ELEONORA LOZANO RODRÍGUEZ

ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS DE LA TRIBUTACIÓN

Universidad de los Andes

TEMIS

Bogotá - Colombia
2014

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I

ÉTICA Y TRIBUTACIÓN

ELEONORA LOZANO RODRÍGUEZ
DANIELA TAMAYO MEDINA

PÁG.

1. Introducción 1
2. Ética, evasión y elusión 2
3. Cláusula general antielusión colombiana 20
   A) Trámite legislativo 20
   B) Alcance 21
   C) Abuso de las formas jurídicas 22
   D) Facultades de la administración tributaria 26
   E) Implementación y prospectiva 28
4. Cumplimiento tributario y variables 29
   A) El análisis económico del cumplimiento tributario: la fiscalización-sanción 29
   B) La respuesta de las motivaciones éticas 30
      a) Características de la población contribuyente 35
      b) Comportamiento de otros contribuyentes: la información asimétrica, la comunicación y el comportamiento del "free rider" 36
      c) Justicia y percepción del sistema tributario 37
      d) Gasto público y corrupción 38
      e) Políticas tributarias empresariales y tamaño de la empresa 39
5. Resultados empíricos 44
   A) Contribuyentes 46
      a) La alta carga tributaria, el "malgasto" público y el incumplimiento tributario: problemas de legitimidad 46
      b) La fiscalización, las sanciones y la aversión al riesgo 49
      c) La aceptación del incumplimiento tributario 50
   B) Asesores tributarios 54
      a) La relación asesor tributario-cliente y la percepción respecto de la evasión y la elusión 54

PÁG.

b) La transparencia en la planeación tributaria 58
c) Los tributaristas, la fiscalización y las sanciones 60
d) Los tributaristas, los códigos de ética y la enseñanza de la ética..... 62
6. A manera de conclusión: la enseñanza de la ética tributaria 65
7. Bibliografía..... 69
8. Anexo 1 72
9. Anexo 2 73

CAPÍTULO II

ECONOMÍA Y TRIBUTACIÓN

GUSTAVO ALFREDO PERALTA FIGUEREDO

1. Introducción..... 79
2. Los fines de la tributación en el Estado moderno..... 80
3. Algunos aportes de la teoría económica a la tributación..... 82
4. Impuestos y subsidios "pigouvianos"..... 88
5. Conclusiones 92
6. Bibliografía 92

CAPÍTULO III

RELACIONES DEL DERECHO TRIBUTARIO CON EL DERECHO FINANCIERO

RUTH YAMILE SALCEDO YOUNES

1. Introducción 96
2. Conformación del sector financiero 98
3. Operaciones más representativas 99
4. Importancia del sector financiero en la tributación 101
A) Ejecución de políticas económicas..... 101
B) Papel de las entidades financieras como colaboradoras del Estado..... 102
5. Interrelación entre las normas financieras, comerciales y cambiarias, y la tributación..... 103
6. Relación entre las normas contables que deben aplicar los entes vigilados por la Superintendencia Financiera y la tributación 105
A) Inversiones en títulos y otros valores..... 106
B) Derivados financieros..... 107

PÁG.

C) Carteras colectivas 108
D) "Leasing" habitacional 109
E) Provisiones 109
F) Gravamen a los movimientos financieros (GMF) 111
a) Impuesto de industria y comercio (ICA) 112
b) Normas internacionales de información financiera (NIIF) 112
7. Sector financiero y beneficios tributarios 115
A) Componente inflacionario de los rendimientos financieros 115
B) Cuentas de ahorro para el fomento de la construcción 116
C) Aportes a los fondos de pensiones voluntarias 118
D) Operaciones de financiamiento y "leasing" habitacional..... 119
E) "Leasing" operativo 120
F) Titularización de cartera hipotecaria 120
G) Endeudamiento externo..... 121
H) Beneficios aplicables al mercado de valores 121
a) Enajenación de acciones..... 121
b) Negociación de derivados..... 122
c) Títulos transados en el exterior..... 122
I) Exclusiones en materia del impuesto sobre las ventas..... 122
a) Gravamen a los movimientos financieros..... 123
8. Bibliografía..... 123

Capítulo IV

MERCADO DE CAPITALES Y TRIBUTACIÓN

Jairo A. Higuita Naranjo
Pablo Ángel Vallejo

1. Introducción..... 125
2. Aspectos conceptuales..... 126
A) Renta variable..... 126
B) Derivados 127
3. Régimen tributario..... 129
A) Renta variable..... 129
a) Acciones inscritas en una bolsa de valores en Colombia 129
b) Aplicación del inciso 4º del artículo 36-1 del Estatuto Tributario para los ETF cuyo subyacente está compuesto en su totalidad por acciones inscritas en una bolsa de valores en Colombia 132
c) Cláusula antielusiva en enajenación de acciones inscritas en una bolsa de valores en Colombia 134

PÁG.

d) Pérdida en la enajenación de acciones 134
e) Distribución en acciones de las utilidades no gravadas en sociedades que cotizan en bolsa 135
B) Derivados 136
a) Naturaleza del ingreso 136
b) Fuente del ingreso tributario 138
c) Causación del ingreso tributario 139
d) Tratamiento tributario aplicable a inversionistas residentes 140
e) Tratamiento tributario aplicable a inversionistas no residentes 143
f) Resumen de la tributación a título de retención en la fuente de los derivados para los residentes y no residentes 144
C) Régimen del impuesto sobre la renta en la inversión de capital del exterior de portafolio 145
a) Contribuyentes no declarantes del impuesto sobre la renta 145
b) Base y tarifa de retención en la fuente 146
c) Impuesto sobre la renta para la equidad (CREE) 149
d) Compensación de pérdidas y exceso de retenciones en la fuente 150
e) Remuneración percibida por el administrador 151
f) Obligación de suministrar información por parte del administrador 151
g) Régimen aplicable a los fondos de inversión de capital extranjero 151
4. Bibliografía 151

CAPÍTULO V

DERIVADOS FINANCIEROS INTERNACIONALES BAJO LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN: UN ACERCAMIENTO TEÓRICO A UN COMPLEJO CASO DE TRIBUTACIÓN

ALEJANDRO SANABRIA DÍAZ

1. Introducción 154
2. Régimen tributario general aplicable a los derivados financieros internacionales en Colombia 155
A) Tributación del ingreso percibido por la contraparte extranjera 156
a) Ausencia de normativa aplicable al caso concreto 156
b) Doctrina aplicable como único criterio ante la ausencia normativa 156
B) Tributación del ingreso percibido por el residente colombiano 159

PÁG.

3. Aproximación al tratamiento tributario aplicable a los derivados financieros internacionales bajo los Convenios para Evitar la Doble Imposición 160
A) Tributación del ingreso percibido por la contraparte extranjera 160
a) Aspectos que deben ser analizados en la aplicación de un Convenio en el caso objeto de estudio..... 160
B) Síntesis respecto de la tributación para la contraparte extranjera..... 164
C) Tributación del ingreso percibido por el residente colombiano 165
a) Respecto del ingreso proveniente de derivados financieros internacionales..... 165
b) Cuando la contraparte colombiana incurre en un gasto relacionado con el derivado financiero..... 166
4. Conclusiones 167
5. Bibliografía 168

Capítulo VI

LA RELACIÓN DEL DERECHO ADUANERO CON EL DERECHO TRIBUTARIO

Germán Pardo Carrero

1. Introducción..... 172
2. El derecho aduanero en la historia 174
3. La obligación tributaria aduanera y las demás obligaciones aduaneras..... 180
A) La obligación tributaria aduanera..... 181
a) Teoría de la carga real..... 181
b) Teoría del derecho real..... 182
c) Teoría de la obligación “propter rem” 185
d) Teoría de la carga personal 186
e) Teoría de la obligación personal..... 187
B) La obligación propiamente aduanera 188
4. El derecho aduanero actual..... 190
A) El concepto del derecho aduanero y su ámbito de actuación... 190
B) Las funciones de las aduanas 192
a) La aduana como órgano de control..... 192
b) Las otras funciones actuales de las aduanas 193
5.Conclusiones..... 200
6. Bibliografía..... 202

CAPÍTULO VII

LA REGULACIÓN DE LA TRIBUTACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

JUAN DAVID BARBOSA MARIÑO

PÁG.

1. Introducción 207
2. Consideraciones para efectos de adoptar una política fiscal acorde con la OMC 213
   A) La no discriminación en la tributación ("non-discriminatory taxation") 213
   B) La protección por medio de la tributación ("protective taxation") 214
   C) La prohibición y regulación sobre otorgar ciertos subsidios fiscales 214
3. El artículo XIV del GATS y las excepciones tributarias 214
   A) La excepción al trato nacional 215
   B) La excepción al principio de nación más favorecida 215
   C) Condiciones sustanciales y procedimentales para invocar estas excepciones 216
   D) Los convenios de doble imposición en Colombia y la posibilidad de extender bilateralmente la aplicación de la nota al pie del parágrafo 3º del artículo XXII del GATS 217
   E) Otros casos de análisis 220
4. La cláusula de excepción tributaria en los tratados de libre comercio 220
5. La efectividad del sistema de solución de diferencias en los conflictos tributarios 222
   A) El SSD y su efecto disuasivo frente a una política tributaria (retiro, solución convenida) 223
   B) El SSD y el análisis del comercio internacional de las políticas tributarias 225
   C) El SSD y el diseño de la política tributaria de cada país 228
6. Conclusión 230
7. Bibliografía 231

   Anexo 1. Conflictos tributarios en la OMC 233
   Anexo 2 236

CAPÍTULO VIII

FUSIONES, ESCISIONES Y TRIBUTACIÓN

FABIO LONDOÑO GUTIÉRREZ

1. Introducción 239

PÁG.

2. Principios 241
3. Efectos tributarios generales de las reorganizaciones empresariales 245
4. Las fusiones y escisiones de sociedades en la nueva normativa tributaria 246
A) Fusiones y escisiones adquisitivas 246
B) Fusiones o escisiones reorganizativas 248
a) Para las sociedades intervinientes 249
b) Para los accionistas, socios o partícipes 249
5. La valoración en los procesos de fusión y escisión 253
6. Deficiencia normativa tributaria en Colombia 257
A) La valoración tributaria 257
B) Escisión de utilidades del período 260
C) Aplicación de la presunción de derecho denominada "renta presuntiva" 261
D) Efectos de algunas operaciones 261
E) Ausencia de normativa para fusiones o escisiones internacionales 262
F) Efectos sobre impuestos diferentes al de renta 262
7. A manera de conclusión 263
8. Bibliografía 264

Capítulo IX

TRIBUTACIÓN Y DERECHO LABORAL

Paolo Bedoya Rondón

1. Salario y rentas de trabajo 268
A) Concepto de salario 268
B) Rentas de trabajo 269
2. Nuevo concepto de residencia fiscal: implicaciones para nacionales y extranjeros 270
3. Rentas exentas y otras prerrogativas tributarias de asalariados, pensionados y trabajadores independientes 272
A) Beneficios tributarios para los asalariados 272
a) Exenciones tributarias de los asalariados 272
b) Ahorro para el fomento de la construcción (AFC). 278
c) Aminoraciones fiscales que disminuyen la retención en la fuente de los asalariados 279
d) Otros conceptos aplicables en la depuración de la base de retención del asalariado 281
e) Deducción de aportes obligatorios realizados por el trabajador al sistema de salud 282

PÁG.

B) Beneficios tributarios para los pensionados 283
C) El trabajador independiente..... 284
D) El trabajador migratorio 285
4. Retención en la fuente por pagos realizados a asalariados y trabajadores independientes, ahora denominados "empleados"..... 287
A) Régimen general de retención para empleados..... 287
B) Retención para personas naturales que no clasifican dentro de la categoría de empleados 288
C) Nueva retención mínima para personas pertenecientes a la categoría de empleados..... 289
D) Comparación de la retención que deben pagar un asalariado y un trabajador independiente, ambos catalogados como empleados..... 290
5. Nuevos sistemas de determinación del impuesto sobre la renta ... 295
A) Impuesto mínimo alternativo nacional (IMAN)..... 295
a) Marco general del IMAN..... 295
b) Contribuyentes no sujetos al IMAN 297
B) Impuesto mínimo alternativo para empleados (IMAS)..... 297
6. Propuesta de tributación progresiva para los pensionados..... 298
7. Conclusiones 300
8. Bibliografía..... 302

Índice de autores..... 305

tributario del contribuyente, como la probabilidad de ser atrapado por la administración tributaria, el nivel de justicia que perciben del sistema tributario, entre otros. Sin embargo, Alm y Torgler (2011) identificaron que estas últimas presentan serios problemas metodológicos, tales como que los individuos no siempre recuerdan las decisiones de reportar sus ingresos, pueden no responder sinceramente a todos las preguntas, pueden no llegar a ser una muestra representativa y es casi imposible determinar si las consideraciones éticas influyen en su comportamiento (Alm y Torgler, 2011).

Para identificar qué tanto influyen las variables éticas en las decisiones tributarias de los contribuyentes, sin importar las determinaciones económicas, algunos investigadores han optado por dirigirlas a estudiantes, dado que son personas que nunca han experimentado los beneficios de evadir impuestos. Esta tendencia investigativa defiende que el uso de personas que regularmente pagan impuestos para un estudio de este tipo resulta problemático, en la medida en que su decisión de evadir o no cuenta con determinantes morales que se mezclan con las consideraciones económicas. Por este motivo, las metodologías que estudian el comportamiento de los contribuyentes a través de estudiantes, como es el caso de los *laboratory experiments*, representan una buena alternativa a los problemas que enfrentan los anteriores métodos. No obstante, esta información debe ser analizada con cuidado, pues la última metodología ha sido también objeto de críticas, como que los estudiantes no se enfrentan a los mismos dilemas y percepciones de los contribuyentes (Alm y Torgler, 2011).

Para efectos de esta investigación, y dado que en Colombia los estudios sobre cumplimiento tributario han sido escasos y poco constantes,[26] se han utilizado dos metodologías estándar para la recolección de datos:

[26] Por ejemplo, la Universidad Externado de Colombia publicó en el año 2009 un estudio empírico relativo a la ética y evasión de impuestos, cuyos investigadores fueron Robert McGee (Barry University), Silvia López Palau (Universidad de Puerto Rico) y Gustavo A. Yepes López (Universidad Externado de Colombia), y su objetivo era examinar si la evasión de impuestos era moralmente aceptable en algunas situaciones. Los resultados evidenciados por el estudio indican que, aunque en términos generales los participantes se oponen a la evasión de impuestos, existen argumentos más sólidos que otros para justificarla, como las actuaciones incorrectas del gobierno hacia los ciudadanos (por ejemplo, cuando una porción significativa de los recaudos se ve afectada por la corrupción o existe discriminación de parte del gobierno por razón de religión, raza o grupo étnico). Asimismo, los resultados del estudio realizado reflejan que aunque las mujeres se oponen más que los hombres a la evasión de impuestos, no hay una diferencia absoluta en las opiniones éticas por cuestiones de género.

las *encuestas* a contribuyentes y asesores tributaristas y la *observación participativa* en las clases de la Especialización de Tributación de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. En relación con las *encuestas*, se diseñaron dos cuestionarios: uno dirigido a contribuyentes y otro a asesores tributaristas (ver fichas técnicas en el anexo), cuyo objetivo es averiguar estados de opinión o diversas cuestiones de hecho relacionadas con la ética y la tributación.[27] En relación con la observación participativa,[28] el objetivo es lograr la familiarización del investigador con los sujetos investigados para así entender las dinámicas del grupo y, dado que el objeto de estudio son los expertos tributaristas, se observaron y analizaron sus comentarios respecto de los límites de la planeación tributaria y su posición sobre las figuras jurídicas evasivas y elusivas en las diferentes clases en las cuales se disertó sobre el tema. Se presentan a continuación algunos resultados de la aplicación de las anteriores metodologías.

A) *Contribuyentes*

En las respuestas de los contribuyentes se detectaron tres tensiones: 1) la alta carga tributaria, el "malgasto" público y el incumplimiento tributario; 2) la fiscalización, las sanciones y la aversión al riesgo, y 3) la aceptación del incumplimiento tributario.

a) *La alta carga tributaria, el "malgasto" público y el incumplimiento tributario: problemas de legitimidad*. Los impuestos han sido percibidos por los contribuyentes como un mal necesario que limita su libre albedrío. Así las cosas, es claro que las cargas tributarias son incómodas para los contribuyentes si la presión fiscal se incrementa de manera injustificada.

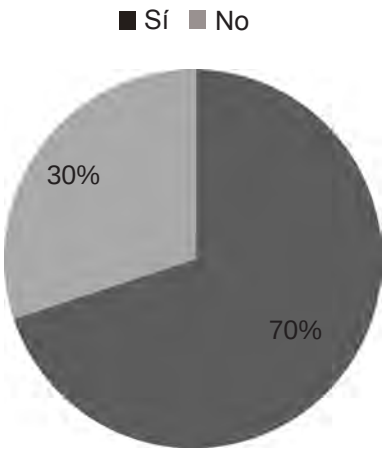
Como se observa en la figura 1.5, un alto porcentaje de los encuestados (70%) considera que en Colombia los impuestos son excesivos, lo cual puede influir en su disposición ética a contribuir. No obstante, según investigaciones recientes que calculan el nivel de carga tributaria para los países latinoamericanos para el período 1990-2009, Colombia presenta indicadores medios donde países como Argentina, Uruguay y Brasil reportan una mayor carga (GÓMEZ-SABAINI y JIMÉNEZ, 2011).

[27] Definición de *encuesta* de la Real Academia Española adaptada a los propósitos de esta investigación, disponible en *http://lema.rae.es/drae/?val=encuesta*, consultado el 10 de julio del 2012.

[28] Método propio de la investigación etnográfica que implica una relación directa del investigador con la comunidad investigada (BRAY, 2008, p. 305).

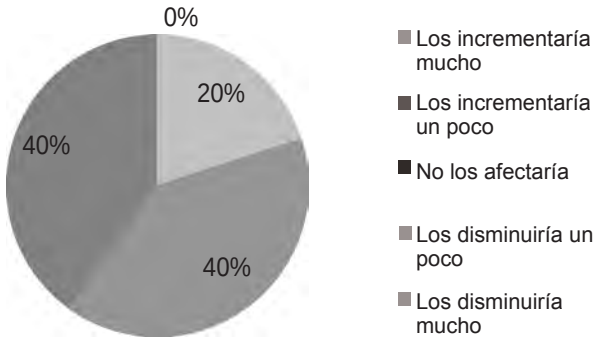
Para agravar aún más la sensación de exceso de tributos, un 60% de los encuestados considera que si otros hacen trampa en sus impuestos su carga tributaria se va a ver incrementada: para algunos un poco y para otros, mucho, 40 y 20% respectivamente (v. figura 1.6).

Figura 1.5. Percepción de la alta carga tributaria por parte de los contribuyentes colombianos



Fuente: Encuesta realizada a contribuyentes, Universidad de los Andes, mayo-junio del 2012.

Figura 1.6. La incidencia de la conducta evasiva de terceros contribuyentes en la carga tributaria de otros contribuyentes



Fuente: Encuesta realizada a contribuyentes, Universidad de los Andes, mayo-junio del 2012.