

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
ESPECIALIZACIÓN DERECHO TRIBUTARIO  
TRABAJO DE GRADO**

**VIABILIDAD PARA EL FIDEICOMITENTE O BENEFICIARIO DE TRATAR COMO  
DEDUCCIÓN LAS PÉRDIDAS REGISTRADAS EN EL FIDECOMISO**

**PRESENTADO POR:  
MARÍA FERNANDA PÉREZ SALAZAR  
y SANTIAGO LÓPEZ ZULUAGA**

**BOGOTÁ D.C.  
2 DE ABRIL DE 2012**

## TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO I.	PARTICULARIDADES DEL CONTRATO DE FIDUCIA .....	4
A.	Tratamiento del contrato de fiducia desde el punto de vista comercial.....	4
1.	Características generales del contrato de fiducia .....	4
2.	Partes que intervienen en un contrato de fiducia.....	5
3.	Clases del contrato de fiducia .....	8
CAPÍTULO II.	TRATAMIENTO FISCAL DE LAS PÉRDIDAS GENERADAS POR EL FIDEICOMISO	10
A.	El contrato de fiducia y el impuesto de renta.....	10
B.	Posición del Consejo de Estado en cuanto a la viabilidad de tomarse como deducible una pérdida derivada de un contrato de fiducia por parte del beneficiario. ....	24
B.	Posición de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en cuanto a la viabilidad de tomarse como deducible una pérdida derivada de un contrato de fiducia por parte del beneficiario. ....	26
C.	Posición de la legislación mexicana en cuanto a la viabilidad de tomarse como deducible una pérdida derivada de un contrato de fiducia por parte del beneficiario. ....	28
D.	Nuestra posición en cuanto a la viabilidad de tomarse como deducible una pérdida derivada de un contrato de fiducia por parte del beneficiario. ....	29
CONCLUSIONES	.....	32
BIBLIOGRAFÍA.....	.....	33

## INTRODUCCIÓN

El interés que suscita la interpretación que la justicia colombiana ha realizado de las normas que regulan el contrato de fiducia desde el punto de vista del impuesto de renta, esto es, a partir del artículo 102 del Estatuto Tributario (en adelante E.T) y el artículo 271 -1 E.T., y la proyección que tiene este negocio jurídico, nos llevó a realizar el presente análisis.

Son varios los pronunciamientos jurisprudenciales en los que se ha discutido si un beneficiario de un patrimonio autónomo, que tiene como obligación declarar las utilidades generadas en el respectivo año gravable, podría tratar como deducción las pérdidas que se hayan ocasionado. En este sentido, los pronunciamientos apuntan a la imposibilidad de que el beneficiario tome como deducción dichas pérdidas, sin embargo, el propósito del presente trabajo es analizar los fallos en mención y determinar el alcance de las normas que regulan el mismo.

Lo anterior, lleva en la práctica a confusiones que generan una malinterpretación por parte del contribuyente causándole, probablemente, unas cargas tributarias más altas de las que debería soportar.

En ese orden de ideas, los objetivos de este documento es presentar la posición actual del Consejo de Estado en cuanto a la imposibilidad que tiene el beneficiario de un patrimonio autónomo de tomar como deducción una pérdida generada por éste, exponer el tratamiento de la fiducia mercantil y la fiducia fiscal, analizar los artículos 102 y 271-1 del E.T. y por último, presentar nuestras consideraciones y conclusiones frente a la posición mencionada.

## **CAPÍTULO I. PARTICULARIDADES DEL CONTRATO DE FIDUCIA**

### **A. Tratamiento del contrato de fiducia desde el punto de vista comercial**

De conformidad con el artículo 1226 del Código de Comercio, *“la fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.”*

Teniendo en cuenta la anterior definición, a continuación determinaremos las principales características del contrato de fiducia, obligaciones y derechos de cada una de las tres personas que intervienen en el mismo y los contratos de fiducia más relevantes en la actualidad.

#### **1. Características generales del contrato de fiducia**

- Es bilateral porque tanto el constituyente como el fiduciario deben cumplir obligaciones recíprocas.
- Es oneroso porque el fiduciario recibe una remuneración por cumplir con el encargo del constituyente.
- Es un contrato *intuito personae* puesto que el constituyente contrata con el fiduciario por las características individuales y personales que le ofrece.
- El artículo 1228 del Código de Comercio establece que el contrato de fiducia debe constar por escritura pública o por testamento si se constituyó *mortis causa*. No obstante lo anterior, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 847 de 1993, *“los contratos de fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requerirán de la solemnidad de*

*la escritura pública cuando los bienes fideicomitidos sean exclusivamente bienes muebles”.*

- El fideicomitente puede ostentar, al mismo tiempo, dicha calidad y la de beneficiario.
- De acuerdo con el artículo 1230 del Código de Comercio, se encuentran prohibidos “1. *Los negocios fiduciarios secretos; y 2. Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente”.*
- Es un contrato real porque el constituyente transfiere la propiedad de los bienes al fiduciario.
- De acuerdo con el artículo 1238 del Código de Comercio, los bienes transferidos por el constituyente al fiduciario no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del patrimonio autónomo.
- Siempre se constituye un patrimonio autónomo.
- Las causales de terminación del contrato se encuentran estipuladas en el artículo 1240 del Código de Comercio.
- La presencia o existencia de beneficiario no es un requisito de la esencia.

## **2. Partes que intervienen en un contrato de fiducia**

### **i. Fideicomitente, constituyente o fiduciante**

El fideicomitente es aquella persona, natural o jurídica, que en virtud de la confianza que le otorga el fiduciario, le entrega a éste, transfiriéndole la propiedad o la mera tenencia, uno o más bienes para que los administre o enajene con el objeto de cumplir una finalidad determinada, para que luego de cumplido un término o una condición le sean devueltos al constituyente o a un beneficiario del negocio.

Teniendo en cuenta lo anterior, el fideicomitente puede ser cualquier persona que tenga capacidad para obligarse y que requiera de un

profesional para que le administre o venda sus bienes entregados y luego de que se cumpla un término o una condición.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 1236 del Código de Comercio, los derechos del fiduciante en términos generales son: revocar la fiducia, pedir la remoción del fiduciario, obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario, exigir rendición de cuentas, ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario, y 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

## ii. Fiduciario

De conformidad con el artículo 1226 del Código de Comercio, solamente pueden ser fiduciarios los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias.

En este caso solamente puede ser una sociedad fiduciaria y no un establecimiento bancario, al no encontrarse regulada esa actividad para dicha entidad, solamente puede realizar actos que *“deben guardar relación con su objeto social, bien se trate del ejercicio de su actividad principal, o de la realización de actos accesorios directamente relacionados con la misma o que tengan como finalidad el ejercicio o cumplimiento de derechos y obligaciones derivados de su existencia y actividad”*<sup>1</sup>.

Teniendo en cuenta que la única entidad que puede fungir como fiduciario es una sociedad fiduciaria, es importante señalar las obligaciones y los derechos que la legislación mercantil le ha otorgado.

---

<sup>1</sup>Ídem.

Ahora bien el artículo 1234 del Código de Comercio establece que son deberes indelegables del fiduciario. Además de lo anterior, la sociedad fiduciaria, en desarrollo del contrato de fiducia, debe mantener los bienes fideicomitidos separados de los suyos propios y de los demás que le hayan sido otorgados por otros clientes, formando de esta forma un patrimonio autónomo, recibir una remuneración conforme a lo establecido por la Superintendencia Financiera de Colombia, tal y como lo establece el artículo 1233 del Código de Comercio.

Finalmente, y como consecuencia de las calidades que debe ostentar la sociedad fiduciaria, determinadas en las circulares y resoluciones que ha emitido la Superintendencia Financiera de Colombia, el artículo 1243 del Código de Comercio establece que la responsabilidad del fiduciario se configura hasta por la culpa leve de su gestión.

iii. Beneficiario o fideicomisario

El beneficiario a quién también se le denomina fideicomisario y quién puede ser simultáneamente el constituyente, puede ser cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, residente o no residente en Colombia, de naturaleza privada o pública, es aquel que recibe, una vez se cumpla el término o condición pactada, los bienes fideicomitidos. Adicionalmente, dependiendo de lo estipulado en el contrato, puede recibir los rendimientos que produzca el patrimonio autónomo.

Por otro lado, y de acuerdo con el artículo 1235 del Código de Comercio, el beneficiario tendrá, además de los derechos que se hayan estipulado en el contrato, los siguientes:

*“(…) 1) Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas; 2) Impugnar los*

*actos anulables por el fiduciario, dentro de los cinco años contados desde el día en 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; 3) oponerse a toda medida preventiva 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 hiciera, y 4) Pedir al Superintendente Bancario por causa justificada, la remoción del fiduciario y, como medida preventiva, el nombramiento de un administrador interino”.*

### **3. Clases del contrato de fiducia**

#### **i. Fiducia de Inversión**

De conformidad con el numeral 2o del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las operaciones de fiducia de inversión se podrán celebrar por medio de contratos de fiducia mercantil o de encargos fiduciarios, es necesario que en los contratos se indique de manera precisa cuál de las dos modalidades anteriores se está adoptando, aún en los casos en que el contrato se origine a partir de los denominados documentos de “oferta comercial” o similares, amén de respetar las formalidades legales exigidas para cada uno de estos tipos negociales.<sup>2</sup>

#### **ii. Fiducia Inmobiliaria**

En primer lugar, es importante señalar que la regulación colombiana no prevé una disposición que defina esta figura.

No obstante lo anterior, la Superintendencia Financiera de Colombia ha definido, en el numeral 2.9 del Título Quinto de la Circular Básica Jurídica, la figura del *“Fideicomiso de administración inmobiliaria de proyectos de*

---

<sup>2</sup>SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Circular Externa 072 d2 1997.



*construcción”, como “aquél negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la entidad fiduciaria para que administre y desarrolle un proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato”.*

iii. Fiducia en Garantía

*Esta figura ha sido definida como aquella en virtud de la cual “(...) una persona, normalmente el deudor, transfiere uno o más bienes al fiduciario con el propósito de que los administre y que proceda a venderlos para el pago de las obligaciones que con ellos se garanticen, de no ser estas satisfechas en su oportunidad”<sup>3</sup>.*

Adicionalmente, es importante señalar que en este contrato el beneficiario siempre es el mismo constituyente, razón por la cual, le son aplicables todas las obligaciones y derechos para cada una de dichas calidades.

---

<sup>3</sup>Idem. Página 464.

## **CAPÍTULO II. TRATAMIENTO FISCAL DE LAS PÉRDIDAS GENERADAS POR EL FIDEICOMISO**

En el presente aparte de este documento, se desarrolla el tratamiento fiscal de las pérdidas generadas por el fideicomiso desde el punto de vista del impuesto de renta para el beneficiario.

### **A. El contrato de fiducia y el impuesto de renta**

Tal y como se expuso en la primera parte de este trabajo, el contrato de fiducia se encuentra regulado por el artículo 1226 del Código de Comercio. Dicha disposición señala que por contrato de fiducia se entiende la transferencia de bienes específicos que realiza una persona llamada fiduciante a otra llamada fiduciario, conformando un patrimonio autónomo con diferentes finalidades que pueden ser, entre otras, para inversión, inmobiliarios, de administración o garantía.

En ese orden de ideas y al haber una transferencia de los bienes a la fiduciaria, esta entidad se convierte en propietaria de los mismos. Por su parte, el constituyente o fiduciante adquiere la calidad de tenedor de éstos, y el beneficiario, que puede ser el mismo fiduciante, se convierte en el titular de los derechos fiduciarios.

Por otro lado, la regulación tributaria regula el contrato de fiducia desde diferentes perspectivas. A modo de ejemplos, (i) el artículo 54 de la Ley 1430 de 2010 señala que el patrimonio autónomo es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio, (ii) el parágrafo del artículo 102 del E.T. dispone que *“cuando se trate de pagos a terceros que genere un ingreso para éste último, la Fiduciaria deberá practicar la retención en la fuente”*, (iii) el artículo 33 del Decreto 2076 de 1992 señala que contrato de fiducia genera el impuesto de timbre, (iv) el artículo 420 del E.T. señala que *“[l]a venta de bienes o servicios se*

*encuentra gravada con IVA, razón por la cual, de constituirse el hecho generador a través de un patrimonio autónomo, la fiduciaria, en su calidad de vocera del mismo, tendrá dicha responsabilidad*”, (v) el numeral 14 del artículo 879 del E.T., relacionado con la exención del Gravamen a los Movimientos Financieros, y (vi) los artículos 102 y 207 del E.T. señalan los efectos del contrato de fiducia y el impuesto de renta, desarrollado en la segunda parte del trabajo investigativo.

En primer lugar, se expondrán las particularidades del contrato de fiducia en el impuesto de renta, tales como; los responsables, la base gravable, y el manejo de las pérdidas y deducciones.

En segundo término, se explicará la posición del Consejo de Estado en cuanto a la posibilidad que tiene el beneficiario de tratar como deducción las pérdidas registradas en el fideicomiso. Y por último, presentaremos nuestras consideraciones o comentarios.

El artículo 102 del E.T.<sup>4</sup> prevé la determinación del impuesto sobre la renta en el contrato de fiducia mercantil desde diversos aspectos, entre éstos, los sujetos

---

<sup>4</sup>Artículo 102 del Estatuto Tributario. “*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 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 las utilidades obtenidas en el respectivo periodo 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. 2. Las utilidades obtenidas en los fideicomisos deberán ser incluidas en las declaraciones de renta de los beneficiarios, en el mismo año gravable en que se causan a favor del patrimonio autónomo, conservando el carácter de gravables o no gravables, y el mismo concepto y condiciones tributarias que tendrían si fueren percibidas directamente por el beneficiario. 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. 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*

pasivos del mismo. En este sentido, se desprende que para efectos del impuesto de renta los declarantes son:

- A. Cuando se transfieren los bienes a los beneficiarios de las rentas diferentes del constituyente, en este caso la renta se grava en cabeza del beneficiario.
- B. Cuando la transferencia se realiza al mismo constituyente, en cabeza de éste último se grava la renta. Es decir, cuando el constituyente es el mismo beneficiario.
- C. Cuando se estipula la devolución de los bienes al constituyente, pero los beneficiarios de primer grado de consanguinidad son beneficiarios de la renta, en este caso se grava en cabeza del constituyente. Este numeral merece varios reparos a saber pues en ésta hipótesis a la terminación de la fiducia los bienes se devuelven al constituyente, pero la renta debe distribuirse a los

---

*las previstas en los artículos 90 y 90-1 de este Estatuto.5. <Numeral modificado por el artículo 82 de la Ley 488 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> 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 sea el caso. Para tal efecto, se le asignará un NIT diferente al de la sociedad fiduciaria, que identifique en forma global a todos los fideicomisos que administre.Las sociedades fiduciarias presentarán una sola declaración por todos los patrimonios autónomos. La sociedad fiduciaria tendrá una desagregación de los factores de la declaración atribuible a cada patrimonio autónomo a disposición de la DIAN para cuando esta 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.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.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.*

*PARAGRAFO. 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. PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo adicionado por el artículo 82 de la Ley 488 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de las responsabilidades establecidas en este artículo, en la acción de cobro, la administración tributaria podrá perseguir los bienes del fideicomiso”.*

parientes de primer grado de consanguinidad, en este sentido, el mencionado ordinal resulta violatorio de los principios de equidad y justicia (artículos 95 y 363 Numeral 9 de la Constitución Política porque está ordenando que unos ingresos se gravan en cabeza de quien no los percibió, así como los mismos no son gravables en cabeza de quienes fueron susceptibles de incrementar el patrimonio. Hipótesis que podría llegar a ser inconstitucional, en el sentido que es sobre el constituyente sobre quien recae el gravamen, siendo los terceros no parientes quienes realmente obtienen el beneficio

D. Cuando se estipule la devolución de los bienes al constituyente, pero los beneficiarios de las rentas son terceros diferentes a los del primer supuesto, en la cabeza de estos se grava. Este numeral no resulta del todo constitucional, que se grave en cabeza del fideicomisario, teniendo en cuenta que lo están gravando por rentas que jamás serán de este. De manera que solo el fideicomisario debe declarar cuando este aproveche económicamente los bienes fideicomitidos.

A nuestro modo de ver, las hipótesis contenidas en los numerales 1 y 2 del artículo 102 del E.T. constituyen una ficción legal para efectos del impuesto de renta y complementarios, en el sentido que los bienes continúan conformando el patrimonio del constituyente, pese a que en el Código de Comercio se disponga lo contrario.

De este modo y como regla general, el mencionado artículo determina que el beneficiario deberá incluir dentro de la declaración del impuesto de renta las utilidades derivadas del fideicomiso, teniendo como requisito fundamental la certificación que debe expedir la sociedad fiduciaria a la que se le transfirieron los bienes fideicomitidos.

No obstante lo anterior, y de acuerdo con el numeral 4º del artículo 102 del E.T.<sup>5</sup>, *“pueden gravarse las rentas en cabeza del constituyente cuando los bienes se transfieren a un tercero, a título oneroso, porque en ese evento resulta claro que el fideicomiso se utiliza como vehículo para enajenar el activo y que la diferencia entre su costo fiscal y el valor del traspaso pueden constituir renta o ganancia ocasional para quien lo enajena, es decir, el constituyente”*<sup>6</sup>. De manera contraria, si los bienes fideicomitados se transfieren a un tercero, a título gratuito, el impuesto se gravaría en cabeza del beneficiario.

Por otro lado, de conformidad con el numeral 3º del artículo 102 del E.T.<sup>7</sup>, cuando sea imposible determinar quién es el beneficiario, por encontrarse sometido el contrato de fiducia a condiciones suspensivas, resolutorias, o a sustituciones, revocatorias u otras circunstancias, el impuesto de renta se gravará en cabeza del patrimonio autónomo.

Respecto de ésta hipótesis, cuando la fiducia esté sometido a una condición, se causaría el impuesto de renta y complementarios, en cabeza del constituyente, este supuesto no resulta tan constitucional en la medida que en caso en que no se cumpla la condición, no se daría lugar al hecho generador que causa el impuesto que es el incremento del patrimonio, tampoco existiría la posibilidad de recuperar el impuesto causado,

Y es precisamente la búsqueda de la *“justicia tributaria”* lo que justifica que en materia de fiducia mercantil las normas tributarias deban atender a la realidad económica. Es decir, debe revisarse en cada uno de los negocios jurídicos, cuál fue la finalidad que se persiguió con la constitución del fideicomiso, para

---

<sup>5</sup>Ver nota No. 10.

<sup>6</sup>RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. *“Negocios Fiduciarios”*. Editorial LEGIS. Primera Edición. Página 602.

<sup>7</sup>Ver nota No. 10.

determinar con claridad los efectos tributarios que consagran los artículos 102 y 271-1 del Estatuto Tributario.<sup>8</sup>

Por lo anterior, el artículo 102 del mencionado estatuto determina los sujetos pasivos del impuesto de renta dependiendo de ciertas situaciones que a continuación se analizan en detalle.

iv. Sujetos pasivos y responsables del impuesto de renta en un fideicomiso

En éste capítulo se revisará, a la luz de la normativa vigente, quiénes son los sujetos pasivos y responsables del impuesto de renta en el contrato de fiducia.

El artículo 271-1 del E.T. señala que *“(...) los derechos sobre el patrimonio deben ser declarados por el contribuyente que tenga la explotación económica de los respectivos bienes”*.

De acuerdo con lo señalado el presente trabajo, la fiduciaria se convierte en la propietaria de los bienes fideicomitidos en el momento en que el constituyente los transfiere. Así pues, el artículo 263 del E.T. determina que *“se presume que quien aparezca como propietario (...) de un bien lo aprovecha económicamente en su beneficio”*.

De este modo, la sociedad fiduciaria al ser la propietaria de los bienes objeto del fideicomiso es la responsable del impuesto de renta por presumirse que los aprovecha económicamente en su beneficio.

Adicionalmente, el numeral 3º del artículo 102 del E.T. establece que *“cuando el fideicomiso se encuentre sometido a condiciones suspensivas,*

---

<sup>8</sup> CAHN SPEYER, Paul. La Fiducia mercantil y sus aspectos tributarios. ICDDT, memorias XIX jornadas colombianas de derecho tributario, febrero 1995.

*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 el patrimonio autónomo a la tarifa de las sociedades colombianas”.*

No obstante lo anterior y de acuerdo con lo expuesto en el literal b de la primera parte de este trabajo, el principio de transparencia fiscal resuelve que quien se beneficia del contrato de fiducia debe ser el contribuyente del impuesto a la renta. Sobre este particular, el numeral 2º del artículo 102 del E.T. determina que *“las utilidades obtenidas en los fideicomisos deberán ser incluidas en las declaraciones de renta de los beneficiarios, en el mismo año gravable en que se causan a favor del patrimonio autónomo, conservando el carácter de gravables o no gravables y el mismo concepto de condiciones tributarias que tendrían si fueran percibidas directamente por el beneficiario”.*

En este sentido, en cuanto a las condiciones de tributación del beneficiario, el artículo 271-1 del E.T. señala que el valor patrimonial de los derechos fiduciarios es el que le corresponda de acuerdo con su participación en el patrimonio líquido del fideicomiso al final del ejercicio o en la fecha de la declaración.

Asimismo, para la determinación del impuesto sobre la renta y complementarios, los fiduciarios deben expedir cada año, a los beneficiarios, un certificado sobre 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. En caso de que las cifras incorporen ajustes por inflación se deben hacer las aclaraciones de rigor.



Teniendo claro las partes que intervienen en un contrato de fiducia, pasamos analizar de acuerdo con la normativa, los responsables del impuesto de renta.

Una interpretación del artículo 102 del E.T. nos indica que en desarrollo del contrato de fiducia se generan unos ingresos a favor del constituyente o beneficiario, que deberán incluirse dentro de la declaración de renta, no obstante se presentan diferentes situaciones a saber, en donde deben seguirse unas reglas para determinar la causación de estos ingresos: *“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”*.

Continúa señalando la mencionada disposición que al final de cada ejercicio gravable, se debe efectuar una liquidación de las utilidades obtenidas por el fideicomiso y por cada beneficiario. Lo que quiere decir, que las utilidades obtenidas deben ser declaradas por el beneficiario en el mismo año gravable en que se causen a favor del patrimonio autónomo conservando, dependiendo del caso, el carácter de gravables o no. De manera que para la liquidación de las utilidades se deben seguir las disposiciones contenidas en el E.T., lo que implica que se deben tener en cuenta los ingresos, costos y gastos.

Teniendo en cuenta la manera como se debe calcular el impuesto a la renta para este tipo de contrato, es importante señalar que de acuerdo con el numeral 5º del artículo 102 del E.T. *“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 sea el caso”*. Para éste efecto, se le asignará un NIT a cada patrimonio

autónomo para diferenciarlos. Por lo que la sociedad fiduciaria debe presentar una sola declaración de renta por todos los patrimonios autónomos, y será responsable por las sanciones que deriven del incumplimiento de las obligaciones formales.

Para tal efecto, el mencionado numeral establece que con los recursos del fideicomiso, se cancelará el impuesto a la renta y la retención en la fuente que graven al patrimonio autónomo.

Así mismo, cuando procedan intereses moratorios y ajustes por inflación también deben ser cancelados con los recursos de los fideicomisos. No obstante, cuando sean insuficientes, los beneficiarios responderán solidariamente por el mencionado impuesto.

Finalmente, se establece que las utilidades acumuladas en los fideicomisos que no hayan sido distribuidas ni abonadas en cuenta a los beneficiarios, deberán incluirse en sus correspondientes declaraciones.

Atendiendo lo anterior, la sociedad fiduciaria y el beneficiario son responsables del impuesto de renta y, en algunos casos, el constituyente cuando sea el mismo beneficiario, deberá incluir en la declaración de renta las utilidades generadas en el ejercicio del periodo gravable.

Sin embargo, merece un especial análisis el aparte de la norma que dispone que cuando los recursos del patrimonio autónomo no sean suficientes para cancelar los impuestos, el beneficiario será responsable solidario.

Sobre este particular, se llega a la conclusión que el beneficiario es el responsable por dicho pago en el momento en que los bienes que

constituyen el patrimonio autónomo, junto con sus rendimientos, si son del caso, no son suficientes para el pago de los impuestos.

En este sentido, consideramos que si el beneficiario tiene como obligación responder solidariamente por el pago de los impuestos, también podrá deducir de su renta las pérdidas que se hayan ocasionado en el patrimonio autónomo, pues no es admisible, que ante la falta de recursos del patrimonio autónomo tenga que salir el beneficiario a responder solidariamente y que cuando éste haya tenido pérdidas no se las pueda deducir.

Nos preguntamos si existen algunos criterios que puedan tenerse en cuenta para determinar con claridad quien es el verdadero beneficiario y por tanto titular de los derechos patrimoniales en un patrimonio autónomo. En esta medida resulta importante analizar cada caso concreto, según la realidad económica del contrato. Se debe revisar si realmente el interés de las partes en la celebración del negocio fue el de señalar desde la constitución del fideicomiso un beneficiario distinto al constituyente o si por el contrario, el constituyente conserva la titularidad de los derechos patrimoniales y solo si se dan ciertas condiciones, bien sea durante la vigencia del fideicomiso o al finalizar el mismo, los bienes deben ser transferidos a un beneficiario distinto.

v. Sobre las deducciones

En primera medida, es relevante determinar lo que se entiende por el verbo deducir. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española establece que deducir es “*rebajar, restar, descontar alguna partida de una cantidad*”.

Desde el punto de vista fiscal y de acuerdo con la cartilla LEGIS del impuesto a la renta y complementarios año 2011, se entiende por deducción, *“aquellos gastos en que incurre una persona, natural o jurídica, contribuyente del impuesto de renta durante un período fiscal y que sean necesarios para la producción de renta”*.

De esta manera, para que un gasto sea deducible se deben cumplir los siguientes requisitos establecidos por el artículo 107 del E.T.:

- Que no haya sido limitada o prohibida la deducción por la ley, es decir, cuando la norma respecto de ese gasto dice expresamente que no será deducible.

Sobre este particular, es importante señalar que la normatividad tributaria no establece taxativamente que las pérdidas que generen los patrimonios autónomos no se puedan deducir en cabeza del beneficiario.

- Que la deducción no exceda los límites establecidos como máximos a deducir por la actividad económica. En este sentido solo se podrá deducir el máximo permitido, si se excede no será posible la deducción.

En cuanto a este requisito, es fundamental determinar que la regulación tributaria no establece límites máximos para deducir las pérdidas que acumulen los fideicomisos. De este modo, es posible que los beneficiarios deduzcan la totalidad de las pérdidas que generen los patrimonios autónomos.

- Que tenga causalidad con la actividad productora de renta.

En relación con este requisito, el Consejo de Estado, en sentencia reciente señaló *“que por relación de causalidad debe entenderse la conexidad que existe entre el gasto (causa) realizado en cualquier actividad generadora de renta por el contribuyente durante el año o período gravable, con la actividad generadora de renta, conexidad que se mide por la injerencia (nexo) que tiene el gasto en la actividad productora de renta (efecto). Fíjese que el artículo 107 del E.T no exige que a instancia del gasto se genere un ingreso, lo que exige es que tenga relación de causa y efecto, pero no como gasto-ingreso, sino como gasto-actividad. Por eso, la Sala considera que la injerencia que tiene el gasto puede probarse con el ingreso obtenido, pero esa no necesariamente es la única prueba de la injerencia”*<sup>9</sup>.

De acuerdo con el pronunciamiento jurisprudencial, la relación de causalidad es la de gasto - actividad, independientemente si se genera un ingreso o no.

Así las cosas, consideramos, de acuerdo con la anterior definición jurisprudencial, que cuando el constituyente sea el mismo beneficiario, podría deducir la pérdida en virtud de la relación de causalidad entre los gastos incurridos para la constitución de la fiducia y las utilidades o pérdidas que pueda generar.

- Otro de los requisitos para la deducción es que se trate de gastos proporcionados y necesarios. En este sentido, el Consejo de Estado se pronunció al determinar que *“En cuanto a la necesidad, el adjetivo “necesario” conforme su acepción gramatical implica “Que [algo] se ha[ga] y ejecut[e] por obligación, como opuesto a voluntario y espontáneo.” Y, en cuanto a la proporcionalidad, que exista*

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, sección cuarta. C.P. Hugo F. Bastidas Exp,17286 del 22 de marzo de 2011. Pág. 3.

*conformidad o proporción de la erogación tanto con el ingreso como los costos y gastos de la empresa, como elementos relacionados entre sí.”<sup>10</sup>*

De acuerdo con la jurisprudencia, el requisito de proporcionalidad y de necesidad se establece con base en criterios comerciales dispuestos en el artículo 107 del E.T. El primero, que la expensa se mida teniendo en cuenta que sea de las normales en cada actividad. La segunda, que la ley no limite la expensa como deducible.

El mencionado fallo continúa de la siguiente manera: *“En este sentido, el parámetro de comparación depende de la actividad que se desarrolle la empresa y de las expensas que realicen empresas que desarrollen la misma actividad, este es un asunto de hecho que amerita ser probado y, por lo tanto, la dificultad en este punto concierne a la prueba que deberá acreditar el contribuyente para demostrar el derecho a la deducción. La prueba se debe encauzar a que es una “costumbre normal” hacer la erogación, pero, además, forzosa, pues la costumbre no anula la calidad de necesaria de la expensa.”<sup>11</sup>*

Consideramos que este requisito se cumple, en la medida que el constituyente cuando sea el mismo beneficiario, incurrió en expensas necesarias para la constitución del patrimonio autónomo de acuerdo con la ley, y proporcional según a lo que se exija.

- Que se cumpla con la obligación señalada en el artículo 632 del E.T. De acuerdo con esta norma, se debe conservar la prueba de la consignación de las retenciones en la fuente practicadas en su

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Ob cit pág. 3

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Ob Cit. Pág. 3

calidad de agente retenedor. Obligación que para el caso concreto se efectúa con la sociedad fiduciaria.

Atendiendo a los requisitos para la deducibilidad de un gasto, consideramos que es procedente que el beneficiario deduzca las pérdidas generadas por un patrimonio autónomo.

vi. Pérdidas fiscales

Desde el punto de vista fiscal para que una pérdida sea procedente debe estar señalada expresamente por los artículos 147 y 148 del E.T.<sup>12</sup>, en este sentido se considera como pérdida las siguientes:

- ***“Las pérdidas operacionales*** son las que resultan en el periodo gravable de los mayores costos y gastos de la actividad productora de renta, frente a los ingresos percibidos en la misma. Estas pérdidas se compensan por regla general con las rentas obtenidas por el contribuyente en los periodos gravables posteriores y están reguladas en el artículo 147 del E.T.
- ***“Las pérdidas de capital:*** son las que se producen sobre activos fijos que sean bienes usados en el negocio o actividad productora siempre que hubieren producido por una fuerza mayor durante el año o periodo gravable según la regulación del artículo 148 del E.T.
- ***“La pérdida en enajenación de activos fijos,*** que se presenta cuando se vende un bien que hace parte del activo del contribuyente

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. C.P. Hugo Fernando Bastidas. Expediente 16878 del 30 de septiembre de 2010.

*por un valor inferior a su costo fiscal incluidos los ajustes integrales por inflación según prescribe el artículo 90 del E.T.”<sup>13</sup>*

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que la pérdida que se derive de un patrimonio autónomo se enmarca como una pérdida operacional al ser el resultado de los mayores costos y gastos de la actividad productora de renta, frente a los ingresos percibidos en la misma, en el periodo gravable.

## **B. Posición del Consejo de Estado en cuanto a la viabilidad de tomarse como deducible una pérdida derivada de un contrato de fiducia por parte del beneficiario.**

A continuación, enunciaremos los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado en donde se ha planteado, la viabilidad para el beneficiario de tratar como deducible las pérdidas generadas por el fideicomiso. Y, finalmente, determinaremos la posición del Consejo de Estado al respecto.

- El Consejo de Estado, en Sentencia N° 16598 de 2010 señaló que, de acuerdo con una interpretación de los artículos 102 y 271-1 del E.T., *“(…) 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 enjuagarían con otros ingresos diferentes a los generados por el fideicomiso, lo cual no es procedente en materia del impuesto de renta, 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.”*

*(…) “En el tema fiscal, las pérdidas procedentes están previstas expresamente en las normas tributarias. La jurisprudencia ha clasificado*

---

<sup>13</sup>Ibídem.



*tres categorías de pérdidas fiscales de acuerdo con el ordenamiento tributario, las cuales tienen consecuencias precisas, en este sentido, las pérdidas solicitadas por el actor no tienen cabido en las hipótesis expuestas, por esa razón no es una pérdida deducible (...)*<sup>14</sup>.

- El Consejo de Estado, en Sentencia N° 16510 de 2009 determinó que “(...) no existe incompatibilidad entre las normas del Código de Comercio que regulan la fiducia mercantil, y las del Estatuto Tributario respecto del tratamiento que debe dársele a los derechos fiduciarios dentro del patrimonio fiscal del contribuyente, puesto que tanto en el contexto mercantil como en el tributario se entiende que el fiduciante se desprende de la propiedad de unos bienes que van a cumplir una finalidad específica (servir de garantía de obligaciones), a cambio de lo cual se hace titular de unos derechos personales (fiduciarios) sobre un patrimonio autónomo, los que son apreciables en dinero y, por tanto, deben ser reflejados dentro del activo del constituyente. (...)”.

*“Aunque en virtud del artículo 102 del Estatuto Tributario la sociedad actora como beneficiaria del Fideicomiso debe declarar las utilidades obtenidas por el patrimonio autónomo, ello no significa que tenga la posesión de los bienes que integran el contrato de fiducia, porque no tiene el aprovechamiento económico potencial ni real de dichos activos. No puede disponer de las rentas que se produzcan porque éstas están afectas a la finalidad establecida para la fiducia en garantía (...)*<sup>15</sup>.

- El Consejo de Estado en sentencia N° 16878 de 2010, dispuso lo siguiente: “(...) de ninguna de las normas mencionadas se puede considerar que las pérdidas que ocasiona un negocio fiduciario sean trasladadas al beneficiario

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. Expediente 16598. C.P. Martha Teresa Briceño. Sentencia de 26 de octubre de 2009.

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. Expediente 16510. C.P. William Giraldo Giraldo. Sentencia del 13 de agosto de 2009.

*o que el beneficiario deba hacer la depuración de la renta gravable o de la pérdida del negocio, por ello, 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. (...)*”.

*“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. (...)*”<sup>16</sup>.

De acuerdo con los anteriores pronunciamientos, es claro que la posición del Consejo de Estado es la de no admitirle al beneficiario de tratar como deducible la pérdida generada por un fideicomiso.

**B. Posición de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en cuanto a la viabilidad de tomarse como deducible una pérdida derivada de un contrato de fiducia por parte del beneficiario.**

---

<sup>16</sup>Consejo de Estado. Sección Cuarta. Expediente 16878. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Sentencia del 30 de septiembre de 2010.

En concepto de la DIAN, N° 069926 de 2003, se dejó claro que “(...) cuando la entidad fiduciaria determina las utilidades obtenidas en cada contrato de fiducia, al total de los ingresos obtenidos por cada patrimonio autónomo debe restarle los costos y deducciones entre las cuales se encuentra la depreciación cuando sea el caso, sin que tales costos o deducciones puedan incluirse nuevamente en las declaraciones de renta de los beneficiarios, del patrimonio autónomo o del constituyente”.

Por otro lado, la DIAN en concepto N° 060597 de 1996, determinó que “no son deducibles para los beneficiarios las pérdidas fiscales sufridas por un patrimonio autónomo en un periodo gravable, con las rentas que obtuvieron dentro de los cinco periodos gravables siguientes. La legislación impositiva vigente (art. 147 E.T) solo reconoce la posibilidad a las sociedades de deducir las pérdidas fiscales sufridas en cualquier periodo gravable, compensándolas con las rentas que obtuvieron dentro de los cinco periodos gravables siguientes. Adicionalmente prescribe de manera taxativa que las pérdidas sufridas por las sociedades no serán trasladables a los socios.

“Por tanto, la deducción de pérdidas a la que alude el artículo 147 citado, dice relación con las pérdidas fiscales sufridas por las sociedades como resultado de su actividad operacional.” (...)

“Ahora bien, la pérdida fiscal sufrida por una sociedad en un periodo gravable es la que resulta cuando la totalidad de sus ingresos obtenidos durante el período resultan inferiores a sus costos y deducciones fiscales. Esta pérdida fiscal es diferente a las pérdidas sufridas por un patrimonio autónomo constituido como uno o más bienes afectos a una finalidad y que han salido del patrimonio del constituyente en virtud de un contrato de fiducia mercantil; por tal motivo, las pérdidas del patrimonio autónomo no pueden ser objeto del tratamiento previsto en el artículo 147 del Estatuto Tributario, en cuanto que no existe disposición que prevea la posibilidad de su deducción para el caso en comento. Para que

*las pérdidas sean deducibles para el contribuyente, estas deberán tener relación de causalidad con la actividad productora de renta, necesidad y proporcionalidad con sus ingresos gravados percibidos y haberse realizado en el periodo gravable.*

*“Por último debe anotarse, que no sucede lo mismo cuando el patrimonio autónomo en virtud de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 102 del Estatuto Tributario sea directamente el contribuyente, en cuanto que contemplado como está en la misma disposición que su régimen es el previsto para las sociedades anónimas, procederá la deducción en los términos del artículo 147 ibídem cuando a ella hubiere lugar”.*

De este modo, es claro que la posición de la DIAN también imposibilita deducir las pérdidas originadas en el negocio fiduciario.

**C. Posición de la legislación mexicana en cuanto a la viabilidad de tomarse como deducible una pérdida derivada de un contrato de fiducia por parte del beneficiario.**

De acuerdo con la normatividad mexicana, es importante determinar que son objeto de los fideicomisos toda clase de bienes y derechos, excepto los bienes que la Ley haya establecido que son estrictamente personales y por ende, intransferibles. Adicionalmente, la regulación comercial ha señalado que la constitución del fideicomiso debe constar por escrito.

Por otro lado, en cuanto al tratamiento de las utilidades o pérdidas generadas en a través de un fideicomiso, el artículo 13 de la Ley del Impuesto sobre la Renta mexicana, indicó que la entidad fiduciaria es la encargada de determinar el resultado fiscal o las pérdidas fiscales y cumplir por cuenta de los fideicomisarios las obligaciones señaladas en la Ley.

Así mismo, de acuerdo con el Capítulo V del Título II de la Ley del Impuesto de Renta Mexicana, si el fideicomiso llegare a generar pérdidas, éstas solamente podrán ser disminuidas de las utilidades fiscales de ejercicios posteriores

De este modo, una vez se haya determinado el PyG del fideicomiso por parte de la Fiduciaria, el fideicomisario tiene la posibilidad de acumular a sus demás ingresos la parte proporcional que le corresponda y acreditar el monto de los pagos provisionales efectuados.

Finalmente, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 13 de la Ley mencionada, *“Los fideicomisarios acumularán a sus demás ingresos del ejercicio, la parte del resultado fiscal de dicho ejercicio derivada de las actividades empresariales realizadas a través del fideicomiso que les corresponda, de acuerdo con lo estipulado en el contrato de fideicomiso y acreditarán en esa proporción el monto de los pagos provisionales efectuados por el fiduciario. La pérdida fiscal derivada de las actividades empresariales realizadas a través del fideicomiso sólo podrá ser disminuida de las utilidades fiscales de ejercicios posteriores derivadas de las actividades realizadas a través de ese mismo fideicomiso en los términos del Capítulo V del Título II de esta Ley”.*

Por esta razón, el fideicomisario tiene la posibilidad de deducir las pérdidas fiscales en el ejercicio en que se extinga el fideicomiso y hasta por el monto actualizado de los aportes realizados al fideicomiso, que no recupere.

**D. Nuestra posición en cuanto a la viabilidad de tomarse como deducible una pérdida derivada de un contrato de fiducia por parte del beneficiario.**

Teniendo en cuenta las posiciones del Consejo de Estado, de la DIAN y de la legislación mexicana, frente a la posibilidad que tiene el beneficiario de deducir las pérdidas generadas por un fideicomiso, y el marco normativo determinado en

el presente documento, a continuación exponemos nuestra posición frente al mismo.

En primer lugar, es importante señalar que, tal y como se determinó en el presente documento, existen diversas clases de contratos de fiducia y en cada uno de éstos los móviles del fideicomitente son diferentes, situaciones que no son analizadas por el Consejo de Estado y la DIAN.

En este sentido, por ejemplo, en el caso del contrato de fiducia de inversión el fideicomitente contrata con una sociedad fiduciaria con el objeto de que ésta, al ser profesional en la materia, le administre ciertos bienes y le otorgue, en lo posible, a él o a un tercero, mayores rendimientos de los que él, por no ser un profesional en la materia, le es poco factible obtenerlos. Adicionalmente, en el caso del contrato de fiducia en garantía, el fideicomitente le transfiere unos bienes a una sociedad fiduciaria con el objeto de otorgar ciertas condiciones favorables para poder realizar negocios.

En estos dos casos, claramente se puede observar la actividad productora de renta del beneficiario, sea este el fideicomitente o no, tiene causalidad con las ganancias y/o pérdidas que puede generar el patrimonio autónomo. Razón por la cual, si el patrimonio autónomo genera pérdidas, resulta inconcebible que no le sea viable deducirlas para cancelar el impuesto de renta.

Asimismo, no compartimos la posición de las autoridades colombianas mencionadas, puesto que el fideicomitente no celebra dichos contratos por razones diferentes a que necesita que una persona con ciertas características para que ejecute ciertos actos por él, incurriendo en ciertos gastos al momento de la celebración y durante la ejecución de los mismos. Por esta razón, consideramos que los gastos en los que incurra el fideicomiso son necesarios y proporcionales, por lo que es viable la deducción de las pérdidas.

Por otro lado, no estamos de acuerdo que tanto el Consejo de Estado como la DIAN no usen sus propios argumentos en el caso de declarar las utilidades, porque si fuera así, tampoco sería viable la declaración de las mismas. Por este sentido, consideramos que tanto las pérdidas como las utilidades si deben declararse por parte del beneficiario, quien es el que realmente obtendrá el beneficio una vez concluya el término o la condición estipulada por el fideicomitente.

Por otro lado, consideramos que adoptar la posición de la DIAN y del Consejo de Estado implica aceptar una clara desigualdad en el sentido que desfavorece al fideicomitente cuando se trata de un contrato de fiducia mercantil, puesto que si un mismo negocio o actividad realizado por dos contribuyentes, uno directamente y otro a través de un fideicomiso, en condiciones iguales, genera pérdidas para ambos, el que lo realizó a través de un contrato de fiducia no podrá deducir las pérdidas generadas mientras que el otro sí. Razón por la cual consideramos que la posición de las autoridades trasgrede el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

De este modo, no estamos de acuerdo con las mencionadas posiciones puesto que no es concebible que el beneficiario sea responsable solidario si el patrimonio autónomo no tiene recursos disponibles pero cuando el fideicomiso genere pérdidas este no se las pueda deducir. Situación que demuestra una clara arbitrariedad en la interpretación de las normas al no existir un argumento lógico para que esta situación no tenga consecuencias similares.

Finalmente, consideramos que la legislación mexicana claramente se ajusta a nuestra posición y de acuerdo con la realidad económica del contrato de fiducia, debe ser acogida por la normatividad colombiana.

## CONCLUSIONES

Después de realizado el anterior análisis llegamos a las siguientes conclusiones:

- El artículo 102 del E.T. determina que el beneficiario deberá incluir dentro de la declaración del impuesto de renta las utilidades generadas en el fideicomiso.
- Las utilidades al final de cada ejercicio gravable se deberán liquidar de conformidad con los las reglas del E.T.
- Consideramos que no hay razón lógica para que ante la falta de recursos del patrimonio autónomo tenga que salir el beneficiario a responder solidariamente y que cuando éste haya tenido pérdidas no se las pueda deducir
- De acuerdo con los requisitos señalados para la deducibilidad de un gasto, consideramos que es procedente que el beneficiario deduzca las pérdidas generadas por un patrimonio autónomo, atendiendo los requisitos señalados.
- Consideramos que de acuerdo con el artículo 147 del E.T. la pérdida generada en un fideicomiso se enmarca dentro de una pérdida operacional.
- La posición del Consejo de Estado es la de no admitirle al beneficiario de tratar como deducible la pérdida generada por un fideicomiso.
- La posición de la DIAN es la de rechazarle al beneficiario la deducibilidad de una pérdida generada en un fideicomiso.
- Hay una desigualdad en el sentido que desfavorece al fideicomitente cuando se trata de un contrato de fiducia mercantil, por cuanto un mismo negocio o actividad realizado por dos contribuyentes, si en condiciones iguales el negocio genera pérdidas para ambos, pero uno lo realizó a través de una fiducia mercantil, éste no podrá deducir las pérdidas generadas mientras que el otro si.



## BIBLIOGRAFÍA

- ✓ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, Rad 16878, CP: Hugo Fernando Bastidas de 30 de Septiembre de 2010.
- ✓ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, Rad 16598, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia de 26 de Octubre de 2009.
- ✓ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, Rad 16510, CP: William Giraldo Giraldo de 13 de Agosto de 2009.
- ✓ **CONSEJO DE ESTADO.** La Sala en sentencia de 27 de octubre de 2005, dictada dentro del expediente 14699 con ponencia de la Dra. María Inés Ortiz Barbosa (Diferencia entre los términos renta y utilidades).
- ✓ **CONSEJO DE ESTADO.** Sección cuarta. C.P. Hugo Fernando Bastidas. Exp 16410 de 26 de Octubre de 2009. (deducciones).
- ✓ **CONCEPTO DIAN.** Número 060597 de 30 de Julio de 1996.
- ✓ **CONCEPTO DIAN.** Número 083563 de 12 de Noviembre de 2010.
- ✓ **CONCEPTO DIAN.** Número 44739de 26 de Mayo de 2006.
- ✓ **CONCEPTO DIAN.** Número 017116de 29 de Marzo de 2005.
- ✓ **CONCEPTO DIAN.** Número 069926de 28 de Octubre de 2003.
- ✓ **CAHN SPEYER, Paul.** La Fiducia mercantil y sus aspectos tributarios. ICDT, **memorias XIX jornadas colombianas de derecho tributario, febrero 1995.**
- ✓ **DOMINGUEZ MARTINES, Jorge Alfredo.** El Fideicomiso en México
- ✓ **CORTES GUARÍN, Camilo.**
- ✓ **LUZ CLEMENCIA ALFONSO H.** La fiducia mercantil. ICDT, jornadas de derecho tributario 2008.