

Max Sebastián Murillo Taborda*

Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia)

max.murillo@urosario.edu.co

**Análisis jurídico de la tributación de los
contratos de leasing financiero en la legislación
colombiana a partir de los cambios introducidos
por la Ley 1819 de 2016****

*Analysis of the Taxation of Financial Leasing Agreements
in the Colombian Legislation Based on the Modifications
Introduced by Law 1819 of 2016*

*Análise jurídica da tributação dos contratos
de arrendamento mercantil na legislação colombiana com
base nas reformas introduzidas pela Lei 1819 de 2016*

Artículo de investigación: recibido 08/11/2020 y aprobado 09/12/2020

* Abogado de la Universidad del Rosario (2017) y especialista en Tributación de la Universidad de Los Andes (2019). Actualmente es candidato a Magister en Derecho con énfasis en derecho privado de la Universidad del Rosario, y se desempeña como abogado senior en temas consultoría de impuestos y tributos corporativos de la firma Deloitte Asesores y Consultores Ltda. Contacto: msmurillot@gmail.com y max.murillo@urosario.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3780-5067>

** Artículo de investigación dogmática elaborado como requisito parcial de grado para el programa de Maestría en Derecho con Énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario, con fecha de inicio en enero de 2020 y finalización en noviembre de 2020. La fuente de financiación del artículo es propia del autor.

Resumen

Con la Ley 1819 de 2016 se introdujo a la legislación colombiana modificaciones al tratamiento tributario de los contratos de leasing financiero y operativo. En este documento se presentan problemas jurídicos derivados de la nueva configuración tributaria del leasing financiero en el impuesto sobre la renta e IVA, originados en la redacción e interpretación del artículo 127-1 del estatuto. El presente documento se desarrolla bajo la metodología de investigación dogmática, parte del análisis de la legislación colombiana y tiene como insumo importante la investigación de la doctrina emitida por la DIAN como fuente auxiliar, relevante para entender el alcance de esta norma.

Palabras claves: tratamiento tributario del leasing financiero; aspectos en el impuesto de renta del leasing financiero; leasing financiero excluido de IVA.

Abstract

The enactment of the Law 1819 of 2016, introduced into the Colombian Tax Legislation a change to the special tax treatment of financial and operational leasing contracts. This document presents to the reader different legal problems arising from the wording of the financial leasing contract rules in the income tax and value added tax (VAT), which mainly originate from the drafting and interpretation of the article 127-1 of the Colombian Tax Code, as the special fiscal rule that establishes the treatment of leasing contracts for tax purposes. This document is developed under the dogmatic methodology, to the extent that different legal analyzes are carried out, and counts with the important input of the doctrine (i.e., tax rulings) issued by the Colombian Tax Authority (DIAN by its acronym in Spanish) as a relevant auxiliary source for the understanding of the scope of financial leasing fiscal treatment.

Keywords: Fiscal Treatment of the Financial Leasing Agreements; Income Tax Aspects of the Leasing Agreements; Financial Leasing VAT-Excluded.

Resumo

Com a Lei 1819 de 2016, foram introduzidas na legislação colombiana modificações no tratamento fiscal dos contratos de arrendamento financeiro e operacional. Este documento apresenta problemas jurídicos decorrentes da nova configuração fiscal da locação financeira no imposto sobre o rendimento e IVA, decorrente da elaboração e interpretação do artigo 127.º-1 dos Estatutos. Este documento é desenvolvido sob a metodologia de pesquisa dogmática, parte da análise da legislação colombiana, e

tem como um importante insumo a investigação da doutrina emanada da DIAN como fonte auxiliar, relevante para a compreensão do alcance desta norma.

Palavras-chave: tratamento tributário do arrendamento financeiro; aspectos do imposto de renda do arrendamento financeiro; arrendamento financeiro sem IVA.

Introducción

En la legislación tributaria colombiana, con la Ley 1819 de 2016, se creó e introdujo al Estatuto Tributario (en adelante, E.T.) el artículo 21-1, en virtud del cual para efectos del impuesto sobre la renta se adoptó un sistema tributario semiconectado con los marcos técnicos contables vigentes en Colombia.

Según el artículo 21-1 del E.T., para efectos del impuesto sobre la renta, la norma tributaria debe primar sobre la contable, pues se establece que en este impuesto los activos, pasivos, patrimonio, ingresos, costos y gastos podrán ser valorados de acuerdo con los marcos técnicos contables vigentes en Colombia cuando (i) no exista norma tributaria o (ii) la norma tributaria se refiera a estos marcos contables.

Según la exposición de motivos del proyecto de ley de reforma tributaria presentado en 2016 (proyecto de Ley 178, 2016), a través de este cambio se tenía como propósito adoptar un modelo de conexión formal entre la contabilidad financiera y los reconocimientos fiscales. El propósito del Gobierno nacional, en cuyo poder se encuentra la iniciativa legislativa de normas de carácter tributario, fue darle a la información contable, por la cual se mide la realidad económica de las empresas, un mayor protagonismo para determinar de manera sustancial la capacidad contributiva de los sujetos pasivos del impuesto sobre la renta.

Sin embargo, de la adopción de un modelo de conexión formal no se puede inferir que exista una coincidencia absoluta entre la contabilidad financiera y el nivel de ingresos que harán parte de la base gravable sobre la cual se liquidan los impuestos (Aguilar, 2016), pues, como lo indica el artículo 21-1 del E.T., en ciertos casos, la legislación tributaria presentará normas especiales, que diferirán del tratamiento que provee la técnica contable, primando el tratamiento tributario especial.

Pues bien, dentro de las normas tributarias especiales que se desconectan de los marcos técnicos contables se encuentran los contratos de leasing o arrendamiento financiero u operativos, pues estos son regulados en el artículo 127-1 del E. T., por lo que su calificación y reconocimiento para efectos del impuesto sobre la renta se realizarán aplicando la norma tributaria y no los marcos técnicos contables vigentes.

Esta conclusión ha sido reiterada previamente por la DIAN, que en su doctrina ha afirmado que:

El artículo 21-1 del Estatuto Tributario establece una excepción a la remisión contable, cuando hay un tratamiento específico previsto,

tal es el caso de este hecho económico en donde la norma tributaria determinó a través del artículo 127-1 *ibidem*, el tratamiento aplicable a los arrendamientos financiero y operativo. En consecuencia, los contribuyentes deberán aplicar esta norma para aquellos contratos de arrendamientos suscritos a partir del 01 de enero del 2017. (DIAN, Oficio 1321 [030615], 2019)

Teniendo en cuenta que en el presente documento se estudian los aspectos tributarios de los contratos de arrendamiento financiero de conformidad con las reglas adoptadas en la Ley 1819 de 2016, que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2017, las reflexiones que se realicen resultan aplicables únicamente para contratos de arrendamiento que se suscriban a partir de esa fecha.

Este texto aborda, en primer lugar, una aproximación al artículo 127-1 del E.T. como norma tributaria especial prevista en el ordenamiento tributario, que se aleja del tratamiento de los marcos técnicos de información financiera vigentes en Colombia; posteriormente, se establecen las diferencias entre el leasing financiero y el leasing operativo a nivel de la norma y doctrina comercial, financiera y tributaria. Finalmente, se exponen algunos problemas jurídicos de interpretación y aplicación que presenta la norma tributaria aplicable respecto de los contratos de arrendamiento financiero, ofreciendo al lector diferentes alternativas de interpretación que la norma podría permitir aplicar, advirtiendo los aspectos positivos y/o negativos de adoptar una u otra interpretación.

Aproximación a los marcos técnicos contables aplicables a los contratos de arrendamiento en Colombia y su influencia en la norma tributaria

Como aspecto preliminar al análisis de los contratos de arrendamiento, resulta útil, por un lado, analizar la incidencia que actualmente tiene la norma contable en la normatividad tributaria; y, por otro, referir brevemente a la evolución de los marcos técnicos contables aplicables a los contratos de arrendamiento financiero en los últimos años, lo que permitirá entender cuál es el modelo de norma que tomó el legislador cuando introdujo un nuevo tratamiento al artículo 127-1 del E.T.

En primer lugar, para entender la incidencia de los marcos técnicos contables vigentes, nos remontamos a la Ley 1314 de 2009, por ser un hito normativo respecto de la influencia de los marcos técnicos contables en la norma tributaria.

Pues bien, según Botero Amaya, las disposiciones adoptadas en esta ley surgen debido a que

la obsolescencia de los principios de contabilidad generalmente aceptados [Decreto 2649 de 1993] y la urgencia de dinamizar el mercado nacional concluyen en el proyecto de Ley 165 de 2007 que dio origen a la Ley 1314 de 2009, principal referente y detonante del proceso de convergencia a los Estándares Internacionales de Información Financiera en Colombia. (Botero, Marulanda, Muñoz y Álvarez, 2018)

Así las cosas, en el artículo 4 de la ley en mención se indicó que para efectos tributarios “Las normas expedidas en desarrollo de esta ley, únicamente tendrán efecto impositivo cuando las leyes tributarias remitan expresamente a ellas o cuando estas no regulen la materia” (Ley 1314, 2009).

Se debe considerar que, de manera posterior, el límite de aplicación del artículo 4 de la Ley 1314 de 2009 entró en conflicto con lo señalado en el párrafo 2 del artículo 123 de la Ley 1819 de 2016, que modificó el artículo 289 del E.T. En esta última norma se indica que:

En el año o período gravable que entre en vigencia en Colombia una norma de contabilidad, esta tendrá efectos fiscales, si el decreto reglamentario así lo establece y se ajusta a lo previsto en el artículo 4° de la Ley 1314 del 2009. (Estatuto Tributario, 1989)

Así las cosas, existe una primera tensión entre estas dos disposiciones normativas que refieren a la aplicación de la norma contable en los aspectos tributarios. Por un lado, el artículo 4 de la Ley 1314 de 2009 señala que la adopción de los marcos técnicos contables en la legislación tributaria se debe dar en virtud de la “implementación de una Ley que así lo señale”, de manera que se debería interpretar que los marcos técnicos contables tienen aplicación en la norma tributaria únicamente cuando el Congreso, a través de una ley, así lo estipule; no obstante, el artículo 123 de la Ley 1819 señala que los marcos técnicos contables tendrán aplicación para efectos fiscales “cuando el decreto reglamentario así lo establezca”.

Pues bien, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1018 de 2012, de manera previa se había referido al tema y afirmó que “los reglamentos contables y financieros dictados en su desarrollo, pueden aplicarse en función

de aportar elementos administrativos para poder concretar las obligaciones tributarias definidas por el legislador, como por ejemplo: las de liquidar, recaudar y administrar tributos, entre otros”.

Con base en la anterior sentencia, se puede vislumbrar que, bajo la lógica manejada por la Corte Constitucional, no resulta violatorio de la Constitución el hecho de que a través de un decreto reglamentario que adopta una norma de contabilidad se incorporen directrices tributarias.

No obstante, es necesario que esta sentencia sea aplicada teniendo como norte que no se desconozca el principio constitucional de legalidad de la ley tributaria, previsto en el artículo 338 de la Constitución Política de 1991, por el cual se indica que “La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos”.

Pues bien, en Colombia la recepción de los marcos técnicos internacionales de la información en materia de arrendamientos se dio con ocasión de la expedición del Decreto 2420 del 14 de diciembre de 2015, por el cual se adoptó la NIC 17 – sobre Arrendamientos, y este marco técnico contable fue el que se tomó como modelo e inspiró la regulación adoptada por el legislador en la Ley 1819. Sin embargo, la NIC 17 fue posteriormente reemplazada a través del Decreto 2170 de 2017 por la NIIF 16 – Arrendamientos, que establece un tratamiento diferente que termina alejando el tratamiento contable de estos contratos respecto del tratamiento fiscal.

La anterior conclusión es compartida por Mery López, que en su artículo “Impacto de la implementación de la NIC 17 en las normas tributarias” afirmó que

100

con ocasión de la reforma tributaria –Ley 1819 de 2016–, la norma internacional prácticamente fue traída al ámbito tributario, en el entendido de que no se observan diferencias sustanciales entre la norma internacional y lo dispuesto en el artículo 127-1 del Estatuto Tributario. (López, 2019)

No obstante, se reitera que, con la posterior adopción de la NIIF16, el tratamiento contable y fiscal se alejaron y ahora difieren el uno del otro.

Calificación y reglas de reconocimiento de los contratos de leasing

Previo a entrar a la revisión de calificación que realiza la legislación tributaria de los contratos de arrendamiento financiero y operativo, se debe contextualizar

desde la óptica de los contratos mercantiles los aspectos comunes y diferenciadores de la modalidad de leasing financiero y leasing operativo.

Así las cosas, dentro de las características comunes que se pueden enumerar de los contratos de leasing financiero y operativo, se encuentra que son contratos consensuales, bilaterales, onerosos, de tracto sucesivo y, por lo general, de adhesión, que tienen por objeto que el arrendador permita el uso de un bien sin que implique inicialmente la transferencia del derecho de dominio del activo arrendado (Jiménez, 2019, p. 19).

Respecto de los contratos de leasing financiero, el artículo 2.2.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010 define al arrendamiento o leasing financiero como

la entrega a título de arrendamiento de bienes adquiridos para el efecto, financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra. En consecuencia, el bien deberá ser de propiedad de la compañía arrendadora, derecho de dominio que conservará hasta tanto el arrendatario ejerza la opción de compra. Así mismo debe entenderse que el costo del activo dado en arrendamiento se amortizará durante el término de duración del contrato, generando la respectiva utilidad.

Arrubla Paucar (2015), en el libro *Contratos Mercantiles, Contratos Atípicos*, define los *contratos de leasing financiero* como la modalidad de leasing en la que interviene una compañía de leasing que adquiere los bienes para sí, por pedido expreso del usuario. De tal manera, una vez los adquiere, cede su uso al empresario necesitado a título de arrendamiento y por un plazo determinado, que por lo general coincide con la vida útil del activo. Una vez cumplido el plazo, el arrendatario tiene la opción de continuar en el arriendo o adquirir los bienes por un valor residual (p. 162).

Ahora, respecto del *leasing o arrendamiento operativo*, Arrubla Paucar cita en su obra a Sergio Rodríguez Azuero (1985) y señala que la modalidad de arrendamiento operativo se caracteriza por la adquisición que hace una sociedad distinta del proveedor o vendedor del activo, que adquiere los bienes para arrendarlos. Asimismo, aclara que esta modalidad es propia de mercados en los cuales los activos tienen una amplia demanda, lo que hace posible su constante arrendamiento.

Adicionalmente, Rodríguez Azuero (1985) indica que el arrendamiento operativo se caracteriza porque la duración o término del contrato no corresponde a la vida útil de los bienes y la cesión del derecho de uso no tiene como causa o se realiza en función de que el arrendador tenga un reembolso integral del precio de compra (p. 500). Respecto del leasing operativo, el artículo 2.2.1.1.4. del Decreto 2555 de 2010 indica que los contratos de arrendamiento sin opción de compra se sujetarán a las disposiciones comunes de arrendamiento.

Con base en las anteriores definiciones, para efectos de distinguir si un contrato tiene la naturaleza de leasing financiero u operativo, no se debe perder de vista la esencia económica del contrato en cada caso en particular, pues el tratamiento para efectos tributarios de contrato de arrendamiento difiere entre el leasing financiero y el leasing operativo, como se indicará en los próximos párrafos. Así las cosas, el contribuyente deberá calificar un contrato en la categoría de leasing financiero u operativo, teniendo en cuenta como elemento principal la esencia económica del contrato.

La tesis de que la naturaleza jurídica de un contrato de arrendamiento es la que determinará su calificación como de leasing financiero u operativo ha sido adoptada por la DIAN en el Oficio 00105 del 12 de febrero de 2018 y en el Oficio 1699 [030990] del 28 de diciembre de 2018. En estos oficios, la administración nacional de impuestos ha sido tajante en señalar que la calificación y el tratamiento que el contribuyente realice de un contrato de arrendamiento para efectos del impuesto sobre la renta “debe basarse en la esencia del negocio en particular”, para ello indica:

102

en la exposición del artículo 127-1 se menciona la intención del legislador de fijar una definición que refleje la esencia económica del contrato de arrendamiento financiero, el cual también es el propósito de la técnica contable. Dicha esencia consiste en que los registros contables deben mostrar las características de la naturaleza propia de la operación económica a las que se refieren. (DIAN, Oficio 00105, 2018)

“Se debe analizar la esencia más que la forma legal para determinar si se cumple la condición de un arrendamiento financiero” (DIAN, Oficio 1699 [030990], 2018). Una vez definidos brevemente los aspectos similares y diferenciadores de los contratos de leasing financiero y operativo desde el punto de vista de la norma comercial y financiera, y la importancia de que los contratos se califiquen

de acuerdo con su esencia económica, se repasa de manera breve las definiciones y tratamientos previstos en el artículo 127-1 del E.T.

Calificación de los contratos de arrendamiento financiero

El literal a., numeral 1° del artículo 127-1 del E.T. define al arrendamiento financiero como aquel contrato que posee las siguientes características:

1. “La finalidad de contrato es la adquisición financiada de un activo; y”
2. Puede *reunir una o varias* de las siguientes características: (i) al final del contrato se transfiere la propiedad del activo al arrendatario; y/o (ii) el arrendatario o locatario tiene la opción de comprar el activo a un precio que sea suficientemente inferior a su valor comercial al momento que esta sea ejercida, de modo que al inicio del contrato resulta razonable prever que esta opción será ejercida; y/o (iii) el plazo del arrendamiento cubre la mayor parte de la vida económica del activo; y/o (iv) al inicio del arrendamiento el valor presente de los pagos mínimos por el arrendamiento es al menos equivalente al valor comercial del activo objeto del contrato y/o (v) los activos arrendados son de una naturaleza tan especial que solo el arrendatario puede usarlos sin realizar en ellos modificaciones importantes.

Respecto de la definición de *leasing financiero* prevista en la legislación tributaria, Pedro Madera Argumedo (2018), en el libro *El impacto de la Ley 1819 de 2016 y sus desarrollos en el sistema tributario colombiano*, señala que la definición que provee el artículo 127-1 del E.T. “está marcada por algunos criterios indefinidos que pueden dar lugar a interpretaciones absolutamente discrecionales”, dentro de las cuales el contribuyente debe recurrir a criterios como que sea razonable prever que el arrendatario ejercerá la opción de compra; o la evaluación que tienen que hacer los contribuyentes sobre la esencia económica del contrato, con lo cual la ley dota al contribuyente de facultades discrecionales amplias para determinar que efectivamente se trata de un contrato de *leasing financiero*.

Reglas sobre el tratamiento de los contratos de leasing financiero

Una vez el contribuyente ha determinado que la clasificación del contrato de arrendamiento para efectos fiscales es la de *leasing financiero*, deberá aplicar el

tratamiento dispuesto en el literal a, numeral 2 del artículo en comento, para lo cual se distingue entre (i) el tratamiento tributario que debe dar el arrendador y (ii) el tratamiento que debe dar el arrendatario, así:

Arrendador financiero

- **Reconocimiento inicial.** Reconoce un “activo por arrendamiento financiero” conformado por el valor presente de los cánones de arrendamiento y el valor residual de garantía en caso de ser aplicable.
- **Ejecución del contrato.** El arrendador deberá incluir en sus declaraciones de renta la totalidad de los ingresos generados por los contratos de arrendamiento. Para tal efecto, la norma señala que se entiende por *ingresos* los “ingresos financieros” procedentes del activo por arrendamiento, así como los demás ingresos que se deriven del contrato.

Arrendatario financiero

- **Reconocimiento inicial.** Al inicio del contrato, el arrendatario reconoce en su declaración de renta dos elementos:
 1. Un *pasivo por arrendamiento*, que será igual al valor presente de los cánones, la opción de compra y el valor residual de garantía, en caso de ser aplicable, calculado a la fecha de iniciación del contrato y a la tasa pactada en el contrato. “La suma registrada como pasivo por el arrendatario, debe coincidir con la registrada por el arrendador como activo por arrendamiento financiero”; y
 2. Un *activo por arrendamiento*, equivalente al valor registrado en el pasivo por el arrendatario, “salvo el valor o porción del activo que corresponda al impuesto a las ventas que vaya a ser descontado o deducido”, tendrá la naturaleza de activo.

A estos valores se les podrá adicionar los costos en los que incurre el arrendatario financiero para poner en condiciones de marcha o utilización el activo, siempre que los mismos no hayan sido financiados.

- **Ejecución del contrato.** El activo podrá ser amortizado o depreciado en los términos previstos en el Estatuto Tributario, como si el bien

arrendado fuera de su propiedad, y el IVA pagado en la operación solo será descontable o deducible según el tipo de bien objeto del contrato por parte del arrendatario, y según las reglas previstas en el Estatuto.

Asimismo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 258-1 del E.T., introducido por el artículo 83 de la Ley 1943 de 2018 y ratificado por el artículo 95 de la Ley 2010 de 2019, a partir del 1 de enero de 2019, el IVA pagado en la importación, formación, construcción o adquisición de activos fijos reales productivos (AFRP), a través de contratos de arrendamiento financiero o leasing con opción irrevocable de compra, se puede tomar como descuento tributario en el año en que el impuesto es efectivamente pagado o en los siguientes periodos fiscales, sin límite de tiempo.

El descuento de IVA en el impuesto sobre la renta, de que trata el artículo 258-1 del E.T., fue reglamentado por el Gobierno nacional a través del Decreto 1089 del 3 de agosto de 2020 y se definió por AFRP como bienes que (i) son activos fijos; (ii) son tangibles; (iii) se adquieren, construyen, forman o se importan para formar parte del patrimonio del contribuyente; (iv) participan de manera directa y permanente en la actividad productora de renta del contribuyente, y (v) son susceptibles de depreciarse o amortizarse fiscalmente.

Respecto del impuesto sobre las ventas, es razonable apuntar que la legislación fiscal prohíbe que el IVA se trate simultáneamente como costo, gasto y/o descuento tributario (artículo 258-1 del E. T.).

Los cánones de arrendamiento causados a cargo del arrendatario deberán descomponerse en (i) la parte que corresponda a abono a capital, que se cargará directamente contra el pasivo registrado por el arrendatario, y (ii) la parte que corresponda a intereses o costo financiero, que será tratada como un gasto deducible para el arrendatario sometido a las limitaciones para la deducción de intereses.

- **Finalización del contrato.** En la finalización del contrato, los efectos tributarios difieren dependiendo de si se ejerce o no la opción de compra:
 1. *Se ejerce la opción de compra.* El valor pactado para tal fin se cargará contra el pasivo del arrendatario, debiendo quedar este en ceros. Cualquier diferencia se ajustará como ingreso o gasto.
 2. *No se ejerce la opción de compra.* Se efectuarán los ajustes fiscales en el activo y en el pasivo, y cualquier diferencia que surja no tendrá efecto en

el impuesto sobre la renta, siempre y cuando no haya generado un costo o gasto deducible, y en caso de que hubiera producido gastos deducibles, estos se tratarán como una recuperación de deducciones.

Calificación y reconocimiento de los contratos de arrendamiento operativo

- **Definición.** En el numeral b, 1 del artículo 127-1 del E.T. se define al arrendamiento operativo como “todo arrendamiento diferente de un arrendamiento financiero o leasing financiero, de que trata el literal anterior”.

Esta definición lleva a entender que el arrendamiento operativo es aquel contrato en el cual el arrendatario hace uso del activo arrendado sin que la operación se encuadre dentro de una adquisición financiada de un activo por parte del arrendatario. Por lo cual, el arrendamiento se acercaría para efectos tributarios a la definición de arrendamiento común.

Reglas de reconocimiento de los contratos de arrendamiento operativo

- **Arrendador.** El arrendador reconocerá el activo en su declaración de renta, de acuerdo con la naturaleza del mismo (activo fijo o movable). Igualmente, deberá reconocer como ingreso el valor correspondiente a los cánones de arrendamiento realizados en el año o período gravable. Cuando el arrendamiento comprenda bienes inmuebles, la parte correspondiente a terrenos no será depreciable.
- **Arrendatario.** La totalidad del canon de arrendamiento realizado será deducible, sin que deba reconocer como activo o pasivo suma alguna por el bien arrendado.

Reflexión sobre las normas de leasing financiero en el impuesto sobre la renta e IVA

El Estatuto Tributario es una compilación de normas respecto de la cual sería ideal afirmar que su artículo 127-1 regula integralmente los aspectos fiscales de los contratos leasing. Sin embargo, en este capítulo se presentan algunos problemas jurídicos que surgen en virtud de la redacción, interpretación y

aplicación de esta norma, que, al no ser la más clara, generó escenarios con potencial presencia de tensiones jurídicas entre normas o, incluso, problemas jurídicos de interpretación (Lozano y Tamayo, 2014).

Como se señala en la introducción de este documento, el análisis de la doctrina de la DIAN resulta relevante, en la medida que la autoridad nacional de impuestos es la entidad que fiscaliza y audita el cumplimiento de obligaciones tributarias de carácter sustancial y formal.

Así las cosas, se procede a estudiar los escenarios jurídicos problemáticos identificados que esta norma puede generar:

Sobre la posibilidad de que desde un punto de vista tributario un contrato de leasing sea calificado como de leasing financiero cuando no se pacta la opción de compra

Frente a este problema jurídico, se debe precisar que en el numeral 1° del artículo 127-1 del E.T. no se adopta una definición del contrato de arrendamiento financiero u operativo, sino que se señala cuáles son las características mínimas que un contrato de arrendamiento debe satisfacer para que proceda la calificación de arrendamiento financiero o arrendamiento operativo.

Pues bien, el problema jurídico bajo análisis se da en la medida en que la norma comercial y doctrina referenciada al inicio, así como el artículo 2.2.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010 (EOSF), prevén que el contrato de leasing financiero tiene como objeto la adquisición financiada del activo que obtiene el arrendatario financiero a través del arrendador financiero, configurándose en un elemento esencial del contrato la inclusión de una cláusula de “opción de compra”.

En ese sentido, una de las interpretaciones posibles de la norma es que, en la medida en que el artículo 127-1 del E.T. establece que el leasing financiero pretende la adquisición financiada de un activo, la armonización de esta disposición normativa con el artículo 2.2.1.1.1. del Decreto 2555 tendrá como efecto que los contribuyentes podrán reconocer un contrato como de leasing financiero, siempre que las partes pacten de manera expresa la transferencia del activo al arrendatario financiero en algún momento de la vida del contrato, normalmente al finalizar el contrato, cuando el arrendatario ejerce la opción de compra.

Así las cosas, la calificación de un contrato de leasing financiero para efectos tributarios, aplicando las categorías normativas y doctrinarias del derecho comercial, implicaría que, para que a un contrato de arrendamiento se le pudiera dar la connotación de leasing financiero, en el mismo sería fundamental que

las partes pactaran cláusulas como que el arrendatario debe adquirir el activo al finalizar el contrato o la cláusula opción de compra, o incluso que una de las condiciones del contrato fuera que el plazo del contrato de arrendamiento cubriera la mayor parte de la vida útil del activo, entre otras características que permitan establecer que la transferencia del activo se generará en el futuro.

Y esta interpretación resultaba plausible, pues en un primer momento la DIAN, en el Oficio n.º 000105 del 12 de febrero de 2018, afirmó que, para que un contrato pudiera ser catalogado como de leasing financiero para efectos fiscales, las partes debían pactar expresamente la transferencia jurídica del bien en favor del arrendatario, “considerando que por definición [el leasing financiero] tiene por objeto la adquisición de un activo” (DIAN, Oficio 000105, 2018). Asimismo, en este oficio la DIAN indicó que la ausencia en el contrato de la opción de compra o de un plazo que cubriera la vida útil del activo derivaba en que el contrato tuviera la naturaleza de leasing operativo.

No obstante, si tenemos en cuenta la redacción que el legislador previó en el artículo 127-1 del E.T., el contrato de arrendamiento financiero sí tiene como elemento fundamental la adquisición financiada de un activo por parte del arrendatario, y adicionalmente, de manera alternativa, se establece que el contrato debe cumplir *una o varias* de las condiciones que a reglón seguido se nombran: que el plazo del contrato cubra la mayor parte de la vida útil del activo; que el activo al final del contrato sea transferido a un precio menor que el comercial, del cual sea posible entender que se ejercerá la opción de compra; o que el activo sea de naturaleza especializada, que solo el arrendatario pueda utilizarlo, entre otros.

Por lo anterior, es posible postular otra interpretación del artículo 127-1 del E.T., según la cual la norma tributaria, si bien tiene como elemento común con el artículo 2.2.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010 –que el contrato debe prever la adquisición financiada del activo–, se aleja de la calificación que para términos de derecho de los contratos civiles y mercantiles se prevé, en la medida en que establece que hay elementos potestativos.

En ese sentido, una interpretación de la norma tributaria que resulta más laxa en comparación con la definición de la norma y doctrina del derecho comercial sería que la característica principal de un contrato de arrendamiento, para que pudiera ser calificado como de leasing financiero desde el punto de vista tributario, es que su objeto o esencia económica final sea que el arrendatario tiene como propósito adquirir el activo a través de una financiación que brinda

el arrendador financiero. En ese sentido, bajo esta interpretación, para efectos tributarios podría ser válido que un contrato de leasing se configurara en la categoría de financiero, si su esencia es la adquisición financiada del activo, aun cuando no se pactara la opción de compra o el plazo del contrato no cubriera la vida del activo.

Esta última interpretación resultaría más acorde a la redacción del artículo 127-1 del E.T. y coge mayor fuerza para efectos tributarios, en la medida en que, en los oficios n.º 1699 [030990] del 28 de diciembre de 2018 y n.º 1511 [015568] del 14 de junio de 2019, la DIAN reconsideró la posición inicialmente adoptada y afirmó que la definición tributaria de leasing financiero prevé como condición imperativa de este tipo de contratos que la operación trate de la adquisición financiada de un activo; “mientras que las segundas son condiciones posibles u opcionales” que permiten inferir que la calificación que debe recibir un contrato es de arrendamiento financiero y se debe cumplir al menos una de esas condiciones.

Bajo la aplicación de esta segunda interpretación, el solo hecho de que existan indicios, tal como que las partes pactaron la opción de compra, no debería determinar de pleno la configuración del arrendamiento financiero “si la esencia económica del contrato demuestra lo contrario”; por lo que, desde esta óptica, el contribuyente no puede manipular las formalidades de la norma para calificar un contrato de leasing como financiero, si la realidad económica del mismo es que se trata de un contrato de arrendamiento operativo.

Asimismo, frente al problema jurídico de la calificación de contratos de arrendamiento como de leasing financiero, podría presentarse el inconveniente de que si para efectos tributarios un contribuyente en la aplicación de la norma comercial determinara que no aplica el tratamiento de leasing financiero a un contrato que pretendía la adquisición financiada –solo por el hecho de que no se pactó la opción de compra o no se cumplen las demás condiciones “optativas” previstas en la norma tributaria– y procediera en la determinación del impuesto sobre la renta a aplicarle las reglas de reconocimiento del leasing operativo, dicha decisión le podría provocar inexactitudes en la liquidación del impuesto y, consecuentemente, generaría el riesgo de que la DIAN, en una eventual fiscalización, pretendiera corregir el tratamiento de leasing operativo al de leasing financiero, y, junto a ello, liquidara el pago de un mayor impuesto (o menor saldo a favor), intereses y sanciones.

Por tal motivo, frente a este primer problema jurídico se puede concluir que para efectos del impuesto sobre la renta resulta más beneficioso para el contribuyente adoptar la segunda alternativa de interpretación, según la cual el requisito esencial para calificar un contrato de arrendamiento como de leasing financiero es que tenga como causa final la adquisición financiada del activo objeto de arrendamiento; en ese sentido, no genera *per se* una calificación de arrendamiento operativo que en el contrato las partes no hayan pactado expresamente la transferencia económica del activo, la cláusula de opción de compra o un término de uso del activo equivalente a su vida útil. Por tal razón, para el autor de este documento es procedente que, en la calificación de un contrato de arrendamiento para efectos tributarios, los contribuyentes se alejen de las definiciones de leasing financiero previstas en la ley comercial.

Desde el punto de vista fiscal, ¿para que un contrato de arrendamiento pueda calificarse como de leasing financiero, el arrendador deber ser una compañía de financiamiento comercial vigilada por la Superintendencia Financiera?

En este acápite, se analiza si en el ámbito tributario únicamente pueden tener la calidad de leasing financiero los contratos de arrendamiento en los cuales la parte arrendadora sea una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera (Superfinanciera) o si, por el contrario, es posible que se entienda que un contrato de arrendamiento puede tener la calidad de contrato de leasing financiero sin que el arrendador tenga alguna calidad especial.

Pues bien, este problema jurídico se presenta en virtud de que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), el Decreto 663 de 1993, establece en su artículo 24° que las entidades autorizadas legalmente para realizar operaciones de leasing son las “Compañías de financiamiento comercial”, mientras que el literal n, numeral 1° del artículo 7 del EOSF indica que los establecimientos bancarios están autorizados para realizar operaciones de leasing habitacional.

De esta manera, en este caso las disposiciones normativas de la legislación financiera que regulan el contrato de leasing financiero restringen la celebración de esta modalidad únicamente a aquellos contratos en los cuales el arrendador tenga la calidad de compañía de financiamiento comercial; por esta razón, en el escenario que se estudia en el presente acápite se analiza si para efectos tributarios aplica esta misma limitación o no, más aun teniendo en cuenta que la DIAN, en el Oficio n.° 000105 del 12 de febrero de 2018, señaló que un

contrato de arrendamiento solo podrá tener el carácter de leasing financiero “si la actividad se desarrolla con el cumplimiento de los requisitos legales, para posteriormente verificar el tratamiento fiscal del contrato en particular y luego poder tipificar si efectivamente se trata de un arrendamiento financiero para efectos fiscales” (DIAN, Oficio 000105, 2018).

Pues bien, frente a este escenario, ante una redacción laxa del artículo 127-1 del E.T., si se acude a la interpretación gramatical prevista en el artículo 27 del Código Civil Colombiano, era legítimo que se presentaran dudas de si el arrendador debía ser calificado como compañía de financiamiento comercial para que un contrato pudiera ser calificado de leasing financiero, de acuerdo con la regulación financiera, en la medida en que la norma no se refería en su literalidad respecto de este elemento.

Sin embargo, el mismo artículo 27 del Código Civil indica que, si la interpretación gramatical no resulta posible, “es posible que se recurra a la intención o espíritu de la Ley, cuando el sentido de la norma esté claramente manifestado en la Ley o en la historia fidedigna de su establecimiento”. Asimismo, el artículo 30 del Código Civil señala que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes.

Pues bien, el proyecto de ley por la cual se adoptaría la Ley 1819 señalaba respecto al tema objeto de análisis que

en esta nueva versión del artículo, se elimina el requerimiento de que el arrendador debe ser vigilado por la Superfinanciera. Esto, porque existen contratos que pueden no ser suscritos por una entidad con dichas características, pero la esencia del contrato corresponde a la de un contrato de arrendamiento financiero. (Proyecto de Ley 178, 2016)

Por lo anterior, es el análisis de los antecedentes normativos (i.e. proyecto de ley de lo que sería la Ley 1819 de 2016) lo que permite establecer si el legislador había previsto que el tratamiento de leasing financiero se limitaba a que el arrendador tuviera una calidad especial de entidad vigilada por la Superfinanciera o no.

Esta interpretación toma fuerza en el hecho de que la DIAN, en oficio del 25 de octubre de 2019, afirmó:

el tratamiento del arrendamiento financiero o leasing, para efectos fiscales, no solo aplica en los casos que el arrendador sea una entidad vigilada por

la Superintendencia Financiera, sino para cualquier contribuyente que cumpla con lo establecido en el artículo 127-1 del E.T. (DIAN, Oficio 2509 [026661], 2019)

Conforme a lo anterior, frente a este problema jurídico se debería considerar que se puede llegar a su solución a través de una interpretación histórica de la norma, en la cual se pudo determinar que la voluntad del legislador no era establecer que, para que un contrato pudiera ser reconocido fiscalmente como leasing financiero, se debía cumplir como condición previa que el arrendador fuera una compañía de financiamiento.

Así las cosas, el autor del texto considera que, en observancia de lo expresado en el proyecto de ley, resulta claro que la intención del legislador no era que las disposiciones de arrendamiento financiero de la legislación fiscal aplicaran únicamente en aquellos casos en que el arrendador fuera una compañía de financiamiento comercial.

En los contratos de leasing financiero, ¿puede el arrendatario financiero aprovechar la deducción por depreciación del activo cuando cede el uso de este a un tercero?

Respecto de la deducción por depreciación, el literal b, numeral 2 del artículo 127-1 del E.T. indica que, en el contrato de leasing financiero, el arrendatario podrá tomar como deducción por depreciación el activo por arrendamiento en los términos del Estatuto, facultad que, para efectos tributarios, en principio y por regla general, se restringe para el propietario o usufructuario del bien, según el artículo 127 del E.T.

Pues bien, en el cardinal ii, literal b, numeral 2 del artículo 127-1 del E.T. se indica que los activos objeto de leasing financiero pueden ser reconocidos en la declaración del impuesto sobre la renta por el “arrendatario como si los bienes arrendados fuera de su propiedad”, y este puede depreciarlo fiscalmente conforme las reglas del Estatuto Tributario. Sin embargo, es necesario dar aplicación a esta norma de manera sistemática y en armonía con el artículo 128 del E.T., que establece que los contribuyentes solo podrán tomar como deducción por depreciación el “desgaste de bienes que hayan intervenido en actividades productoras de renta, siempre que hubieren prestado sus servicios en el año o período gravable”.

Teniendo en cuenta las anteriores premisas, para este acápite, estudiaremos un caso hipotético que resulta problemático: el de una empresa que adquiere

financiadamente un activo bajo la modalidad de leasing financiero, que no usará, sino que la pondrá a disposición de un tercero para la ejecución de un contrato que la primera suscribe con este tercero.

Pues bien, teniendo en cuenta lo señalado en los artículos y el caso propuesto, el escenario fáctico será analizado a su vez en dos escenarios diferentes, como se indica a continuación:

Supuestos de hecho:

- Compañía A es arrendataria financiera;
- Compañía B es un tercero ajeno al contrato de leasing financiero suscrito entre la Compañía A y el arrendador financiero;

Variables:

- *Escenario 1.* La Compañía A es arrendataria en el contrato de leasing financiero y permite a la Compañía B operar dicho activo, para realizar una labor propia de la actividad productora de renta de la Compañía A. Además, la Compañía A cuenta con el control del activo.
- *Escenario 2.* La Compañía A es arrendataria en el contrato de leasing financiero y permite a la Compañía B aprovechar económicamente el activo para el desarrollo del objeto social de esta última. En ese sentido, el activo arrendado no está intrínsecamente ligado a la actividad productora de renta de la Compañía A, ni esta cuenta con el control del mismo.

En el caso del escenario 1, se puede prever que la compañía B, actuando como tercero en el contrato de leasing, se encuentra prestando un servicio para operar un activo que la compañía A adquiere a través de financiación. Adicionalmente, el activo se encuentra en uso para el desarrollo de una actividad productora de renta del arrendatario del contrato, y es la Compañía A la que tiene el control del bien.

Así las cosas, en el escenario 1 se puede afirmar que se cumplen los presupuestos previstos en el artículo 128 del E.T., esto es: (i) se trata de bienes usados en negocios o actividades productoras de renta de la Compañía A como arrendataria y (ii) el activo arrendado le ha prestado servicio en el año o período gravable a la Compañía A. Por lo tanto, en este escenario, no hay discusión en el hecho de que la Compañía A es titular de la deducción por depreciación del

activo en su declaración del impuesto sobre la renta, respecto de la alícuota de depreciación fiscal del bien que se causa en ese año gravable.

Ahora bien, en el escenario 2, la Compañía A como arrendataria actúa como titular del activo en el contrato de leasing financiero frente al arrendador; no obstante, en este escenario, la Compañía A cede el uso de ese activo a la compañía B (tercero en el contrato de leasing), para que esta última desarrolle su objeto social, el cual no está íntimamente ligado con la actividad productora de renta de la Compañía A.

Así las cosas, bajo tales condiciones, si la Compañía A (arrendataria) toma el gasto por depreciación como deducible, podría presentarse un riesgo alto de cuestionamiento por parte de la autoridad tributaria, la cual podría alegar que no se cumplieron las condiciones del artículo 128 del E.T. para que se entendiera que la Compañía A estaba facultada a tomar la deducción por depreciación del activo, para lo cual podría argumentar que el activo por arrendamiento financiero (i) no fue un bien usado en negocios propios de la actividad productora de renta de la Compañía A (arrendataria) y (ii) que el activo no prestó servicio en el año o periodo gravable a la Compañía A (arrendataria), sino a una tercero.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia del 15 de noviembre de 2018, afirmó:

Adviértase que en el caso de los bienes adquiridos en el año, la alícuota de depreciación se calcula proporcionalmente al número de meses o fracciones de mes en que las respectivas adquisiciones o mejoras prestaron servicio. Luego entonces, el “uso del activo” es la circunstancia que da derecho a tomar la deducción en el año gravable. (Consejo de Estado, 2018)

114

Por lo anterior, respecto de la deducción por depreciación que tiene el arrendatario de un activo objeto de contrato de leasing financiero para efectos fiscales, es válido hacer énfasis en la importancia que tiene el hecho de que el arrendatario, para tomar la deducción por depreciación de activos, observe todas las limitaciones que la legislación tributaria prevé respecto de la depreciación, pues el artículo 127-1 del E.T. faculta al arrendatario en el contrato de leasing financiero a tomar la deducción por depreciación, “pero observando los términos previstos en el Estatuto Tributario, dentro de los cuales se encuentran los previstos en el artículo 128 del E.T.”

En ese sentido, el autor del texto considera que es conveniente que, para asegurar la deducción por depreciación de activos arrendados en los contratos de

leasing financiero, el arrendatario no ceda el control de los activos arrendados a un tercero, y que el uso que eventualmente den terceros al activo se encuentre limitado a su operación del mismo con el propósito de realizar una labor íntimamente ligada a la actividad productora de renta del arrendatario. De lo contrario, se abre oportunidad a que la administración de impuestos pueda eventualmente rechazar la deducción.

Sobre la legitimación del arrendatario para tomar el impuesto predial pagado en los contratos de leasing financiero de bienes inmuebles como un impuesto deducible en el cálculo del impuesto sobre la renta

En los contratos de leasing financiero de *bienes inmuebles*, desde el punto de vista del impuesto sobre la renta, si bien el arrendador financiero figurará como propietario del bien inmueble en la escritura pública de compraventa y en la matrícula inmobiliaria del inmueble arrendado, es el arrendatario financiero del bien el llamado a reconocer el inmueble objeto de arrendamiento como un activo en su contabilidad.

Respecto de la propiedad de inmuebles es importante tener en cuenta que la Ley 14 de 1983 y la Ley 44 de 1990 establecen un tributo asociado a los inmuebles denominado *impuesto predial unificado* (IPU).

Sandra Acevedo Zapata, en el capítulo “Impuesto Predial” del libro *Los tributos territoriales en el ordenamiento jurídico colombiano*, explica que del análisis del marco normativo del impuesto predial se puede llegar a la conclusión de que las leyes emitidas por el Congreso no determinaron de manera expresa el hecho generador ni el sujeto pasivo del IPU (Acevedo, 2017). Por tal razón, los concejos municipales y distritales, con facultades tributarias derivadas, fueron los llamados a definir estos elementos del impuesto.

Así las cosas, respecto del hecho generador, en casos de ciudades como Bogotá (Decreto Distrital 352, 2002, art. 14), Medellín (Acuerdo 066, 2017) y Cartagena (Acuerdo 041, 2006, art. 62), los concejos municipales de estas jurisdicciones determinaron que el impuesto se generaba por la *existencia del predio*; mientras que en otros municipios, como Pereira (Acuerdo 029, 2014, art. 8) y Cajicá (Acuerdo 015, 2014, art. 24), los concejos establecieron que el impuesto predial gravaba el derecho de propiedad o la posesión sobre el mismo.

En relación con el sujeto pasivo del impuesto predial, de una lectura sistemática de las normas pareciera inferirse que se encuentran sujetos al pago del impuesto predial los propietarios o poseedores del inmueble. En la

legislación colombiana, de manera excepcional, el artículo 54 de la Ley 1430 de 2010, modificado por el artículo 177 de la Ley 1607 de 2012, establece que al arrendatario es sujeto pasivo del impuesto predial cuando se trata de contratos de arrendamiento en puertos aéreos y marítimos. En otros casos, la norma no prevé como sujeto pasivo del impuesto al arrendatario.

Pues bien, acerca de este elemento, Sandra Acevedo (2017) llega a la conclusión de que, ante la falta de certeza de las leyes en relación con la definición del sujeto pasivo del IPU, la práctica de los concejos municipales ha sido sujetar la carga tributaria de este impuesto al “propietario, poseedor e incluso el usufructuario del bien”, razón por la que afirma en su texto que “no hay univocidad ni claridad en el manejo de los conceptos propios a la sujeción pasiva”.

Los comentarios preliminares nos permiten establecer que, con base en la interpretación de las normas y la doctrina, *los arrendatarios no serían legalmente los sujetos pasivos de este impuesto.*

A esta conclusión se llega con el propósito de analizar si, de acuerdo con el artículo 115 del E.T., el arrendatario financiero puede deducir el IPU del impuesto sobre la renta, pues, de acuerdo con la disposición normativa de referencia, los contribuyentes solo podrán tomar como deducibles los impuestos, tasas y contribuciones que se hubieren pagado efectivamente por su parte y que tuvieran relación de causalidad con su actividad económica (excepto el GME, que es deducible al 50%, sin que exista relación de causalidad); *o si, por el contrario*, al no ser el arrendatario propietario del bien y no ser sujeto pasivo del impuesto, el pago del IPU por parte del arrendatario no sería deducible, en virtud de que en el literal e, numeral 2 del artículo 105 del E.T. se indica que “no procede la deducción de impuestos asumidos por terceros en la determinación del impuesto sobre la renta”.

Así las cosas, en el caso en el que las partes de un contrato de leasing financiero acordaran que el pago del impuesto predial estará a cargo del arrendatario, si se inclinara la balanza por defender la tesis de que el arrendatario en un contrato de leasing no es sujeto pasivo del impuesto, en consecuencia, bajo la aplicación del artículo 105 del E.T., no procede en su cabeza la deducción de impuestos asumidos por terceros. En este caso, sería el arrendador del bien inmueble, como sujeto pasivo del impuesto (sujeto pasivo del IPU ante los fiscos territoriales), la entidad que tiene derecho a tomar la deducción del impuesto cuando realiza el pago del mismo.

Apoyando esta tesis, se encontraría el oficio emitido por la DIAN el 6 de marzo de 2018, en el cual se le consultó a la entidad si era procedente que, en

un contrato de leasing financiero de un bien inmueble, el locatario (arrendatario financiero) solicitara la deducción del IPU pagado por el bien recibido sin que se haya transferido el mismo. Frente a esta consulta, la administración nacional de impuestos señaló que en el contrato de leasing financiero

el locatario no ostenta la calidad de propietario jurídico ni poseedor. Por tal motivo, es un tenedor que reconoce la propiedad jurídica en el arrendador, quien le transfiere la propiedad al final del contrato si ejerce la opción de compra. (DIAN, Oficio 000286, 2018).

En ese sentido, concluye que la deducción del IPU procede en cabeza del arrendador financiero, y no del arrendatario.

En la segunda alternativa de interpretación, se establece que el arrendatario sí podría tomar el IPU pagado por el bien inmueble arrendado en el marco de un contrato de leasing financiero como un impuesto deducible en su declaración del impuesto sobre la renta. Esta es una interpretación que tendría sustento básicamente en dos premisas: (i) para efectos tributarios, la posesión es definida por el artículo 263 del E. T. como “el aprovechamiento económico, potencial o real, de cualquier bien en beneficio del contribuyente. Se presume que quien aparezca como propietario o usufructuario de un bien lo aprovecha económicamente en su propio beneficio” (Estatuto Tributario, 1989, art. 263); y en el contrato de leasing financiero es el arrendatario quien tiene el aprovechamiento económico del bien, mientras que el arrendador obtiene provecho es de los intereses generados en la operación; y (ii) el artículo 127-1 del E. T. establece un tratamiento especial para el arrendatario, del cual se desprende el deber de reconocer el bien como de su propiedad para efectos tributarios. En ese sentido, el IPU sería deducible por el arrendatario por tratarse de un bien sobre el cual la norma fiscal hace la ficción que es de su propiedad.

Esta tesis se encuentra apoyada por el oficio emitido por la DIAN el 14 de marzo de 2019, donde la administración nacional de impuestos aclaró lo siguiente:

Es necesario resaltar que la deducción del impuesto predial en el contrato de leasing financiero no podrá, en ningún caso, ser utilizado: i) luego de la finalización del contrato por el arrendador o locatario, y ii) por el arrendador y el arrendatario o locatario al mismo tiempo para la determinación de su impuesto sobre la renta y complementarios. (DIAN, Oficio 260 [06465], 2019)

Si bien las dos interpretaciones tienen sustento jurídico suficiente para ser defendidas, la tesis de que el arrendatario financiero no puede deducir el impuesto predial en la depuración del impuesto sobre la renta cuando asume su pago pierde fuerza, si se tiene en cuenta que la DIAN, en el Oficio 260 [06465] del 14 de marzo de 2019, revocó el Oficio 000286 de 2018, que apoyaba la primera alternativa de interpretación.

Ahora, saliendo del ámbito de la anterior discusión e independientemente de la postura que se tome, es relevante tener en cuenta que, debido a la tradición civilista del ordenamiento jurídico colombiano, la procedencia de la deducción del impuesto predial que propuso la DIAN en cabeza del arrendador o arrendatario, o de ambos, en los contratos de leasing financiero, es un elemento que se debió dejar expreso en el artículo 127-1 del E.T. Teniendo en cuenta los elementos esenciales del impuesto predial, y las condiciones que deben observar los contribuyentes del impuesto sobre la renta para tomar como deducibles los impuestos (artículo 115 del E.T.), esta discusión no resulta ser un tema plano, y así como existe la posibilidad de que en un futuro la DIAN cambie su posición doctrinal respecto de la procedencia de la deducción del IPU en cabeza del arrendatario financiero, debería ser la norma la que provea certeza en relación con este aspecto.

Sobre precio de venta que se debe tener en cuenta al momento de enajenar un activo poseído a través de un contrato de arrendamiento financiero

De manera preliminar a abordar el problema jurídico planteado, es necesario tener en cuenta que en la legislación tributaria colombiana se tiene como regla general, en el artículo 90 del E.T., que la renta líquida o pérdida proveniente de la enajenación de activos a cualquier título está constituida por la diferencia entre el precio de enajenación (o precio de venta) y el costo fiscal del activo enajenado.

En esta disposición normativa también se indica que el *valor de enajenación* debe corresponder al valor comercial de los bienes en la fecha de su enajenación, y se establece que el precio de venta se entenderá que se encuentra en el valor comercial promedio vigente, si no se aparta en más de un quince por ciento (15 %) de los precios establecidos en el comercio para los bienes de la misma especie y calidad, en la fecha de enajenación o prestación, teniendo en cuenta la naturaleza, condiciones y estado de los activos y servicios.

Ahora bien, respecto del *costo fiscal*, la regla general prevista en el artículo 61 del E.T. señala que el costo fiscal de los activos adquiridos con posterioridad

al 31 de diciembre de 2016 corresponde al valor de adquisición, más los costos directamente atribuibles al activo hasta que se encuentre disponible para su uso o venta.

Frente al valor de enajenación y el costo fiscal de los activos objeto de leasing financiero, el artículo 127-1 del E.T. no hace ninguna referencia expresa. Sin embargo, si validamos las normas que reglamentan la ley tributaria, el artículo 36 del Decreto 836 de 1991, compilado en el artículo 1.2.1.17.5 del DUR 1625 de 2016, se establece que “en el caso de enajenación de bienes objeto de un contrato de arrendamiento financiero, se tendrá como valor comercial de enajenación, el valor de la opción de compra”. Asumimos que esta norma continúa vigente, toda vez que fue recopilada en el DUR 1625 de 2016. Por otra parte, la DIAN, en el Oficio 2214 [022615] del 10 de septiembre de 2019, se refirió a la disposición reglamentaria anotada (DUR 1625, 2016, artículo 1.2.1.17.5) con el propósito de indicar la manera en que se debía calcular el precio de venta de bienes inmuebles objeto de leasing.

Ahora bien, respecto del costo fiscal de los activos objeto de leasing, en la medida en que la ley no señaló de manera expresa a qué valor correspondía el costo fiscal de estos activos, la DIAN, en el Oficio 2094 [900444] del 27 de noviembre de 2018 y el Oficio 1689 [017811] del 10 de julio de 2019, señaló que el costo fiscal de los activos objeto de leasing financiero corresponde al total de los pagos realizados por el arrendatario correspondientes a la amortización de capital.

Así las cosas, si se aterriza el precio de venta previsto en el DUR 1625 como el valor correspondiente a la opción de compra, y el costo fiscal del activo por leasing financiero señalado en la doctrina de la DIAN, que sería el valor correspondiente a los pagos realizados por el arrendatario para amortizar el capital, en la mayoría de casos la operación terminaría por determinar una pérdida en la enajenación, dado que el precio de venta solo estaría compuesto por el valor de la opción de compra, que en los contratos de leasing resulta ser un precio sustancialmente inferior al valor comercial.

Por lo anterior, el autor del texto sugiere que la manera de dar solución a esta posible contingencia sería que el arrendatario adoptara como valor de venta del objeto arrendado el valor comercial de los bienes, como lo indica el artículo 90 del E.T. Para determinar el valor comercial, el arrendatario podría acudir a estudios económicos, peritajes o cualquier otro medio de prueba que permita demostrar cuál era el valor comercial del activo al momento de la venta, y tomar como

costo fiscal el indicado por la DIAN en su doctrina, aminorando de esta manera los riesgos de cuestionamientos por parte de la autoridad nacional de impuestos.

Sobre la sujeción o exclusión de los contratos de leasing financiero al impuesto sobre las ventas (IVA)

En relación con el IVA, debemos señalar, en primera medida, que es un impuesto de carácter indirecto y regresivo, que de acuerdo con el artículo 420 del E.T. tiene como hecho generador principalmente la venta de bienes corporales muebles e inmuebles, ventas o cesiones de derechos sobre activos intangibles, únicamente asociados con la propiedad industrial, la prestación de servicios en el territorio nacional, o desde el exterior, y la importación de bienes corporales.

Los anteriores hechos generadores dan lugar a la causación del impuesto sobre las ventas, en la medida en que la venta del bien o servicio no se encuentre expresamente excluida o exenta de IVA, o el mismo se encuentre bajo un supuesto de no gravabilidad.

Pues bien, respecto del leasing financiero, la Ley 1819 de 2016 estableció que el arrendamiento financiero era un servicio excluido del impuesto sobre las ventas, y dicho tratamiento fue ratificado por la Ley 1943 de 2018 y el artículo 11 de la Ley 2010 de 2019. De esa manera, el artículo 476 del E.T. establece que

se exceptúan del impuesto los siguientes servicios y los bienes relacionados explícitamente a continuación: [...] 16. Los intereses y rendimientos financieros por operaciones de crédito, siempre que no formen parte de la base gravable señalada en el artículo 447, y el arrendamiento financiero (leasing).

120

Como la exclusión de IVA del leasing financiero fue incluida junto con la exclusión de los intereses y rendimientos financieros por operaciones de crédito, en el mismo numeral del artículo 476 del E.T. –y en la medida en que el artículo 127-1 del E.T. divide los pagos derivados del contrato de leasing financiero en dos componentes: por un lado, el pago que amortiza el capital, y, por el otro, el pago de intereses–, surge como problema jurídico, determinar si el legislador tenía como propósito que la exclusión aplicara únicamente al pago de intereses, o si por el contrario, se debe entender que la exclusión de IVA aplica al contrato de leasing financiero sin hacer distinción en si el pago o abono en cuenta se realiza por concepto de abono a capital o gasto por intereses financieros.

Pues bien, la posición según la cual el arrendamiento financiero solo se encuentra excluido en la parte que corresponde a intereses surge del análisis

en que el *componente del canon que se abona a capital*, desde el punto de vista de IVA, puede ser entendido como la enajenación de un bien que configura el hecho generador previsto en el literal a) del artículo 420 del E.T.; esto es, la adquisición de un bien mueble o inmueble en el territorio nacional, y, por tal razón, la porción del canon de abono a capital debía estar gravada con IVA, siempre que (i) el activo objeto de adquisición no se encuentre excluido o no gravado en virtud de su naturaleza o (ii) no se trate de un activo que el arrendador reconoce como activo fijo, en cuyo caso estaría bajo el supuesto de no sujeción previsto en el párrafo 1° del artículo 420 del E.T. Esta tesis fue apoyada en un primer momento por la administración nacional de impuestos en el Oficio n.° 002784 del 5 de febrero de 2019.

La segunda posición es que, de acuerdo con la literalidad del numeral 16 del artículo 476 del E.T., la norma no hace ninguna distinción en la exclusión de IVA sobre los pagos que el arrendatario realiza al arrendador en el marco del contrato de leasing financiero. Entonces, se debe tener en cuenta el criterio de interpretación gramatical previsto en el artículo 27 del Código Civil, que establece que, cuando el sentido de la ley sea claro, “no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.

Bajo esta segunda posición, se puede argumentar que, en virtud de que la redacción de la norma es clara, y el legislador no distinguió si la exclusión de IVA en los contratos de leasing financiero aplicaba de manera diferencial al pago que se realiza por el abono de capital, y la financiación del mismo (i. e. intereses financiero), se debería considerar que la exclusión de IVA aplica sobre el pago total del canon de arrendamiento financiero, sin que haya lugar a diferenciar los conceptos que lo conforman.

Para contextualizar lo señalado en el anterior párrafo, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ha señalado en diferentes ocasiones que “donde el legislador no distingue no le es dable distinguir al interprete” (sentencias de la Corte Constitucional C-317 de 2012, C-974 de 2002 y C-087 de 2000). De manera que, si el numeral 16 del artículo 476 del E.T. señala que está excluido de IVA el leasing financiero, no se encontraba facultada la DIAN para entrar a distinguir entre cada uno de sus componentes.

Pues bien, esta es la posición que posteriormente la DIAN adoptó en concepto emitido el 22 de julio de 2019, cuando expresó que la exclusión de IVA del contrato de leasing financiero recaía sobre “la totalidad del valor del canon de arrendamiento financiero o leasing sin establecer un tratamiento diferenciado

entre las partes del mismo relacionadas con lo correspondiente a capital y a intereses” (DIAN, Concepto 782 [18910], 2019).

Asimismo, en este concepto la DIAN revocó el Oficio n.º 002784 de 2019, el cual sustentaba la tesis de que solo se encontraba excluido el pago de intereses que realizaba el arrendatario, por lo que es posible concluir que la posición doctrinal que actualmente maneja la autoridad nacional de impuestos es que el pago de los cánones que se realizan en el marco de un contrato de arrendamiento o leasing financiero se encuentran excluidos de IVA en su totalidad.

Del problema jurídico anterior es posible concluir que la segunda alternativa es más adecuada a la luz de los principios generales de interpretación, que indican que se debe atender la literalidad de la norma cuando la misma resulta clara.

En opinión del autor, la primera alternativa tiene como insumo interpretaciones que, más allá de ser sistemáticas, resultan siendo sofisticadas para defender el hecho de que los abonos a capital deben ser entendidos como el valor que se paga por la venta del bien. Así las cosas, este problema jurídico en la interpretación de la exclusión de IVA era evitable simplemente si el legislador hubiera dedicado un numeral independiente en el artículo 476 del E.T. para establecer que el leasing financiero, como un todo, se encuentra excluido de IVA.

Respecto del leasing operativo, la norma no consagró ninguna exclusión o exención, por lo que se debe entender que, para efectos de IVA, el arrendamiento operativo configura la prestación de un servicio en el territorio nacional, y de acuerdo con el literal c) del artículo 420 configura un hecho generador de IVA, razón por la cual en estos contratos se causa el impuesto bajo análisis.

Conclusiones

Abordadas las problemáticas propuestas en el documento, se puede llegar a afirmar que la redacción del artículo 127-1 del E.T., por el cual se regula la calificación y tratamiento de los contratos de leasing financiero y operativo para efectos fiscales, efectivamente genera escenarios en los cuales se pueden presentar diferentes problemas jurídicos derivados de su interpretación y aplicación de esta norma.

En el estudio de los escenarios problemáticos, se puede establecer que, respecto de los contratos de leasing financiero, en ocasiones se presenta una tensión entre las normas tributarias y las normas comerciales y financieras, en la medida en que para efectos tributarios la definición de estos contratos es mucho más laxa.

Así las cosas, se pudo establecer, en primer lugar, que para efectos tributarios un contrato puede ser calificado como de leasing financiero, cumpliendo con la condición de que su esencia económica sea la adquisición financiada del activo, por lo que no resulta imperativo que se pacte una cláusula de transferencia del activo o de opción de compra, como sí sucede a nivel de la normatividad financiera. Y, por otro lado, que el tratamiento de leasing financiero para efectos tributarios procede sin que sea necesario que el arrendatario tenga la calidad especial de compañía de financiamiento comercial vigilada por la Superfinanciera, como sí se exige en el caso de la legislación financiera.

En otras ocasiones, la tensión se presentó debido a que la norma no definió de manera expresa aspectos determinantes del contrato de leasing financiero, como lo era si el arrendatario podía deducir del impuesto sobre la renta el impuesto predial pagado; así como cuál es el precio de venta de los activos objetos del contrato de leasing financiero. En estos casos, resultó útil acudir a criterios generales de interpretación la norma, para establecer alternativas para la aplicación de estas disposiciones legales y reglamentarias, encontrando qué aspectos a favor y en contra se derivaban de adoptar o no cierta posición.

De esta manera, respecto de la deducción de impuesto predial en la declaración del impuesto sobre la renta del arrendatario, se pudo establecer que resulta procedente que este lo registre como deducible a la luz de una interpretación sistemática de los conceptos de patrimonio, depreciación e impuestos deducibles, previstos en la normatividad tributaria.

En segundo lugar, respecto del precio de venta de activos objeto de leasing financiero, se dejó en claro que la aplicación de la disposición reglamentaria vigente, que establece que el valor comercial de enajenación es el valor de la opción de compra, puede dar lugar a que el precio de venta resulte sustancialmente inferior al comercial, lo que podría generar cuestionamientos por parte de la administración nacional de impuestos. Frente a esta situación, se expresó que se puede mitigar el riesgo estableciendo un valor de venta más aproximado al precio comercial, el cual se calcule a través de estudios económicos, avalúos comerciales y peritajes que se acondicionen a la realidad de cada negocio en particular.

Adicionalmente, se propuso el estudio de un caso hipotético, en el cual se demostró que el hecho de que el arrendatario ceda el uso del activo arrendado a un tercero puede generar el riesgo de que en una eventual fiscalización se determine que no procede la deducción por depreciación del activo, toda vez que, de acuerdo con las disposiciones tributarias, tal deducción procede en la

medida que el activo (i) haya intervenido en actividades productoras de renta y (ii) hubiere prestado sus servicios en el año o período gravable. Por lo que se demostró que en estos esquemas, en los cuales el activo arrendado no es utilizado directamente por el arrendatario, el riesgo se mitiga si (i) el activo arrendado se encuentra íntimamente ligado a la realización de actividades económicas propias del arrendatario; (ii) el arrendatario conserva el control del activo, y (iii) el aprovechamiento económico real del arrendamiento del activo lo reporta el arrendatario, más que el tercero que opera el activo.

Finalmente, se logró demostrar que la doctrina emitida por la DIAN (i.e. oficios y conceptos) en ocasiones resulta útil para dirimir estos problemas jurídicos; sin embargo, dado que esta entidad puede cambiar su posición sobre un tema en particular, como sucede con la aplicación de la exclusión de IVA del leasing financiero, es necesario que, a la hora de adoptar una posición, se tenga en cuenta cuál es el sustento jurídico que soporta una u otra posición.

Bibliografía

- Acevedo Zapata, S. (2017). Impuesto Predial. En J. Piza Rodríguez (ed.), *Los tributos territoriales en el ordenamiento jurídico colombiana: un análisis crítico* (e-book) (pp. 183-236). Universidad Externado de Colombia.
- Aguiar, N. (2016). Tributación y contabilidad internacional, alineación de sus bases. *Estudios de Derecho, Tributario, Derecho Aduanero y Comercio Exterior*, 69-96.
- Arrubla Paucar, J. A. (2015). *Contratos mercantiles. contratos atípicos*. Legis.
- 124 Botero Bedoya A., Marulanda Tejada C., Muñoz Osorio L. y Álvarez Osorio, M. (2018). Proceso de implementación de las NIIF en Colombia: un acercamiento a las autoridades de vigilancia definidas en la ley 1314 de 2009. *Revista de Contaduría Universidad de Antioquia*, (73), 131-162. <https://doi.org/10.17533/udea.rc.n73a06>
- Congreso de la República. (6 de julio de 1983). Ley 14 de 1983. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=267>
- Congreso de la República. (18 de diciembre de 1990). Ley 44 de 1990. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=283>

- Congreso de la República. (13 de julio de 2009). Ley 1314 de 2009. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1314_2009.html
- Congreso de la República. (29 de diciembre de 2016). Ley 1819 de 2016. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1819_2016.html
- Congreso de la República. (28 de diciembre de 2018). Ley 1943 de 2018. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1943_2018.html
- Congreso de la República. (27 de diciembre de 2019). Ley 2010 de 2019. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2010_2019.html
- Consejo de Estado. (15 de noviembre de 2018). Sentencia 2009-00975. <http://legal.legis.com.co/document.legis?fn=content&docid=jurcol&bookmark=bf19ab0b8ace13142fab0020917e5059dafnf9&viewid=STD-PC>
- Corte Constitucional. (28 de noviembre de 2012). Sentencia C-1018. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-1018-12.htm>
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (12 de febrero de 2018). Oficio n.º 00105. https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_documento.asp?DocumentoID=33732
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (6 de marzo de 2018). Oficio 000286. https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_documento.asp?DocumentoID=34444
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (13 de agosto de 2018). Oficio 1378 [021281]. https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_documento.asp?DocumentoID=35865
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (27 de noviembre de 2018). Oficio 2094 [900444]. https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_documento.asp?DocumentoID=36284
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (28 de diciembre de 2018). Oficio 1699 [030990]. https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_documento.asp?DocumentoID=36032
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (4 de febrero de 2019). Oficio 175 [02543]. <https://cijuf.org.co/normatividad/oficio/2019/oficio-2543.html>

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (5 de febrero de 2019). Oficio 193 [002784]. https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_documento.asp?DocumentoID=36298

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (14 de marzo de 2019). Oficio 260 [06465]. https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_documento.asp?DocumentoID=36334

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (14 de junio de 2019). Oficio 1511 [015568]. https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_documento.asp?DocumentoID=37102

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (10 de julio de 2019). Oficio 1689 [017811]. https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_documento.asp?DocumentoID=37626

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (22 de julio de 2019). Concepto n.º 782 [18910]. https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_documento.asp?DocumentoID=37200

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (10 de septiembre de 2019). Oficio 2214 [022615]. https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_documento.asp?DocumentoID=38106&zoom_highlight=oficio+2214

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (25 de octubre de 2019). Oficio n.º 2509 [026661]. https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_documento.asp?DocumentoID=37693

126

Jiménez Valderrama, F. (2019). *Curso de Obligaciones*. Legis Editores.

López Nieves, M. (2019). Impacto de la implementación de la NIC 17 en las normas tributarias, sobre la base imponible del impuesto sobre la renta. Análisis del efecto en los arrendamientos financieros. *Revista de Derecho Fiscal*, (14), 7-36. <https://doi.org/10.18601/16926722.n14.02>

Lozano Rodríguez, E. y Tamayo Medina, D. (2014). Ética y Tributación. Una primera aproximación. *Estudios Interdisciplinarios de la Tributación*, 1-77. Editorial Temis.

Madera Argumedo, P. (2018). Contratos de factoring, leasing financiero y arrendamiento operativo: comentarios al tratamiento tributario en el impuesto sobre la renta. En J. Piza Rodríguez y J. Castro Arango (eds.),

El impacto de la Ley 1819 de 2016 y sus desarrollos en el sistema tributario colombiano: impuesto sobre la renta para sujetos obligados a llevar contabilidad. Tomo I (e-book) (pp. 305-322). Universidad Externado de Colombia.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (26 de marzo de 1991). Decreto 836. http://historico.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/1991/marzo/26/dec836261991.pdf

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (29 de diciembre de 1993). Decreto 2649. <https://niif.com.co/decreto-2649-1993/>

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (14 de diciembre de 2015). Decreto 2420 de 2015. <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/decretos/2015/Decretos2015/DECRETO%202420%20DEL%2014%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202015%20-%20copia.pdf>

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (22 de diciembre de 2017). Decreto 2170. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%202170%20DEL%2022%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202017.pdf>

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (31 de diciembre de 2019). Proyecto de Decreto Descuento IVA en AFRP. https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-121603%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

Presidencia de la República de Colombia. (5 de abril de 1993). Decreto Ley 663. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_organico_sistema_financiero.html

