



CONSEJO DE ESTADO

**SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 11001-03-27-000-2018-00044-00
(24068)**

Actor: JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA

**Demandado: LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y
CRÉDITO PÚBLICO**

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD

Temas: Medida cautelar. Medida cautelar de suspensión provisional del párrafo del artículo 1.2.4.1.33 del Decreto 1625 de 2016. Contratos de leasing habitacional

Auto interlocutorio

Procede el Despacho a resolver la medida cautelar de suspensión provisional solicitada por el doctor Juan Rafael Bravo Arteaga, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. La solicitud de medida cautelar

La parte demandante solicitó la suspensión provisional del parágrafo del artículo 1.2.4.1.33 del Decreto 1625 de 2016¹, que señala que *"[e]n todo caso, en los contratos de leasing habitacional se deberá ejercer la opción de compra; de lo contrario, los retiros para el pago de los cánones no tendrán el carácter de renta exenta y el contribuyente deberá declararlos como ingreso gravable en el año en que debiendo ejercer la opción de compra, ésta no se hace efectiva"*.

Para la parte demandante, la exigencia que le impone la norma al tenedor del inmueble en el leasing habitacional, para que se haga propietario del mismo al final del contrato, so pena de que desaparezca la exención tributaria, implica una condición a la exención, que no se encuentra en el texto legal, además, contraviene el inciso 5 del artículo 126-1 ET, norma que es de rango superior, conforme con el cual, la exención de los retiros de los fondos de pensiones está sujeta a dos condiciones: (i) que la finalidad del retiro sea la adquisición de vivienda y (ii) que esa

¹ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario en materia tributaria.

adquisición corresponda a una de las formas jurídicas previstas en la ley, entre otras, el leasing habitacional.

Explicó que acorde con la definición que de adquirir trae el Diccionario de la Lengua Española y el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche, adquiere vivienda la persona que obtiene el derecho a ocupar un inmueble apto para que en él se pueda desarrollar la vida de seres humanos, por derecho de propiedad o de simple tenencia.

Que es de la esencia del leasing habitacional, conforme con lo previsto en el artículo 2.28.1.1.2² del Decreto 2555 de 2010³, que aquel que actúa como tenedor del inmueble tenga la opción de compra, lo que significa que tiene el derecho a adquirir o no adquirir la propiedad, pues este es el significado del término “Opción”, que es el derecho a elegir entre dos o más cosas, fundado en el precepto legal o en negocio jurídico⁴.

Afirmó que si la norma legal permite que la exención opere en el caso del leasing habitacional, es porque implícitamente se ha establecido que el ocupante del inmueble puede hacerse propietario o no al final del contrato, pues es de la esencia de esta figura que el

² “**Artículo 2.28.1.1.2 Modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar.** Se entiende por operación de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, el contrato de leasing financiero mediante el cual una entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble para destinarlo exclusivamente al uso habitacional y goce de su núcleo familiar, a cambio del pago de un canon periódico; durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor”.

³ 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.

⁴ DLE, Barcelona 2014, p. 1578.

tenedor tenga la opción de adquirir o no el inmueble.

Por otra parte, puso de presente que el legislador, con miras a darle prevalencia al interés general de la población, como lo determina el artículo 1 de la Constitución Política, estableció normas para procurar que los habitantes del país adquirieran vivienda para el gozo del núcleo familiar, entre otras modalidades, mediante el leasing habitacional, tal como lo prevé el artículo 5 de la Ley 3 de 1991, modificado por el artículo 27 de la Ley 1469 de "2016"⁵, en el que se prevé que son acciones conducentes a la obtención de vivienda, entre otros, la celebración de contratos de leasing habitacional para adquisición de vivienda familiar de interés social.

Finalmente, afirmó que la norma demandada vulnera el derecho a recibir la misma protección y trato de las autoridades, a gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades (art. 13 CP), porque si una persona retira recursos de un fondo de pensiones para comprar a crédito una vivienda, puede gozar de la exención tributaria, aunque ceda su posición contractual posteriormente, sin que se le imponga la obligación de declarar como renta gravable los retiros que fueron tratados como exentos por el contribuyente.

En cambio, si la persona ha retirado los recursos del fondo para adquisición de vivienda bajo la modalidad de leasing habitacional, no puede ceder su posición contractual sin estar obligado a declarar como renta gravable los retiros que fueron tratados como renta exenta, porque la norma demandada lo obliga a declarar como renta gravable los citados retiros, al no ejercer la opción de compra.

⁵ Se debe entender que la parte demandante se refiere a la Ley 1469 de 2011, por la cual se adoptan medidas para promover la oferta del suelo urbanizable y se adoptan otras disposiciones para promover el acceso a la vivienda.

Es decir, estas dos situaciones, que son idénticas, son tratadas de forma diametralmente opuesta en la norma demandada, razón por la cual, procede la suspensión provisional de sus efectos.

2. Traslado de la medida cautelar

2.1 La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Dentro del término de traslado de la medida cautelar, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a su prosperidad, por las siguientes razones⁶:

En primer lugar, afirmó que la solicitud de suspensión provisional de la norma demandada no está debidamente sustentada, con lo que se incumplió con uno de los requisitos señalados en el artículo 231 del CPACA para que proceda la medida cautelar.

Agregó que la parte demandante no señaló el perjuicio irremediable que se puede configurar ante la negativa de la medida cautelar solicitada, y que la petición se sustentó en afirmaciones de carácter subjetivo, sin que se evidencie un peligro inminente e irremediable que imponga la adopción de la suspensión provisional de la norma acusada de ilegalidad.

Tampoco se puede identificar un juicio de ponderación y un análisis probatorio que permita establecer que sería más gravoso decretar la medida, que negarla.

⁶ Folio 29 a 35.

Por otra parte, enfatizó en que por tratarse de una justicia rogada, la función judicial está limitada al objeto de violación y por el concepto de violación expuesto tanto en la demanda como en la solicitud de medida cautelar.

Además, recalcó que el acto administrativo goza de la presunción de legalidad.

En lo que tiene que ver con el contenido de la norma demandada, afirmó que en este se reiteró lo previsto en la norma legal y se atendió lo previsto en la Constitución.

Fue, precisamente, en cumplimiento de la potestad reglamentaria (art. 189-11 CP), que se expidió la norma demandada, con el propósito principal de reglamentar el retiro de aportes voluntarios que no se sometieron a retención en la fuente y retiro de rendimientos.

Agregó que “al hacer un análisis de las impugnaciones que se le atribuyen a los artículos demandados se evidencia que estos resultan indeterminados y genéricos, razón que impide realizar un pronunciamiento preciso frente al texto de las normas que se censuran, toda vez que la (sic) demandante no puntualiza el contenido normativo que en su sentir transgrede la legislación colombiana, pues no basta con afirmar la presunta ilegalidad de un acto administrativo, si esta no va acompañada de un soporte jurídico y probatorio correspondiente, que le permita al Juez determinar a simple vista lo dicho en la demanda”⁷.

⁷ Folio 32 anverso.

Resaltó que, ante la imprecisión en los argumentos de impugnación *“queda en incertidumbre la garantía del derecho de defensa, pues no se sabrían los elementos concretos de la acusación que se hace con la demanda formulada”*⁸.

Finalmente, se opuso a la prosperidad de la medida cautelar solicitada, porque el demandante al aplicar el método hermenéutico exegético, partió de premisas equivocadas, lo que condujo a conclusiones erradas.

De haberse interpretado de manera sistemática⁹ la norma demandada, el actor habría concluido que esta no vulnera normas de rango superior y que, por el contrario, guarda armonía con las normas en las que se funda.

Por lo anterior, concluyó que la norma demandada no vulneró el artículo 126- del ET y que, por el contrario, con aquella se permite la ejecución de la ley de manera fluida y precisa.

2.2 La Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales UAE – DIAN. Coadyuvante

La UAE – DIAN, por medio de apoderado judicial, presentó escrito oponiéndose a la prosperidad de la medida cautelar solicitada por la parte demandante¹⁰, porque la norma acusada de ilegalidad no

⁸ Folio 33.

⁹ Al respecto, transcribió apartes de las sentencias de la Corte Constitucional C-532 de 2017 y C-115 de 2017.

¹⁰ Folios 13 a 17.

vulnera la norma de rango superior invocada como vulnerada y, adicionalmente, no existe perjuicio en la ejecución de la norma que se demanda.

Luego de transcribir los artículos 2 del Decreto 777 de 2003 1.2.1.18.50 del Decreto 1625 de 2016 (sobre el leasing habitacional) y el artículo 119 del ET (deducción de intereses sobre préstamos para adquisición de vivienda.), así como los conceptos de la Superintendencia Financiera nro. 2003038222-2 de 28 de enero de 2004 y de la DIAN nro. 100202208-885 de 2014, concluyó que el artículo 126-1 del ET establece que los retiros que se realicen en los fondos de pensión de jubilación e invalidez y fondos de cesantías, antes del término mínimo de permanencia, constituyen un ingreso gravado para el aportante y están sometidos a retención en la fuente por parte de la sociedad administradora.

La excepción a esta regla está prevista en el artículo 3 de la Ley 1607 de 2012, que modificó el artículo 126-1 del ET, en el que se señala que no están sometidos a imposición, los retiros de aportes voluntarios que se destinen a la adquisición de vivienda sea o no financiada por entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, a través de créditos hipotecarios o leasing habitacional.

Aclaró que el leasing habitacional es una forma de compra de vivienda regulado por la ley, que constituye un mecanismo del sistema especializado de financiación de vivienda a largo plazo, contrato que lleva implícita la condición de ejercer la opción de compra al final del contrato, por lo que el beneficio tributario está supeditado a que esta condición se ejerza.

La pérdida del beneficio implica que se debe declarar renta por los recursos retirados del fondo, a los que no se les hizo la retención

correspondiente, en el año en el que se realizó la percepción del ingreso.

Por lo anterior, concluyó que el demandante incurrió en error al afirmar que existe desigualdad entre el contrato de adquisición de vivienda mediante leasing y las otras formas de adquisición de vivienda, porque el leasing es un contrato que lleva implícita una condición u opción de compra para acceder a un beneficio tributario, la que es potestativa del adquirente.

Finalmente, recalcó que en materia de beneficios tributarios impera el principio de legalidad, por lo que no es procedente hacer extensiones de la norma en aras de garantizar el principio de igualdad, como de manera equivocada lo entiende el demandante.

Por lo expuesto, concluyó que la norma demanda no vulnera el artículo 13 de la CP, como tampoco el inciso 5 del artículo 126-1 del ET.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Despacho es competente para decidir la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos de carácter general, conforme con lo previsto en el artículo 125 del CPACA.

2. La parte coadyuvante

De conformidad con el artículo 223 del CPACA, en los medios de control de simple nulidad, desde la admisión de la demanda y hasta la audiencia inicial, cualquier persona podrá pedir que se le tenga como coadyuvante de alguna de las partes (demandante o demandada).

Según esta norma, el coadyuvante podrá independientemente efectuar todos los actos procesales permitidos a la parte a la que ayuda, en cuanto no esté en oposición con los de esta.

En el caso concreto, la DIAN, dentro del término de traslado de la solicitud de suspensión provisional del parágrafo del artículo 1.2.4.1.33 del Decreto 1625 de 2016, intervino para solicitar que se negara la medida cautelar; por lo tanto, es del caso tenerlo como coadyuvante de la parte demandada.

3. Medio de control de nulidad simple. La medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo

3.1 En primer lugar, se advierte que la parte demandante citó y desarrolló el concepto de violación respecto de las normas de rango superior presuntamente vulneradas con la expedición del decreto demandado, con lo que es claro que el objeto de la *litis* se centra en determinar si con la expedición del parágrafo del artículo 1.2.4.1.33 del Decreto 1625 de 2016, se vulneraron los artículos 13 de la Constitución Política y el inciso 5 del artículo 126-1 ET, por las razones que quedaron expuestas en la demanda y que fueron resumidas en esta providencia.

Es decir, contrario a lo afirmado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la solicitud de medida cautelar está debidamente sustentada.

3.2 Por otra parte, se pone de presente que a la parte demandante no le corresponde probar: (i) la existencia de un

perjuicio y (ii) que falta de decreto de la medida cautelar haría nugatorios los efectos de la sentencia, porque estos requisitos, conforme con el artículo 231 del CPACA, no aplican para cuando se pretende la suspensión provisional de un acto administrativo¹¹.

3.3 Por lo tanto, se concluye que la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional cumplió con los requisitos formales previstos en la ley, razón por la cual, le corresponde al Despacho decidir su procedencia.

4. El caso concreto

4.1 Se demanda la nulidad parcial del artículo 1.2.4.1.33 del Decreto 1625 de 11 de octubre de 2016¹², en el aparte subrayado.

Artículo 1.2.4.1.33. Retiro de aportes voluntarios que no se sometieron a retención en la fuente y retiro de rendimientos. *Los retiros de aportes voluntarios o sus rendimientos, de los seguros privados de pensiones o de los fondos de pensiones voluntarias, o el pago de pensiones con cargo a tales aportes, constituyen renta gravable para el partícipe, afiliado o asegurado, según el caso, y estarán sometidos a retención en la fuente por parte de la respectiva sociedad administradora siempre que tengan su origen en aportes provenientes de ingresos que se excluyeron de retención en la fuente.*

¹¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Proceso 2014-03799. Auto de 17 de marzo de 2015. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Esta posición también ha sido sostenida por la Sección Cuarta en el auto de 28 de mayo de 2015, proceso nro. 21025. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, reiterada, entre otros, en los autos de 7 de diciembre de 2017, proceso nro. 2017-00030-00 (23254) y de 11 de septiembre de 2018, proceso nro. 2018-00012-00 (23661), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹² Publicado en el Diario Oficial nro. 50.023 de 11 de octubre de 2016.

Se exceptúan de la regla prevista en el inciso anterior, los retiros de aportes voluntarios y/o de los rendimientos financieros, de los que habla el presente artículo, que cumplan las siguientes condiciones:

(...)

Parágrafo. *En todo caso, en los contratos de leasing habitacional se deberá ejercer la opción de compra; de lo contrario, los retiros para el pago de los cánones no tendrán el carácter de renta exenta y el contribuyente deberá declararlos como ingreso gravable en el año en que debiendo ejercer la opción de compra, ésta no se hace efectiva. (Énfasis propio).*

4.2 En la demanda, la parte actora afirmó que el aparte demandado vulneró el inciso 5 del artículo 126-1 ET, que prevé lo siguiente:

Tampoco estarán sometidos a imposición los retiros de aportes voluntarios que se destinen a la adquisición de vivienda sea o no financiada por entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, a través de créditos hipotecarios o leasing habitacional. En el evento en que la adquisición de vivienda se realice sin financiación, previamente al retiro, deberá acreditarse ante la entidad financiera, con copia de la escritura de compraventa¹³, que los recursos se

¹³ La Corte Constitucional, con la sentencia C-308 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, declaró la exequibilidad de la expresión "de compra venta" contenida en el artículo 126.1 del Estatuto Tributario (*artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1607 de 2012*), en el entendido de que la acreditación sobre

*destinaron a dicha adquisición*¹⁴ (Énfasis propio).

4.3 Conforme con el artículo 126-1 del ET, no están sometidos a imposición, es decir, están sujetos a beneficio tributario, los retiros de los aportes voluntarios que se destinen a la “*adquisición de vivienda*”, sea o no financiada por entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.

En el caso que la adquisición de vivienda sea financiada, el beneficio opera tanto para los créditos hipotecarios como para el leasing habitacional, porque el legislador utilizó la conjunción disyuntiva “o”, con lo que se le otorga la alternativa al contribuyente para que opte por alguno de estos mecanismos.

4.4 De la lectura íntegra del artículo 126-1 del ET se extrae que esta norma se refiere al leasing habitacional en el que se ejerce la opción de compra, porque el beneficio está atado a que los retiros de aportes voluntarios se destinen a la “*adquisición*” de vivienda, en el entendido que, adquirir, conforme con la RAE, consiste en “[h]acer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece o que se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción”¹⁵.

la destinación a la adquisición de vivienda de los aportes voluntarios retirados de los fondos de pensiones y de cesantías debe hacerse mediante copia de escritura pública en la que conste cualquier título traslativo de dominio del inmueble.

¹⁴ Este texto corresponde al inciso quinto del artículo 126-1 del ET, modificado por el artículo 15 de la Ley 1819 de 29 de diciembre de 2016 (ley que es posterior a la expedición del decreto demandado). Sin embargo, este aparte guarda identidad con el inciso sexto del artículo 126-1 del ET, conforme con el texto modificado por la Ley 1607 de 2012, que es la norma que se encontraba vigente para cuando se expidió el decreto demandado.

¹⁵ En: dle.rae.es/?id=0pezGAd. En iguales términos aparece en el Diccionario del Español Jurídico de la RAE. En: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E14150>

4.5 Si bien es cierto, la “*modalidad de leasing financiero se perfila como una solución al problema de vivienda en un país determinado*”¹⁶ y, por eso, el Gobierno Nacional, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 51 de la Constitución Política¹⁷, expidió el Decreto 1787 de 2004, por el que se reglamentaron las operaciones de leasing habitacional previstas en el artículo 1 de la Ley 795 de 2003¹⁸, no se puede perder de vista que la norma tributaria especificó que el beneficio fiscal opera en el caso de los retiros de aportes voluntarios que se destinen a la adquisición de vivienda, que en este tipo de operación, se insiste, se concreta con el ejercicio de la opción de compra.

4.6 Lo anterior, porque el leasing habitacional es aquel “contrato por medio del cual una sociedad de leasing adquiere una vivienda con las características y especificaciones que requiere el futuro tomador, con el fin de entregar posteriormente la tenencia de dicho inmueble, a cambio de un pago periódico durante un plazo convenido; al término de este, el locatario tiene la opción de compra”¹⁹ (Énfasis propio).

Es decir, durante el término pactado o estipulado en el contrato de leasing, el tomador solo adquiere la tenencia del bien y, por ende,

¹⁶ ARRUBLA, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Contratos atípicos. Octava edición. Legis. Bogotá, 2015, p. 168.

¹⁷ “*Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda*”.

¹⁸ “*Adicionase el numeral 1 del artículo 7 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero con el siguiente literal:*

n) Realizar operaciones de leasing habitacional las cuales deben tener por objeto bienes inmuebles destinados a vivienda. Estas operaciones se considerarán leasing operativo para efectos contables y tributarios.

(...)”

¹⁹ ARRUBLA. *Op. cit.*, p. 169.

el pago periódico realizado por el locatario tiene por finalidad financiar su uso y goce durante ese periodo.

Solo en el evento en el que el locatario opte por la opción de compra, adquiere su propiedad y, por ende, tiende derecho al beneficio tributario, porque se cumple con la destinación específica señalada en la norma, que no es otra que la adquisición de vivienda.

4.7 Finalmente, el Despacho no advierte que con la norma demandada se vulnere el principio de igualdad, porque en el párrafo del artículo 1.2.4.1.33 del Decreto 1625 de 2016, se mantiene la condición de adquisición de vivienda, como requisito indispensable para que proceda el beneficio tributario, tal como se prevé para los supuestos señalados en la norma reglamentada, es decir, en el artículo 126-1 del ET.

4.8 Conforme con lo anterior, se negará la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del párrafo del artículo 1.2.4.1.33 del Decreto 1625 de 2016.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

- 1.** Tener como coadyuvante de la parte demandada a la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.
- 2.** Negar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del párrafo del artículo 1.2.4.1.33 del Decreto 1625 de 2016.
- 3.** Reconocer personería al doctor Mauricio Andrés del Valle Chacón, como apoderado de la UAE – DIAN, en los términos y para los efectos del poder conferido, que obra en el folio 18 de este cuaderno.
- 4.** Reconocer personería al doctor Mauricio Alberto Robayo León, como apoderado de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en los términos y para los efectos del poder conferido, que obra en el folio 36 de este cuaderno.

Notifíquese y cúmplase

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

