

**II. EXPEDIENTE D-11129 - SENTENCIA C-422/16 (Agosto 10)**  
M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

**1. Norma acusada**

**LEY 1739 DE 2014**  
(Diciembre 23)

*Por medio de la cual se modifica el Estatuto Tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contrala evasión y se dictan otras disposiciones*

**ARTÍCULO 11.** Modifíquese el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012, el cual quedará así:

**"Artículo 22. Base gravable del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE).** La base gravable del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) a que se refiere el artículo 20 de la presente ley, se establecerá restando de los ingresos brutos susceptibles de incrementar el patrimonio realizados en el año gravable, las devoluciones rebajas y descuentos y de lo así obtenido se restarán los que correspondan a los ingresos no constitutivos de renta establecidos en los artículos 36, 36-1, 36-2, 36-3, 45, 46-1, 47, 48, 49, 51, 53 del Estatuto Tributario. De los ingresos netos así obtenidos, se restarán el total de los costos susceptibles de disminuir el impuesto sobre la renta de que trata el Libro I del Estatuto Tributario. También se restarán las deducciones de los artículos 107 a 117, 120 a 124, 126-1, 127-1, 145, 146, 148, 149, 159, 171, 174 y 176 del Estatuto Tributario, siempre que cumplan con los requisitos de los artículos 107 y 108 del Estatuto Tributario, así como las correspondientes a la depreciación y amortización de inversiones previstas en los artículos 127, 128 a 131-1 y 134 a 144 del Estatuto Tributario. Estas deducciones se aplicarán con las limitaciones y restricciones de los artículos 118, 124-1, 124-2, 151 a 155 y 177 a 177-2 del Estatuto Tributario. A lo anterior se le permitirá restar las rentas exentas de que trata la Decisión 578 de la Comunidad Andina y las establecidas en los artículos **4o del Decreto número 841 de 1998**, 135 de la Ley 100 de 1993, 16 de la Ley 546 de 1999 modificado por el artículo 81 de la Ley 964 de 2005, 56 de la Ley 546 de 1999. Para efectos de la determinación de la base mencionada en este artículo se excluirán las ganancias ocasionales de que tratan los artículos 300 a 305 del Estatuto Tributario.

Para todos los efectos, la base gravable del CREE no podrá ser inferior al 3% del patrimonio líquido del contribuyente en el último día del año gravable inmediatamente anterior de conformidad con lo previsto en los artículos 189 y 193 del Estatuto Tributario.

**PARÁGRAFO TRANSITORIO.** Para los periodos correspondientes a los cinco años gravables 2013 a 2017, se podrán restar de la base gravable del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), las rentas exentas de que trata el artículo 207-2, numeral 9 del Estatuto Tributario".

**2. Decisión**

Declarar **EXEQUIBLE**, por el cargo examinado, la expresión "**4o del Decreto número 841 de 1998**", contenida en el artículo 11 de la Ley 1739 de 2014, que modificó el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012.

**3. Síntesis de la providencia**

El problema jurídico que le correspondió resolver a la Corte Constitucional en esta oportunidad, radicó en determinar, si en la definición de la base gravable del Impuesto sobre la Renta para la Equidad, CREE, el Congreso incurrió en una omisión legislativa relativa, al permitir deducir del cálculo de dicha base las reservas matemáticas de los seguros de pensiones de jubilación o vejez, invalidez y sobrevivientes, así como sus rendimientos, pero sin tener en cuenta la reserva de estabilización y sus rendimientos, a pesar de que la demandante aduce que tienen una naturaleza similar y estar afectadas a garantizar el pago de las pensiones de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, RAIS.

Después de referirse a la actividad aseguradora en Colombia, el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 y en particular, a las reservas técnicas en el régimen de ahorro individual con solidaridad, RAIS, a la política tributaria y sus límites, a la naturaleza jurídica del impuesto sobre la renta para la equidad CREE y la exención de la reserva matemática en materia pensional, así como al control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en materia tributaria, la Corte concluyó que la expresión normativa acusada del artículo 11 de la Ley 1739 de 2014, no adolece de una omisión legislativa relativa por desconocimiento de los derechos de igualdad y seguridad social. Además del amplio margen de configuración que le asiste al legislador en materia tributaria, cuyas exenciones son de aplicación restrictiva, el tribunal constitucional pudo determinar que aunque las reservas de estabilización y sus rendimientos comparten con las reservas matemáticas y sus rendimientos cierta relación al comprender el pago de pensiones, no son en estricto sentido equiparables dada su naturaleza, conformación y finalidad, al provenir las primeras del patrimonio exclusivo de la sociedad AFP, mientras que las otras del ahorro pensional que como recursos de la seguridad social tienen carácter parafiscal y destinación específica. Si bien el CREE es análogo al impuesto sobre la renta y complementarios, en definitiva son gravámenes diferentes como lo determinó el propio legislador a partir del ámbito conceptual y de los elementos que los componen como son el sujeto, la base gravable, la tarifa y la destinación específica, por lo que las exenciones establecidas para uno no necesariamente deben extenderse al otro.

La Corte recordó que el artículo 48 de la Constitución señala que no podrán destinarse ni utilizarse los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella. Por su parte, el artículo 135 de la Ley 100 de 1993 establece que los recursos de los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, entre otros, gozan de exención de toda clase de impuestos, tasas y contribuciones de cualquier origen, del orden nacional, lo cual obedece al carácter parafiscal de tales recursos que no pueden ser destinados a un objeto diferente, que incluye la prohibición para el Estado de imponer tributos sobre ellos. Además, precisó que el vocablo técnico es “exclusión” y no “exención” porque este presupone la existencia de un sujeto u objeto susceptible de gravamen del cual se le exonera.

De manera específica, el régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS es uno de los regímenes dispuesto por el legislador, basado en el ahorro de las cotizaciones a título individual y sus rendimientos financieros, así como en la solidaridad, primas de seguros y costos de administración. Los afiliados tiene derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, las cuales a su vez pueden adoptar la modalidad de renta vitalicia (contratada con la aseguradora), retiro programado (se obtiene de la sociedad de la sociedad AFP) y retiro programado con renta vitalicia diferida. En este régimen, las cotizaciones obligatorias o voluntarias se abonan a la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado a prorrata del Fondo de Pensión que escoja o sea asignado. Estas cotizaciones que tienen naturaleza parafiscal solo pueden destinarse a los fines autorizados por la ley y una parte se destina a la cancelación de la prima de seguro de invalidez y sobrevivientes, contratado para garantizar el pago de la pensión a su favor o de sus sobrevivientes en aquellos casos en que la pérdida de capacidad laboral o la muerte impidan acumular en su cuenta de ahorro individual, el capital necesario para financiar su pensión. La aseguradora que tenga a su cargo la póliza por estos conceptos, cuya prima se paga con una porción de la cotización del afiliado al RAIS, tiene el deber de constituir una *reserva matemática* que garantice la cobertura de la suma adicional necesaria para completar el capital suficiente y así financiar el monto de la pensión. El conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados denominado Fondo de Pensiones, que es independiente del patrimonio de

la sociedad AFP. De otro lado, las sociedades AFP deben garantizar una rentabilidad mínima de cada uno de los Fondos de Pensiones que administra. De no alcanzarse ésta, tales sociedades deben responder con sus propios recursos afectando inicialmente la reserva de estabilización de rendimientos. Además, si esta no es suficiente para cubrir el defecto observado, las sociedades administradoras deben afectar la parte restante de su patrimonio. De esta forma, se busca proteger al afiliado de un riesgo en el manejo financiero de los recursos confiados a las AFP.

En consecuencia, las reservas matemáticas y sus rendimientos constituyen recursos de la seguridad social al fundamentarse en los aportes parafiscales (cotizaciones trabajadores-empleadores) que son de destinación específica (garantía de las prestaciones). Las pensiones de invalidez y sobrevivientes son garantizadas mediante la contratación de seguros con parte de las cotizaciones. Así, en ellas están presentes los rasgos de la contribución parafiscal como son la obligatoriedad, la singularidad y la destinación sectorial. De otra parte, las reservas de estabilización y sus rendimientos se establecieron para garantizar una rentabilidad mínima como resultado de la inversión de los recursos de los Fondos de Pensiones. Su fuente de recursos es el patrimonio propio de las sociedades AFP, que en situaciones extremas pueden provenir de una orden de capitalización dispuesta por la Superintendencia Financiera, para sí recomponer su patrimonio en orden a dar cumplimiento a las normas sobre margen de solvencia y de capital mínimo. Por ello, de ningún modo es válido afirmar que ante la ocurrencia de un riesgo financiero que obligue a las sociedades AFP a cubrir el defecto de rentabilidad mínima, se conviertan por sí mismas en recursos parafiscales y de destinación específica.

Por lo expuesto, el Congreso no incurrió en una omisión legislativa relativa, al no incluir las reservas de estabilización y sus rendimientos como renta exenta que de debiera deducir para establecerla base gravable del impuesto CREE, que no resulta fundamental ni forzosa para que sea compatible con la Constitución.

#### **4. Salvamento y aclaración de voto**

La magistrada **María Victoria Calle Correa** manifestó su salvamento de voto, por cuanto en su criterio, el cargo de inconstitucionalidad por omisión legislativa formulado contra una expresión normativa del artículo 11 de la Ley 1739 de 2014, adolecía de claridad y certeza. Señaló que la demanda parte de un supuesto incorrecto, cual es el de que la reserva de estabilización y sus rendimientos son un recurso amparado por las mismas garantías de los recursos de la seguridad social, asimilando dos figuras que son diferentes y con base en ello, estableciendo proposiciones inexistentes que no corresponden con la naturaleza que la ley le ha dado a dichos recursos. Advirtió que los recursos del sistema de seguridad social que se encuentran exentos de manera expresa de cualquier gravamen están previstos en el artículo 135 de la Ley 100 de 1993, entre los cuales no están comprendidos la reserva de estabilización y sus rendimientos.

Observó que la demanda descansa en un fundamento errado al asimilar *per se* las reservas de estabilización y sus rendimientos con las reservas matemáticas y sus rendimientos, sin tener en cuenta la distinta naturaleza de esos recursos y por tanto, no serles aplicable las mismas consecuencias tributarias que tienen recursos de naturaleza parafiscal. Por consiguiente, no se cumplía con uno de los presupuestos esenciales para que la Corte pudiera abordar de fondo el cargo por omisión legislativa relativa, de modo que a su juicio, la decisión ha debido ser de inhibición.

Por su parte, el magistrado **Alejandro Linares Cantillo**, aunque comparte la declaración de exequibilidad del aparte demandado del artículo 11 de la Ley 1739 de 2014, presentará una aclaración de fondo en relación con algunos de los fundamentos de esta sentencia.

**LA AUSENCIA DE CLARIDAD, ESPECIFICIDAD Y SUFICIENCIA DEL CARGO FORMULADO POR LA PRESUNTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, IMPIDIERON QUE LA CORTE PUDIERA PROFERIR UN FALLO DE MÉRITO SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL**