

D-11678

OK

1

Bogotá, 9 de septiembre de 2016

Señores Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
Ciudad



11084: 11:15am

Ref: Acción pública de inexecuibilidad parcial contra el artículo 126-1 del Estatuto Tributario

Respetados Señores Magistrados:

LUIS JAIME SALGAR VEGALARA, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi condición de ciudadano colombiano, me permito acudir a la acción pública de inexecuibilidad descrita en el artículo 241-1 de la Constitución Política para solicitar que se declare la inexecuibilidad parcial del artículo 126-1 del Estatuto Tributario.

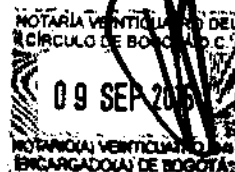
1. Texto de las normas acusadas:

El texto de la norma acusada es el siguiente (se subraya lo acusado):

"ARTICULO 126-1. DEDUCCIÓN DE CONTRIBUCIONES A FONDOS DE PENSIONES DE JUBILACIÓN E INVALIDEZ Y FONDOS DE CESANTIAS. 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 participe 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 participe 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.

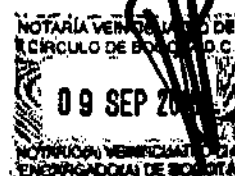
"Los retiros de aportes voluntarios, provenientes de ingresos que se excluyeron de retención en la fuente, que se efectúen al Sistema General de Pensiones, a los seguros privados de pensiones y a los fondos de pensiones voluntarias, administrados por las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera 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



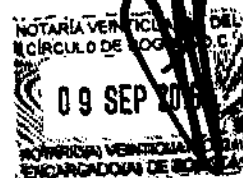
aportes y rendimientos, que cumplan dichas condiciones, continúan sin gravamen y no integran la base gravable alternativa del Impuesto Mínimo Alternativo Nacional (IMAN).

"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 parágrafo, 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 parágrafo, 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 período 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 parágrafo, 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" (en subrayas y negrillas los apartes normativos acusados).

2. Preguntas de constitucionalidad

La presente demanda gira en torno a las siguientes preguntas de constitucionalidad:

- ¿Puede el legislador establecer un beneficio tributario que cobija sólo a algunas personas pero que excluye a otras que se encuentran en idéntica situación fáctica?
- Para el caso de la adquisición de vivienda, ¿es legítimo que dicho beneficio tributario aplique sólo para quienes adquieren inmuebles residenciales existentes en el momento de la transacción a través del contrato de compraventa y excluya a quienes lo hacen a través de otras modalidades contractuales como la transferencia de beneficio de área residencial y la cesión de derechos sobre unidades residenciales?

3. Concepto de la violación

En aras de desarrollar el concepto de la violación se procederá así: La sección 3.1 analiza el contexto normativo en el cual se inscribe el artículo 126-1 del E.T. y explica sus fines. Como se verá, el artículo 126-1 en comento abarca una pluralidad de materias que es menester establecer. La sección 3.2 repasa en las reglas que contempla dicha norma en aras de promover la adquisición de vivienda. La sección 3.3 contiene una identificación preliminar del problema de constitucionalidad que genera el inciso 6° y el párrafo 3° del artículo 126-1 del E.T. La sección 3.4 muestra las razones por las cuales la Sentencia C-748 de 2009 constituye un precedente jurisprudencial aplicable al presente caso y expone los criterios analíticos a los que se acudirá para realizar el respectivo juicio de constitucionalidad. En la sección 3.5 se procede a la formulación de los cargos concretos de inconstitucionalidad contra las expresiones acusadas del artículo 126-1 del E.T. La sección 3.6 versa sobre el tipo de fallo que se solicitará que profiera la H. Corte Constitucional en función de los problemas que exhiben las expresiones materia de la controversia.

Por último, antes de proseguir, es del caso hacer un comentario metodológico. Los párrafos subsiguientes han sido enumerados. De este modo se busca hacer una



correlación más fácil entre los elementos jurisprudenciales que se invocan y los argumentos específicos que se exponen en contra de las expresiones acusadas del artículo 126-1 del E.T. según su actual redacción.

3.1. El contexto normativo en el cual se inscribe la norma parcialmente acusada y los fines que ella persigue

1. El artículo 126-1 del Estatuto Tributario (E.T.) contiene diversas reglas aplicables a las contribuciones que realizan las entidades patrocinadoras o empleadoras a favor de sus empleados a manera de aportes a los fondos de pensiones de jubilación e invalidez y de cesantías.

2. En relación con las entidades patrocinadoras o empleadoras, el artículo 126-1 en comento señala lo siguiente:

- a) Las contribuciones que ellas efectúen a los fondos de pensiones de jubilación e invalidez y de cesantías son deducibles de su respectivo impuesto de renta y complementarios;
- b) Los aportes que ellas realicen a los seguros privados de pensiones y a los fondos de pensiones voluntarias de sus empleados son deducibles igualmente de la renta de dichas entidades pero señala que el tope máximo de la deducibilidad será de tres mil ochocientas (3.800) UVT por empleado.

3. En relación con los empleados (que son los beneficiarios de dichos aportes) la norma contempla lo siguiente:

- a) Los aportes voluntarios de los empleados a los seguros privados de pensiones, a los fondos de pensiones voluntarias y obligatorias, al igual que los aportes que hacen a su favor las entidades empleadoras, son una renta exenta y no causan retenciones siempre que, adicionados a sus aportes obligatorios a sus aportes para cuentas AFC no exceda del treinta por ciento (30%) del ingreso laboral o ingreso tributario del año y hasta un monto máximo de tres mil ochocientas (3.800) UVT por año.
- b) El retiro por parte del empleado de los recursos consignados a su favor por ellos mismos o por su empleador con destino a los fondos de pensiones de

NOTARÍA VEINTICUATRO
CÍRCULO DE BOGOTÁ
09 SEP 2016
NOTARÍA VEINTICUATRO
ENCARGADO DE BOGOTÁ

jubilación e invalidez, de cesantías, de pensiones voluntarias o de seguros privados de pensión lleva a la pérdida de dicho beneficio salvo:

- (i) Que los recursos hayan permanecido en el fondo por un término mínimo de diez años (el artículo 126-1 del E.T. según la redacción que se le había dado con la Ley 448 de 1998 exigía que este término fuera de cinco años); o
- (ii) Que dichos recursos sean utilizados para la adquisición de vivienda, hipótesis de la que se ocupa esta demanda y que se analiza más adelante.

4. Es claro entonces que, en atención a que uno de sus objetivos radica en facilitar la adquisición de vivienda, el artículo 126-1 del E.T. contiene mecanismos específicos a través de los cuales se busca dar desarrollo al mandato previsto en el artículo 51 de la Constitución Política.

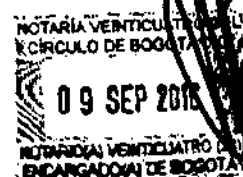
5. La sección siguiente analiza la forma específica en que opera este mecanismo y las reglas que le aplican.

3.2. Las reglas que contempla el artículo 126-1 del E.T. en aras de promover la adquisición de vivienda

6. El inciso 6° del artículo 126-1 del E.T. contiene las reglas que rigen el beneficio tributario en comento, el cual se encamina a facilitar el acceso a la vivienda. Dicha norma dice:

"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".

7. La frase final del inciso primero del párrafo 3° del mismo artículo (también acusado de manera parcial en la presente demanda) presenta un contenido similar de manera que su estudio se hará de manera conjunta.



8. La expresión normativa citada reviste de complejidad debido a la gran cantidad de temas que reúne. En efecto, el aparte normativo citado rige al menos cuatro aspectos, así:

9. Primero, tal como ya se indicó, la norma en comento indica que no están "sometidos a imposición, los retiros de aportes voluntarios que se destinen a la adquisición de vivienda".

10. En otras palabras, la norma citada señala que los aportes realizados por el empleado y/o por su empleador a los fondos de pensiones voluntarias de jubilación e invalidez y de cesantías que posteriormente sean utilizadas para la adquisición de vivienda, no constituyen renta gravable para el titular de tales recursos.

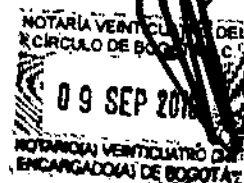
11. Segundo, este beneficio aplica bien que la adquisición de vivienda se ejecute con financiación o sin financiación.

12. Tercero, la norma señala expresamente que cuando se acuda a crédito por parte de entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, la adquisición deberá hacerse "a través de créditos hipotecarios o leasing habitacional".

13. Cuarto, "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".

14. Antes de continuar con el presente estudio es del caso señalar que la expresión citada arriba en negrillas ("**la entidad financiera**") hace referencia a los respectivos fondos de pensiones y cesantías o a las entidades aseguradoras, según el caso (entidades que son materia de inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia) y no a las entidades bancarias. En efecto, sería un completo contrasentido que se obligara al titular del plan pensional o de un seguro privado de pensión a realizar gestiones ante una entidad bancaria con la cual no planea adquirir crédito alguno y que nada tiene que ver con los recursos que conforman su plan pensional de jubilación o invalidez.

15. En estas condiciones, la norma debe ser interpretada de la siguiente manera: "En el evento en que la adquisición de vivienda se realice sin financiación, previamente al retiro, deberá acreditarse ante **[el fondo de pensiones y cesantías o la entidad**



aseguradora correspondiente] con copia de la escritura de compraventa, que los recursos se destinaron a dicha adquisición".

3.3. Identificación preliminar del problema de constitucionalidad que genera el inciso 6° y el párrafo 3° del artículo 126-1 del E.T.

16. Esta sección identifica el problema básico de constitucionalidad que suscita la norma acusada.

17. La norma indica que cuando la adquisición de la vivienda se realice sin financiación, el sujeto interesado deberá acreditar ante el fondo de pensiones y cesantías correspondiente "con copia de la escritura de compraventa, que los recursos se destinaron a dicha adquisición".

18. La norma acude así a una categoría jurídica que resulta ser infra-inclusiva debido a que no cubre a todos los sujetos que se encuentran en situaciones similares de hecho sino que excluye a algunos de los que deberían acceder al beneficio.

19. En efecto, al exigir que se aporte ante el fondo de pensiones y cesantías copia de la escritura de compraventa como requisito para que opere el retiro, el artículo 126-1 limita el beneficio únicamente a quienes, para efectos de adquisición de la vivienda, acuden al contrato de compraventa al tiempo que impide su acceso a quienes pretenden suscribir y eleva a escritura pública otros vehículos jurídicos que permiten este mismo objetivo y cuyos efectos son idénticos, tal como sucede con la transferencia de beneficio de área residencial y la cesión de derechos sobre unidades residenciales.

20. Esta interpretación de la expresión normativa acusada no sólo encuentra sustento en su contenido sino que es también la interpretación acogida por la administración. Por ejemplo, el Decreto 379 del 12 de febrero de 2007, reglamentario del artículo 126-1 del E.T., indica en su artículo 8-3 que los retiros de los aportes voluntarios en fondos privados de pensiones y cesantías antes de que haya transcurrido el término mínimo previsto en la ley serán considerados ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional para el trabajador siempre "que el objeto de la escritura sea exclusivamente la compraventa de vivienda, nueva o usada".

21. En el mismo sentido, Oficio N. 095484 del 29 de septiembre de 2008, la DIAN resolvió el siguiente interrogante: "¿En los casos de compra de vivienda sin

NOTARIA VENTICUATRO
CÍRCULO DE BOGOTÁ
09 SEP 2016
NOTARIA VENTICUATRO (24)
ENCARGADA DE BOGOTÁ

financiación, el título al que se hace la transferencia de dominio de la vivienda deberá ser exclusivamente la compraventa, o caben otros títulos como la permuta, la transferencia de beneficio o la cesión de los derechos, en todo caso con el otorgamiento de la correspondiente escritura?”.

22. La respuesta de la entidad fue la siguiente:

“El artículo 8 del Decreto 379 del 12 de febrero de 2007, consagra en el literal c) del numeral 3 que el objeto de la escritura es exclusivamente la compraventa de vivienda, lo que descarta de plano cualquier otro título” (subrayas fuera de texto).

23. La interpretación literal de la expresión normativa acusada conduce entonces a que los beneficiarios de planes de pensiones voluntarias de jubilación o invalidez o de seguros de pensiones que adquieren vivienda sin financiación a través de figuras contractuales –perfeccionadas en las respectivas escrituras públicas– como la permuta, la transferencia de beneficio o la cesión de los derechos, queden impedidos para retirar de su respectivo fondo de pensiones y cesantías los recursos de los que son titulares o beneficiarios.

24. ¿Es ésta una situación justa? La sección 3.5 responde dicho interrogante. No obstante, para hacerlo, se acude previamente al marco jurisprudencial contenido en la Sentencia C-748 de 2009. Como se verá, las consideraciones que tuvo en cuenta la Corte Constitucional en esta ocasión constituyen un precedente aplicable al presente caso. La sección 3.4 así lo muestra.

3.4. La Sentencia C-748 de 2009 constituye un precedente jurisprudencial aplicable al presente caso

25. En la sección 3.5 de la presente demanda acude a los criterios de decisión expuestos en la Sentencia C-748 de 2009 para la formulación de los cargos concretos de constitucionalidad. La presente sección repara en el contenido de dicha providencia.

26. La Sentencia C-748 de 2009 constituye un precedente directo para los fines de la presente demanda debido a la similitud manifiesta entre la norma analizada en dicho pronunciamiento y la disposición legal acusada en esta oportunidad. Tal como se verá, las dos normas se asemejan en los siguientes aspectos: (i) las dos son

4

RECEIVED
A 24 DE
BOGOTÁ
ELSON FLO
OTARIA 24 DE

NOTARIA VENTICUATRO
CÍRCULO DE BOGOTÁ
09 SEP 2016
NOTARIA VENTICUATRO (24)
ENCARGADA DE BOGOTÁ

disposiciones tributarias; (ii) ambas contienen un beneficio en materia de impuesto a la renta sobre personas naturales; (iii) en los dos casos, el beneficio estaba limitado a un universo específico de sujetos al tiempo que excluía a otros sujetos; (iv) en ambos casos es posible demostrar que los sujetos incluidos en el beneficio y los excluidos, se encuentran, en lo esencial, en una misma situación jurídica; (v) en estas condiciones, tanto los unos como los otros deben ser materia de un tratamiento jurídico igual.

27. Es importante señalar además que, en aras de sustentar su decisión, la Corte acudió en esa ocasión a una amplia recopilación de sus decisiones anteriores. Esta característica lleva a que dicho pronunciamiento sea representativo de la jurisprudencia constitucional así haya sido proferido por una Sala de Conjuces.

28. Se observa además que la Sentencia C-748 de 2009 fue ratificada por la Corte en un reciente fallo de significativa importancia, la Sentencia C-492 de 2015. En este fallo la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse igualmente sobre las características de las rentas de trabajo y sobre los límites que debe atender el legislador cuando las grava. Las consideraciones allí expuestas conservan su validez así los efectos de dicha sentencia hayan sido suspendidos por el Auto 184 de 2016 de la Corte Constitucional.

29. Las subsecciones siguientes contienen una exposición de los criterios de decisión a los que acudió en la Sentencia C-748 de 2009 y que servirán de base para la formulación de los cargos de constitucionalidad contra el artículo 126-1 del E.T.

3.4.1. Características del artículo 206 del E.T. analizado en la Sentencia C-748 de 2009

30. Por medio de la Sentencia C-748 de 2009, la Corte conoció de una demanda contra el numeral 7 del artículo 206 del E.T., relativo a las rentas de trabajo exentas. La norma objeto de la controversia disponía:

"En el caso de los Magistrados de los Tribunales y de sus Fiscales, se considerará como gastos de representación exentos un porcentaje equivalente al cincuenta por ciento (50%) de su salario. Para los Jueces de la República el porcentaje exento será del veinticinco por ciento (25%) sobre su salario".

31. El demandante alegaba que el beneficio tributario contenido en dicha norma era infra-inclusivo pues aplicaba sólo a los Magistrados de los Tribunales "sin incluir expresamente a funcionarios judiciales que cumplen funciones de naturaleza similar, como son los magistrados que integran la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y

NOTARIA VENTICUATRO DEL
CÍRCULO DE BOGOTÁ
09 SEP 2016
NOTARIA VENTICUATRO DEL
CÍRCULO DE BOGOTÁ

Administrativa de los Consejos Seccionales de la Judicatura y los Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes, con lo que se concreta un trato diferenciado injustificado constitucionalmente".

32. Es claro así que el demandante sostenía que la norma acusada era infra-inclusiva dado que no cobijaba por igual a todos los sujetos que se encontraban en una misma situación jurídica.

3.4.2. El principio de igualdad en materia tributaria

33. En la Sentencia C-748 de 2009 la Corte comenzó por analizar el alcance del principio de igualdad en materia tributaria.

34. Según dijo la Sala, *"el derecho constitucional fundamental a la igualdad comporta un mandato de trato igual frente a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, y un mandato de tratamiento desigual que obliga a diferenciar entre situaciones diferentes y a otorgar un trato disímil, siempre que éste resulte razonable y conforme con los valores y principios constitucionales"*.

35. Así pues, *"para precisar si el trato diferente a dos grupos de situaciones o personas trasgrede el derecho a la igualdad es necesario establecer un criterio de comparación, o tertium comparationis, a partir del cual se pueda determinar si aquéllas son iguales o no, criterio que no puede resultar arbitrario, sino que debe ser relevante, en atención a la finalidad que persigue el trato normativo que se analiza"*.

36. Con base en lo anterior, la Corte reiteró que *"la estructura analítica básica del juicio de igualdad puede reseñarse de la siguiente forma: (i) Lo primero que debe advertir el juez constitucional es si, en relación con un criterio de comparación, o tertium comparationis, las situaciones de los sujetos bajo revisión son similares. En caso de que encuentre que son claramente distintas, no procede el test de igualdad; (ii) Si resulta procedente el juicio de igualdad, deberá analizarse la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado que consagra la norma censurada, destacando los fines perseguidos por el trato disímil, los medios empleados para alcanzarlos y la relación entre medios y fines"*.

¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-1258 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1191 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-841 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



37. Finalmente, se insistió en que "según importante jurisprudencia de esta Corporación⁴, las disposiciones tributarias, cuando son acusadas por trasgredir el principio de igualdad, deben ser valoradas con base en el test leve de igualdad, en atención a la amplia potestad de configuración normativa de que goza el legislador en dicha materia y a su estrecha relación con la política económica y presupuestal del Estado, cuyo escrutinio debe realizarse con el mayor cuidado, con el fin de preservar sus principios esenciales y su coherencia macroeconómica".

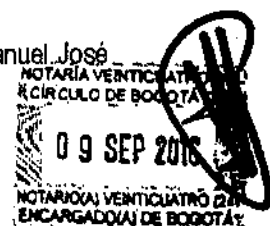
38. Así pues, para los fines de esta demanda, es del caso llamar la atención sobre los siguientes cuatro aspectos a los que se hace referencia en los apartes jurisprudenciales citados. Primero, el tratamiento igual opera frente a supuestos de hecho equivalentes y siempre que no haya razones suficientes que justifiquen el tratamiento diferente. Segundo, la igualdad es un concepto relacional que se determina al amparo de un criterio de comparación que permita cotejar la situación de dos o más personas en relación con un aspecto relevante. Tercero, una vez establecido el término de comparación, corresponde analizar si el tratamiento (diferente en situaciones de igualdad o igual en situaciones diferentes) es razonable, proporcionado, adecuado e idóneo. Cuarto, los cargos contra una norma legal en materia de beneficios tributarios deben ser analizados bajo los parámetros del test leve.

3.4.3. La equidad en materia tributaria

39. En materia de equidad, la Corte comenzó por advertir en la Sentencia C-748 de 2009 lo siguiente: "En los artículos 95 y 363 de la Carta Política se consagra el principio de equidad como pilar sobre el cual se erigen, de un lado, el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado y, de otro, el sistema tributario".

40. A continuación, señaló que "el principio de equidad tributaria, establecido en las normas constitucionales referidas, comporta la manifestación del derecho fundamental de igualdad en esa materia, de suerte que proscribe toda formulación legal que implique tratamientos tributarios diferenciados injustificados, tanto por desconocer el mandato de igual regulación legal cuando no hay razones para un tratamiento

⁴ Ver, entre otras, Sentencias C-327 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-1074 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-426 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



desigual, como por desconocer el mandato de regulación diferenciada cuando no hay razones para un tratamiento igual⁵.

41. Lo anterior, se explicó, no impide que *"en consideración de circunstancias particulares de orden fiscal o extrafiscal, el legislador establezca algunos beneficios, siempre que ellos se encuentren debidamente justificados⁶",* lo cual implica que *"el legislador no puede establecer un trato diferente a dos grupos determinados, cuando tal medida no se adecua a ningún propósito constitucional o legal⁷".* Por ello, se observa que *"la afectación de la igualdad traspasa el umbral de la normalidad cuando tal beneficio se niega a un contribuyente que se encuentra en la misma situación formal que la de los destinatarios de la norma fiscal favorable⁸".*

42. En conclusión, se tiene que, según la Corte, los beneficios tributarios son legítimos siempre que (i) persigan un propósito constitucional o legal; y (ii) que cobije de manera equilibrada a todos aquellos quienes están en una misma situación.

3.4.4. Comentarios específicos en materia de exenciones tributarias

43. En materia específica de beneficios tributarios, la Sala que su otorgamiento, que *"no obstante el amplio margen de configuración normativa de que goza el legislador sobre la materia, no queda librado simplemente a su opción política, sino que debe atender a una valoración específica de la justicia tributaria y demás principios que sustentan la política fiscal⁹".* Por ello mismo, es claro que las exenciones tributarias deben obedecer *"criterios de equidad, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y progresividad¹⁰".*

44. La Corte reiteró también que *"las exenciones tributarias no son un fin para el Estado ni para el sujeto pasivo de la obligación fiscal, sino que se trata de un instrumentos de estímulo tributario que puede estar orientado hacia diferentes propósitos tales como (i) la recuperación y desarrollo de áreas geográficas deprimidas por desastres naturales o provocados por el hombre, (ii) el fortalecimiento patrimonial de las empresas que ofrecen bienes o servicios de gran sensibilidad social, (iii) el incremento de la inversión en sectores vinculados a la generación de empleo masivo,*

⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-643 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

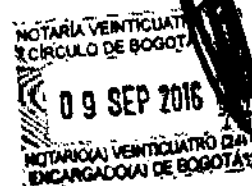
⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-804 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-734 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1107 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1060A de 2001, M.P. Lucy Cruz de Quiñones.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-709 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.



(iv) la protección de ciertos ingresos laborales y de las prestaciones de la seguridad social, así como (v) una mejor redistribución de la renta global¹¹.

45. Estas consideraciones se suman a las expuestas en la sección 3.4.2 en el sentido de que el ámbito de configuración del que disfruta el legislador en materia tributaria exige que haya una adecuada valoración de la justicia tributaria y demás principios que sustentan la respectiva política fiscal y que la misma obedezca criterios de equidad, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y progresividad.

3.4.5. El juicio de constitucionalidad del artículo 206 (parcial) del E.T.

46. La Corte procedió en la Sentencia C-748 de 2009 al estudio de constitucionalidad del artículo 206 del E.T. al amparo de las consideraciones resumidas en las secciones anteriores.

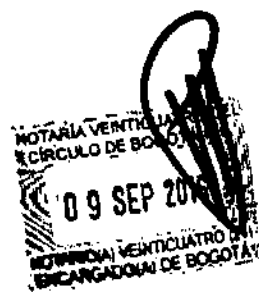
3.4.5.1. Identificación del criterio de comparación (tertium comparationis) requerido para el análisis de constitucionalidad del artículo 206 del E.T.

47. En la Sentencia C-748 de 2009, la Sala comenzó por determinar si la situación jurídica de los magistrados de los tribunales era similar, para los fines de la norma acusada, a la situación de los magistrados auxiliares de las Altas Cortes.

48. Para resolver este interrogante, la Sala advirtió que *"en principio, no resulta procedente la comparación de prestaciones entre regímenes jurídicos diferentes por lo que, en el caso de que los sujetos objeto de comparación se encuentren sometidos a regímenes jurídicos disímiles, no sería posible adelantar el juicio de igualdad, en atención a que la coexistencia de estatutos jurídicos que regulen diversos aspectos de la relación laboral no puede considerarse, por la sola circunstancia de su naturaleza disímil, violatoria del principio de igualdad"*.

49. Hecha esta consideración, la Sala reconoció que, prima facie, la situación jurídica de los magistrados de los tribunales era diferente a la de los magistrados auxiliares de las Altas Cortes. En efecto, *"tanto los magistrados de tribunal como los magistrados de los consejos seccionales de la judicatura son funcionarios judiciales, mientras que los magistrados auxiliares de las Altas Cortes son empleados judiciales"*.

¹¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1107 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.



50. Así pues, se dijo, "resulta evidente que los funcionarios públicos mencionados se encuentran sometidos a regímenes jurídicos diferentes, por lo que, preliminarmente, no es posible adelantar un juicio de igualdad".

51. No obstante, la Corte estableció que "el ordenamiento jurídico nacional ha determinado que los magistrados auxiliares de las Altas Cortes y los magistrados de los consejos seccionales de la judicatura comparten el mismo régimen salarial y prestacional de que son titulares los magistrados de tribunal, de suerte que en tales materias se encuentran sometidos a un mismo estatuto jurídico, con lo que gozan de elementos comunes que los ubican en una situación similar desde el punto de vista del régimen salarial y prestacional, que para efectos del presente control de constitucionalidad se erige en criterio de comparación o *tertium comparationis*".

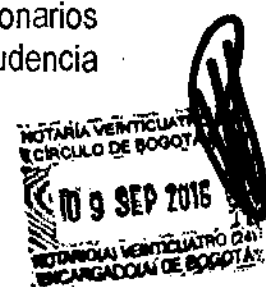
52. Más adelante, en esa oportunidad la Sala reiteró: "Como quiera que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la exención tributaria consagrada en la norma acusada hace parte del régimen salarial de sus beneficiarios, es dado concluir que dicho régimen es un criterio de comparación relevante con base en el cual puede adelantarse el juicio de igualdad".

53. Para efectos de la presente demanda, es del caso señalar que el término de comparación (*tertium comparationis*) está dado por un elemento que permita comparar dos grupos de personas en algún aspecto constitucionalmente relevante. En el caso de la Sentencia C-748 de 2009, el término de comparación estuvo representado no sólo por un cierto beneficio tributario sino por el hecho de que este beneficio hiciere parte del régimen salarial de sus beneficiarios.

3.4.5.2. *Análisis de equidad del beneficio tributario previsto en el artículo 206 del E.T. y revelación de las razones por las cuales dicha norma desconoce este principio constitucional*

54. El análisis de equidad del artículo 206 del E.T. adelantado en la Sentencia C-748 de 2009 se realizó a la luz de la equidad vertical del beneficio bajo estudio y a la luz de su equidad horizontal.

55. En relación con la equidad vertical, la Corte afirmó que el beneficio previsto en el artículo 206 en comento era razonable pues se trataba de un mecanismo encaminado a mejorar las condiciones laborales y la remuneración efectiva de los funcionarios judiciales cobijados por la medida. Para el efecto, la Corte reiteró la jurisprudencia



establecida en la Sentencia C-250 de 2003 en la cual se indicó que "la retribución económica de quien se vincula a la función judicial, no solamente se establece en razón de las consideraciones objetivas y subjetivas derivadas del cargo, tales como funciones, responsabilidades, requisitos de formación y experiencia, etc., sino que, además, responde a la necesidad de asegurar para el funcionario judicial una posición en la sociedad acorde con su autoridad y la dignidad que ostenta. Ese componente adicional, infortunadamente, en nuestro país, también obedece a la consideración del riesgo especial que comporta el ejercicio de la función judicial".

56. Se observa así que la razón que invocó la Corte para declarar la legitimidad del beneficio tributario consagrado en el artículo 206 del E.T. consistió en la necesidad de proteger la función jurisdiccional a través del mejoramiento de las condiciones laborales de los funcionarios que la ejercen.

57. En relación con la equidad horizontal, la Corte comenzó por manifestar que "el establecimiento de exenciones tributarias, en la medida en que sólo comprenden a un grupo de contribuyentes actuales o potenciales, de cierta forma afecta el principio de igualdad. Sin embargo, la afectación de la igualdad supera el umbral de la normalidad cuando el beneficio fiscal se niega a un contribuyente que se encuentra en la misma situación formal que la de los destinatarios de la norma que consagra la exención tributaria".

58. La Sala sostuvo que "indistintamente del carácter disímil de la naturaleza jurídica de la vinculación de los funcionarios judiciales objeto de comparación, lo cierto es que el legislador ha decidido equiparlos en lo que atañe a los derechos y prerrogativas propias del régimen salarial y prestacional, de manera que la eventual divergencia en algunos aspectos de su relación con el Estado en el ejercicio de las funciones públicas de su competencia, no puede incidir en el goce efectivo del plexo de garantías que le ha otorgado el ordenamiento jurídico vigente" (subrayas fuera de texto).

59. Finalmente, en la Sentencia C-748 de 2009 se concluyó que "el trato diferenciado establecido entre los magistrados de los tribunales y los magistrados auxiliares de las Altas Cortes y los magistrados auxiliares de los consejos seccionales de la judicatura, respecto de la exención establecida en el inciso tercero del numeral 7 del artículo 206 del estatuto tributario, no está constitucionalmente justificado y en consecuencia vulnera los principios de igualdad y de equidad tributaria".



60. Para los fines de la presente demanda, es del caso resaltar el llamado que se hace en la Sentencia en el sentido de que eventuales diferencias de formalidad jurídica –en este caso, la modalidad de vinculación con el Estado–, no podían erosionar el goce efectivo de las garantías reconocidas en el ordenamiento jurídico vigente.

3.4.5.3. *Modulación de los efectos de la sentencia*

61. En la parte final de la Sentencia en comento, la Corte indica que las consideraciones expuestas evidencian que *“no existe justificación razonable para el trato diferenciado que la norma censurada introduce en contra de los magistrados auxiliares de las altas cortes y los magistrados de los consejos seccionales de la judicatura”*, circunstancia que no necesariamente conduce a que se declare la inexequibilidad de la expresión normativa acusada.

62. Por ello mismo, corresponde acudir a *“una sentencia aditiva, que se caracteriza por producir una extensión o ampliación del contenido normativo examinado, sin el cual la disposición que se revisa resultaría contraria a la Constitución Política¹², decisión que como ha aclarado la Corte, no atiende a un impulso político autónomo del juez constitucional, sino que responde a la necesidad de integrar el ordenamiento jurídico de suerte que el mismo resulte, en cada caso, acorde con los mandatos superiores^{13”}.*

63. De este modo, *“para efectos de conciliar la necesidad de reparar la violación de los principios de igualdad y equidad tributaria que comporta la norma demandada con los principios de efectividad y conservación del derecho, se adoptará una decisión que incluya las categorías de sujetos jurídicos inicialmente no contemplados por la disposición acusada y que, como ha sido demostrada, se encuentran en las mismas condiciones fácticas y jurídicas que los beneficiarios de la exención tributaria, sin que existan argumentos razonables e idóneos que justifiquen el trato diferenciado”*.

64. Estas consideraciones, llevaron a la Corte a declarar exequible el inciso 3 del numeral 7 del artículo 206 del Estatuto Tributario *“en el entendido que la exención allí prevista se extiende también a los magistrados auxiliares de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura y a los magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura”*.

¹² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1230 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-688 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



65. Es claro así que la jurisprudencia constitucional ha reconocido ya la efectividad de decisiones aditivas en materia de beneficios tributarios y las ha proferido cuando ha constatado que las respectivas normas legales persiguen objetivos legítimos pero no incluyen a la totalidad de sujetos que deberían incluir. La figura de las sentencias aditivas permite la *"extensión o ampliación del contenido normativo examinado, sin el cual la disposición que se revisa resultaría contraria a la Constitución Política"*.

3.5. Formulación de los cargos concretos de inconstitucionalidad contra el artículo 126-1 (parcial) del E.T.

66. La presente sección desarrolla los cargos concretos de constitucionalidad contra el artículo 126-1 (parcial) del E.T. Para el efecto, se mostrará que el artículo 126-1 del E.T. es similar en lo esencial al artículo 206 del E.T. de manera que hay razones objetivas para solicitar que se le apliquen los criterios analíticos contenidos en la Sentencia C-748 de 2009 y que, por ende, se declare su exequibilidad condicionada. Luego se procederá al estudio del tratamiento diferencial al que da lugar la norma parcialmente acusada y se mostrará que dicho tratamiento es injusto e irracional. Finalmente, se harán algunos comentarios de cierre acerca de otros principios constitucionales que también se ven desconocidos por lo previsto en las expresiones objeto de la demanda.

3.5.1. *El artículo 126-1 del E.T. es similar en lo esencial al artículo 206 del E.T. declarado constitucional condicionado en la Sentencia C-748 de 2009*

67. Las secciones 3.1 y 3.2 de la presente demanda contienen una descripción detallada del artículo 126-1 del E.T. y explican los aspectos que cubre esta norma.

68. Para los fines de esta demanda es del caso reiterar que dicha norma señala que los recursos depositados a nombre de los empleados en los fondos de pensiones voluntarias y en los seguros privados de pensiones, son deducibles de renta para el titular de los mismos siempre que tales recursos permanezcan en la respectiva entidad por un mínimo de 10 años (o de 5 años siempre que los aportes se hubieren hecho antes del 31 de diciembre de 2012).

69. El artículo 126-1 señala además que, sin perjuicio de lo anterior, el beneficio se conservará si el titular retira los recursos para la adquisición de vivienda. Para tal efecto, la señala (i) que este beneficio aplica bien que la adquisición de vivienda se

NOTARIA VENTICUATRO
CÍRCULO DE BOGOTÁ
09 SEP 2018
NOTARIA VENTICUATRO (2018)
CÍRCULO DE BOGOTÁ

ejecute con financiación o sin financiación; (ii) que la financiación deberá ser otorgada por entidades vigilaras a través de créditos hipotecarios o de leasing; y (iii) que cuando la adquisición de haga sin financiación previamente al retiro, deberá acreditarse ante la entidad aseguradora o el fondo de pensiones y cesantías, con copia de la escritura de compraventa, que los recursos se destinaron a dicha adquisición.

70. La similitud que hay entre el artículo 206 del E.T. analizado por la Corte en la Sentencia C-948 de 2009, y el artículo 126-1 del E.T., acusado en esta oportunidad, consiste en que ambas disposiciones contienen un beneficio tributario que se otorga a un determinado universo de personas pero que se niega a otras. ¿Es razonable el criterio de inclusión y exclusión elegido por el artículo 126-1?

71. Vale la pena recordar que el artículo 206 establecía un beneficio específico a favor de "los Magistrados de los Tribunales y de sus Fiscales" de manera que dejaba por fuera a los Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes.

72. La Corte estimó que esta diferenciación era ilegítima, de manera que, a través de una sentencia aditiva, resolvió extender el alcance de la norma a otros sujetos (los Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes) que inicialmente no estaban cobijados pero que debían estarlo.

73. Por su parte, artículo 126-1 contiene un beneficio a favor de los titulares de planes de seguros privados de pensiones o de pensiones voluntarias que acudan a estos recursos para la adquisición de vivienda siempre que acudan a financiación o que la adquieran a través de contratos de compraventa. La norma excluye del beneficio a quienes usan los recursos mencionados para la adquisición de vivienda pero que acuden a otras modalidades de contrato (v.gr. la permuta, la transferencia de beneficio o la cesión de los derechos).

74. En conclusión, se tiene que dada la similitud que hay entre el artículo 206 del E.T. (declarado exequible condicionado por la Corte Constitucional en Sentencia C-748 de 2009) y el artículo 126-1 del E.T. acusado en la demanda de la referencia, se solicitará de manera respetuosa a dicha Corporación que aplique el precedente mencionado pues la diferencia de trato que contempla el artículo 126-1 del E.T. es tan ilegítima como la que contenía el artículo 206 del mismo código.



3.5.2. Identificación del criterio de comparación (*tertium comparationis*) requerido para el análisis de constitucionalidad del artículo 126-1 del E.T.

75. En 3.4.2 se puso de presente que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el principio de igualdad obliga a que haya un tratamiento igual frente a supuestos de hecho equivalentes y siempre que no haya razones suficientes que justifiquen el tratamiento diferente. Ahora bien, en tanto que concepto relacional, la igualdad exige que haya un criterio de comparación (cfr. § 35) que permita cotejar la situación de dos o más personas en relación con un aspecto relevante. Esta característica de la igualdad obliga a identificar un término de comparación que permita analizar si el tratamiento (diferente en situaciones de igualdad o igual en situaciones diferentes) es razonable, proporcionado, adecuado e idóneo.

76. En esta oportunidad, el término de comparación está representado por el beneficio tributario que el artículo 126-1 del E.T. reconoce a favor de los titulares de planes voluntarios de pensión de jubilación y de seguros pensionales que utilizan los respectivos recursos para la adquisición de vivienda.

77. Este término de comparación es válido por tres razones diferentes. Primero, porque ese es el hecho relevante. En efecto, la redacción de la disposición normativa demandada conduce a que haya dos grupos de personas claramente diferenciados, a saber, (i) las personas que desean adquirir vivienda y que puede acceder al beneficio tributario que dicha norma concede a favor de los titulares planes de pensión voluntaria o de seguros privados de pensiones; y (ii) las personas que quieren adquirir vivienda pero que quedan excluidos del beneficio tributario que dicha norma concede a favor de los titulares de planes de pensión voluntaria o de seguros privados de pensiones. Vale la pena anticipar que no existe razón alguna que justifique dicho tratamiento diferencial (cfr. § 38, aspecto primero).

78. Segundo, porque dicho término de comparación tiene una relevancia constitucional específica (cfr. § 38, aspecto segundo). En efecto, la norma parcialmente acusada no se limita a consagrar un cierto beneficio tributario sino que es una disposición que, de manera más amplia, reglamenta aspectos específicos del régimen de protección de las rentas laborales. Los recursos que hay a favor de los empleados en los fondos de pensiones voluntarias o en los planes de seguros privados de pensión son recursos que se originan en una relación laboral y que gozan del régimen de protección que promueven los artículos 25 y 48 de la Carta Política.

NOTARIA VENTICUATRO
CÍRCULO DE BOGOTÁ
10 9 SEP 2016
NOTARIA VENTICUATRO (141)
ENCARGADOS DE BOGOTÁ

79. Tercero, porque el beneficio que contempla el artículo 126-1 del E.T. es un instrumento que promueve la adquisición de vivienda, el cual es igualmente un objetivo expresamente previsto en el artículo 51 Superior. Establecer que habrá, de un lado, un universo de empleados beneficiarios de un seguro privado de pensión o de una plan de pensión voluntaria que sí pueden acceder a un beneficio tributario para facilitarles la adquisición de vivienda y, de otro lado, un universo de empleados beneficiarios de un seguro privado de pensión o de una plan de pensión voluntaria que no pueden acceder a ese mismo beneficio para la adquisición de su vivienda, no es razonable ni proporcionado (cfr. § 38, aspecto tercero).

80. En conclusión, se observa que el *tertium comparationis* a partir del cual se analizarán los apartes acusados del artículo 126-1 del E.T. esta dado por el alcance del régimen de protección de las rentas laborales y su aplicación en materia de los beneficios que el ordenamiento jurídico contempla a favor de los titulares de seguros privados de pensiones o de planes de pensión voluntaria. El alcance del derecho a la adquisición de vivienda es también un factor relevante.

3.5.3. El criterio de equidad vertical que justifica el beneficio contenido en el artículo 126-1 del E.T.

81. En la Sentencia C-748 de 2009 la Corte indicó que el beneficio previsto en el artículo 206 del E.T. se encontraba plenamente justificado pues se trataba de un mecanismo previsto por el legislador a través se buscaba mejorar las condiciones laborales de los Magistrados de los Tribunales –y de las Altas Cortes- en razón de las exigencias y responsabilidades de sus cargos, y de los riesgos personales en los que incurrieran por ejercer las respectivas funciones (cfr. § 55).

82. ¿Cuáles son entonces las razones que justifican la legitimidad del beneficio contenido en el artículo 126-1 del E.T. materia de análisis constitucional en la presente demanda? Hay al menos cuatro razones que justifican este tratamiento tributario especial.

83. Primera, tal como se acaba de mostrar, el beneficio en comento aplica a rentas laborales. Se trata, por tanto, de recursos protegidos al amparo de los principios generales del derecho fundamental al trabajo, consagrado en el artículo 25 de la Carta. Uno de estos principios es la igualdad de los ingresos laborales.

NOTARIA VENTICUATRO DE BOGOTÁ, D.C.
LOREZ
A. E. DE

NOTARIA VENTICUATRO DE BOGOTÁ, D.C.
CÍRCULO DE BOGOTÁ, D.C.
09 SEP 2011
NOTARIA VENTICUATRO DE BOGOTÁ, D.C.
ENCARGADA DE BOGOTÁ

84. Segunda, se trata de un tratamiento tributario especial que *prima facie* cubre por igual a todos los empleados (al menos, a todos aquellos que son responsables del pago de impuesto a la renta) pues permite que cualquier persona vinculada por un contrato laboral goce de un plan de pensión voluntaria o de un seguro privado de pensión.

85. Tercera, este beneficio es una figura incorporada por el legislador para facilitar la adquisición de vivienda. Se trata, por tanto, de un mecanismo que concurre a la realización de un propósito consagrado de manera expresa en el artículo 51 Superior.

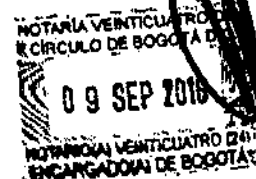
86. Cuarta, esta figura busca incentivar, al menos parcialmente, la construcción. Ello obedece a que la norma contempla la adquisición de vivienda nueva como una de las figuras que permite el retiro anticipado de los recursos depositados en los fondos de pensiones de jubilación e invalidez y en los de cesantías. No se olvide, por lo demás, que la construcción es una actividad que tradicionalmente ha tenido un valor estratégico en el ordenamiento jurídico nacional. La adopción de la UPAC a mediados de la década de los setenta, los fallos que profirió la Corte a finales de la década de los noventa y la implementación de un nuevo régimen de financiación de vivienda, son pruebas de ello.

87. En conclusión, hay varias razones poderosas que explican la consagración del beneficio tributario previsto en el artículo 126-1 del E.T. y que legitiman su consagración por el legislador.

3.5.4. Identificación de las razones por las cuales el artículo 126-1 del E.T. desconoce el principio de equidad tributaria

88. Esta sección recoge los argumentos que se han expuesto a lo largo del presente documento y que conducen a la exposición de las razones que permiten demostrar que el artículo 126-1 del E.T. contiene una disposición normativa que contraviene el principio de equidad tributaria.

89. Es menester así insistir en que el *tertium comparationis* aplicable al análisis del artículo 126-1 del E.T. está dado por el alcance del régimen de protección de las rentas laborales y su aplicación en materia de los beneficios que el ordenamiento



jurídico contempla a favor de los titulares de seguros privados de pensiones o de planes de pensión voluntaria.

90. En estas condiciones, corresponde determinar a quiénes cubre la expresión normativa acusada y a quiénes excluye.

91. En la sección 3.1 se mostró que el artículo 126-1 establece que los aportes del empleador y/o del empleado a los fondos de pensiones voluntarias y/o a los seguros privados de pensión son una renta exenta y no causan retenciones siempre que no exceda del treinta por ciento (30%) del ingreso laboral o ingreso tributario del año y hasta un monto máximo de tres mil ochocientas (3.800) UVT por año.

92. Señala también que el retiro por parte del empleado de dichos recursos lleva a la pérdida del beneficio bajo estudio salvo que (a) hayan permanecido en el fondo por un término mínimo de diez años (el artículo 126-1 del E.T. según la redacción que se le había dado con la Ley 448 de 1998 exigía que este término fuera de cinco años) o (b) que dichos recursos se utilicen para la adquisición de vivienda.

93. Finalmente, en el inciso 6°, el artículo 126-1 contiene la regla específica objeto de la controversia (regla que se repite en el parágrafo 3°), a saber:

"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".

94. La expresión normativa acusada conduce así a que haya dos universos diferentes, a saber, (i) el universo de las personas incluidas en el beneficio que promueve el artículo 126-1 del E.T. y (ii) el universo de las personas excluidas del beneficio que promueve el artículo 126-1 del E.T.

3.5.4.1. Los sujetos incluidos en el beneficio que promueve la norma en comento

NOTARIA VENTICUATRO
CÍRCULO DE BOGOTÁ
09 SEP 2016
NOTARIO VENTICUATRO
ENCARGADO DE BOGOTÁ

95. La interpretación literal del artículo 126-1 del E.T. evidencia que el beneficio tributario que contempla esta norma cubre a las siguientes personas, todas beneficiarias de planes de pensión voluntaria o de seguros privados de pensiones:

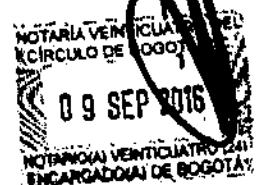
- (i) A las personas que solicitan el retiro anticipado de los recursos respectivos para la adquisición de vivienda financiada, independientemente de que la adquisición se realice a través del contrato de compraventa o de otras modalidades contractuales tales como la transferencia de beneficio o la cesión de los derechos. La norma exige que la entidad financiera sea alguna de las vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC). Exige además que la financiación se haga a través del crédito hipotecario o del leasing habitacional.

Es del caso comentar que la designación que hace la norma de estas dos modalidades de financiación es razonable pues estos dos instrumentos, el crédito hipotecario y el leasing, son los que contempla el ordenamiento jurídico para financiar la adquisición de vivienda. En efecto, la Ley 546 de 1999 regula el crédito hipotecario la Ley 795 de 2003 regula el leasing habitacional.

La compraventa de vivienda, la transferencia de beneficio de área residencial y la cesión de derechos sobre unidades residenciales en construcción son, pues, modalidades de contrato compatibles con el crédito hipotecario y con del leasing habitacional. En otras palabras, la compraventa de vivienda, la transferencia de beneficio de área residencial y la cesión de derechos pueden ser financiadas a través de las figuras del crédito hipotecario o del leasing habitacional.

- (ii) A las personas que solicitan el retiro anticipado de los recursos respectivos para la adquisición de vivienda sin financiación siempre que dicha adquisición se realice a través exclusivamente del contrato de compraventa.

En esos casos, la norma dispone que el titular debe celebrar primero la compraventa y una vez que ha ejecutado este paso, debe acudir al respectivo fondo de pensiones para radicar la copia de la escritura que da cuenta de dicha transacción en aras de poder obtener la devolución de los recursos correspondientes a su seguro privado de pensiones o a su plan de pensión voluntaria.



3.5.4.2. *Los sujetos que la expresión normativa acusada excluye del beneficio que consagra el artículo 126-1 del E.T. El análisis en concreto de la inequidad que comporta la norma*

96. El beneficio tributario previsto en el artículo 126-1 del E.T. no cubre a los beneficiarios de planes de pensión voluntaria o de seguros privados de pensiones que reúnan las siguientes tres características:

- (i) Que desean hacer retiros anticipados de los respectivos recursos;
- (ii) Que no requieren de ningún servicio financiero;
- (iii) Que proceden a la adquisición de la vivienda a través de contratos distintos a la compraventa, v.gr. el leasing habitacional, la transferencia de beneficio de área residencial y la cesión de derechos sobre unidades de vivienda.

97. ¿Es esa una situación justa, compatible con el principio de equidad horizontal en materia tributaria? Evidentemente no. La modalidad de contrato al cual acuda el titular de un seguro privado de pensiones o de un plan de pensión voluntaria es totalmente irrelevante en relación con las razones que justifican la existencia del beneficio en comento y con los fines que éste persigue.

98. Tal como se indicó en la sección 3.5.3., el beneficio previsto en el artículo 126-1 del E.T. (i) aplica a rentas laborales luego queda amparado por los principios generales del derecho fundamental al trabajo, consagrado en el artículo 25 de la Carta; (ii) es un beneficio al cual puede tener acceso cualquier empleado pues la posibilidad de contar con un seguro privado de pensiones o con un plan de pensión voluntaria está abierta para todos; (iii) dicho beneficio promueve un fin consagrado de manera expresa en el artículo 51 Superior que es el de la adquisición de vivienda; y (iv) se trata de una figura que busca incentivar la construcción de vivienda así este incentivo sea de manera indirecta.

99. La modalidad contractual específica a la cual acuda el titular de un plan de pensión voluntaria o de un seguro privado de pensiones, nada tiene que ver ninguno de estos aspectos. En otras palabras, la protección de las rentas laborales, el derecho tienen todos los empleados de contar con un plan de pensión voluntaria o con un seguro privado de pensiones, el derecho de acceder a vivienda y la posibilidad de

incentivar la construcción son objetivos que se satisfacen bien que la adquisición de la vivienda se surta a través de un contrato de compraventa o de cualquier otra modalidad contractual similar, tal como sucede con la transferencia de beneficio o la cesión de los derechos.

100. La restricción en comento es tan absurda que el titular de un seguro privado de pensiones o de un plan de pensión voluntaria que requiera de financiación, sí puede acudir a la transferencia de beneficio o la cesión de los derechos. En efecto, basta con que la entidad crediticia realice un contrato de crédito hipotecario (independientemente de que la adquisición se haga por vía de compraventa, transferencia de beneficio, cesión de los derechos) o incluso que suscriba un contrato de leasing habitacional, figura que no necesariamente lleva a la transferencia del dominio del activo a favor del titular.

101. La restricción que impone el artículo 126-1 del E.T. a los titulares de un seguro privado de pensiones o de un plan de pensión voluntaria que deseen disponer de esos recursos para la adquisición de vivienda y que no requieran para ello de financiación, constituye así un capricho manifiesto y una violación de las garantías tributarias básicas.

102. La expresión normativa en comento viola por tanto, según su redacción actual, los artículos 13, 95-9 y 363 de la Carta Política pues no garantiza condiciones de igualdad, de justicia ni de equidad tributaria. Viola también el artículo 51 Superior pues impide que las personas que reúnen las características descritas accedan a vivienda.

103. En estas condiciones, es de suyo que la expresión normativa acusada no supera siquiera el test leve de racionalidad (cfr. § 38, aspecto cuarto). En efecto, en la esfera de la adquisición de vivienda sin financiación, ¿qué finalidad se busca cuando se indica que el beneficio tributario bajo estudio sólo procede para quienes la adquieren por vía de contrato de compraventa y no para quienes la adquieren a través de otras figuras como la transferencia de beneficio de área residencial o la cesión de derechos sobre unidades de vivienda? Como puede verse, no es posible establecer cuál es el objetivo que persiguen las expresiones acusadas.

104. Es claro, por lo demás, que la ley no puede contener prescripciones tan caprichosas que no resulta posible establecer qué fin persiguen.

105. El medio que configura la norma para alcanzar ese fin imposible de establecer es igualmente violatorio de la Carta Política: otorgar un beneficio tributario a favor de un grupo de personas que han de adquirir vivienda y negarlo a otras que también procuran adquirir vivienda, es decir, que están en idéntica situación respecto de lo esencial (cfr. § 97 y § 98).

106. Por último, es claro que el análisis de la relación entre medio y fin es imposible dada la imposibilidad de establecer cuál es el objetivo perseguido por las disposiciones normativas acusadas.

3.5.5. Comentarios adicionales relacionados con el principio de la buena fe (art. 83 de la C.P.)

107. Esta sección contiene una serie de reflexiones de naturaleza práctica encaminadas a desarrollar las razones que demuestran que la expresión normativa acusada viola el principio de la buena fe, el principio de eficiencia de la función administrativa y el principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal.

108. Tal como se ha señalado ya, la expresión normativa acusada obliga a que los titulares de seguros privados de pensiones o de planes de pensión voluntaria que desean hacer retiros anticipados de los respectivos recursos y que no requieren de ningún servicio financiero, acudan exclusivamente al contrato de compraventa al tiempo que les impide acudir a otras figuras jurídicas reconocidas en el ordenamiento jurídico como la transferencia de beneficio de área residencial o la cesión de derechos sobre unidades de vivienda.

109. La transferencia de beneficio o la cesión de derechos son modalidades de contrato que el ordenamiento jurídico reconoce y que permiten la transferencia de la propiedad de activos residenciales de la misma manera que sucede con la figura de la compraventa.

110. La expresión normativa acusada viola así el **principio de la buena fe** porque desconoce las expectativas legítimas de la persona que ha acudido a su seguro privado de pensiones o a su plan de pensión voluntaria para adquirir una vivienda mediante una modalidad de contrato distinto a la compraventa y más adelante, cuando ya han adquirido el inmueble a través de una figura diferente a la compraventa, descubren que la entidad aseguradora o el fondo de pensiones

correspondiente se niega a hacer el desembolso de los recursos o procede a hacerlo una vez practicada la retención de la parte que debería quedar exenta.

111. Sucede así con frecuencia cuando la persona adquiere derechos sobre unidades de vivienda. Esta figura es bastante usual en los casos de nuevos desarrollos inmobiliarios sujetos al régimen de propiedad horizontal pues las respectivas unidades no se individualizan sino cuando se transfieren a sus adquirentes.

112. Antes de que ello suceda, las unidades no tienen una entidad jurídica autónoma luego no es posible proceder a su adquisición, de manera directa e inmediata, a través de la figura de la compraventa.

113. De este modo, se observa que en no pocos casos, los beneficiarios de área residencial o los dueños de derechos sobre unidades de vivienda se han visto obligados a correr con una doble escrituración y registro del inmueble, primero a favor de la entidad constructora para poder individualizar el activo, y luego de la entidad constructora a los titulares de la pensión voluntaria o del seguro pensional (ahí sí, a título de compraventa), pues ese es el único camino que encuentran para poder acceder a los recursos necesarios para su adquisición.

114. Se trata así de soluciones complejas y engorrosas que las personas tienen que asumir para poder superar los caprichos y los sinsentidos del mandato previsto en el artículo 126-1 del E.T. según el cual el beneficio que éste contempla sólo opera, para el caso de la adquisición de vivienda sin financiación, cuando dicha adquisición se realiza a través de la compraventa y no de otras figuras legítimas, que llevan al mismo fin, como lo son la transferencia de beneficio de área residencial y la cesión de derechos sobre unidades residenciales.

3.6. Tipo de fallo que se solicitará

115. Esta sección explica el tipo de fallo que permite superar la problemática descrita. Como se ha indicado de manera reiterada, esta problemática obedece a que cuando el beneficiario de un plan de pensiones voluntarias o de un seguro privado de pensión desea adquirir un inmueble residencial con dichos recursos, sólo puede acudir al **contrato de compraventa** y no a otras figuras que satisfacen idénticos propósitos como la transferencia de beneficio de área residencial o la cesión de derechos sobre unidades residenciales.

NOTARÍA VENTICUATRO DEL
CÍRCULO DE BOGOTÁ
09 SEP 2011
NOTARÍA VENTICUATRO DEL
CÍRCULO DE BOGOTÁ

116. Ahora bien, la restricción tiene una lógica que vale la pena explicar. El beneficio tributario en comento opera, de manera general, únicamente para la adquisición real y efectiva de viviendas, es decir, para viviendas existentes en el presente.

117. Este beneficio no tiene por objeto que los beneficiarios de planes de pensiones voluntarias o de seguros privados de pensión procedan a la realización de inversiones en desarrollos inmobiliarios futuros.

118. Por ello mismo, es sensato que la norma contemple ciertos límites que eviten esa situación. No obstante, es de suyo que el límite existe. En efecto, la norma exige que cuando se proceda a la adquisición de vivienda sin financiación, la persona concernida debe aportar una escritura.

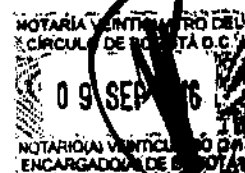
119. La escritura es, pues, el elemento relevante pues se trata del documento que permite demostrar que dicha persona ha procedido a la adquisición de un bien residencial existente. Que dicha escritura sea de compraventa, de transferencia de beneficio de área residencial o de cesión de derechos sobre unidades residenciales, es irrelevante. Lo relevante es que la propiedad haya quedado en cabeza de la persona beneficiaria del plan de pensión voluntaria o del seguro privado de pensión.

120. En conclusión, se solicitará a la Corte Constitucional que profiera un fallo aditivo similar al que profirió en la Sentencia C-748 de 2009 (cfr. § 62) pues esta modalidad de fallo permite remover requerimientos irracionales que impiden el acceso en condiciones de igualdad a un beneficio tributario previsto por el legislador a favor de ciertas rentas laborales y a través del cual se busca el acceso a la vivienda digna.

4. Competencia de la Corte Constitucional

Dado que el artículo 126-1 del Estatuto Tributario es una norma de carácter legal, la Corte Constitucional es competente para definir sobre su exequibilidad condicionada de acuerdo con lo previsto en el artículo 241-5 Superior.

5. Solicitud

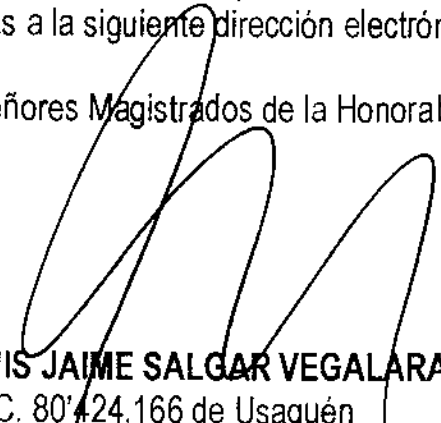


De manera respetuosa y en atención a los argumentos expuestos, me permito SOLICITAR de manera respetuosa a la Honorable Corte Constitucional que declare la **EXEQUIBILIDAD** del artículo 126-1 del Estatuto Tributario en el entendido de que la expresión "**escritura de compraventa**" contenida en su inciso sexto y en su párrafo tercero abarca igualmente otras modalidades de contrato que exigen de escritura pública para su perfeccionamiento y que permiten la adquisición de inmuebles residenciales a título de propiedad de las personas beneficiarias de planes de pensión voluntaria o de seguros privados de pensión.

6. Notificaciones

Las decisiones que se implementen en desarrollo del presente proceso podrán ser notificadas a la siguiente dirección electrónica: ljsalgar@salgarvegalar.com

De los Señores Magistrados de la Honorable Corte Constitucional,



LUIS JAIME SALGAR VEGALARA
C.C. 80'424.166 de Usaquén

Anexos: CD con versión magnética de la presente demanda

