

I. EXPEDIENTE D-11678 -SENTENCIA C-308/17 (Mayo 10)
M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

1. Norma acusada

DECRETO 624 DE 1989
(marzo 30)

Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Artículo 126-1. Deducción de contribuciones a fondos de pensiones de jubilación e invalidez y fondos de cesantías. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1607 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:>Para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, son deducibles las contribuciones que efectúen las entidades patrocinadoras o empleadoras, a los fondos de pensiones de jubilación e invalidez y de cesantías. Los aportes del empleador a dichos fondos serán deducibles en la misma vigencia fiscal en que se realicen. Los aportes del empleador a los seguros privados de pensiones y a los fondos de pensiones voluntarias, serán deducibles hasta por tres mil ochocientas (3.800) UVT por empleado.

El monto obligatorio de los aportes que haga el trabajador, el empleador o el partícipe independiente, al fondo de pensiones de jubilación o invalidez, no hará parte de la base para aplicar la retención en la fuente por salarios y será considerado como una renta exenta en el año de su percepción.

Los aportes voluntarios que haga el trabajador, el empleador, o los aportes del partícipe independiente a los seguros privados de pensiones, a los fondos de pensiones voluntarias y obligatorias, administrados por las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, no harán parte de la base para aplicar la retención en la fuente y serán considerados como una renta exenta, hasta una suma que adicionada al valor de los aportes a las Cuentas de Ahorro para el Fomento de la Construcción (AFC) de que trata el artículo 126-4 de este Estatuto y al valor de los aportes obligatorios del trabajador, de que trata el inciso anterior, no exceda del treinta por ciento (30%) del ingreso laboral o ingreso tributario del año, según el caso, y hasta un monto máximo de tres mil ochocientas (3.800) UVT por año.

Los retiros de aportes voluntarios, provenientes de ingresos que se excluyeron de retención en la fuente, que se efectúen al Sistema General de Pensiones, a los seguros privados de pensiones y a los fondos de pensiones voluntarias, administrados por las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, o el pago de rendimientos o pensiones con cargo a tales fondos, implica que el trabajador pierda el beneficio y que se efectúe por parte del respectivo fondo o seguro, la retención inicialmente no realizada en el año de percepción del ingreso y realización del aporte según las normas vigentes en dicho momento, si el retiro del aporte o rendimiento, o el pago de la pensión, se produce sin el cumplimiento de las siguientes condiciones:

Que los aportes, rendimientos o pensiones, sean pagados con cargo a aportes que hayan permanecido por un período mínimo de diez (10) años, en los seguros privados de pensiones y los fondos de pensiones voluntarias, administrados por las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, salvo en el caso del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación y en el caso de muerte o incapacidad que dé derecho a pensión, debidamente certificada de acuerdo con el régimen legal de la seguridad social.

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 compraventa**, que los recursos se destinaron a dicha adquisición.

Se causa retención en la fuente sobre los rendimientos que generen los ahorros en los fondos o seguros de que trata este artículo, de acuerdo con las normas generales de retención en la fuente sobre rendimientos financieros, en el evento de que estos sean retirados sin el cumplimiento de las condiciones antes señaladas. Los aportes a título de cesantía, realizados por los partícipes independientes, serán deducibles de la renta hasta la suma de dos mil quinientas (2.500) UVT, sin que excedan de un doceavo del ingreso gravable del respectivo año.

PARÁGRAFO 1o. Las pensiones que se paguen habiendo cumplido con las condiciones señaladas en el presente artículo y los retiros, parciales o totales, de aportes y rendimientos, que cumplan dichas condiciones, continúan sin gravamen y no integran la base gravable alternativa del Impuesto Mínimo Alternativo Nacional (IMAN).

PARÁGRAFO 2o. Constituye renta líquida para el empleador, la recuperación de las cantidades concedidas en uno o varios años o períodos gravables, como deducción de la renta bruta por aportes voluntarios de este a los fondos o seguros de que trata el presente artículo, así como los rendimientos que se hayan obtenido, cuando no haya lugar al pago de pensiones a cargo de dichos fondos y se restituyan los recursos al empleador.

PARÁGRAFO 3o. Los aportes voluntarios que a 31 de diciembre de 2012 haya efectuado el trabajador, el empleador, o los aportes del partícipe independiente a los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, a los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987, a los seguros privados de pensiones y a los fondos privados de pensiones en general, no harán parte de la base para aplicar la retención en la fuente y serán considerados como un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional, hasta una suma que adicionada al valor de los aportes a las Cuentas de Ahorro para el Fomento de la Construcción (AFC) de que trata el artículo 126-4 de este Estatuto y al valor de los aportes obligatorios del trabajador, de que trata el inciso segundo del presente artículo, no exceda del treinta por ciento (30%) del ingreso laboral o ingreso tributario del año, según el caso. El retiro de los aportes de que trata este párrafo, antes del período mínimo de cinco (5) años de permanencia, contados a partir de su fecha de consignación en los fondos o seguros enumerados en este párrafo, implica que el trabajador pierda el beneficio y se efectúe por parte del respectivo fondo o seguro la retención inicialmente no realizada en el año en que se percibió el ingreso y se realizó el aporte, salvo en el caso de muerte o incapacidad que dé derecho a pensión, debidamente certificada de acuerdo con el régimen legal de la seguridad social; o salvo cuando dichos recursos 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 compraventa**, que los recursos se destinaron a dicha adquisición.

Los retiros y pensiones que cumplan con el periodo de permanencia mínimo exigido o las otras condiciones señaladas en el inciso anterior, mantienen la condición de no gravados y no integran la base gravable alternativa del Impuesto Mínimo Alternativo Nacional (IMAN).

Se causa retención en la fuente sobre los rendimientos que generen los ahorros en los fondos o seguros de que trata este párrafo, de acuerdo con las normas generales de retención en la fuente sobre rendimientos financieros, en el evento de que estos sean retirados sin el cumplimiento de los requisitos señalados en el presente párrafo.

2. Decisión

Declarar la **EXEQUIBILIDAD** de la expresión "*de compraventa*", contenida en el artículo 126.1 del Estatuto Tributario, en el entendido de que la acreditación sobre 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.

3. Síntesis de la providencia

La Corte Constitucional debía resolver en esta oportunidad si la limitación contenida en el artículo 126.1 del Estatuto Tributario, conforme a la cual, en el evento en que la adquisición de vivienda se realice sin financiación, la acreditación ante la respectiva entidad financiera de que los recursos se han destinado a dicha adquisición, solo puede hacerse, con copia de la escritura de compraventa, contrariaba o no los preceptos constitucionales.

Para analizar el cargo, la Corporación encontró, en primer lugar, que para el acceso al beneficio tributario previsto en la disposición acusada, basta con acreditar la adquisición de vivienda, lo cual puede acreditarse mediante cualquier título adquisitivo o traslativo de dominio, y que el ordenamiento jurídico no contempla que la única modalidad contractual sea la compraventa.

Advirtió la Corte que, en ese contexto, la limitación impugnada solo se ajusta a la Constitución, si se entiende que la acreditación allí prevista puede hacerse con una escritura pública en la que conste el título traslativo de dominio, no necesariamente de compraventa. Señaló la Corporación que, si bien es cierto que, como se ha puesto de presente en el proceso, existen otras modalidades contractuales a través de las cuales las personas pueden destinar recursos para vivienda, la condición del beneficio tributario es la de que los mismos se materialicen en la adquisición de vivienda y que exigir acreditar esa condición mediante escritura pública que contenga el título traslativo, para que la correspondiente entidad haga el desembolso sin practicar la retención correspondiente, es una medida que de manera razonable atiende a garantizar la efectiva destinación de los recursos, sin perjuicio de que frente a modalidades en las que la operación de adquisición de vivienda se concreta más tarde, el beneficio pueda hacerse valer ante la Dirección de Impuestos, con la acreditación correspondiente.

Así, argumentó la Sala Plena que la procedencia de la retención respecto de aquellas modalidades contractuales mediante las cuales se efectúa una inversión en proyectos inmobiliarios en cuyo marco solo eventualmente se puede adquirir vivienda, sí es consistente con el objeto de la norma de utilizar el beneficio tributario para incentivar la adquisición de vivienda, ya que en esta hipótesis la adquisición de vivienda constituye un hecho futuro e incierto, y para la administración tributaria resultaría excesivamente gravoso que no se hiciese la retención.

Lo anterior, sin perjuicio de que cuando en el marco de una de estas modalidades contractuales se materialice una adquisición de vivienda a través de un título traslativo de dominio, después de haberse realizado la retención en la fuente por el retiro de los aportes voluntarios a los fondos de pensiones y de cesantías, el contribuyente pueda hacer efectivo el beneficio tributario previsto en el mismo inciso 6 del artículo 126. 1 del Estatuto Tributario, acreditando ante la Administración de Impuestos esa circunstancia.

En consecuencia, la Corte declaró la exequibilidad de las expresiones "*de compraventa*" contenidas en el artículo 126.1 del Estatuto Tributario, pero en el entendido de que la exigencia de orden probatorio se refiere a que la adquisición de la vivienda y la destinación de los aportes voluntarios retirados de los fondos de pensiones y de cesantías debe acreditarse mediante una escritura pública en la que conste el título traslativo de dominio del inmueble.

4. Salvamento y Aclaraciones de voto

El magistrado **Alejandro Linares Cantillo**, salvó parcialmente el voto indicando que en el presente caso, se imponía a la Corte comprender el cargo de inconstitucionalidad formulado en la demanda a partir de la finalidad del artículo 126-1 del Estatuto Tributario. En esta norma, el legislador optó por conceder un beneficio tributario, consistente en mantener como rentas exentas las sumas retiradas correspondientes a aportes voluntarios, con la condición de que se destinaran a la adquisición de vivienda sin financiación. A pesar de tener un fin tan claro, se estableció simultáneamente que la adquisición de la vivienda debía acreditarse a través de una escritura de compraventa, lo que en la práctica impuso la

suscripción de un contrato de compraventa como mecanismo contractual único para el acceso al beneficio.

Al analizar la norma demandada, no es posible identificar un fin determinable para la imposición de una determinada forma contractual para la adquisición de vivienda con el beneficio tributario, menos aun cuando en nuestro ordenamiento se defiende la libertad económica. La capacidad de contratar a través de diferentes mecanismos para hacerse a una vivienda fue ignorada en este caso por el Legislador, quien impuso sin razón alguna, una restricción a la libertad contractual de quienes retiran sus aportes y pretenden adquirir una vivienda.

Lo demandado no solo genera una limitación injustificada de la libertad contractual de los contribuyentes, sino que impone un trato desigual para quienes deberían tener un trato equitativo. Desde el punto de vista del propósito del Legislador al disponer el beneficio tributario –la adquisición de vivienda con el apoyo del Estado–, quien suscribe un contrato de compraventa está en pie de igualdad con otro contribuyente que recurre a otro mecanismo contractual admitido en nuestro ordenamiento, por lo que el Legislador estaba obligado, en este caso, a reconocerles a todos la posibilidad de mantener la exención en materia de renta de los aportes retirados.

Debe destacarse que el aparte normativo analizado establece un mecanismo para probar una circunstancia atada a un beneficio sustancial. En consecuencia, la norma debía interpretarse de acuerdo al principio de primacía de lo sustancial sobre lo procedimental, privilegiando una comprensión que garantizara la realización del propósito de la norma –garantizar la destinación específica de los aportes retirados para la adquisición de vivienda–, por sobre una exigencia formal que atentaba contra su realización, e implicaba el desconocimiento de principios constitucionales como la igualdad y la equidad tributaria.

El magistrado **Antonio José Lizarazo Ocampo**, manifestó que si bien comparte la decisión adoptada por la Sala Plena en el sentido de declarar la exequibilidad condicionada de la expresión "*de compra venta*" contenida en el artículo 126.1 del Estatuto Tributario, en el entendido de que dicha exigencia de orden probatorio para acceder al beneficio tributario por adquisición de vivienda con aportes voluntarios a fondos de pensiones y de cesantías, debía entenderse referido a "*escritura pública en la que conste cualquier título traslativo de dominio del inmueble*", tal condicionamiento resulta insuficiente por cuanto no incluye otras formas de adquisición de vivienda previstas en el ordenamiento jurídico y que no implican la constitución de escritura pública, tales como la adquisición de derechos fiduciarios sobre inmuebles destinados a vivienda.

El magistrado **Iván Humberto Escrucería Mayolo**, anunció una aclaración de voto.