

Contenido

Prólogo	xvii
---------------	------

Mauricio A. Plazas Vega

Introducción	1
--------------------	---

Capítulo 1

Nociones generales	3
--------------------------	---

1.1. Orígenes de las cláusulas antiabuso	3
--	---

1.2. Principios en disputa en la configuración de las relaciones jurídicas y económicas encaminadas a reducir la carga fiscal.....	7
---	---

1.2.1. La libertad y el principio de legalidad	7
--	---

1.2.2. La eficacia, la solidaridad, la igualdad, la sustancialidad y la capacidad económica	10
--	----

1.3. El problema de los provechos fiscales ilícitos.....	11
--	----

1.4. Confrontación entre convenios para evitar la doble imposición y el derecho interno.....	13
---	----

1.5. Las cláusulas antiabuso especiales (SAAR) y la cláusula antiabuso general (GAAR). Interacción	18
---	----

Capítulo 2

Conceptos relevantes	21
----------------------------	----

2.1. La economía de opción	21
----------------------------------	----

La inversión en proyectos forestales generadores de rentas exentas	22
---	----

2.2. Evasión y elusión tributaria	23
---	----

2.3. Algunas teorías sobre las fronteras entre la elusión y la economía de opción	27
--	----

2.3.1. El abuso del derecho	27
-----------------------------------	----

2.3.2. El fraude a la ley.....	28
--------------------------------	----

2.3.3. Simulación.....	30
2.3.4. Sustancia versus forma.....	31

Capítulo 3

Antecedentes en Colombia	35
3.1. Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre abuso del derecho y principio de sustancia sobre forma.....	35
3.1.1. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Santafé de Bogotá, DC, 2 de marzo de 1990. Ref.: Expediente 1957	37
3.1.2. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Santafé de Bogotá, DC, 3 de julio de 2003. Ref.: Expediente 11650	37
3.1.3. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Santafé de Bogotá, DC, 1º de noviembre de 1991. Ref.: Expediente 0203	39
3.1.4. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Santafé de Bogotá, DC, 19 de mayo de 2011.....	40
3.1.5. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Santafé de Bogotá, DC, 19 de agosto de 1999. Ref.: Expediente 10641	41
3.1.6. Sentencia Corte Constitucional C-015 de 1993.....	43
3.1.7. Corte Constitucional, Sentencia C-556 de 1992.....	46
3.1.8. Corte Constitucional, Sentencia C-056 de 1993.....	47
3.1.9. Corte Constitucional. Sentencia T-511 del 8 de noviembre de 1993.....	48
3.2. Doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sobre abuso del derecho y principio de sustancia sobre forma.....	50
3.2.1. Concepto DIAN 093128 de 2011.....	51

3.2.2. Concepto DIAN 057499 de 2004.....	52
3.3. Jurisprudencia civil y su aplicación a los conflictos en la aplicación de la ley tributaria.....	53
3.3.1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá, 24 de marzo de 1939.....	54
3.3.2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá, 19 de mayo de 1941	55
3.3.3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá, 21 de febrero 1938	56
3.3.4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 4909 del 27 de noviembre de 1998	57
3.3.5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá, sentencia del 30 de octubre de 1935.....	58
3.3.6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá, 23 de octubre de 1942.....	59
3.3.7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá, sentencia de 9 de abril de 1942	59
3.3.8. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 24 de marzo de 1983	59

Capítulo 4

Cláusula antiabuso en derecho comparado	61
4.1. Alemania.....	61
4.2. España.....	69
4.3. Francia	74
4.4. Portugal.....	76
4.5. Unión Europea.....	77
4.6. Estados Unidos	78
4.7. Brasil	82
4.8. Reino Unido.....	82
4.9. Italia	84
4.10. Comparación de la aplicación de las GAAR en diferentes sistemas jurídicos.....	85

Capítulo 5

Trámite legislativo	89
5.1. Trámite legislativo Ley 1607 de 2012.....	89
Análisis de las discusiones llevadas en el Congreso de la República en torno a la introducción de la cláusula antiabuso	89
5.2. Argumentos presentados por el Gobierno nacional en la exposición de motivos	90
5.3. Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley número 166 de 2012 Cámara y 134 de 2012 Senado	93
5.4. Texto aprobado en primer debate por las comisiones terceras constitucionales permanentes de la Cámara de Representantes y el Senado de la República, en sesiones ordinarias de los días miércoles 28 y jueves 29 de noviembre de 2012	95
5.5. Informe de ponencia para segundo debate en la plenaria de Cámara de Representantes	96
5.6. Texto aprobado en la plenaria de Cámara de Representantes.....	96
5.7. Informe de ponencia publicado para segundo debate de plenaria en Senado.....	96
5.8. Texto aprobado en plenaria de Senado	97
5.9. Texto definitivo aprobado en conciliación	98

Capítulo 6

La cláusula antiabuso en Colombia	99
6.1. Elementos constitutivos de abuso.....	102
6.1.1. ¿Cómo se configura el abuso? Uso o implementación a través de una operación o serie de operaciones de cualquier acto jurídico o procedimiento	102
6.1.2. Las conductas omisivas no pueden ser calificadas como abusivas	103
6.1.3. ¿Para qué se realizan los actos constitutivos de abuso?.....	103
6.1.4. La artificiosidad de las alteraciones, desfiguraciones o modificaciones tributarias de la operación. Alcance	106

6.1.5.	La obtención de provecho tributario.....	109
6.1.6.	Sobre el provecho, el beneficio, la exención y la minoración estructural.....	111
6.2.	El dolo como elemento esencial de la configuración del abuso tributario.....	113
6.3.	La ausencia del propósito comercial o de negocios.....	114
6.4.	Legitimidad y razonabilidad. Elementos subjetivos a valorar en la existencia del dolo.....	119
6.4.1.	Diferencias entre legalidad, licitud y legitimidad	119
6.4.2.	Legalidad.....	120
6.4.3.	Licitud.....	120
6.4.4.	Legitimidad.....	120
6.5.	Calificación del abuso.....	122
	La instancia administrativa competente.....	122
6.6.	La complejidad interpretativa de la cláusula antiabuso.....	123
6.7.	Condiciones de realización del abuso	127
6.7.1.	Alcance del artículo 869-1 ET (art. 123, Ley 1607).....	127
6.7.2.	¿Las condiciones de realización son circunstancias indispensables para la comisión de abuso?	127
6.7.3.	¿Las condiciones de realización permiten que la administración haga uso de facultades excepcionales de fiscalización?	128
6.7.4.	La tarifa legal en las condiciones de realización. Hechos plenamente probados. Alcance	128
6.7.5.	Supuestos para la aplicación de la cláusula general antiabuso (condiciones de realización).....	130
6.8.	El procedimiento administrativo.....	132
6.8.1.	Comentarios generales.....	132
6.8.2.	El procedimiento administrativo en especial	134
6.9.	Facultades de la administración en caso de abuso.....	136
6.9.1.	Desconocimiento de los actos abusivos.....	137
6.9.2.	Reconfiguración o recharacterización de la operación.....	138
6.9.3.	Remoción del velo corporativo	139
6.9.4.	Las facultades especiales de la administración tributaria solo se activan en casos de gran importancia económica y jurídica. Alcance de la disposición.....	140

Capítulo 7

Conclusiones y recomendaciones 143

Bibliografía 153

Doctrina..... 153

Sentencias de la Corte Constitucional..... 156

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia..... 156

Sentencias del Consejo de Estado 156

Conceptos de la DIAN 157