



www.dian.gov.co

Dirección de Gestión Jurídica

Bogotá, D. C., 10 DIC. 2012

2012 DEC 10 10:44

076740

Oficio No. 100202208 - 00 1702

Señor

JAIRO ALBERTO HIGUITA NARANJO

Socio Crowe Horwath Co S. A.

Calle 72 No. 8 - 24 Piso 10, Edificio Suramericana
Bogotá, D.C.



PwC impuestos en línea

Revisó:

Ref. Radicado 80226 del 05 10 2012.

TEMA:
DESCRIPTORES
FUENTES FORMALES

Impuesto Sobre la Renta y Complementarios
INGRESOS DE FUENTE NACIONAL
Estatuto Tributario, Arts. 9, 24, 36-1
Ley 1430 de 2010, Art. 37
Decreto 1512 de 1985
Decreto 2555 de 2010
Decreto 4805 de 2010

Cordial saludo Sr. Higueta.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 4048 de 2008 y la Orden Administrativa 000006 del 21 de Agosto de 2009, esta Dirección es competente para absolver de manera general las consultas escritas que se formulen sobre interpretación y aplicación de las normas tributarias nacionales, aduaneras o de comercio exterior y en materia de control cambiario en lo de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, razón por la cual su consulta se absolverá en el marco de la citada competencia.

Solicita en su escrito la reconsideración de los oficios 070087 de 2011, 035813 de 2011 y 012850 de 2012, para lo cual plantea tres inquietudes relacionadas con los temas contenidos en la referida doctrina.

Luego de hacer señalamientos sobre la naturaleza, características y tratamiento normativo de los Exchange Traded Funds (ETF), expresa su desacuerdo con el Oficio 070087 de 2011 señalando que la doctrina allí contenida no tuvo en cuenta lo establecido por el inciso 4 del artículo 36-1 del Estatuto Tributario y que se obvió lo establecido por el artículo 1 del Decreto 1281 de 2008.

En cuanto a los Oficios 35813 de 2011 y 12850 de 2012, la divergencia se enfoca en la afirmación en ellos contenida, relativa a que la fuente del ingreso en la negociación de ETFs listados en un sistema de cotización de valores extranjeros es el lugar en donde se realiza la negociación, a lo cual manifiesta que la condición legal para determinar la fuente del ingreso, en tratándose de enajenación de bienes, es el lugar en donde se encuentra el bien transado y no el lugar donde se lleva a cabo la negociación y señala en consecuencia que, en su criterio, los ingresos obtenidos por la negociación en Colombia de un ETF constituido en el exterior serán de fuente extranjera, pues los títulos inmateriales que se negocian están ubicados fuera de las fronteras colombianas.

Entra en consecuencia este Despacho a efectuar el análisis de coherencia y consistencia jurídica de los conceptos 070087 de 2011, 035813 de 2011 y 012850 de 2012, en el orden por usted planteado.

El oficio 070087 de septiembre 12 de 2011, responde a la inquietud sobre el tratamiento tributario aplicable a un inversionista Colombiano respecto de las utilidades por enajenación de títulos ETF constituidos en el exterior bajo las normas del mercado americano, con subyacente conformado por acciones listadas en la Bolsa de Valores de Colombia.

Señala la doctrina en cita, a la luz de lo establecido por el artículo 9 del Estatuto Tributario, que las utilidades obtenidas por un inversionista colombiano en la enajenación de valores listados en el exterior, se encuentran gravadas en Colombia con el impuesto sobre la renta y complementarios.

De otra parte, en lo referente a la inquietud sobre la posibilidad de aplicar el mismo tratamiento tributario de la enajenación de acciones en el mercado local, previsto en el inciso segundo del artículo 36-1 del E.T. a la enajenación de ETFs emitidos en el exterior con subyacente accionario colombiano, señala el oficio en cita que si bien los ETFs son representativos de un índice accionario, no constituyen, *per se*, las acciones mismas, lo cual comporta la inaplicabilidad del citado beneficio, al tenor, entre otros aspectos, de la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual las exenciones en materia impositiva son de aplicación restrictiva respecto de los casos expresamente consagrados en la ley, sin que por vía de interpretación o analogía se puedan extender a casos diferentes a los allí establecidos.

Ahora bien, resulta clara la inviabilidad de extender el beneficio establecido el inciso segundo del artículo 36-1 del E.T. a la enajenación de ETFs emitidos en el exterior con subyacente accionario colombiano; sin embargo, es pertinente efectuar un análisis adicional al tema, con fundamento en lo establecido por el inciso cuarto de la norma en comento.

Señala el inciso cuarto del artículo 36-1 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 37 de la Ley 1430 de 2010:

"Tampoco constituye renta ni ganancia ocasional las utilidades provenientes de la negociación de derivados que sean valores y cuyo subyacente esté representando exclusivamente en acciones inscritas en una bolsa de valores colombiana, índices o participaciones en fondos o carteras colectivas que reflejen el comportamiento de dichas acciones". (Énfasis añadido)

Así las cosas, de lo previsto en la norma transcrita deriva con claridad que no constituyen renta

ni ganancia ocasional las utilidades provenientes de la negociación de participaciones en fondos o carteras colectivas que reflejen el comportamiento de un subyacente conformado por acciones inscritas en una bolsa de valores colombiana.

Ahora bien, la norma hace referencia a fondos o carteras colectivas que reflejen el comportamiento de acciones, situación que lleva forzosamente a revisar lo establecido al efecto por el Decreto 2555 de 2010, "Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones".

Señala el artículo 3.1.15.1.2. del decreto en cita:

"DEFINICIÓN DE FONDOS BURSÁTILES. <Artículo adicionado por el artículo 1 del Decreto 4805 de 2010.> Se considerarán fondos bursátiles aquellas carteras colectivas cuyo objeto consista en replicar o seguir un índice nacional o internacional, mediante la constitución de un portafolio integrado por algunos o todos los activos que hagan parte de la canasta que conforma dicho índice.

El portafolio también podrá estar conformado por derivados estandarizados cuyos subyacentes hagan parte de la canasta que conforma el índice. (...)"

Es claro que la definición de Fondo Bursatil corresponde a la figura denominada internacionalmente como "Exchange Traded Funds" o ETF, lo cual, además, resulta evidente de lo manifestado por Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el "Documento Conceptual: Reforma Normativa Fondos de Inversión en Colombia", (Página 31), en los siguientes términos:

"Hasta el año 2010 existió un quinto tipo especial de cartera colectiva, denominada bursátil, la cual fue derogada por el Decreto 4805 de 2010 Decreto modificatorio de la Parte 3 del Decreto 2555 de 2010, el cual implementó un régimen especial para los fondos bursátiles. **Esta modificación obedeció principalmente a la necesidad de implementar en Colombia la figura de los ETFs (Exchange traded funds) ya que a la fecha las normas sobre carteras colectivas bursátiles habían sido insuficientes para desarrollar adecuadamente dicho vehículo, debido a la imposibilidad de enmarcarlas completamente dentro de alguno de los tipos de clasificación general de las carteras colectivas.**" (Énfasis añadido)

En este orden de ideas, se concluye que las utilidades provenientes de la enajenación de participaciones en ETFs emitidos en el exterior con subyacente accionario colombiano, no constituyen renta ni ganancia ocasional, a la luz de lo establecido por el inciso cuarto del artículo 36-1 del Estatuto Tributario.

En los anteriores términos se actualiza la doctrina contenida en el oficio 070087 de septiembre 12 de 2011, teniendo en cuenta la evolución legislativa del artículo 36-1 del Estatuto Tributario.

Ahora bien, en lo atinente a sus objeciones respecto de la calidad de ingresos de fuente nacional en los términos señalados por los oficios 035813 de 2011 y 012850 de 2012, de manera atenta se indica lo siguiente:

Los oficios referenciados responden a la inquietud de si debe practicarse retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta y complementarios, sobre los ingresos obtenidos en la

negociación en el país de "Exchange Traded Funds" listados en un Sistema de Cotización de Valores Extranjeros.

Señala la doctrina en comentario que "los ingresos por la enajenación en el país de ETFs, constituyen ingreso gravado; no obstante, por efectos del literal d) del artículo 5o del Decreto 1512 de 1985, no se encuentran sometidos a retención en la fuente por otros ingresos, los pagos o abonos en cuenta por la adquisición de acciones, derechos sociales, títulos valores y similares".

Precisa el segundo de los pronunciamientos citados que "si bien los Exchange Traded Funds (ETFs) son representativos de un índice accionario, pero no constituyen per se las acciones mismas, los ingresos derivados de la negociación de ETFs, listados en un sistema de cotización de valores extranjeros, son de fuente nacional si su negociación se efectúa en el país." (Subrayas del texto)

Lo anterior, a la luz de lo establecido por el artículo 24 del E.T. conforme al cual, "constituyen ingresos de fuente nacional los obtenidos en la enajenación de bienes materiales e inmateriales, a cualquier título, que se encuentren dentro del país al momento de su enajenación".

Expresa en su escrito su desacuerdo con la doctrina precedente argumentando que los ingresos obtenidos por la negociación en Colombia de ETFs constituidos en el exterior serán de fuente extranjera, pues los títulos inmateriales que se negocian están ubicados fuera de las fronteras colombianas.

En este contexto, a efectos de arrojar claridad sobre el asunto objeto de cuestionamiento, resulta necesario efectuar un nuevo análisis de la normativa aplicable al caso en estudio.

Dispone el artículo 2.15.6.1.9 del Decreto 2555 de 2010:

"Los depósitos centralizados de valores vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia **custodiarán y administrarán valores extranjeros** que no se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores de Colombia y que estén **listados en los Sistemas de Cotización de Valores Extranjeros**, atendiendo lo previsto en el artículo 12 de la Ley 964 de 2005, en la forma y condiciones que señale el reglamento de la sociedad administradora del depósito aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

En todo caso, los depósitos **celebrarán acuerdos con custodios globales, depositarios internacionales o agentes especializados del exterior**, según sea el caso, **encargados de la custodia y administración del valor en el exterior** y que se encuentren autorizados para desarrollar esta labor y estén bajo la supervisión de una autoridad competente en su respectiva jurisdicción.

(...)

PARÁGRAFO 3. Los registros de anotación en cuenta sobre valores emitidos en el exterior que lleven los depósitos centralizados de valores, tanto a la luz del Sistema de Cotización de Valores del Extranjero como de los otros Sistemas en los que se transen valores de este tipo, se considerarán válidos y suficientes para efectos del control a que haya lugar, debiendo ceñirse en cada caso a las instrucciones que sobre el particular emita la autoridad competente." (Énfasis añadido)

Así las cosas, de lo precedente deriva con claridad lo siguiente:

1º Los valores extranjeros que se encuentren listados en los Sistemas de Cotización de Valores Extranjeros del país son objeto de custodia y administración por parte de los Depósitos Centralizados de Valores vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia.

2º Estos Depósitos Centralizados de Valores celebrarán acuerdos con custodios globales, depositarios internacionales o agentes especializados del exterior, encargados de la custodia y administración del valor en el exterior.

3º Los registros de anotación en cuenta sobre valores emitidos en el exterior que lleven los Depósitos Centralizados de Valores se considerarán válidos y suficientes para efectos del control a que haya lugar.

En consecuencia, en los eventos de enajenación en el país de ETFs constituidos en el exterior bajo legislación de país extranjero y listados en los Sistemas de Cotización de Valores Extranjeros, es claro que dichos valores se encuentran en el exterior bajo custodia y administración de los agentes especializados del exterior con los que el Depósito Centralizado de Valores de Colombia haya suscrito acuerdos o convenios para la custodia y administración de los valores extranjeros.

Así las cosas, los ingresos por la enajenación en el país de ETFs del exterior listados en los Sistemas de Cotización de Valores Extranjeros, no constituyen ingresos de fuente nacional al tenor de lo establecido por el artículo 24 del Estatuto Tributario, por no encontrarse los valores transados dentro del país al momento de su enajenación.

En los términos anteriores se modifica la doctrina contenida en los oficios 035813 de 2011 y 012850 de 2012.

De otra parte, nos permitimos informarle que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, 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 < <http://www.dian.gov.co>>, la base de conceptos en materia tributaria, aduanera y cambiaria expedidos desde el año 2001, a la cual se puede ingresar por el icono de "Normatividad" - "Técnica", dando clic en el link "Doctrina".

Cordialmente,


ISABEL CRISTINA GARCÉS SÁNCHEZ
Directora de Gestión Jurídica

PwC impuestos en línea

Revisó: 

P. JZEAM
R. CNYD

SIN ANEXOS

