

Problemas Fiscales en Torno al Gravamen de las Ganancias de Capital o Ganancias Ocasionales

Por: **ALBERTO MARTINEZ MENENDEZ**

El gravamen sobre las ganancias de capital o ganancias ocasionales, como se las denomina entre nosotros, ha sido uno de los temas más discutidos en el derecho tributario, no solo en Colombia, sino en la mayoría de los países donde existe el gravamen, por los problemas económicos, jurídicos y prácticos que presenta.

Existen razones económicas y jurídicas suficientes para justificar el gravamen sobre las ganancias ocasionales y creo que no es propiamente materia de nuestro estudio profundizar sobre ellas. Por tanto, debemos enfrentar desde el primer momento los problemas fiscales de la imposición, para ver cómo se presentan luego en la legislación colombiana. No entramos a examinar los argumentos de las diferentes escuelas. Ante todo, nos interesa la realidad colombiana.

Los problemas que debemos examinar, hacen relación o comienzan con el mismo objeto gravado. Para quienes sostienen la teoría de las fuentes, las ganancias o beneficios ocasionales no son renta, sino incremento de capital.

El artículo 1º de la Ley 81 de 1931 (sustituído después por el 1º de la Ley 78 de 1935), por primera vez trató entre nosotros este problema. En un principio se dijo, y así quedó consagrado en algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, esta ley se inspiró en la teoría de las fuentes, y por consiguiente las ganancias que no tuviesen una regularidad y permanencia, no constituían renta para efectos del gravamen. Pero el Consejo de Estado, en sentencia que ha sido muy comentada y generalmente aceptada, dijo posteriormente que la teoría del balance o de la plusvalía, era la que orientaba la ley, con la sola excepción de las rentas provenientes de disposición de bienes muebles o inmuebles.

En los antecedentes de la Ley 81 de 1931 consta que la Misión Kemmerer no fue partidaria del gravamen de las rentas ocasionales en la venta o disposición de bienes muebles o inmuebles por razones de orden práctico. Pero no puso en duda los fundamentos científicos del gravamen. De ahí que a partir de su expedición, se pidiera con insistencia la reforma de la ley, y este fue uno de los puntos fundamentales del proyecto de reforma que vino a convertirse en la Ley 81 de 1960, aun cuando el proyecto original del Gobierno no contem-

plaba el gravamen a las ganancias ocasionales o extraordinarias, sino que lo dejaba a leyes especiales que regularan la materia.

Parece que el Gobierno en un comienzo, se inclinaba por la creación de un impuesto especial. Así se desprende del texto del artículo 23 del proyecto original. En algunos países como en España, las ganancias ocasionales se gravan, mediante el establecimiento de varios impuestos especiales. Sin embargo, el Congreso optó por acoger las recomendaciones de los expertos tributarios de la Universidad de Harvard, para quienes el tratamiento especial de las ganancias de capital u ocasionales resulta inconveniente. Por tanto, se optó por incorporarlo al impuesto sobre las rentas normales de los contribuyentes.

Se eliminaron, pues, los dos incisos finales del artículo 23 del proyecto original, en los cuales se contemplaba el aplazamiento del gravamen a las ganancias ocasionales, para cuando se dictaran leyes especiales que regularan la materia, y en su lugar se adoptaron los artículos 39, 40 y 41, con los cuales se incorporan los beneficios ocasionales al impuesto sobre la renta, junto con las rentas o ganancias que en forma normal u ordinaria obtienen los contribuyentes.

El mayor problema que presenta el gravamen sobre las utilidades ocasionales es el de la acumulación, pues se grava en un solo año la ganancia correspondiente a varios, lo cual resulta injusto por la existencia de tarifas progresivas. Lo acertado sería gravar a las personas, sobre la valorización no realizada de sus bienes al final de cada año y no sobre el total de la valorización en el año de venta.

Para solucionar esta dificultad, se han puesto en práctica varios sistemas:

1—Someter las rentas de capital a una tarifa más baja, como en los Estados Unidos.

2—Obligar a los contribuyentes a hacer un inventario de sus propiedades todos los años, para gravar la valorización en cada ejercicio.

3—Permitir al contribuyente repartir retroactivamente la ganancia obtenida sobre la venta en los años durante los cuales retuvo los bienes.

4—El de reconocer una proporción de la ganancia como exenta, según el tiempo durante el cual se haya retenido la propiedad, como se ha hecho en Suecia y otros países, y que fue el adoptado por la ley colombiana.

Por tanto, el beneficio consagrado por el artículo 40 de la Ley 81 de 1960 tiene como finalidad esencial solucionar el problema de la acumulación.

Según los expertos de Harvard, quienes enunciaron entre las diferentes soluciones la de la legislación sueca, "el tratamiento *en su totalidad*, es aplicable únicamente a la propiedad que no se retiene en el curso ordinario de los negocios". De ahí que el artículo 40 excluya de este beneficio la renta obtenida en la enajenación de bienes inmuebles, que formen parte de un negocio de urbanización o parcelación del contribuyente.

La razón para que se excluyan del beneficio de la exención, las utilidades provenientes de inmuebles que formen parte de un negocio de urbanización y

parcelación del contribuyente, no es clara. Porque si es la de evitar que por medio de este beneficio se fomente la retención de la propiedad y las dificultades para la libre y normal transferencia de los bienes, entonces el mismo problema existe en relación con bienes, que no forman parte de los negocios del contribuyente, pues la exención, es un incentivo para retener la propiedad.

Si desapareció de nuestra legislación todo fundamento en la teoría de la periodicidad o de las fuentes, no hay razón para que se establezca una diferencia entre inmuebles que hacen parte de un negocio o no. Si el objeto del beneficio es evitar la acumulación, no puede afirmarse con razón, que ella no afecta a quien tiene un negocio de urbanización o parcelación. Los negocios de inmuebles generalmente no coinciden con los años gravables y se ejecutan lenta y gradualmente, por razones de diversa índole, entre las cuales son de gran importancia las dificultades de las empresas públicas para la instalación de los servicios indispensables. Por tanto, las ventas en muchos casos no dependen de la voluntad del urbanizador, sino de las posibilidades de las empresas de servicios públicos.

No se justifica, por tanto, la diferencia anotada. En cambio presenta inconvenientes su aplicación, ya que en el criterio de los funcionarios continúa influyendo de manera definitiva la teoría de la periodicidad o de las fuentes que era la razón para distinguir entre quienes obtenían las utilidades dentro de un negocio y quienes las obtenían de manera ocasional; puesto que para los primeros constituían renta gravable y para los segundos, un simple aumento de capital.

Hoy esta distinción no tiene razón de existir. En ambos casos se produce renta, ya que no se mira sino el enriquecimiento, y no se tienen en cuenta para nada el origen o fuente de él.

Por tanto, entre una y otra legislación existen diferencias fundamentales, tanto en los principios como en los propósitos y también en su texto. El artículo 1º de la Ley 78 de 1935 en su ordinal 2º, inspirado en la teoría de la periodicidad de la renta, toma en cuenta la persona del contribuyente y sus actividades, sin importarle mayormente la situación de los bienes; en cambio, el artículo 40 de la Ley 81 de 1960, basa la diferenciación en la situación de los bienes, según sean activos permanentes o fijos. Mientras el artículo 1º de la Ley 78 de 1935 contempla una situación en la cual pueden intervenir factores más o menos subjetivos, el artículo 40 de la Ley 81 de 1960 se refiere a una situación de hecho, meramente contable. Esta diferencia es explicable, pues mientras la primera disposición se proponía diferenciar la renta del simple aumento de patrimonio, siguiendo los principios de la teoría de la periodicidad, la segunda se propone una finalidad muy distinta: compensar los efectos de la acumulación de las utilidades.

Sin embargo, las oficinas liquidadoras siguen dándole mayor importancia a la persona contribuyente, a sus actividades habituales, que a la situación de hecho de sus bienes.

Se da el caso frecuente de personas que han sido catalogadas o "fichadas" como negociantes habituales en negocios de finca raíz, se les grava la utilidad en la venta de su casa de habitación, en la finca de recreo, o la finca ganadera,

que nada tenía que ver con sus negocios de urbanización o parcelación, porque se sigue pensando en la habitualidad, en la frecuencia de las operaciones y en el ánimo de lucro, es decir, en la persona del contribuyente y no en sus bienes.

Se aplica la nueva ley con el criterio de la anterior, como si nada hubiese cambiado.

El artículo 40 de la Ley 81 de 1960 coloca a las personas que negocian en bienes raíces en una situación desventajosa, pues les niega el derecho a gozar del porcentaje de exención por los años de retención de la propiedad, sin tener en cuenta el fenómeno de la acumulación de las rentas, dando la sensación de que el legislador hubiese querido gravar en forma excepcional esta actividad, lo cual no se justifica, dado su interés en agilizar la venta de terrenos urbanos.

La excepción del artículo 40 de la Ley 81 de 1960 para los inmuebles que forman parte de un negocio de urbanización y parcelación no fue propuesta por los expertos de Harvard, pues ellos dijeron textualmente: "Nosotros sugerimos, por lo menos como ensayo, que dichas ganancias sean gravadas según las tarifas aplicables al ingreso ordinario, pero teniendo los contribuyentes la oportunidad de repartir retroactivamente la ganancia obtenida sobre la venta con respecto a dichos bienes a lo largo de los años durante los cuales fueron retenidos por ellos".

La excepción del artículo 40 se explica en otras legislaciones en donde las ganancias de capital reciben un tratamiento especial, que es precisamente lo que en Colombia se quiso eliminar en la reforma de 1960.

El sistema propuesto por los expertos de Harvard es más equitativo que el adoptado por la Ley 81 de 1960, pues evita el gravamen sobre las utilidades en venta de bienes inmuebles a una tarifa efectiva más alta, como resultado de la acumulación de la ganancia.

El sistema de reconocer como exenta una parte de la ganancia, puede ser conveniente en países como Suecia, que gozan de estabilidad monetaria, o sea, en donde a la acumulación de las utilidades no se suma el fenómeno de la devaluación. Además, en esos países existen plazos más cortos para considerar la ganancia totalmente exenta. En un país como Colombia, en donde el índice de precios se eleva entre un 20 y un 30 por ciento por año, la proporción señalada por la ley como exenta no alcanza a compensar la devaluación monetaria.

Un período de diez años para tener como totalmente exenta de impuestos las utilidades en bienes inmuebles, se justificaría si el Estado estuviese interesado en la retención de la propiedad, pero la reforma agraria y el impuesto sobre terrenos de acción urbana nos demuestran lo contrario.

Indudablemente el artículo 40 de la Ley 81 de 1960 está contribuyendo al estancamiento de la propiedad inmueble y en una proporción mayor, a medida que se acentúan la devaluación monetaria y los controles impositivos. Además, la citada disposición está fomentando la simulación en los contratos de compraventa de propiedad raíz, con perjuicio de otros impuestos como el de registro y anotación y ocasionando pleitos por lesión enorme.

Es necesario, pues, reformar el sistema adoptado por el legislador de 1960 para gravar las ganancias de capital y evitar que la ley tributaria contribuya a estancar el movimiento de la propiedad inmueble, en momentos en que el Estado está empeñado en una reforma agraria y nuestras ciudades necesitan tierras para su expansión.

La reforma podría consistir en reducir a cinco años el término para tener como totalmente exenta de impuestos las utilidades en bienes inmuebles y permitirle al contribuyente repartir retroactivamente la ganancia obtenida a los tres o cuatro años anteriores en los cuales retuvo la propiedad.

La reforma de la Ley 81 de 1960 debería contemplar también otros aspectos, como el relativo al costo en traspasos a título gratuito, en los cuales actualmente se toma el valor del avalúo para determinar el impuesto de sucesiones y donaciones, sin ningún fundamento legal.