fiscal por parte de los partícipes, se entenderán causadas en el año gravable 2020, siempre y cuando no se cumplan los supuestos dispuestos en esta norma para su diferimiento.

Lo anterior brindó seguridad jurídica a aquellos fondos previamente constituidos, eximiendo del cumplimiento de los requisitos los numerales 1 y 2 del Inciso 4, lo cual se considera una ventaja para los fideicomitentes.

4.2.6 Esquemas de planeación mediante fiducia mercantil.

Teniendo en cuenta la modificación al artículo 90 del Estatuto Tributario mediante el artículo 53 de la ley 1943 de 2018, como medida para combatir la elusión en materia tributaria, se observa entre sus apartes: …Los inmuebles adquiridos a través de fondos, fiducias, esquemas de promoción inmobiliaria o semejantes, quedarán sometidos a lo previsto en esta disposición. Para el efecto, los beneficiarios de las unidades inmobiliarias serán considerados como adquirentes de los bienes raíces, en relación con los cuales deberá declararse su valor de mercado….

Con base en lo anterior se puede inferir que si una persona natural va a constituir una fiducia mercantil de administración, la entidad financiera hará valorar los bienes objeto de la misma a valor comercial, debido a que dichos bienes van a hacer parte del patrimonio autónomo en cabeza del fiduciario; a su vez el constituyente o fideicomitente recibirá como contrapartida unos derechos fiduciarios por el mismo valor; sin embargo cuando ello sucede puede estar generando un sendero por el cual se legalicen capitales y/o normalicen activos omitidos a costo cero; ya que el año en que termine el contrato fiduciario y este retorne al patrimonio del fiduciante como activo fijo, se acogerá a los lineamientos de los artículos 69 o 72 del Estatuto Tributario, deja un margen que puede llegar a permitir legalizar recursos y/o reducir el impacto de una comparación patrimonial.

Por ejemplo, un contribuyente, tiene reportado como costo fiscal de un activo fijo, el valor de $10.000.000 acogiéndose a lo detallado en los artículos 69 y 72 del estatuto Tributario, este constituye una fiducia mercantil y le certifican unos derechos fiduciarios por valor de $18.000.000, cuando presente su denuncio rentístico en el año siguiente, se refleja un incrementado patrimonial en cuantía de $8.000.000, el cual queda debidamente soportado ante la autoridad tributaria; y deja desvirtuada una posible renta por comparación patrimonial.

Por otra parte, se observa como mediante el uso de la fiducia mercantil y/o civil podría plantearse un fraccionamiento de ingresos y/o patrimonio del fiduciante, al distribuir sus utilidades y/ bienes en cabeza de distintos beneficiarios o fideicomisarios; distribuyendo entre ellos la base gravable del impuesto y dejando sin obligación alguna a sus beneficiarios ya que basados en el artículo 592 del Estatuto Tributario no cumplirían dichos topes.

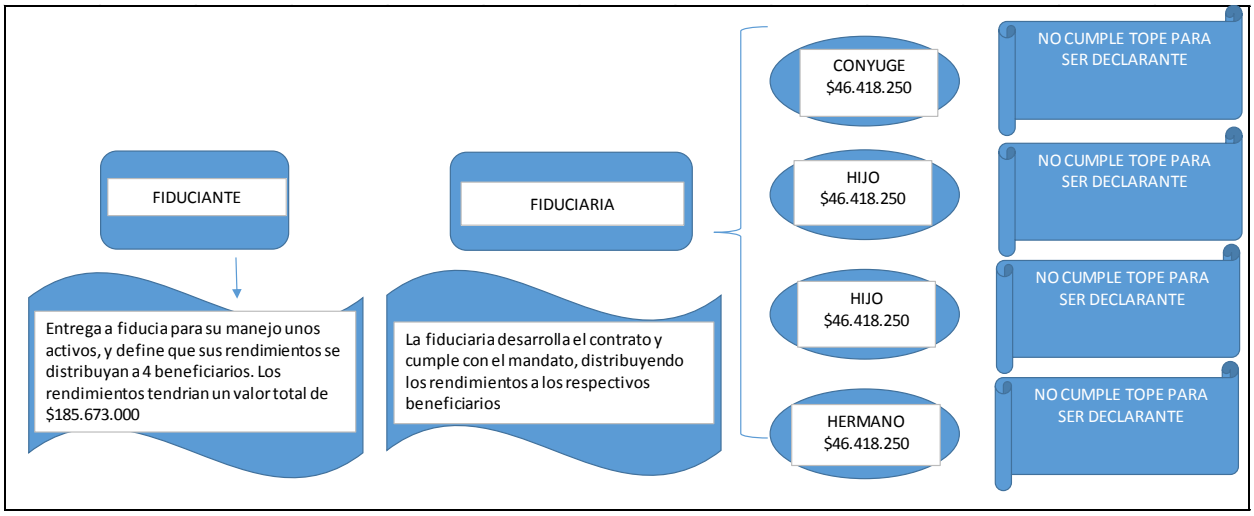

Figura 5. Esquemas de planeación mediante fiducia mercantil.
Fuente: Elaboración propia (Jiménez T. y Jiménez P., 2019)

Con base a lo anterior si se realiza el cálculo del impuesto de renta se evidencia como estos rendimientos generarían un impuesto a pagar de $47.412.870 en cabeza del fiduciante; que al distribuirlos en sus beneficiarios no declarantes se desvanecería ya que no estarían obligados a declarar.

Tabla 13. Cálculo del impuesto de renta ejemplo propuesto

Cálculo del impuesto de renta	
Ingresos – Cedula rentista de Capital renta 2018	$185.673.000
Tabla 2 del Artículo 241ET: ((4000UVT en adelante (Base Gravable en UVT -4000) *35%+870UVT) *UVT:$33.156	
Total impuesto	$47.412.870

Fuente: Elaboración propia (Jiménez T. y Jiménez P., 2019)

4.2.7 Análisis de la planeación en fiducia civil

Para iniciar el análisis de la planeación fiscal por medio de fiducia civil, es conveniente precisar su definición y características. La fiducia civil se encuentra reglamentada en el Código Civil en los artículos 823 y 824 en concordancia con el Artículo 669; los cuales se resumen a continuación:

Tabla 14. Artículos del código civil colombiano que enmarcan la fiducia civil

Articulo 793	Modos de limitación
Articulo 794	Propiedad Fiduciaria
Articulo 795	Objeto del Fideicomiso
Articulo 796	Constitución del fideicomiso
Articulo 797	Fideicomiso y Usufructo
Articulo 798	Fideicomisario Futuro
Articulo 799	Condiciones del Fideicomiso
Articulo 800	Términos de las condiciones
Articulo 801	Disposiciones al dia
Articulo 802	Nombramientos de Varios Fiduciaciarios y Fideicomisarios
Articulo 803	Fideicomos Sustitutos
Articulo 804	Reconocimiento de Sustitutos
Articulo 805	Fideicomiso Sucesivos
Articulo 806	Fideicomisos de Primer Grado
Articulo 807	Ausencia de Fiduciario
Articulo 808	Tenedor Fiduciario
Articulo 809	Derecho de Acrecer
Articulo 810	Enajenación y Transmisión de la propiedad Fiduciaria
Articulo 811	Administración de la propiedad fiduciaria
Articulo 812	Propiedad y Fiducia sobre Bienes Indivisos
Articulo 813	Derechos y cargas del propietario Fiduciario
Articulo 814	Cauciones de Conservación y Restitución
Articulo 815	Obligaciones Expensas
Articulo 816	Asimilación de la Fiducia a la Tutela o Curaduría
Articulo 817	Libre Administración del Fiduciario
Articulo 818	Reclamo por mejoras NO necesarias
Articulo 819	Derechos del Fiduciario
Articulo 820	Simple Expectativa del Fideicomisario

Articulo 821	Fallecimiento del Fideicomisario
Articulo 822	Causales de Extinción del Fideicomiso

Fuente: Elaboración propia (Jiménez T. y Jiménez P., 2019)

Para este tipo de fiducia como se indicaba en el capítulo anterior, igualmente comprende 3 participantes denominados constituyente, fiduciario y fideicomisario; este tipo de negocio jurídico comprende un acto intervivos y es una forma de limitación a la propiedad, para tal efecto se exponen a continuación los siguientes artículos:

Artículo 793 del Código Civil. Modos de Limitación:" El dominio puede ser limitado de varios modos:

1) Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición.

2) Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra.

3) Por las servidumbres.

Artículo 794 del Código Civil. Propiedad Fiduciaria: "Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución.

Artículo 795 del Código Civil. Objeto del Fideicomiso: "No puede constituirse fideicomiso sino sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos".

Como se puede observar la fiducia civil es un acto jurídico muy utilizado por las personas naturales para salvaguardar sus patrimonios, evitarse trámites sucesorales.

En la tesis de Jaime Humberto Arboleda Restrepo (2018) se indica: “Como se ha observado incluso desde la descripción general, la fiducia civil o encargo fiduciario civil, es un mecanismo legal para la transmisión de bienes de una persona a otra, en virtud del cumplimiento de una condición Positiva (art 1531 C.C.C) de carácter civil (art 1527), esto es, relacionada a un hecho que se espera se cumpla y es exigible. Cuyo acontecimiento, el advenimiento de la condición, genera una obligación condicional (artículo 1530 del C.C.) que puede ser sujeta a plazo según el tipo de condición impuesta para su materialización y que puede incluso sacar los bienes del comercio e impedir embargos y gravámenes sobre los mismo, (Artículo 1678, numeral 8, y Código General del proceso art 594 que remite a la norma especial.).

Atado a todo lo anterior, es válido precisar la definición de usufructo, lo cual orienta hacia los efectos de planeación tributaria que se pretende mostrar; dicha definición la podemos inferir del artículo 823 del Código Civil Colombiano, entendiéndolo como un derecho real de poder disfrutar un bien sin tener la propiedad del mismo, en concordancia con lo descrito en el artículo 824 del mismo código, que nos presenta la coexistencia de dos derechos el nudo propietario y el usufructuario.

Usufructo: basados en el artículo 825 del Código Civil Colombiano, se identifican unos modos de constituir un derecho de usufructo los cuales son: 1. Por ley, 2. Por testamento, 3. Por donación o venta u otros actos intervivos, 4. Por prescripción.

Nuda Propiedad: del análisis del artículo 669 del Código Civil Colombiano se infiere que cuando se tiene la propiedad de la cosa, pero no el goce, se ha de definir nuda propiedad.

Artículo 669 del Código Civil. Concepto de Dominio: el dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.

En este orden de ideas se evidencia como la nuda propiedad y el usufructo son derechos complementarios; por lo que en ocasiones se presentará aquel que tenga la propiedad, pero no el disfrute de la misma o viceversa tener el derecho de goce, pero no la propiedad.

A continuación, se pueden describir las características más importantes para cada derecho, Tabla 14.

Tabla 15. Características más importantes para cada derecho

Derecho	Característica
Nudo propietario:	Puede vender la vivienda sin perder el derecho sobre la misma.
	Podrá disfrutar de la vivienda cuando haya finalizado el usufructo.
	Recibirá la totalidad del dinero de la venta en el mismo momento de la cesión y solo se hará cargo de los gastos ordinarios de la vivienda como la luz, el agua, etc.
Usufructuario	Puede disfrutar de la vivienda hasta que finalice el usufructo, que puede ser vitalicio (hasta el fallecimiento del usufructuario).

	Tendrá que hacerse cargo de gastos relacionados con la vivienda como impuestos o derramas extraordinarias.
	Puede alquilar la vivienda y obtener la totalidad de la renta.
	Los contratos que celebre el usufructuario finalizarán cuando termine el usufructo

Fuente: Elaboración propia (Jiménez & Jiménez, 2019)

Resulta importante la definición del profesor Simón Carrejo, citado por los tratadistas Gonzáles González & Cubaque (2013), que expresa:

> …que la propiedad fiduciaria es la que está sometida a pasar a otra persona por hecho de verificarse una condición. Es llamada también, más corrientemente fideicomiso, nombre que también recibe la cosa objeto del mencionado gravamen y en cuanto la transmisión o traslación de la cosa al sobrevenir el cumplimiento de la condición, se denomina restitución (p.26)

En resumen, en concordancia con todo lo descrito anteriormente sobre el fundamento jurídico de la fiducia civil; se consolida una serie de actuaciones realizados mediante este instrumento y sus repercusiones en el impuesto de ganancias ocasionales, señalando aquellos que pueden llegar a brindar una ventaja.

	Impuesto de ganancias ocasionales aplicable a las herencias y transferencias a titulo gratutito (Fiducia Civil)	% del Valor Fiscal del bien que se somete al impuesto	Tarifa del Impuesto de Ganancias Ocasionales	Impuesto de Ganancias Ocasionales	
1	Bienes heredados o recibidos a titulo gratuito (distintos derechos tributarios). Verificar Exenciones del Articulo 307 del Estatuto Tributario	100%	10	10%	
2	Nuda propiedad heredada o recibida a titulo gratuito sobre bienes distintos de derechos fiduciarios. Articulo 303 ET. Numeral 11	30%	10	3%	
3	Derecho de usufructo recibido a titulo gratuito sobre bienes distintos de derechos fiduciarios. Articulo 303 ET. Numeral 11	70%	10	7%	
4	Derechos fiducarios heredados o recibidos a titulo gratutito. Articulo 303 ET. Numeral 8	80%	10	8%	VENTAJA
5	Nuda propiedad sobre derechos fiduciarios, heredada o recibida a titulo gratuito. Articulo 303 ET Numeral 11	24%	10	2,4%	VENTAJA
6	Derecho de usufructo sobre bienes derechos fiduciarios, recibido a titulo gratuito. Articulo 303 ET Numeral 11	56%	10	5,6%	VENTAJA

Tabla 16. Impuesto de ganancias ocasionales

Fuente: Elaboración propia (Jiménez & Jiménez, 2019)

De la anterior tabla se puede observar que existen algunas ventajas en el momento de liquidar el impuesto de ganancias ocasionales entre los derechos fiduciarios heredados y/o entregados a título gratuito y aquellos que no son hechos bajo esta figura.

Es así como se evidencia que cuando se heredan derechos fiduciarios o se reciben los mismo a título gratuito la legislación tiene prevista una base reducida al 80 % del valor de los mismos, en comparación con los otros bienes heredados sin esta figura, salvo exenciones y limitantes previstas en al artículo 307 del Estatuto Tributario, como consecuencia de lo anterior las bases sobre las cuales se liquidaría el impuesto de ganancias ocasionales por el usufructo o nuda propiedad también disminuyen ostensiblemente; constituyendo lo anterior en un esquema de planeación tributaria.

Tabla 17. Principales diferencias entre la fiducia civil y la fiducia mercantil

FIDUCIA CIVIL	FIDUCIA MERCANTIL
El propietario fiduciario es dueño bajo condición resolutoria y se convierte en pleno propietario dada la condición.	El fiduciario no puede bajo ninguna condición adquirir la propiedad de los bienes fideicomitidos.
Es solemne. Se constituye por escritura pública o por testamento	Puede ser consensual, real o solemne
Gratuito	Oneroso
El fideicomitente desaparece	El fideicomitente subsiste y en algunos casos es el mismo beneficiario.
Cualquier persona puede ser fiduciario hasta el propio constituyente.	Tienen la calidad de fiduciarios las sociedades fiduciarias debidamente autorizadas por la Superintendencia Financiera.
Los bienes transferidos ingresan al patrimonio del propietario fiduciario.	Los bienes transferidos forman un patrimonio autónomo diferente al del fiduciario.

Fuente: Elaboración propia (Jiménez & Jiménez, 2019)

4.3 Esquema de planificación patrimonial familiar

De acuerdo a lo investigado se han encontrado reconocidos casos en el país, en los cuales las sociedades familiares entran en discusiones y disputas jurídicas por el manejo de los bienes del causante, lo que conlleva en ocasiones a acabar y liquidar los negocios de la familia; no obstante, existen esquemas de planeación patrimonial familiar mediante fiducia que buscan evitar costosos pleitos y conservar la unión y sostenibilidad de las empresas familiares.

Según Salcedo (2017), revelaba en uno de sus artículos lo siguiente:

> No pude evitar recordar, con cierto desaire, una conocida y feroz batalla legal entre los herederos del señor Alfredo Diez Montoya en las cortes colombianas y en las de Florida (EE UU). Este reconocido empresario antioqueño falleció hace más de 10 años, y en vida

> fue uno de los grandes precursores de la industria fonográfica colombiana, a través de su empresa familiar Compañía Colombiana de Discos, mejor conocida como Codiscos. Entre esta empresa y otras cuantiosas y exitosas inversiones, don Alfredo amasó una fortuna de más de 50 millones de dólares. Hoy, sus herederos, sus propios hijos, se acusan mutuamente, hasta el punto de haber trascendido su disputa al ámbito penal…Recordé este caso con desánimo, porque estos litigios que parecen no tener fin hubieran podido evitarse o, al menos, resolverse de forma más expedita, con una adecuada y minuciosa planificación patrimonial familiar…(Parr.2)

Según Hay Group, cerca del 70 % de las empresas que operan en Colombia son familiares, el 30 % de ellas sobrevive a la segunda generación y solamente el 13 %, a la tercera generación. Este fenómeno obedece, en gran medida, a largos y costosos conflictos familiares que surgen por la herencia de la primera generación y, aunado a ello, a la falta de una adecuada planeación patrimonial familiar…(Parr.4)

> …Aunque las S.AS no han sido bien valoradas por las empresas de familia, los abogados también contamos con toda una gama de alternativas jurídicas complementarias, como las capitulaciones, las fiducias civiles y mercantiles, los acuerdos de accionistas, la constitución de sociedades en el extranjero, las filiales, las subsidiarias, las donaciones, los usufructos y, por supuesto, los protocolos de familia, que, dicho sea de paso, pueden vincularse con el funcionamiento corporativo de las S.A.S. (Parr.8)

En conclusión, al igual que en la Medicina, las planeaciones patrimoniales dependen del paciente. No existe una fórmula mágica para su estructuración, sino que ella se teje a partir de las necesidades y prioridades desde el punto de vista empresarial y afectivo de cada familia en particular, pero lo cierto es que la planificación propende por proteger la empresa, su continuidad y, lo más importante, a través del establecimiento de reglas claras de juego, preservar la unidad familiar".

En relación con lo anterior la figura 5 muestra el esquema de planeación patrimonial familiar mediante fiducia, que de igual manera hace parte de una planeación tributaria en negocios de familia, y que como lo veíamos en el artículo anterior, busca, además de optimizar el pago de impuestos, evitarse largos y costosos pleitos sucesorales que en últimas afectan el entorno familiar y terminan por acabar con el patrimonio de la familia que ha perdurado por varias generaciones.

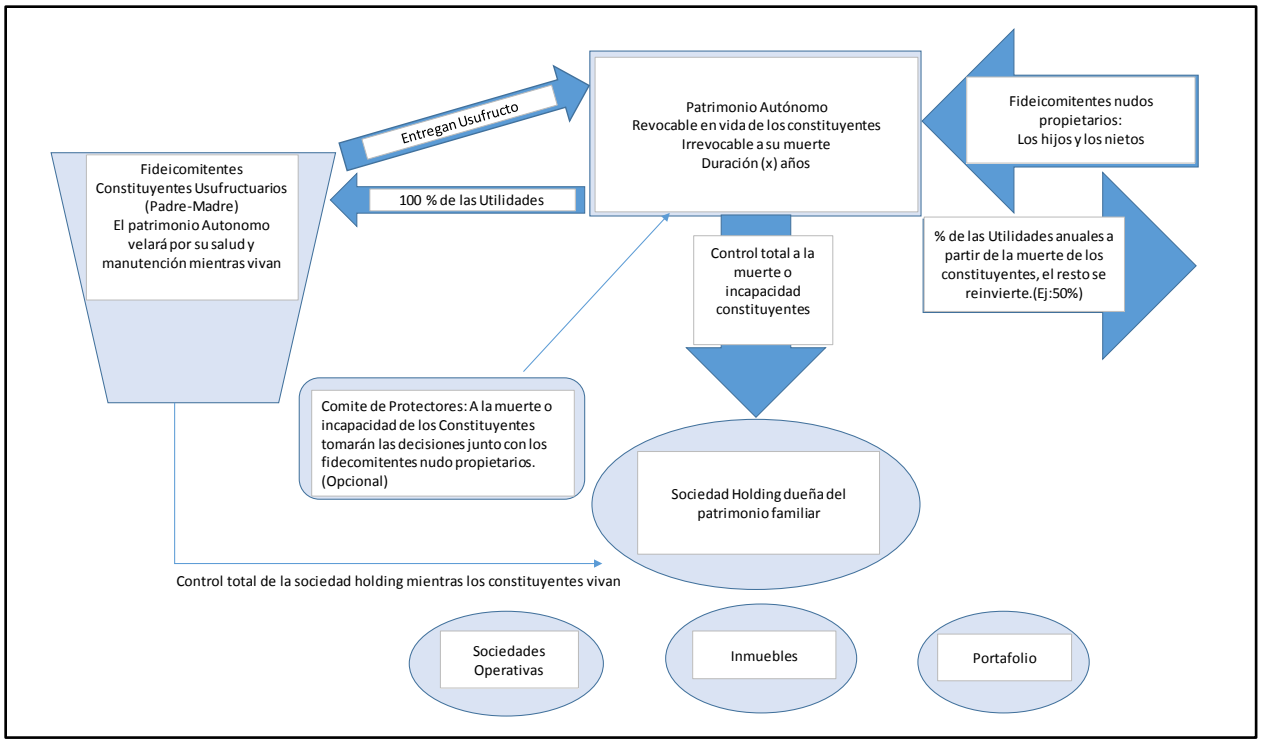

Figura 6. Planeación patrimonial familiar mediante fiducia
Fuente: Elaboración propia (Jiménez & Jiménez, 2019)

En este esquema se expone una planeación de protección patrimonial en el que se da el supuesto que unas personas adultos mayores (padre y madre), forjadores de la sociedad familiar, constituyen una fiducia con los derechos de usufructo, encomendando que el patrimonio autónomo les reintegre el 100 % de las utilidades que generé la sociedad mientras ellos subsistan y se encuentren con capacidades físicas; cuando él o ella fallezca de acuerdo a lo pactado; será el patrimonio autónomo quien tome el control de la sociedad holding y con base en lo acordado traslade utilidades a los nudos propietarios (ej.: hijos, nietos, etc.); por un porcentaje de las mismas y el resto ser reinvertidas con el fin de seguir fortaleciendo la sociedad familiar. Asímismo, de ser necesario o para mayor seguridad es opcional constituir un “comité de protectores” los cuales acompañarán y vigilarán las decisiones que los nudos propietarios puedan llegar a tomar.

4.4 Lineamientos jurídicos que fortalecen la ley tributaria en el manejo de la fiducia para disminuir los impactos de la elusión y evasión.

En Colombia se ha venido trabajando por fomentar la cultura tributaria en los ciudadanos, por lo cual en diversas administraciones de gobierno se han implementado programas de sensibilización que han permitido generar conciencia en la ciudadanía aportando a sus vidas nuevos conocimientos para obtener mayores ingresos que generen un crecimiento económico, político, social y cultural.

De esta manera a continuación se detallan algunos de los programas que se han establecido en pro del desarrollo de la cultura tributaria para ayudar a tener al contribuyente con conceptos y una percepción más clara:

- Sensibilización de los ciudadanos de programas de formación dirigida a niños y jóvenes tratando el tema de los valores tributarios.

- Orientación al ciudadano referente a las normas y los procedimientos tributarios

Teniendo en cuenta lo anterior el gobierno tiene como reto hacer entender al contribuyente la relación causal que existe entre el ciclo tributario y la distribución que se hace con los ingresos que se perciben por los tributos, tratando de evitar los problemas que se pueden presentar como

son la evasión, la elusión, el contrabando, el fraude fiscal y el no pago correcto de los tributos (Bonilla, 2014, p.24).

Así mismo es de suma importancia que los contribuyentes conozcan todo acerca de los tributos, por ello se deben desarrollar estrategias para conseguir la aceptación social de este, disminuir la tolerancia a la evasión y la defraudación tributaria, además se debe establecer una línea de base de conciencia tributaria y un modelo de seguimiento para medir los factores que estarían actuando como determinantes de los cambios en la conciencia tributaria (Delgado & Angarita, 2012).

Es así como la interpretación de las normas, aunque se encuentra reglamentada en el Capítulo IV del Código Civil en sus artículos 25 al 32, se observa que estos criterios deben ser seguidos por funcionarios públicos o jueces, pero dicho hecho no obliga a los particulares, quienes pueden optar por formar su propio criterio doctrinal:

> Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares (Código Civil, Art.26 , 1873)

Si bien es cierto que la fiducia es un vehículo de inversión que estuvo descuidado por muchos años durante los cuales pudo haber sido instrumento de elusión y posiblemente llegar a

constituirse en medio de evasión, también lo es que con la Reforma Tributaria 1607 de 2012, empezaron a cerrar fisuras de la norma y poner un orden en su tratamiento, y con la ley 1819 de 2016 culminaron con el sello para asegurar el recaudo del impuesto de renta; también la Ley 1943 de 2018 puso su grano de arena al cercar el diferimiento de la retención en la fuente de los fondos de inversión constituidos a partir del inicio de la ley.

Con el fin de ir truncando brechas de elusión y la extralimitación de esa delgada línea hacia la evasión, se han determinado cómo las siguientes propuestas podrían coadyuvar hacia el control que se requiere; es así como se analiza nuevamente cada uno de los numerales del artículo 102 del Estatuto Tributario que reglamentan la fiducia mercantil, con relación al impuesto de renta definiendo los siguientes lineamientos y/o correctivos que debieran ser objeto de proyectos de ley y/o decretos reglamentarios cumpliendo con el respectivo proceso de creación basados en el principio constitucional de reserva de ley :

Tabla 18. Análisis numerales del artículo 102 del Estatuto Tributario

Con la reforma 1819 de 2016	Propuesta correctivo jurídico
Artículo 102. Contratos de Fiducia Mercantil. Para la determinación del impuesto sobre la renta en los contratos de fiducia mercantil se observarán las siguientes reglas	Artículo 102. Contratos de Fiducia Mercantil. Para la determinación del impuesto sobre la renta en los contratos de fiducia mercantil se observarán las siguientes reglas
1. (Numeral 1 modificado por el artículo 127 de la Ley 1607 de 26 de diciembre de 2012). Los derechos fiduciarios tendrán el costo fiscal y las condiciones tributarias de los bienes o derechos aportados al patrimonio autónomo. Al cierre de cada período gravable los derechos fiduciarios tendrán el tratamiento patrimonial que le corresponda a los bienes de que sea titular el patrimonio autónomo.	1. (Numeral 1 modificado por el artículo 127 de la Ley 1607 de 26 de diciembre de 2012). Los derechos fiduciarios tendrán el costo fiscal y las condiciones tributarias de los bienes o derechos aportados al patrimonio autónomo. Al cierre de cada período gravable los derechos fiduciarios tendrán el tratamiento patrimonial que le corresponda a los bienes de que sea titular el patrimonio autónomo. **Para el caso de los elementos de propiedad, planta y equipo y propiedad de inversión remítase al artículo 69 en concordancia con el artículo 72 de este estatuto**.

Con la reforma 1819 de 2016	Propuesta correctivo jurídico
Artículo 102. Contratos de Fiducia Mercantil. Para la determinación del impuesto sobre la renta en los contratos de fiducia mercantil se observarán las siguientes reglas	Artículo 102. Contratos de Fiducia Mercantil. Para la determinación del impuesto sobre la renta en los contratos de fiducia mercantil se observarán las siguientes reglas
Para el propósito del impuesto sobre la renta y complementarios, los ingresos originados en los contratos de fiducia mercantil se causan 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. De todas maneras, al final de cada ejercicio gravable deberá efectuarse una liquidación de los resultados obtenidos 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.	Para el propósito del impuesto sobre la renta y complementarios, los ingresos originados en los contratos de fiducia mercantil se causan en el momento en que se produce un incremento en el patrimonio del fideicomiso, o un incremento en el patrimonio del cedente, **o cesionario** cuando se trate de cesiones de derechos sobre dichos contratos. 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 en sus artículos 26, 27 y 28**.

Fuente: Elaboración propia (Jiménez & Jiménez, 2019)

En el numeral 1 del Artículo 102 del Estatuto Tributario se requiere la remisión expresa al artículo 69 en concordancia con el artículo 72 del mismo ordenamiento que enmarca la determinación del costo fiscal de los elementos de propiedad, planta y equipo y propiedad de inversión; el cual de manera resumida indica entre sus apartes debe coincidir con el valor de adquisición adicionando los otros costos atribuibles al mismo hasta que esté en condiciones de uso disminuyendo sus depreciaciones (Valor en Libros) para aquellos obligados a llevar contabilidad; de igual manera expresa para contribuyentes no obligados en su parágrafo 2 del artículo en mención, que el costo fiscal corresponde al precio de adquisición o del costo declarado el año inmediatamente anterior, más el costo de las construcciones, mejoras, reparaciones locativas no deducidas y el de las contribuciones por valorización; de igual manera lo indicado en el artículo 72 del Estatuto Tributario reglamenta la posibilidad de tomar el avalúo declarado para los fines del impuesto predial unificado en desarrollo de los artículos 13 y 14 de

la Ley 44 de 1990 y 155 del Decreto 1421 de 1993 y los avalúos formados o actualizados por las autoridades catastrales, en los términos del artículo 5 de la Ley 14 de 1983, como costo fiscal para la determinación de la renta o ganancia ocasional que se produzca en la enajenación de inmuebles que constituyan activos fijos para el contribuyente; constituyendo entonces el auto valuó o avalúo aceptable como costo fiscal el que figure en la declaración de impuesto predial unificado y/o declaración de renta según el caso correspondiente al año anterior al de la enajenación.

Lo expuesto anteriormente busca que los contribuyentes no realicen disminuciones en sus patrimonios fiscales, sino que su porcentaje de participación en las inversiones correspondan efectivamente a los activos que entregó; adicional a lo anterior que tampoco incremente de manera inmensurable su patrimonio ya que puede con ello llegar a ajustar diferencias por comparaciones patrimoniales sustentadas en esos mayores valores de activo; se debe perseguir con todo esto un efecto neutro en el movimiento de cuentas (Costo Fiscal PPE=Costo Fiscal Inversiones).

Por otro lado, en cuanto al reconocimiento del ingreso que se indica en el inciso 2 del numeral en mención, se sugiere en primera instancia incluir al cesionario como responsable de causar ingresos en el momento en que estos le generen un crecimiento en su patrimonio, ya que es punto clave para controlar en cabeza de quien queda los derechos cedidos y asegurar el recaudo que se puede escurrir al traspasar y/o ceder ingresos a estos terceros para omitir la obligación del cedente.

Corolario de lo anterior el cálculo que se debe realizar en cada ejercicio gravable por el fideicomiso y por cada beneficiario debería incluir más que los resultados (utilidad y/o pérdida) 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, ya que como se explicó en el capítulo las pérdidas pueden llegar a enjugar ingresos de otros tipos, lo cual disminuye de manera directa el impuesto de renta.

Es muy importante direccionar al contribuyente remitiéndolo de manera expresa a los artículos 26, 27 y 28 del Estatuto Tributario; que rige los ingresos, sus características y su realización; esto con el fin de evitar el diferimiento de los mismos, así como su posible omisión cuando se traten de derechos cedidos sobre estos contratos.

Tabla 19. Análisis principio de transparencia

Con la reforma 1819 de 2016	Propuesta correctivo jurídico
2. (Numeral 2 modificado por el artículo 59 de la Ley 1819 de 29 de diciembre de 2016). El principio de transparencia en los contratos de fiducia mercantil opera de la siguiente manera:	2. (Numeral 2 modificado por el artículo 59 de la Ley 1819 de 29 de diciembre de 2016). El principio de transparencia en los contratos de fiducia mercantil opera de la siguiente manera:
En los contratos de fiducia mercantil los beneficiarios, deberán incluir en sus declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios, los ingresos, costos y gastos devengados con cargo al patrimonio autónomo, en el mismo año o período gravable en que se devenguen a favor o en contra del patrimonio autónomo con las mismas condiciones tributarias, tales como fuente, naturaleza, deducibilidad y concepto, que tendrían si las actividades que las originaron fueren desarrolladas directamente por el beneficiario.	En los contratos de fiducia mercantil los beneficiarios, deberán incluir en sus declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios, los ingresos, costos y gastos devengados con cargo al patrimonio autónomo, en el mismo año o período gravable en que se devenguen a favor o en contra del patrimonio autónomo con las mismas condiciones tributarias, tales como fuente, naturaleza, deducibilidad y concepto, que tendrían si las actividades que las originaron fueren desarrolladas directamente por el beneficiario. **De llegarse a presentar pérdidas estas no podrían ser deducibles ni compensadas y deberán ceñirse a lo dispuesto en los artículos 147, 150 y 156 del Estatuto Tributario**.

Con la reforma 1819 de 2016	Propuesta correctivo jurídico
2. (Numeral 2 modificado por el artículo 59 de la Ley 1819 de 29 de diciembre de 2016). El principio de transparencia en los contratos de fiducia mercantil opera de la siguiente manera:	2. (Numeral 2 modificado por el artículo 59 de la Ley 1819 de 29 de diciembre de 2016). El principio de transparencia en los contratos de fiducia mercantil opera de la siguiente manera:
	Parágrafo 1. Para efectos de costos y deducciones atribuibles a activos fijos deberán diferenciarse de manera detallada el valor que corresponde a mayor valor de activo y cual la cuantía deducible como gasto; de conformidad con el artículo 69 del Estatuto Tributario.
Cuando los beneficiarios o fideicomitentes sean personas naturales no obligadas a llevar contabilidad se observará la regla de realización prevista en el artículo 27 del Estatuto Tributario.	Cuando los beneficiarios o fideicomitentes sean personas naturales no obligadas a llevar contabilidad se observará la regla de realización prevista en el artículo 27 del Estatuto Tributario.

Fuente: Elaboración propia (Jiménez & Jiménez, 2019)

Como se indicó en el capítulo anterior el numeral 2 del artículo 102 del Estatuto Tributario, trajo consigo el principio de transparencia considerándose que restringe de manera importante los esquemas de elusión y/o evasión; sin perjuicio de lo anterior sería conveniente a manera de control tributario; tener un cuidado especial con las pérdidas que se pudieran generar cuando en dicho numeral se indica:

> En los contratos de fiducia mercantil los beneficiarios deberán incluir en sus declaraciones del impuesto sobre renta y complementarios los ingresos, costos y gastos devengados con cargo al patrimonio autónomo, en el mismo año o período gravable en que se devenguen a favor o en contra del patrimonio…"; y de generarse las mismas estas deberían ceñirse al inciso 6 del artículo 147 del Estatuto Tributario para el caso de sociedades; es decir que no podrían ser compensadas ya que se considerarían que no tienen relación de causalidad con la actividad productora de renta; de igual forma para las personas naturales de acuerdo al artículo 150 del Estatuto Tributario en concordancia con el Artículo 156 del mismo

> ordenamiento, tampoco podrían compensarse y máxime cuando estas afectarían rentas de trabajo y o rentas futuras que se llegaran a generar; con dichos correctivos aseguraríamos el respectivo recaudo (p. 6).

Conviene subrayar también para el caso de los costos y deducciones atribuibles a activos fijos en la depuración que se plantea de acuerdo a las operaciones del patrimonio, la correcta diferenciación de las erogaciones ya que de estas una parte puede corresponder a mejoras, reparaciones mayores e inspecciones las cuales deben hacer parte del mayor valor del bien y no podrían ser deducibles de conformidad con el artículo 69 del Estatuto Tributario; por esta razón se aclara mediante el parágrafo 1 la vía a seguir para considerarlos costo y/o gasto.

Una de las principales temáticas tratadas en los esquemas de planeación tributaria, es como pueden llegar a ser fraccionados el patrimonio y los ingresos o réditos que lleguen a generar la fiducia, con el objetivo de que no se supere los topes que obligan a declarar renta según el artículo 592 y subsiguientes del Estatuto Tributario, para tal efecto se requeriría 2 posibles soluciones, una mediante la modificación de un requisito en el articulado mencionado, con un parágrafo que indicara los siguiente: "No están obligados a presentar declaración de renta y complementarios:

Los contribuyentes personas naturales y sucesiones ilíquidas que no sean responsables del impuesto a las ventas, que en el respectivo año o período gravable hayan obtenido ingresos brutos inferiores a 1400 UVT y que el patrimonio en el último día del año o período gravable no exceda de 4500 UVT.

Parágrafo 1. Se aplica la excepción de los anteriores topes a beneficiarios de cesiones de derechos fiduciarios en los cuales los ingresos y/o patrimonios totales, sobre los que se tiene la participación supere dichos topes.

De igual forma se le daría solución a dicho vacío, al momento de certificarse por parte del patrimonio autónomo la respectiva constitución en cuanto a valor total del fideicomiso y el certificado del total de los ingresos de los cuales proviene la participación y/o proporción; documento de carácter obligatorio que haría parte del numeral 2 del artículo 102 del Estatuto Tributario.

En este orden de ideas lo que se pretende con las modificaciones planteadas es construir una barrera para que los contribuyentes no utilicen la figura para fraccionar su patrimonio y/o ingresos con el fin de evadir la obligación de declarar renta y generar la obligación siempre que el patrimonio fideicomitido, así como sus réditos superen los topes mínimos mencionados.

Tabla 20. Correctivo jurídico propuesto para los numerales 8 y 11

Después de Ley 1607/2012	Correctivo jurídico propuesto para los numerales 8 y 11
Artículo 303 Estatuto Tributario: como se determina su valor	Artículo 303 Estatuto Tributario: como se determina su valor
El valor de los bienes y derechos que se tendrá en cuenta para efectos de determinar la base gravable del impuesto a las ganancias ocasionales a las que se refiere el artículo 302 de este Estatuto será el valor que tengan dichos bienes y derechos a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación de la sucesión o del perfeccionamiento del acto de donación o del acto jurídico inter vivos celebrado a título gratuito,	El valor de los bienes y derechos que se tendrá en cuenta para efectos de determinar la base gravable del impuesto a las ganancias ocasionales a las que se refiere el artículo 302 de este Estatuto será el valor que tengan dichos bienes y derechos a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación de la sucesión o del perfeccionamiento del acto de donación o del acto jurídico inter vivos celebrado a título gratuito,

según el caso. En el caso de los bienes y derechos que se relacionan a continuación, el valor se determinará de conformidad con las siguientes reglas.	según el caso. En el caso de los bienes y derechos que se relacionan a continuación, el valor se determinará de conformidad con las siguientes reglas.
8. El valor de los derechos fiduciarios será el 80% del valor determinado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 271-1 de este Estatuto.	8. El valor de los derechos fiduciarios será el **100%** del valor determinado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 271-1 de este Estatuto.
11. El valor del derecho de usufructo temporal se determinará en proporción al valor total de los bienes entregados en usufructo, establecido de acuerdo con las disposiciones consagradas en este artículo, a razón de un 5% de dicho valor por cada año de duración del usufructo, sin exceder del 70% del total del valor del bien. El valor del derecho de usufructo vitalicio será igual al 70 % del valor total de los bienes entregados en usufructo, determinado de acuerdo con las disposiciones consagradas en este artículo. El valor del derecho de nuda propiedad será la diferencia entre el valor del derecho de usufructo y el valor total de los bienes, determinado de acuerdo con las disposiciones consagradas en este artículo	11. El valor del derecho de usufructo temporal se determinará en proporción al valor total de los bienes entregados en usufructo, establecido de acuerdo con las disposiciones consagradas en este artículo, a razón de un 5% de dicho valor por cada año de duración del usufructo, sin exceder del **100%** del total del valor del bien. El valor del derecho de usufructo vitalicio será igual al **100 %** del valor total de los bienes entregados en usufructo, determinado de acuerdo con las disposiciones consagradas en este artículo. El valor del derecho de nuda propiedad será la diferencia entre el valor del derecho de usufructo y el valor total de los bienes, determinado de acuerdo con las disposiciones consagradas en este artículo

Fuente: Elaboración propia (Jiménez & Jiménez, 2019)

En cuanto a los esquemas que se realizan mediante fiducia civil, que enmarcan operaciones con derechos fiduciarios, usufructuarios y nudos propietarios podrían ser generalizados con el 100% del valor como base de impuesto para ganancias ocasionales con el fin de evitar posibles planeaciones tributarias tendientes a reducir el recaudo del impuesto de renta, con dicho correctivo se estaría subsanando este vacío normativo y asegurando el respectivo recaudo.

Conclusiones

La fiducia mercantil de administración es un instrumento jurídico que de acuerdo al análisis realizado fue descuidado normativamente por el legislador y durante muchos años permitió realizar estrategias elusivas mediante planeación tributaria; en la actualidad a pesar del sellamiento de múltiples fisuras se pueden observar aun brechas y esquemas por donde puede emerger la elusión, entre ellas se identificaron alteraciones en el valor del costo fiscal de los activos fijos en el patrimonio del contribuyente fideicomitente, que pueden generar por un lado disminuciones, las cuales desfiguran la realidad del patrimonio y por otro sobrevaloraciones que permitirían soportar comparaciones patrimoniales o en su defecto incluir activos omitidos; sin pagar su normalización, por lo que requiere correctivo jurídico.

Se identificó a lo largo de este trabajo una serie de vacíos normativos en el artículo 102 del Estatuto tributario, que permiten tener la fiducia mercantil como un instrumento jurídico de planeación tributaria con fines elusivos y tintes de evasión; entre ellos:

En su numeral 1 este artículo, no prevé la trazabilidad a los ingresos máxime cuando estos son entregados al cesionario; ya que solo dirige su control al fideicomiso y cedente.

De la misma forma al liquidarse unos resultados en cada año gravable, estos podrían se negativos o positivos (utilidades o pérdidas), por esta razón las pérdidas deben ser restringidas ya que de permitirse están podrían ser compensables y/o deducibles afectando de manera directa el recaudo, mediante procesos de planeación tributaria creados para tal efecto.

Se establece como al realizarse la correspondiente depuración de costos y deducciones devengados con cargo al patrimonio; dichas erogaciones pueden incluir gastos que hacen parte del mayor valor del activo dependiendo de las características y de ser así no proceden como gasto deducible.

Otro uso indebido de la fiducia evidenciado es el fraccionamiento de patrimonio e ingresos, debido a un vacío normativo en el artículo 592 del Estatuto Tributario o en su defecto en el numeral 2 del artículo 102 del Estatuto Tributario, en el que se identifique o se tenga la trazabilidad del origen de la cesión, así como de su fideicomisario o beneficiarios.

Recomendación

Teniendo en cuenta las conclusiones a las que se llegaron, se proponen unos correctivos jurídicos con el fin de controlar el uso de la fiducia como instrumento de planeación tributaria, blindando al menos normativamente los posibles abusos de la misma es así como se recomienda por cada uno de los vacíos normativos el correspondiente correctivo, buscando con ello cerrar fisuras que permitan dicho uso y así lograr el recaudo efectivo del impuesto sobre la renta:

Alteraciones en el valor del costo fiscal de los activos fijos en el patrimonio del contribuyente fideicomitente, que pueden generar por un lado disminuciones, las cuales desfiguran la realidad del patrimonio y por otras sobrevaloraciones que permitirían soportar comparaciones patrimoniales o en su defecto incluir activos omitidos; sin pagar su normalización, por tal razón se recomienda modificación del Numeral 1 del Artículo 102 del Estatuto Tributario incluyendo el siguiente lineamiento: para el efecto de los elementos de propiedad, planta y equipo y propiedad de inversión, remítase al artículo 69 en concordancia con el artículo 72 de este estatuto, para mejor ilustración se puede observar el siguiente ejemplo:

Tabla 21. Ejemplo alteraciones en el valor del costo fiscal de los activos fijos en el patrimonio del contribuyente

Costo de un bien declarado 20x5 cta PUC 15	Derecho fiduciario declarado 20x6	Dif. patrimonial justificada 20x6	Deshacer el contrato 20x7 - 69 y72	incluir activ. omit. Año 20x7
100.000.000	600.000.000	500.000.000	100.000.000	500.000.000

Nota: En el año 20x7 a pesar de regular la obligación con los 69 y 72 del E.T. El contribuyente queda con un escudo fiscal para legalizar bienes omitidos, ya que en el año 20x7, estos no van a generar indicadores por diferencia patrimonial, que puedan ser detectados por la Subdirección de Gestión y Análisis Operacional y por capacidad operativa la administración no alcanza a revisar el universo de las declaraciones presentadas.

Fuente: Elaboración propia (Jiménez & Jiménez, 2019)

Dicho ejemplo tiene su base normativa con el concepto DIAN 901029 de 2018; que indica

> Los derechos fiduciarios tendrán el costo fiscal y las condiciones tributarias de los bienes o derechos aportados al patrimonio autónomo. Al cierre de cada periodo gravable los derechos fiduciarios tendrán el tratamiento patrimonial que le corresponda a los bienes de que sea titular el patrimonio autónomo (p.1).

Las anteriores recomendaciones las podemos observar en la tabla 18 en la página 100 de la presente tesis.

De la misma manera en el Numeral 2 Inciso 1 del artículo en mención; en razón a que de permitirse las pérdidas están podrían ser compensables y/o deducibles afectando de manera directa el recaudo; se recomienda igualmente como correctivo la modificación del mismo al cual se le debería incluir: “De llegarse a presentar pérdidas estas no podrían ser deducibles ni

compensadas y deberán ceñirse a lo dispuesto en los artículos 147, 150 y 156 del Estatuto Tributario".

Lo anterior acorde con el manejo que se le venía dando antes de la ley 1607 de 2012 y con base en Sentencia 16878 del 30 de septiembre de 2010, que indica entre sus apartes.

.. el parágrafo del artículo 271-1 del Estatuto Tributario establece que para los fines de determinación del impuesto sobre la renta y complementarios, los fiduciarios deberán expedir cada año, a cada uno de los beneficiarios de los fideicomisos a su cargo, un certificado indicando el valor de sus derechos, los rendimientos acumulados hasta el 31 de diciembre del respectivo ejercicio, aunque no hayan sido liquidados en forma definitiva y los rendimientos del último ejercicio gravable. A juicio de la Sala, el hecho de que sea una pérdida comercial no implica necesariamente que se trate de una pérdida fiscal. Las pérdidas fiscales son las expresamente previstas en la ley. Los contratos de fiducia que celebró el actor, son negocios que pueden arrojar unas utilidades o unas pérdidas, que para efectos del impuesto de renta del beneficiario tiene relevancia la utilidad más no la pérdida (p 16.).

Complementario de lo anterior debido a la depuración de costos y deducciones devengados con cargo al patrimonio; y que dichas erogaciones pueden incluir costos que hacen parte del mayor valor del activo dependiendo de las características y de ser así no proceden como gasto deducible; es necesario modificar dicho inciso adicionando un Parágrafo 1, que indique : Para efectos de costos y deducciones atribuibles a activos fijos deberán diferenciarse de manera detallada el valor que corresponde a mayor valor de activo cual a cuantía deducible como gasto;

de conformidad con el artículo 69 del Estatuto Tributario, como se puede observar a continuación:

Tabla 22. Ejemplo depuración de costos y deducciones devengados con cargo al patrimonio

Concepto	Ejemplo Liquidación Certificado	Propuesta	Normatividad
Ingresos	100.000.000	100.000.000	
Costos- remodelación	50.000.000	0	Concepto DIAN 085083 de 2004
Gastos- mantenimiento	10.000.000	10.000.000	
Utilidad	40.000.000	90.000.000	

Nota: Como se puede observar de acuerdo con el análisis planteado anteriormente se puede estar desnaturalizando el concepto de costo ya que tratándose de una remodelación al ser solicitado como gasto; afectaría la renta líquida en el mismo periodo gravable y no vía depreciación como es su deber ser.

Fuente: Elaboración propia (Jiménez & Jiménez, 2019)

Habiéndose detectado un uso indebido de la fiducia mediante el fraccionamiento de patrimonio e ingresos, debido a vacío normativo en el artículo 592 del Estatuto Tributario o en su defecto en el numeral 2 del artículo 102 del Estatuto Tributario, ya que no se tiene la trazabilidad del origen de la cesión, así como de su fideicomisario o beneficiarios; se recomienda modificación del artículo 592 del Estatuto Tributario o adición al numeral 2 del artículo 102 de Estatuto Tributario en el que indique: “No están obligados a presentar declaración de renta y complementarios:

Los contribuyentes personas naturales y sucesiones ilíquidas que no sean responsables del impuesto a las ventas, que en el respectivo año o período gravable hayan obtenido ingresos

brutos inferiores a 1400 UVT y que el patrimonio en el último día del año o período gravable no exceda de 4500 UVT.

Parágrafo 1. Se aplica la excepción de los anteriores topes a beneficiarios de cesiones de derechos fiduciarios en los cuales los ingresos y/o patrimonios totales, sobre los que se tiene la participación supere dichos topes.

De igual forma se le daría solución a dicho vacío, al momento de certificarse por parte del patrimonio autónomo la respectiva constitución en cuanto a valor total del fideicomiso y el certificado del total de los ingresos de los cuales proviene la participación y/o proporción; documento de carácter obligatorio que haría parte del numeral 2 del artículo 102 del Estatuto Tributario.

Adicional a lo anterior en el Numeral 1 Inciso 2 del artículo 102 del Estatuto Tributario, no prevé la trazabilidad a los ingresos máxime cuando estos son entregados al cesionario; ya que solo dirige su control al fideicomiso y cedente, para tal efecto es necesario incluir el termino cesionario; dentro de dicho inciso así: para el propósito del impuesto sobre la renta y complementarios, los ingresos originados en los contratos de fiducia mercantil se causan en el momento en que se produce un incremento en el patrimonio del fideicomiso, o un incremento en el patrimonio del cedente, o cesionario cuando se trate de cesiones de derechos sobre dichos contratos.

Las recomendaciones propuestas se resumen en las tablas 19 y 20

complementado con el siguiente ejemplo que se había planteado en la pagina 89:

Persona Natural que recibe rendimientos financieros de un patrimonio autónomo en el cual registra 5 beneficiarios en partes iguales o sea cada uno recibiría $46.418.250; valor de ingresos que estaría por debajo de los topes para ser declarante, por lo tanto si se realiza el cálculo del impuesto de renta sobre el total de los rendimientos ($185.673.000) se evidencia como estos rendimientos generarían un impuesto de renta a pagar de $47.412.870 en cabeza del fiduciante; que al distribuirlos en sus beneficiarios no declarantes se desvanecería por no cumplir topes para declarar.

Tabla 23. Ejemplo rendimientos financieros de un patrimonio autónomo

Cálculo del impuesto de renta	
Ingresos – Cedula rentista de Capital renta 2018	$185.673.000
Tabla 2 del Artículo 241ET: ((4000UVT en adelante (Base Gravable en UVT -4000) *35%+870UVT) *UVT:$33.156	
Total impuesto	$47.412.870

Fuente: Fuente: Elaboración propia (Jiménez & Jiménez, 2019)

Bibliografía

Álvarez, G., Ballerteros, M., & Fimbres, A. (octubre de 2011). Planeación fiscal versus evasión fiscal. *Revista El Buzón de Pacioli*(74), 1 - 21. Obtenido de https://www.itson.mx/publicaciones/pacioli/Documents/no74/13.-_planeacion_fiscal_versus_evasion__fiscal.pdf

Artículo 146, decreto Estatuto Orgánico del Sistema Financiero . (2019). Normas generales de las operaciones fiduciarias.

Asociación de Fiduciarias de Colombia. (2017). *Cartilla fiduciaria.* Recuperado el 25 de noviembre de 2018, de https://www.asofiduciarias.org.co/wp-content/uploads/2017/12/Cartilla-LA-FIDUCIA-UNA-HERRAMIENTA-EN-LAS-ASOCIACIONES-P%C3%9ABLICO-PRIVAD.pdf

Asofiduciaria. (2015). El negocio fiduciario en Colombia: conceptos básicos. Bogotá. Recuperado el 25 de noviembre de 2018, de https://www.asofiduciarias.org.co/wp-content/uploads/2017/12/Aspectos-Basicos-del-Negocio-Fiduciario-AF-DIC-2015.pdf

Asofiduciarias . (2017). *Preguntas frecuentes sobre el sector Fiduciario.* Recuperado el 2 de septimbre de 2019, de https://www.asofiduciarias.org.co/wp-content/uploads/2017/11/Preguntas-Frecuentes-sector-Fiduciario.pdf

ASOFIDUCIARIAS. (08 de marzo de 2018). *Informe anual del sector fiduciario 2017.* Recuperado el 26 de octubre de 2018, de ttps://www.asofiduciarias.org.co/wp-content/uploads/2018/06/08-MAR-2018-INFORME-ANUAL-DEL-SECTOR-FIDUCIARIO-2017.pdf

Avendaño, F. (1996). El fideicomiso. *Rev. Facultad de Derecho.* (50), 343-365. Recuperado el 25 de enero de 2019, de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085297

Bonzón , J. (2010). *La elusión tributaría.* Recuperado el 14 de octubre de 2018, de https://estudiobassotti.files.wordpress.com/2010/11/elusion-fiscal-bonzon-rafart1.pdf

Camacho , C. (2013). *La Planificación Fiscal Agresiva en Latinoamérica y la Aplicación del Principio de Realidad Económica.* Recuperado el 18 de diciembre de 2018, de https://www.academia.edu/20803663/_La_Planificaci%C3%B3n_Fiscal_Agresiva_en_Latinoam%C3%A9rica_y_la_Aplicaci%C3%B3n_del_Principio_de_Realidad_Econ%C3%B3mic

Cardona, A., Castañeda , E., & Delgado, L. (2012). *Análisis del uso dela fiducia mercatil de adminstración y fuente de pago como herramienta de financaición para PYMES en Colombia.* Recuperado el 6 de noviembre de 2018, de https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/207/An%E1lisis%20del%20uso%20de%20la%20fiducia%20mercantil%20de%20administraci%F3n%20y%20fuente%20de%20pago%20como%20herramienta%20de%20financiaci%F3n%20para%20pymes%20en%20Colombia.pdf?sequence=1

Central Fiduciaria. (2013). *Fiducia en Garantía.* Recuperado el 23 de octubre de 2018, de https://www.centralfiduciaria.com/productos-y-servicios/fiducia-en-garantia/

Código Civil, Art.26 . (1873). *Codigo Civil.* Obtenido de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535

Código de Comercio. (1971). Congreso de la Republica de Colombia. Recuperado el 12 de diciembre de 2018, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html

Congreso de la República. (1933). Ley 80.

Consejo de Estado. (8 de septiembre de 1996). Sentencia del 14. Bogotá.

Cordova, R., & Oliva , B. (2016). Los vacíos de la legislación fiscal constitucional que determinan elusión tributaria: caso panamericana televisión. Trujillo, Perú: Universidad Nacional de Trujillo, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Corte Suprema de Justicia. (8 de septiembre de 1995). Sentencia No 089 . Bogotá.

De la Hoz , L. (2018). *Implicaciones jurídicas entre el fidecomiso civil, la fiducia mercantil y la inembargabilidad de la propiedad en el territorio colombiano.* Recuperado el 15 de enero de 2019, de https://docplayer.es/96290056-Implicaciones-juridicas-entre-el-fidecomiso-civil-1.html

Decreto 2555. (2010). Presidencia de la Republica de Colombia. Bogotá.

DIAN. (2018). *Concepto 901029.* Recuperado el 23 de octubre de 2019, de http://www.globbal.co/wp-content/uploads/2019/03/44-Con-DIAN-901029-2018-Consitutucion-de-patrimonio-autonomo-no-interrrumpe-la-posesion-no-enejenacion.pdf

Dirrección de Impuestos y aduanas Nacionales de Colombia. (14 de febrero de 2002). Concepto Número 009255 DE 2002. Bogotá. Obtenido de https://forvm.com.co/.../Concepto-N°-009255-de-14-02-2002.-Dirección-de-Impuest...

Gaitan, D. (2004). *El contrato de fiducia mercantil.* Recuperado el 23 de noviembre de 2018, de https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere3/tesis01.pdf

Giraldo, C. (Diciembre de 2005). Fiducia en Colombia según la justicia arbitral. *Revista de Derecho Privado*(No. 35), 81 - 113. Obtenido de https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033183003.pdf

Gómez , D. (2016). *La responsabilidad de la fiduciaria con el comprador en un negocio inmobiliario.* Recuperado el 25 de septiembre de 2018, de

ttps://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13716/4/Trabajo%20de%20Grado%20DOLLY%20BIBIANA%20GOMEZ%20CAGUA_version_04%20oct%202016.pdf

González, T., & Cubaque, J. (2013). *Historia, reglamentación y clasificación de la fiducia mercantil en el régimen colombiano y el surgimiento y naturaleza en el derecho comparado.* Recuperado el 21 de noviembre de 2018, de https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5383/129371.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Hoyos, L. (15 de noviembre de 2018). *Fiducia mercantil.* Recuperado el 12 de diciembre, de https://www.gerencie.com/fiducia-mercantil.html#Caracteristicas_de_la_fiducia

Investigaciones juridicas de la UNAM. (2010). Tranasparencia tributaria. Recuperado el 20 de enero de 2019, de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2861/9.pdf

Mateus Bohórquez, L. (2015). *El Conrato Fiduciario Inmobiliario: Un estudio comparado entre el contrato de vinculación por beneficio de área y la promesa de compraventa.* Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Multibanca Colpatria. (2010). *La Fiducai te ofrece los siguientes productos y negocios Fiduciarios.* Recuperado el 27 de septiembre de 2018, de ttps://www.manejatusfinanzas.com/Loquenecesitassaber/QUEESLAFIDUCIARIA/PRODUCTOSYNEGOCIOSFIDUCIARIOS/tabid/256/language/es-CO/Default.aspx

Navarro, L. (2014). *La fiducia mercantil en Colombia: un estudio sobre el deficít regulatorio frente al labado de activos.* (U. C. Colombia, Ed.) Recuperado el 10 de enero de 2019, de https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14185/1/LA%20FIDUCIA%20MERCANTIL%20EN%20COLOMBIA.pdf

Presidencia de la república. (2016). Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. *Numeral 2 del artículo 29 y 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*.

Rengifo, R. (2001). *La Fiducia: legislación nacional y derecho comparado.* Medellín: Universidad Eafit.

Rodríguez, S. (enero - abril de 2007). El fideicomiso mercantil contemporáneo. *ICADE Revista Cuatrisemestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*(70), 7-55. Obtenido de http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/637

Saade, J. (Diciembre de 2009). Aspectos de Tributación en la fiducia mercantil. *Rev. de Derecho Privado*, 4 - 41. Obtenido de https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033191001.pdf

Sablich , C. (2010). *El contrato de feicomiso: regulación y perspectivas de desarrollo en el Perú.* Recuperado el 14 de diciembre de 2018, de http://www.eumed.net/libros-gratis/2010e/836/FIDEICOMISO%20EN%20ROMA.htm

Salazar, M. (2015). *Los "Derechos Fiduciarios" a la luz de la Teoría General del Derecho.* Recuperado el 18 de noviembre de 2018, de https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2767/Trabajo%20de%20grado%20Maria%20Camila%20Salazar.pdf?sequence=1

Salcedo, C. (noviembre de 2017). *La importancia de las planeacioes patrimoniales en las empresas de familia.* Recuperado el 13 de marzo de 2019, de https://www.ambitojuridico.com/noticias/ambito-del-lector/sociedades-y-economia-solidaria/la-importancia-de-las-planeaciones

Sentencia C-015/93. (1993). Estado social de derecho _ sistema tributario / prealencia del derecho sustancial. Recuperado el 12 de diciembre de 2018, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-015-93.htm

Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario. (2018). *Fiducia de Administración.* Recuperado el 04 de 09 de 2019, de https://www.fiduagraria.gov.co/fiducia-de-administracion.html

Soriano, D. A. (2013). Negocio fiduciario de inversión: único vehículo fiduciario que prevé protección para el fideicomitente y el fideicomisario, como inversionistas del mercado de valores. *Revista de Derecho Privado No. 24*.

Speyer, W. (2016). *Derecho Crítico: perspectiva tributaria.* Bogotá: Temis. Recuperado el 22 de diciembre de 2018, de ttps://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13716/4/Trabajo%20de%20Grado%20DOLLY%20BIBIANA%20GOMEZ%20CAGUA_version_04%20oct%202016.pdf

Suerintendencia FInanciera de Colombia. (2003). *Fiducia Mercantil.* Recuperado el 24 de noviembre de 2018, de https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=18884&dPrint=1

Super Intendencia Financiera. (2008). Circular Externa No. 46 de 2008. *Circular Básica Jurídica*. Recuperado el 21 de 0ctubre de 2018, de https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name...ce046...

Superfinanciera de Colombia. (2018). *Parte II - Mercado intermediado.* Recuperado el 19 de diciembre de 2018, de https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/10083480

Superintendencia Financiera. (2012(a)). Concepto 2012043756-001.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2008). Circular Externa 046 de septiembre 3. Bogotá, Colombia.

Superintenedencia Financiera Colombiana. (2004). *Acciones/Patrimonio Autónomo /Fiducia Mercantil*. Recuperado el 20 de enero de 2019, de Concepto No. 2003035259-1. Junio 2 de 2004.: https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/18960

Villasmil, M. (enero-junio de 2017). La Planificación tributaria: herramienta legítima del contribuyente en la gestión empresaria. *Rev. Dictamen Libre, 20*, 121-128. doi:DOI: 10.18041/2619-4244/dl.20.2896

Villca , M. (2012). Aspectos Jurídico-Tributarios del Fideicomiso. Especial atención a los países de la Comunidad Andina. *Rev. Universitat Rovira i Virgili*. Recuperado el 21 de enero de 2018, de http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/84039/Tesis%20doctoral%20.doc_.pdf?sequence=1