

Subdirección de Normativa y Doctrina

RAD : 909170

100208192-014

Bogotá, D.C. **06/09/2021**

Tema	Impuesto sobre la renta y complementarios
Descriptor	Fondos de inversión – Fondos de capital privado
Fuentes formales	Artículos 23-1 y 368-1 del Estatuto Tributario Artículos 1.2.1.9.1.1., 1.2.1.9.1.2., 1.2.1.9.1.3., 1.2.4.2.78., 1.2.4.7.5. y 1.2.4.7.6. del Decreto 1625 de 2016

Cordial saludo,

De conformidad con el artículo 56 del Decreto 1742 de 2020, este Despacho está facultado para absolver las consultas escritas generales que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas tributarias, aduaneras y de fiscalización cambiaria, en el marco de las competencias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Por consiguiente, no corresponde a este Despacho, en ejercicio de las funciones descritas anteriormente, prestar asesoría específica para atender casos particulares, ni juzgar o calificar las decisiones tomadas por otras dependencias o entidades.

Mediante el radicado de la referencia, el peticionario solicita se respondan las siguientes inquietudes respecto de los fondos de capital privado (en adelante “FCP”):

1. ***Cuando un FCP no cumple con los requisitos para que sus partícipes puedan diferir el impuesto sobre la renta sobre las rentas distribuidas (artículo 23-1 ET):***

a. ¿Resultan aplicables de forma supletiva las normas tributarias relativas a la fiducia mercantil?

Al respecto, se debe tener en cuenta el artículo 368-1 del Estatuto Tributario que dispone:

“ARTÍCULO 368-1. RETENCIÓN SOBRE DISTRIBUCIÓN DE INGRESOS POR LOS FONDOS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 23-1 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO. Los fondos de que trata el artículo 23-1 de este Estatuto o las sociedades que los administren o las entidades financieras que realicen pagos a los inversionistas, según lo establezca el Gobierno nacional, efectuarán la retención en la fuente que corresponda a los ingresos que distribuyan entre los suscriptores o partícipes, al momento del pago, salvo en los casos en los que no se admita el diferimiento del ingreso, en los términos establecidos en la norma. En este último caso la retención deberá realizarse conforme a las normas que son aplicables en los contratos de fiducia mercantil, al momento de la realización del ingreso. Los agentes de retención serán los responsables de confirmar la procedencia de

Subdirección de Normativa y Doctrina

beneficio del diferimiento del ingreso y el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 23-1 del Estatuto Tributario.

(...)" (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En concordancia con lo anterior, deberán atenderse los artículos 1.2.1.9.1.1., 1.2.1.9.1.2., 1.2.4.7.5. y 1.2.4.7.6. del Decreto 1625 de 2016 (adicionados por el Decreto 1054 de 2020) de los cuales se observa que la aplicación de las normas de fiducia mercantil a los FCP es procedente únicamente en los casos expresamente señalados por dichas disposiciones legales.

b. ¿Cómo debe declararse en la sección patrimonial de la declaración de renta la participación en el fondo? ¿Cuál es el valor patrimonial de las participaciones en los FCP, coincide con su costo fiscal o es el costo fiscal más los rendimientos causados acumulados no distribuidos?

Al respecto, el parágrafo 1 del artículo 368-1 del Estatuto Tributario señala:

“PARÁGRAFO 1o. *Los derechos en los fondos o carteras colectivas y fondos mutuos mantendrán el costo fiscal, tratamiento y condiciones tributarias de los bienes o derechos que los conforman”* (Subrayado por fuera de texto).

En concordancia con lo anterior, debe tenerse en cuenta el parágrafo 6 del artículo 1.2.4.2.78. del Decreto 1625 de 2016 que establece:

“Parágrafo 6. Para efectos patrimoniales, al final del respectivo periodo fiscal, las entidades administradoras certificarán a cada suscriptor o partícipe, como valor patrimonial de la participación en el fondo, el monto que resulte de sumar a los recursos aportados los rendimientos que estos hayan generado pendientes de pago” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así, el valor patrimonial de la participación en el fondo corresponderá al costo fiscal de los activos aportados más los rendimientos causados y no cobrados hasta el último día del período gravable.

2. Aporte de bienes o derechos en especie a un FCP

a. ¿Está gravado como enajenación de acuerdo con los artículos 26 ET y 90 ET? O, por el contrario, ¿La interpretación sistemática de los artículos 102 ET, 319 ET, 271-1 ET y 1.2.4.2.80. del DUR permite concluir que el aporte es neutro y no se considera enajenación?

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 23-1 del Estatuto Tributario, junto con lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 368-1 del Estatuto Tributario antes reseñado, disposiciones a partir de las cuales se constituye un régimen de neutralidad y transparencia fiscal bajo el cual, entre otros, los derechos en los fondos recibidos por el partícipe mantienen, en todo caso, el costo fiscal, tratamiento y condiciones tributarias de los bienes o derechos que los conforman.

Por lo tanto, en virtud de dicha neutralidad, el costo fiscal se mantiene y, consecuentemente, el aporte será neutro; razón por la cual el aporte de bienes o derechos a un FCP no se considera una enajenación para efectos tributarios.

Subdirección de Normativa y Doctrina

Al respecto, este Despacho mediante Oficio No. 001565 [9016421] del 25 de junio de 2019 indicó:

*“(…) es correcto afirmar que el cambio introducido al párrafo (actual párrafo 1) del artículo 368-1 del E.T. establece que los aportes a los fondos o carteras colectivas y fondos mutuos **son neutrales para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios**, ya que los respectivos derechos tendrán el costo fiscal, tratamiento y condiciones tributarias de los bienes o derechos que la conforman”* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

b. Para aquellos casos relacionados con fondos donde aplica el principio de diferimiento, ¿podrá el partícipe mantener el costo fiscal de los bienes aportados, sin realizar ninguna utilidad o pérdida fiscal hasta tanto no se enajene la participación en el fondo, o se enajene el activo por parte del fondo y se haga la distribución?

Respecto al reconocimiento del ingreso en los FCP deberá observarse lo dispuesto en el artículo 23-1 del Estatuto Tributario, el cual señala:

“ARTÍCULO 23-1. NO SON CONTRIBUYENTES LOS FONDOS DE CAPITAL PRIVADO, LOS FONDOS DE INVERSIÓN COLECTIVA Y OTROS. No son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios los fondos de capital privado y los fondos de inversión colectiva, administrados por una entidad autorizada para tal efecto.

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

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

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

(…)” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Por lo tanto, para efectos del reconocimiento del ingreso por parte de los partícipes del FCP, deberá observarse lo dispuesto en la norma citada (i.e., requisitos especiales para el diferimiento del ingreso), así como las disposiciones del Decreto 1625 de 2016 aplicables (en particular las sustituidas por el Decreto 1054 de 2020) y los artículos 26, 27 y 28 del Estatuto Tributario.

Igualmente, deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 1.2.1.9.1.3. del Decreto 1625 de 2016, el cual indica:

“Artículo 1.2.1.9.1.3. Fondos cuyo propósito principal sea el diferimiento de impuestos. En los casos en que el propósito principal de la creación del fondo de capital privado o de inversión colectiva sea el diferimiento de impuestos, **las rentas de los partícipes o suscriptores se causarán en el mismo ejercicio en que son percibidas por el fondo de**

Subdirección de Normativa y Doctrina

capital privado o de inversión colectiva, con independencia de que se cumpla con los requisitos señalados en los literales a) y b) del numeral 2 del inciso 4 artículo 23-1 del Estatuto Tributario.

Entre otros, se considera que el propósito principal de un fondo de capital privado o de inversión colectiva es el diferimiento de impuestos cuando éste se estructura con el fin de realizar una transacción particular de venta de uno o varios activos, de conformidad con el inciso 5 del artículo 23-1 del Estatuto Tributario. De igual forma, cuando el fondo de capital privado o de inversión colectiva se estructura sin razón o propósito económico y/o comercial aparente, con el fin de obtener provecho tributario, de conformidad con el artículo 869 del Estatuto Tributario." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

c. Tiempo/término de permanencia patrimonial de los derechos y bienes aportados. Efectos tributarios de su posterior enajenación.

Tal como se indicó previamente, en virtud del régimen de neutralidad y transparencia de estos vehículos, el derecho recibido por el partícipe, producto de su aporte al FCP, cuenta con el mismo tratamiento fiscal de dicho bien o derecho aportado, tanto para efectos de la determinación de su costo fiscal como de sus condiciones tributarias. Ello, atendiendo la naturaleza propia de los FCP.

Nótese que este Despacho, mediante Oficio No. 901029 del 29 de noviembre de 2018, dio alcance a la expresión “condiciones tributarias” establecida en el principio de transparencia fiscal de los contratos de fiducia mercantil en los siguientes términos:

“(…) el principio fundamental para efectos tributarios en materia de fiducias es el de transparencia fiscal. Dicho principio consta de que el beneficiario de fideicomiso es el sujeto obligado tributariamente, y la entidad fiduciaria solo cumple con una función instrumental. Por lo tanto, y de conformidad con el régimen tributario aplicable a la materia, los derechos fiduciarios tienen el mismo tratamiento tributario (costos y condiciones tributarias) de los bienes aportados al patrimonio autónomo por parte del fideicomitente, teniendo en cuenta que la expresión condiciones tributarias no se restringe al costo fiscal asociado al bien, si no que hace referencia a la fuente, naturaleza, deducibilidad, concepto e, inclusive, a los beneficios tributarios.

Por consiguiente, el término de posesión al que se refiere el artículo 300 del Estatuto Tributario no se deberá contar desde la transferencia del bien al patrimonio autónomo, sino desde el momento de la adquisición del activo por parte del aportante, sin que exista interrupción del término de posesión del mismo, considerando el carácter instrumental del negocio fiduciario. (…).” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Dicho pronunciamiento ha sido reiterado en los Oficios No. 331 [003888] del 14 de febrero de 2019, No. 2057 [020964] del 23 de agosto de 2019, No. 2244 [027129] del 12 de septiembre de 2019 y No. 0086 [001863] del 30 de enero de 2020, constituyendo así doctrina vigente en la materia.

Ahora bien, aún cuando se trata de vehículos legales distintos, este Despacho considera que al tratarse ambos de vehículos transparentes para fines fiscales, no contribuyentes del impuesto sobre la renta, los cuales cumplen una función instrumental similar y su principio de transparencia se encuentra redactado en términos similares; es dable bajo una interpretación sistemática y armónica extender la interpretación arriba citada a los FCP.

Subdirección de Normativa y Doctrina

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el párrafo 1 del artículo 368-1 del Estatuto Tributario previamente citado establece que los derechos en los fondos mantienen, entre otros, las condiciones tributarias de los bienes o derechos que los conforman, dentro de dichas condiciones se incluye el tiempo de posesión, esto es, el tiempo de permanencia en el patrimonio de los bienes o derechos aportados por el partícipe al fondo, término que se mantendrá al momento de su aporte y no se interrumpirá.

3. El FCP arrienda un activo y genera una utilidad. Se pregunta:

a. ¿Qué pasa si el arrendatario practicó retención en la fuente al FCP?

De conformidad con el artículo 23-1 del Estatuto Tributario los FCP no son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios. Por lo tanto, no sería procedente que se le practiquen retenciones en la fuente por dicho concepto.

b. ¿Se considera una retención indebida que se debe reclamar directamente al pagador del canon de arriendo por parte del fondo?

Al respecto, deberá observarse lo dispuesto en el artículo 1.2.4.16. del Decreto 1625 de 2016 el cual señala:

“Artículo 1.2.4.16. Reintegro de valores retenidos en exceso. Cuando se efectúen retenciones por concepto del impuesto sobre la renta y complementarios, en un valor superior al que ha debido efectuarse, el agente retenedor podrá reintegrar los valores retenidos en exceso o indebidamente, previa solicitud escrita del afectado con la retención, acompañada de las pruebas, cuando a ello hubiere lugar. (...)” (Subrayado fuera de texto).

c. ¿Se puede trasladar la retención a los dos inversionistas?

En caso de sufrir una retención indebida, la misma no podrá ser trasladada a los partícipes y, el FCP, de conformidad con lo señalado anteriormente, se encontrará facultado para solicitar al agente retenedor la correspondiente devolución.

4. Aplicación de los Convenios para evitar la Doble Imposición a los FCP

Toda vez que los fondos son vehículos transparentes, en términos generales, no son sujetos de aplicación de los Convenios para Evitar la Doble Imposición. Por lo tanto, los efectos de las diferentes operaciones se radicarán directamente en cabeza de los partícipes, debiendo así aplicar las normas correspondientes como si la operación se realizara directamente por estos, lo cual habrá de analizarse en cada caso, según las particularidades del mismo.

Por ejemplo, en el caso del CDI suscrito entre Colombia y España, de conformidad con su artículo 1º, el mismo aplica a *“las personas residentes de uno o de ambos Estados”*. Por su parte, el término *“persona”* comprende, a su vez, a las físicas y a las sociedades, entre otras; y el término *“sociedad”* significa *“cualquier persona jurídica o cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos”*, lo cual no incluye los FCP.

5. Un FCP colombiano posee participaciones minoritarias en sociedades nacionales y decide repartir a sus partícipes los dividendos que le fueron decretados. Si los partícipes del fondo son sociedades nacionales, se pregunta:

Subdirección de Normativa y Doctrina

- a. **¿El FCP les tendría que aplicar la retención del 7,5% del artículo 242-1 del ET, a pesar de que se trate de un segundo reparto, es decir, que la primera distribución se dio desde la sociedad en la que el fondo es accionista, hacia el fondo?**

Sí, en la medida que el FCP es un no contribuyente del impuesto sobre la renta y complementarios, se entiende que el primer reparto es aquel que realiza el FCP a su accionista sociedad nacional.

Al respecto, el parágrafo 1 del artículo 242-1 del Estatuto Tributario señala:

“ARTÍCULO 242-1. TARIFA ESPECIAL PARA DIVIDENDOS O PARTICIPACIONES RECIBIDAS POR SOCIEDADES NACIONALES.

(...)

PARÁGRAFO 1o. *La retención en la fuente será calculada sobre el valor bruto de los pagos o abonos en cuenta por concepto de dividendos o participaciones.*

La retención en la fuente a la que se refiere este artículo solo se practica en la sociedad nacional que reciba los dividendos por primera vez, y el crédito será trasladable hasta el beneficiario final persona natural residente o inversionista residente en el exterior. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 1.2.4.2.80. del Decreto 1625 de 2016 señala:

“Artículo 1.2.4.2.80. Principio de transparencia. *Para efectos tributarios, en concordancia con los artículos 23-1 y 368-1 del Estatuto Tributario, las condiciones tributarias de los ingresos que se distribuyan entre los partícipes o suscriptores de los fondos de inversión colectiva de que trata la parte 3 del Decreto 2555 de 2010, comprenden, entre otros aspectos, la naturaleza, la fuente, nacional o extranjera, la tarifa de retención y, en general, las mismas características tributarias que tendrían si el partícipe o suscriptor los hubiese percibido directamente.*” (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, la retención en la fuente sobre los dividendos de que trata el artículo 242-1 del Estatuto Tributario deberá ser efectuada al momento de la distribución de los mismos a la sociedad nacional que los reciba por primera vez.

- b. **O, ¿Por la transparencia fiscal se entiende que es primer reparto, es decir, que es como si la sociedad en que se tiene las acciones le estuviera distribuyendo dividendos de manera directa a la sociedad partícipe o inversionista en el fondo?**

Por favor remitirse a la respuesta anterior.

En los anteriores términos se resuelve su solicitud y finalmente le manifestamos que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-, con el fin de facilitar a los contribuyentes, usuarios y público en general el acceso directo a sus pronunciamientos doctrinarios, ha publicado en su página de internet www.dian.gov.co, la base de conceptos en materia tributaria, aduanera y cambiaria expedidos desde el año 2001, la cual se puede ingresar por el ícono de “Normatividad” –“Doctrina”, dando click en el link “Doctrina Dirección de Gestión Jurídica”.

Subdirección de Normativa y Doctrina

Atentamente,

NICOLÁS BERNAL ABELLA

Subdirector de Normativa y Doctrina (E)
Dirección de Gestión Jurídica
UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
Cra. 8 N° 6C-38, Piso 4, Edificio San Agustín.
Bogotá D.C.

Proyectó: Estefanía Jaimes Dávila
Revisó: Alfredo Ramírez Castañeda
Aprobó: Comité de Normativa y Doctrina