

Consideraciones en materia del impuesto sobre la renta para los residentes fiscales colombianos por la obtención de ingresos derivados de la inversión en sociedades extranjeras

Autor: Sebastián Castañeda García

Tutor: Pedro Pablo Osman Gómez

Tesis de grado para optar por el título de abogado

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Departamento de Derecho Económico

Bogotá, D.C.

Septiembre de 2024

Resumen

El presente trabajo expone los efectos más relevantes en materia del impuesto sobre la renta para un residente fiscal colombiano que obtenga ingresos derivados de la participación en el capital de sociedades extranjeras, comprendidos por el reparto de dividendos y por la venta de acciones o participaciones en aquellas.

Palabras clave: residencia fiscal, doble imposición, Régimen ECE, Régimen CHC

Tabla de contenido

1. Introducción
2. Formulación del problema de investigación
3. Residencia Fiscal
 - 3.1 Norma Interna
 - 3.1.1 Personas naturales
 - 3.1.2 Sociedades y entidades
 - 3.2 Modelo OCDE
 - 3.3 Modelo CAN
4. La doble imposición
 - 4.1 Convenios internacionales para evitar la doble imposición
 - 4.2 Exención de rentas obtenidas en el exterior
 - 4.3 Descuento por impuestos exonerados
 - 4.4 Descuento por inversiones en el exterior
 - 4.5 Descuentos por impuestos pagados en el exterior
5. Régimen de Entidades Controladas del Exterior
 - 5.1 Recomendaciones de la OCDE
 - 5.1.1 Tipo de entidad
 - 5.1.2 Control
 - 5.1.3 Rentas sujetas
 - 5.1.4 Atribución de la renta
 - 5.1.5 Normas para calcular la renta
 - 5.2 Legislación colombiana

- 5.2.1 Tipo de entidad
 - 5.2.2 Control
 - 5.2.3 Rentas sujetas
 - 5.2.4 Realización y determinación de los ingresos y las rentas
6. Régimen de Compañías Holding Colombianas
- Coordinación con el Régimen de Entidades Controladas del Exterior
7. Conclusión como materialización del problema de investigación
- 7.1 Sin Régimen ECE y sin CDI
 - 7.2 Sin Régimen ECE y con CDI
 - 7.2.1 Modelo CDI OCDE
 - 7.2.2 Decisión 578
 - 7.3 Con Régimen ECE y sin CDI
 - 7.4 Con Régimen ECE y con CDI
 - 7.4.1 Decisión 578
 - 7.4.2 Modelo CDI OCDE
 - 7.5 Con Régimen CHC y sin CDI
 - 7.6 Con Régimen CHC y con CDI
 - 7.6.1 Decisión 578
 - 7.6.2 Modelo CDI OCDE
8. Bibliografía

1. Introducción

La realización de inversiones en el exterior por parte de residentes colombianos constituye una práctica que viene sucediendo hace décadas, que está regulada, entre otras normas, por el régimen cambiario. Esto se puede evidenciar en las cifras de Inversión Directa de Colombia en el Exterior (IDCE) del Banco de la República, respecto al primer semestre de los años 2014, 2018 y 2022 (Banco de la República, 2024). Sin embargo, aunque los ingresos percibidos por los residentes colombianos sean realizados en el exterior, estos estarán gravados en Colombia conforme lo dispone el artículo 9° y 12° del Estatuto Tributario Nacional (ETN). En ese sentido, el contribuyente colombiano (el “Contribuyente Colombiano” al referirse a la persona natural o jurídica, residente fiscal colombiana, que realice inversiones en el capital de sociedades en el exterior) debe conocer los efectos que la obtención de ingresos derivados de su inversión en el exterior puedan generarle en materia del impuesto sobre la renta para el periodo gravable en que los perciba.

El Contribuyente Colombiano tendrá que observar normas de carácter interno e internacional, que incluyen no solamente los estándares internacionales de tributación acogidos por las reformas tributarias más recientes, sino también los múltiples convenios para evitar la doble imposición suscritos por Colombia (que van desde aquel en vigor con la Comunidad Andina (CAN) hasta aquellos suscritos en el marco del modelo de convenio de la Organización Para la Cooperación y el Desarrollo Económico-OCDE).

La CAN fue establecida con la suscripción del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969. Aunque inició con Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela como países miembros, actualmente no hacen parte ni Chile ni Venezuela. La Decisión 578 de 2004 (la “Decisión 578”), adoptada por la CAN, establece las reglas comunitarias vigentes para evitar la doble imposición

en materia del impuesto sobre la renta, el patrimonio y prevenir la evasión fiscal. Por su pluralidad de miembros, la Decisión 578 es considerada por la doctrina como un instrumento multilateral para mitigar la doble imposición. En su artículo 1º la Decisión 578 establece el ámbito de aplicación del régimen para las personas domiciliadas en cualquiera de los países miembros de la CAN. Como se anota más adelante, la Decisión 578 acoge el criterio de la “fuente” de los ingresos para establecer las reglas de atracción de tributación.

El 28 de abril de 2020 Colombia adhirió a la OCDE, convirtiéndose en su miembro número 37. Sin embargo, previo a su adhesión, Colombia ya había suscrito y estaban en vigor convenios internacionales para eliminar la doble imposición (CDI) bajo el modelo propuesto por dicha organización con Canadá, Chile, Corea, España, India, México, Portugal, Reino Unido, República Checa y Suiza (DIAN, 2024). Los convenios suscritos bajo el modelo de la OCDE acogen el criterio de la “residencia” del contribuyente como factor preponderante de atracción de tributación. Mediante la suscripción del denominado Instrumento Multilateral (IML) en noviembre de 2016 los países miembros de la OCDE buscaron la implementación del Plan de Acción para prevenir la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (el “Plan de Acción BEPS”). Dentro de las consideraciones del IML, la OCDE reconoce la pérdida del recaudo en el impuesto sobre las sociedades derivado de la planeación tributaria que se implementa mediante el traslado de beneficios hacia jurisdicciones de baja o nula imposición¹. El IML pretende que se adopten cambios de manera multilateral en la red de convenios para evitar la doble imposición por los cuales se garantice que los beneficios económicos se graven en la jurisdicción en la que se generen.

¹ Esta pérdida puede llegar hasta los 240 mil millones de dólares anuales o hasta el 10% del recaudo global del impuesto sobre las sociedades (OCDE, 2015).

Para propósitos de este documento, se destaca en primer lugar la Ley 1819 de 2016, mediante la cual se acogió la acción tercera del Plan de Acción BEPS consistente en el Régimen de Entidades Controladas del Exterior (el “Régimen ECE”, al referirse al conjunto de normas que lo regulan, y las “ECE”, al referirse a las Entidades Controladas del Exterior) (Zarama y Zarama, 2017). Así como lo establece la sección 2.1.2 de la exposición de motivos del proyecto que derivó en la Ley 1819 de 2016, el Régimen ECE busca mitigar los efectos nocivos generados por el uso de entidades controladas del exterior, siendo esta una de las formas más comunes de erosión de la base gravable y de traslado de beneficios.

Por su parte, la Ley 2010 de 2019 introdujo el Régimen de Compañías Holding Colombianas (el “Régimen CHC”, al referirse al conjunto de normas que lo regulan, y las “CHC”, al referirse a las Compañías Holding Colombianas”), adicionando los artículos 894 a 898 del Libro Séptimo del ETN. En su exposición de motivos se menciona la reforma tributaria aprobada en Estados Unidos en diciembre de 2023 denominada “*Tax Cuts and Jobs Act*”, por la cual se adoptaron normas para incentivar la repatriación de capitales (Gaceta del Congreso, 2019). Inspirado en esa reforma, el Régimen CHC busca incrementar la competitividad de Colombia para atraer inversiones de entidades no residentes, mediante el otorgamiento de beneficios a los dividendos o participaciones distribuidas a una CHC por parte de sus subordinadas.

2. Formulación del problema de investigación

Teniendo en cuenta las distintas disposiciones normativas, esta investigación tiene como objetivo la exposición de los efectos relevantes en materia del impuesto sobre la renta y complementarios para los residentes fiscales colombianos por la obtención de rentas originadas en la inversión en sociedades extranjeras.

3. Residencia fiscal

3.1. Norma interna

3.1.1. Personas naturales.

El criterio de nacionalidad en Colombia está definido por el artículo 96 de la Constitución Política, según el cual las personas naturales pueden ser nacionales por nacimiento o por adopción. Por nacimiento, son los nacidos en Colombia que cumplan alguna de las siguientes condiciones: que su padre o su madre hayan nacido en Colombia o sean nacionales colombianos, o cuando alguno de sus padres estuviere domiciliado en Colombia al momento del nacimiento. También tendrán nacionalidad por nacimiento quienes siendo hijos de padre o madre colombianos hubieren nacido en el extranjero y que luego se domiciliaren en el país. Por su parte, la nacionalidad por adopción surge por alguna de las siguientes tres situaciones: los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización; los latinoamericanos y del Caribe domiciliados en Colombia que obtengan autorización del gobierno para ser inscritos como colombianos; y los miembros de pueblos indígenas que compartan territorios fronterizos con Colombia.

El criterio de residencia, para efectos fiscales, está recogido en el artículo 10 del ETN, que establece los criterios para que una persona natural se considere residente fiscal en Colombia. El artículo 9 del ETN establece las implicaciones generales en materia del impuesto sobre la renta por ser residente fiscal en Colombia, dentro de las cuales se tiene la sujeción al impuesto en lo concerniente a sus rentas y ganancias nacionales, tanto de fuente nacional como de fuente extranjera. La primera condición para ser residente fiscal en Colombia la cumple cualquier persona natural por haber permanecido en el país, de manera continua o discontinua, durante más de 183 días calendario en un periodo cualquiera de 365 días calendario consecutivos. La segunda condición aplica para quienes se encuentren en misión del servicio exterior del Estado (lo cual implica que conservan su residencia fiscal en Colombia y están exentos del impuesto sobre la renta

en el país en el que están desarrollando su misión). La tercera y última condición ocurre únicamente para los nacionales colombianos que, durante el respectivo periodo gravable, cumplen con alguna de las siguientes seis condiciones: (a) su cónyuge o compañero permanente no separado legalmente o los hijos dependientes menores de edad, tengan residencia fiscal en Colombia; (b) el 50% o más de sus ingresos sean de fuente nacional; (c) el 50% o más de sus bienes sean administrados en el país; (d) el cincuenta por ciento (50%) o más de sus activos se entiendan poseídos en el país; (e) habiendo sido requeridos por la Administración Tributaria para ello, no acrediten su condición de residentes en el exterior para efectos tributarios; (f) tengan residencia fiscal en una jurisdicción calificada por el Gobierno Nacional como paraíso fiscal. Sin embargo, aunque un nacional colombiano cumpla con una de las seis condiciones mencionadas anteriormente, este no será residente fiscal en Colombia si cumple con alguna de las siguientes condiciones mencionadas en el párrafo segundo del mismo artículo del ETN: si el 50% o más de sus ingresos anuales tienen fuente donde el nacional colombiano tiene su domicilio; o si el 50% o más se encuentran localizados en la jurisdicción donde el nacional colombiano tiene su domicilio.

3.1.2. Sociedades y entidades.

De acuerdo con el artículo 12-1 del ETN las sociedades y entidades se consideran nacionales para efectos tributarios siempre que tengan su domicilio principal en el territorio colombiano o hayan sido constituidas en el país. Adicional a estas dos reglas, las sociedades que durante el respectivo año gravable tengan su sede efectiva de administración (“SEA”) en Colombia también se consideran entidades o sociedades nacionales, aún así no cumplan con alguno o ambos requisitos mencionados en el punto anterior.

El criterio de SEA fue introducido por el artículo 84 de la Ley 1607 de 2012, modificando el artículo 12-1 del ETN, adoptando los desarrollos del modelo de convenios de la OCDE (Cabrera, 2022). En ese momento se entendía que la SEA de una sociedad o entidad era “el lugar en donde materialmente se toman las decisiones comerciales y de gestión decisivas y necesarias para llevar a cabo las actividades la sociedad o la entidad como un todo”.

Mediante el artículo 56 de la Ley 2277 de 2022 se modificó el parágrafo 1º del artículo 12-1 introduciendo un estándar diferente para la configuración de una SEA, a partir del primero de enero de 2023. Bajo este nuevo estándar, la SEA se determina según el lugar donde materialmente se toman las decisiones comerciales y de gestión necesarias para llevar a cabo las actividades de la sociedad o entidad en el día a día. Esta modificación implica un cambio en el eje del criterio ya que, visto desde otra forma, pierde relevancia el lugar donde se encuentran ubicados los altos ejecutivos, para serlo el lugar donde se encuentran ubicados los administradores.

De acuerdo con el artículo 12-1 del ETN, las sociedades o entidades extranjeras, son gravadas exclusivamente respecto de sus rentas de fuente nacional colombiana. Sin embargo, cuando una sociedad o entidad extranjera realiza sus actividades a través de un establecimiento permanente o sucursal en Colombia, las rentas, tanto de fuente nacional como extranjera que les sean atribuibles a aquellos estarán gravadas con impuesto sobre la renta en Colombia².

El artículo 20-1 del ETN define el “establecimiento permanente” como “un lugar fijo de negocios ubicado en el país, a través del cual una empresa extranjera, ya sea sociedad o cualquier otra entidad extranjera, o persona natural sin residencia en Colombia, según el caso, realiza toda o parte de su actividad”. También, cuando una persona, vinculada con una empresa extranjera, actúa por cuenta de esta, y está facultada para concluir contratos vinculantes para aquella, la empresa

² Ver artículo 66 de la Ley 2010 de 2019.

tendrá un establecimiento permanente en Colombia. Si esta persona actúa en calidad de agente independiente, no se entenderá que la empresa tiene un establecimiento permanente.

3.2. Modelo OCDE

Los CDI presentan una estructura común debido a que los Estados utilizan modelos existentes para negociar. La OCDE ha preparado el modelo más importante desde el año 1963 (Cabrera, 2024), que incluso es utilizado por Estados que no son miembros de la OCDE³. El artículo primero del modelo CDI OCDE establece que aplica para todas aquellas personas residentes de uno o de ambos estados contratantes. El artículo 4º proporciona la siguiente definición de la expresión de “residente”: “toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección, lugar de constitución o cualquier otro criterio de naturaleza análoga”.

La definición citada en el párrafo anterior implica que para la determinación de la residencia bajo la aplicación de un CDI OCDE se debe observar la normativa interna de cada Estado. Es por esto por lo que cuando una persona es residente de ambos Estados contratantes generalmente se aplican cuatro criterios de desempate indicados en el numeral 2º del artículo 4º del modelo CDI OCDE. El Estado que genere mayor atracción fiscal con base en dichos criterios tiene la prerrogativa de considerar a esa persona como residente fiscal, por lo que podrá gravar sus rentas en los términos del respectivo CDI y, en lo que corresponda, con base en sus normas internas. Los criterios de desempate o de resolución de conflictos de residencia son, en su orden, los siguientes: el lugar de vivienda permanente de la persona; el centro de intereses vitales; y el lugar de vivienda habitual o la nacionalidad. De no prevalecer la atracción fiscal de alguno de los Estados, la residencia fiscal se define por común acuerdo entre los Estados contratantes.

³ Nótese cómo Colombia comenzó a adoptar este modelo antes de pertenecer a dicha organización.

Para el caso de las entidades, puede presentarse un conflicto de residencia en el evento en que esta tenga como lugar de constitución a una jurisdicción distinta de la que tiene su sede efectiva de administración. Previo a su revisión en el 2017, el modelo de CDI de la OCDE acogía como factor de desempate el lugar donde la entidad tiene su sede efectiva de administración (Cabrera, 2022). Sin embargo, la nueva versión del artículo 4° del modelo CDI OCDE señala que las entidades con doble residencia no podrán acogerse a los beneficios del convenio, a menos que las autoridades competentes lleguen a un acuerdo mutuo sobre el lugar de residencia de la entidad (Cabrera, 2022).

3.3. Modelo ONU

A diferencia del modelo CDI OCDE, el modelo de CDI propuesto por la ONU privilegia el lugar de la fuente de generación de los ingresos. En consecuencia, la jurisdicción en la que se obtenga el ingreso será la que atraerá la tributación en materia del impuesto sobre la renta. Este es el criterio que acoge la Decisión 578 de la CAN. Por su parte, dicha Decisión equipara la noción de “domicilio” al concepto de “residencia habitual”, concepto que no existe en la legislación tributaria colombiana. El criterio de domicilio en Colombia está establecido por las normas civiles y tiene un significado distinto al de residencia para efectos fiscales. Dicho esto, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), en Concepto 1807 de 2019 estableció que el concepto de “residencia habitual” es aplicable al criterio de “residencia” establecido en el artículo 10° del ETN.

El modelo OCDE prioriza la capacidad de los Estados contratantes de gravar las rentas según la residencia de quienes las perciben. Por su parte, la CAN prioriza la fuente como criterio para gravar los ingresos de tal manera que se le otorga el derecho a gravar tales ingresos al Estado en el cual se generan (Borja, 2024). Es por esta razón que los criterios de desempate que establece el

modelo CDI OCDE no están presentes la Decisión 578 dado que en el segundo prima la fuente del ingreso sobre la residencia del contribuyente.

3. La doble imposición

El profesor Alegría Borrás define la doble imposición de la siguiente manera:

La doble imposición internacional es aquella situación por la cual una misma renta o un mismo bien resulta sujeto a imposición en dos o más países por la totalidad o parte de su importe, durante un mismo período imponible (si se trata de impuestos periódicos) y por una misma causa. (Como se citó en Plazas, 2006, p. 416).

Existen dos principios generales y tradicionales que consideran las jurisdicciones al momento de gravar las rentas obtenidas por una persona: el que aboga por gravarlas según su fuente y el que lo hace según la residencia de su titular⁴. El primer principio favorece a los países importadores o receptores de capital, mientras que el segundo a los países exportadores de capital (Plazas, 2006). Colombia adopta un criterio mixto⁵, por el cual se grava a los residentes fiscales por sus rentas globales, y a su vez grava las rentas obtenidas en su territorio por personas extranjeras.

Un tercer criterio de sujeción al momento de gravar las rentas, es el que aboga por hacerlo en función del lugar donde el contribuyente obtiene beneficios económicos y que usualmente está ligado a la ubicación de quien adquiere los bienes o servicios vendidos o prestados por el titular de las rentas. Mediante la Ley 2277 del 2022 se incluyó en la legislación colombiana este criterio para ciertas operaciones, y comenzó a regir a partir del primero de enero de 2023 bajo el nombre Presencia Económica Significativa (“PES”). Este criterio nace conforme al interés de contar con

⁴ El criterio de residencia también es denominado por la doctrina como el principio de tributación mundial (Zarama y Zarama, 2009).

⁵ “Colombia, en particular, adopta los conceptos de nacionalidad, de residencia y de fuente, conforme se puede apreciar en los artículos 9, 10, 12, 20 y 24 del Estatuto Tributario” (González y Lewin, 1999).

herramientas que permitan gravar operaciones propias de la actividad digital (Zarama, 2022). En términos generales, la PES se configura a partir de la interacción de personas no residentes o entidades no domiciliadas en Colombia con usuarios ubicados en el país, siempre que obtengan ingresos brutos por la venta de bienes o la prestación de servicios superiores a 31.300 UVT⁶.

El derecho internacional tributario ha establecido diferentes medidas para reducir el problema de la doble imposición, estas medidas se suelen clasificar en tres categorías: las normas internas, los acuerdos bilaterales y los acuerdos multilaterales. En el capítulo denominado *Métodos para evitar la doble tributación internacional* escrito por el profesor Mauricio A. Plazas Vega, del libro: *Estudios de derecho internacional tributario* se exponen cada una de las alternativas mencionadas enseguida.

3.1. Convenios internacionales para evitar la doble imposición

Los convenios internacionales para evitar la doble imposición son tratados internacionales que persiguen el objetivo, que su mismo nombre expone, de prevenir los conflictos de doble tributación. Esto se hace efectivo mediante el reparto de la competencia que tiene cada jurisdicción para gravar determinadas rentas conforme a su potestad tributaria. Colombia ha suscrito convenios bilaterales y multilaterales para evitar la doble imposición en materia de impuesto sobre la renta, actualmente vigentes, con la Alianza del Pacífico, Canadá, Chile, Comunidad Andina de Naciones, Corea, España, Francia, India, Italia, Japón, México, Portugal, Reino Unido, República Checa y Suiza (DIAN, 2024). Aunque a la fecha no están vigentes, también ha suscrito acuerdos con el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, la República Federativa de Brasil y la República Oriental del Uruguay.

3.2. Exención de rentas obtenidas en el exterior

⁶ Ver artículo 20-3 del ETN.

La medida denominada exención de rentas obtenidas en el exterior otorga el tratamiento de exentas a aquellas rentas que perciba el contribuyente del país exportador en el país receptor de la inversión, siendo este último el único facultado para recaudar los impuestos fruto de las rentas de la inversión. Esta alternativa, sin duda, resulta ser más favorable para el país que recibe la inversión, por lo que se argumenta que los países en vía de desarrollo terminan siendo beneficiados sobre los países desarrollados debido a que los segundos suelen ser quienes destinan inversión en los primeros (Plazas, 2006). Sin embargo, con mayor frecuencia, los residentes de países en vía de desarrollo destinan recursos para ser invertidos en países desarrollados.

3.3. Descuento por impuestos exonerados

El descuento por impuestos exonerados otorga un beneficio para el contribuyente que reciba una exención en el país receptor de su inversión, en la medida que podrá tomarla como un descuento en el país donde es residente. Como resultado, el contribuyente pagará en su país de residencia el impuesto generado por la obtención de la renta extranjera menos una suma equivalente a la exención a la que tuvo derecho en el país donde se generó el ingreso. Esta herramienta, denominada en inglés “tax sparing”, ha recibido críticas debido a la inobservancia del principio de igualdad desde el punto de vista del país exportador de la inversión y a una posible configuración de competencia desleal entre países (Plazas, 2006).

3.4. Descuento por inversiones en el exterior

El descuento por inversiones en el exterior, aunque no es considerada propiamente como una alternativa que mitigue directamente los efectos de la doble imposición, puede ser una herramienta provechosa para el contribuyente, que a su vez genera un impacto positivo en la inversión del país receptor. Dicho mecanismo no resulta en una mitigación directa a la doble imposición, ya que el contribuyente tendrá que pagar el impuesto en el país de la fuente y en el país exportador. Por esa

razón, para ser un mecanismo directo debe acompañarse de alguna otra alternativa como las mencionadas en este capítulo. Por último, los descuentos deberán ser pactados entre países para garantizar el interés mutuo y el principio de igualdad.

3.5. Descuento por impuestos pagados en el exterior

El artículo 254 del ETN dicta lo siguiente:

Las personas naturales residentes en el país y las sociedades y entidades nacionales, que sean contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios y que perciban rentas de fuente extranjera sujetas al impuesto sobre la renta en el país de origen, tienen derecho a descontar del monto del impuesto colombiano de renta y complementarios, el impuesto pagado en el extranjero, cualquiera sea su denominación, liquidado sobre esas mismas rentas, siempre que el descuento no exceda del monto del impuesto que deba pagar el contribuyente en Colombia por esas mismas rentas.

La legislación colombiana acoge el mecanismo de descuento por impuestos pagados en el exterior o, por su denominación en inglés “foreign tax credit”. Dicho mecanismo, tal y como se puede inferir de la norma antes citada, permite que el contribuyente del país exportador de la inversión, o que realice ingresos en el exterior, descuente el valor del impuesto que pagó en el país receptor de la inversión o en el que realizó los ingresos. Particularmente, Colombia acoge la modalidad de “crédito de impuesto ordinario” en contraposición a la modalidad de “crédito del impuesto integral” (Plazas, 2006), donde se establece un tope al valor del descuento equivalente al impuesto que pagaría en Colombia por las mismas rentas. Como resultado, si el valor del impuesto pagado en el exterior resulta inferior al que debe pagar en Colombia, el contribuyente deberá pagar la diferencia hasta completar el valor del impuesto colombiano.

4. Régimen ECE

Introducido por la Ley 1819 de 2016, el Régimen ECE busca prevenir que los contribuyentes colombianos difieran el pago de su impuesto sobre la renta mediante la adopción de entidades extranjeras bajo su control. Regulaciones como esta ya existían, antes de su adopción en Colombia, en diferentes jurisdicciones y fueron establecidas por primera vez en los Estados Unidos en el año 1962 (Cabrera, 2024). El Régimen ECE está basado en las recomendaciones del Plan de Acción 3 de BEPS de la OCDE, que busca reducir los riesgos generados por la erosión de la base gravable y del traslado de beneficios a jurisdicciones de baja o nula imposición. Como se mencionó en la introducción de esta investigación, estos riesgos inciden en la disminución del recaudo global del impuesto de renta sobre las sociedades en hasta una cifra estimada en 240 mil millones de dólares (OCDE, 2016).

4.1. Recomendaciones de la OCDE

El informe final de la Acción 3 del Plan BEPS publicado por la OCDE en el 2016 (OCDE, 2016) (el “Informe”) consigna las normas para definir a una Sociedad Extranjera Controlada (“SEC”) como tal, lo que puede resultar en que el tratamiento de sus rentas se haga conforme a las normas de Transparencia Fiscal Internacional (“TFI”). Una SEC se configura cuando se trata del tipo de entidad definido para serlo y cuando la sociedad matriz tiene el control sobre la entidad no residente. A continuación se expondrán algunas de las recomendaciones dadas por la OCDE en el Informe para el diseño de normas TFI.

4.1.1. Tipo de entidad.

En principio, podría pensarse que la definición de SEC aplica únicamente para sociedades. Sin embargo, múltiples jurisdicciones les han dado el mismo tratamiento a los fideicomisos, sociedades de personas y establecimientos permanentes (OCDE, 2015). En su Informe, la OCDE recomienda que entidades distintas a las sociedades sean consideradas como SEC.

Las entidades que reciben el tratamiento TFI, tales como las sociedades de personas, no deberían, en principio, ser calificadas como SEC. Mas aún, se recomienda que se clasifiquen como tales, si las entidades transparentes perciben rentas de las que se puedan materializar riesgos de erosión de la base gravable y a su vez no estén gravadas en la jurisdicción de la matriz. Una de estas situaciones ocurre en el evento en que exista un tratamiento distinto en cuanto a la transparencia de una sociedad en el país de su domicilio versus el del país donde está ubicada la matriz o el controlante.

4.1.2. Control

El control de una entidad sobre otra, como criterio necesario para que se configure una SEC, puede existir de varias formas:

Control jurídico: se puede traducir en control político sobre la entidad y ocurre cuando el residente es capaz de elegir los órganos de dirección de la entidad, de tal manera que esta actúe según sus directrices. Sin embargo, la OCDE indica que el criterio de control jurídico como único criterio para definir la existencia de control es insuficiente debido a la flexibilidad de las normas societarias y comerciales que permiten el uso de estructuras “artificiales” de participación accionaria, con las cuales se podría evadir el criterio.

Control económico: la OCDE recomienda que el examen de control jurídico sea realizado en conjunto con el de control económico. Este criterio entiende la posibilidad que tiene un accionista⁷ de imponer sus directrices sin ser necesariamente el accionista mayoritario de la entidad. Sin embargo, así como la configuración del control jurídico, el control económico puede evadirse

⁷ Debe tenerse en cuenta que, aunque se utiliza el término de accionista, una SEC puede ser una sociedad de personas, un fideicomiso, una fundación de interés privado o cualquier otro tipo de entidad según las normas que adopte cada jurisdicción.

mediante la reestructuración de la entidad, de modo que se transfieran las acciones a una nueva sociedad y sea esta quien pase a tomar las decisiones.

Control de facto: implica que las autoridades tributarias se concentren en identificar la persona o entidad que realmente toma las decisiones de alto nivel sobre los asuntos de la SEC, o, quien tenga la capacidad de tomar las decisiones sobre su operación. Este tipo de control implica revisar todos los vínculos contractuales que el contribuyente tiene sobre la SEC, por lo que se su análisis se realiza cuando el contribuyente busca evadir el control jurídico y económico. Debido a las dificultades de implementación, el control de facto resulta ser una herramienta alternativa, mas no la regla general.

Control basado en la consolidación: ocurre cuando a una sociedad no residente se le consolida contablemente con una sociedad residente. Para determinar si hay consolidación, se hacen exámenes (como en el jurídico), utilizando criterios como los derechos políticos u otros que permitan la influencia de una entidad sobre otra.

Los tipos de control mencionados suelen utilizarse de manera conjunta para garantizar su efectividad. La OCDE recomienda que los exámenes de control se hagan de esta manera, al menos, incluyendo para su análisis, el control jurídico y el económico.

4.1.3. Rentas sujetas.

Una vez se identifique que la entidad es una SEC, deben determinarse las rentas que estarán sujetas al régimen TFI. Para este propósito la OCDE proporciona alternativas sobre la forma en que cada jurisdicción puede optar por definir las rentas objeto del régimen TFI. La definición de las rentas puede hacerse mediante un análisis por categorías de las rentas, análisis de la sustancia o el análisis de beneficios excesivos. Este aparte se encargará únicamente del análisis por

categorías de las rentas, dentro de las cuales se tiene la clasificación legal y la vinculación entre las partes.

La clasificación legal implica que, cada jurisdicción organiza cada grupo de rentas sobre las que cree que puedan existir más riesgos de movilidad geográfica, y a cada una de ellas le otorga una definición. Dentro del grupo de rentas que la OCDE considera deben comportarse conforme a las normas del régimen TIF se tienen los dividendos, intereses, renta de seguros y cánones y rentas de la propiedad intelectual. La clasificación legal de las rentas es el mecanismo adoptado por la legislación colombiana en su Régimen ECE⁸.

La vinculación entre las partes implica que se identifiquen las rentas según la forma en que fueron obtenidas, dado que el traslado de las rentas se facilita cuando estas se obtienen en virtud de operaciones entre vinculados. Dentro de los ejemplos de operaciones conjuntas que sugiere la OCDE están las ventas efectuadas entre vinculados o el desarrollo de bienes en conjunto. En cuanto a la atribución de rentas para cada parte vinculada se debe observar el grado de implicación del vinculado para su obtención.

4.1.4. Atribución de la renta.

La atribución de la renta es la materialización de la intención de las normas de TFI y ocurre cuando una SEC obtiene rentas sujetas según los criterios mencionados arriba. El Informe recomienda que cada jurisdicción aplique los siguientes pasos:

- a) El umbral de atribución de la renta deberá ser similar al umbral que se utiliza para determinar el control de la SEC.
- b) La cantidad de renta atribuible a cada accionista o participante deberá corresponder al porcentaje de participación en el capital de la entidad.

⁸ Como lo mencionó la DIAN en su Concepto General Unificado del Régimen ECE: “el artículo 884 E.T. establece un listado taxativo de aquellos ingresos que se consideran como rentas pasivas”.

- c) Cada jurisdicción deberá decidir las formas en las que dichas rentas atribuibles serán incluidas en las declaraciones de los contribuyentes.
- d) El tipo impositivo vigente en la jurisdicción del controlante deberá ser el aplicable a las rentas atribuibles que se generen por la SEC.

4.1.5. Normas para calcular la renta atribuible al controlante.

Con relación al cálculo de las rentas atribuibles al controlante, la OCDE recomienda que se tomen dos decisiones en relación con la jurisdicción aplicable y el uso de normas específicas para que estas se calculen. En cuanto al primer punto, recomienda que para efectuar el cálculo se utilicen las normas aplicables a la matriz. En cuanto al segundo, recomienda que se utilicen las mismas normas que se utilicen para las SEC residentes en la jurisdicción de la matriz.

4.2. Legislación colombiana

La legislación colombiana acogió, mediante la Ley 1819 de 2016, las recomendaciones sugeridas por la OCDE en el Informe. Cada una de las recomendaciones se ven reflejadas de la siguiente manera:

4.2.1. Tipo de entidad.

Para la legislación colombiana, una ECE podrá ser cualquier vehículo de inversión con o sin personalidad jurídica, transparente o no transparente, que no tenga, necesariamente, residencia fiscal en Colombia. La norma enlista de manera enunciativa los tipos de entidad que podrán ser consideradas ECE⁹: sociedades, patrimonios autónomos, trusts, fondos de inversión colectiva, otros negocios fiduciarios y fundaciones de interés privado.

4.2.2. Control.

⁹ Parágrafo 1º artículo 882 ET.

Para determinar si una entidad es controlada por uno o más residentes fiscales colombianos, se deberán observar los siguientes criterios de vinculación establecidos por los numerales i, ii, iv, y v del literal b) del numeral 1 del artículo 260-1 del ET, y el numeral 5 del mismo artículo.

- a) Cuando más del 50% del capital de la entidad pertenezca a su matriz, directa o indirectamente (por intermedio de las subordinadas), sin tener en cuenta las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.
- b) Cuando se tiene, directa o indirectamente el derecho de emitir los votos necesarios para conformar la mayoría mínima en el máximo órgano social o para elegir la junta directiva de la entidad.
- c) Cuando se configure uno u otro de los criterios establecidos en los puntos 1 o 2 por parte de una o varias personas naturales o jurídicas o entidades o esquemas de naturaleza no societarios.
- d) Cuando una o varias personas naturales, personas jurídicas o vehículos, de manera conjunta o separada, tengan derecho a percibir el 50% de las utilidades de la subordinada.
- e) Cuando la operación tiene lugar entre dos subordinadas de una misma matriz.
- f) Cuando la operación tiene lugar entre dos subordinadas que pertenezcan directa o indirectamente a una misma persona natural o jurídica o esquemas no societarios.
- g) Cuando la operación se lleva a cabo entre dos empresas en las cuales una misma persona natural o jurídica participa directa o indirectamente en la administración, el control o el capital de ambas. Una persona natural o jurídica puede participar directa o indirectamente en la administración, el control o el capital de otra cuando i) posea, directa o indirectamente, más del 50% del capital de esa empresa, o, ii) tenga la capacidad de controlar las decisiones de negocio de la empresa.

- h) Cuando la operación tiene lugar entre dos empresas cuyo capital pertenezca directa o indirectamente en más del cincuenta por ciento (50%) a personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, o único civil.
- i) Cuando la operación se realice entre vinculados a través de terceros no vinculados.
- j) Cuando más del 50% de los ingresos brutos provengan de forma individual o conjunta de sus socios o accionistas, comuneros, asociados, suscriptores o similares.
- k) Cuando existan consorcios, uniones temporales, cuentas en participación, otras formas asociativas que no den origen a personas jurídicas y demás contratos de colaboración empresaria.

4.2.3. Rentas sujetas.

La legislación colombiana acogió un criterio derivado de clasificación legal para identificar las rentas sujetas al Régimen ECE. Conforme con el artículo 884 del ETN¹⁰, las únicas rentas sujetas son las rentas pasivas. En lugar de establecer una definición de renta pasiva, la norma establece una lista taxativa de categorías a las que les otorga el reconocimiento de rentas pasivas. Una vez el contribuyente colombiano determine que la entidad es una ECE, deberá considerar si los ingresos recibidos por esta son considerados ingresos pasivos en los términos del artículo 884 del ETN. Si esto ocurre, se aplica el Régimen ECE. Las siguientes son las categorías:

- a) Cualquier distribución de dividendos utilidades de las ECE están clasificadas como ingreso pasivo, salvo dos excepciones. La primera ocurre si las utilidades fueron, en un 80%, generadas por rentas activas¹¹ de la ECE, sus filiales o subordinadas; el caso de las filiales o

¹⁰ Adicionado por el artículo 139 de la Ley 1819 de 2016.

¹¹ En los términos del artículo 884 del ETN las rentas deben ser originadas por actividades económicas reales.

subordinadas de la ECE solo aplica cuando estas sean controladas por uno o más residentes fiscales colombianos. La segunda aplica cuando los dividendos o beneficios distribuidos a los residentes fiscales colombianos están exentos de tributación en Colombia conforme a un convenio para evitar la doble imposición.

- b) Los intereses o rendimientos financieros obtenidos por la ECE, con las siguientes excepciones. La primera, cuando la ECE es controlada por una sociedad colombiana vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia. La segunda, si es controlada por una institución financiera del exterior, solo si, no está localizada en una jurisdicción no cooperante o de nula o baja imposición, que no intercambie información con Colombia dentro de los estándares internacionales.
- c) Los ingresos obtenidos por la cesión del uso, goce, o explotación de activos intangibles, como las marcas, patentes, softwares, propiedad intelectual, propiedad industrial, o sus similares.
- d) Los ingresos obtenidos por la enajenación o cesión de derechos sobre activos que generen rentas pasivas.
- e) Los ingresos obtenidos por la enajenación o arrendamiento de bienes inmuebles.
- f) Los ingresos obtenidos por la compra o venta de bienes corporales siempre que se cumplan con todas las siguientes. Primero, siempre que la adquisición o enajenación del bien se realice con una persona relacionada. Segundo, si los bienes son producidos, manufacturados, contruidos cultivados o extraídos en una jurisdicción distinta en donde se aloja la ECE. Tercero, si su uso, consumo o disposición se hace en una jurisdicción distinta de donde la ECE está alojada.

g) Los ingresos provenientes de la prestación de servicios técnicos, de asistencia técnica, administrativos, ingeniería, arquitectura, científicos, industriales y comerciales en favor de partes relacionadas y en una jurisdicción distinta a la de la ubicación de la ECE.

Además el artículo 885 del ETN establece una presunción según la cual, si los ingresos pasivos representan el 80% o más de los ingresos totales de la ECE, se entiende que la totalidad de las rentas son pasivas, mientras que si ocurre al contrario se entenderán activas. Esta modificación fue introducida por la Ley 2010 de 2019, otorgándole el mismo tratamiento a las rentas activas como a las pasivas ya que, en principio, la presunción solo le aplicaba a las pasivas¹².

4.2.4. Realización y determinación de los ingresos y las rentas.

Una vez se determine la configuración de la ECE, sus ingresos pasivos se realizarán conforme a las reglas del Régimen ECE. Esto quiere decir que los ingresos pasivos se entenderán realizados en cabeza de los residentes fiscales colombianos que directa o indirectamente controlen la ECE en el mismo periodo gravable que la ECE los realizó y en proporción a su participación en el capital de la ECE. Esto mismo ocurrirá para la realización de los costos y las deducciones. El ETN establece que en estos casos se aplican las reglas generales de realización de ingresos, costos y gastos previstos para el sistema ordinario de liquidación del impuesto sobre la renta. Las rentas pasivas que se le atribuyan a los contribuyentes serán el resultado de restar los costos y deducciones asociados a los ingresos pasivos, por lo que el residente fiscal colombiano declarará el ingreso neto de la ECE. Por último, el artículo 892 del ETN le otorga al contribuyente el derecho de descontar el impuesto pagado en el exterior, conforme a las reglas previstas en el artículo 254 del ETN.

5. Régimen CHC

¹² Inicialmente el cambio lo introdujo la Ley 1943 de 2018. Sin embargo, dicha Ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-481 de 2019.

El artículo 894 del ETN establece las condiciones que deberán cumplir las sociedades colombianas para acogerse al Régimen CHC. Primero, la sociedad, que debe ser nacional, debe tener una participación mínima, directa o indirecta, en el capital de al menos dos sociedades colombianas y/o extranjeras. Segundo, la sociedad debe tener como objeto social la actividad “holding”, para lo cual, debe tener al menos tres empleados y su dirección estratégica en Colombia. Por último, la sociedad deberá comunicar a la DIAN su intención de pertenecer en el Régimen CHC y cumplir con las formalidades que ésta le exija.

El primer beneficio de pertenecer al Régimen CHC consiste en la exención del impuesto sobre la renta aplicable a los dividendos o participaciones que distribuyen las entidades no residentes a la CHC. Por su parte, los dividendos o participaciones que después distribuya la CHC a un residente colombiano, estarán gravados a las tarifas establecidas en los artículos 242 y 242-1 del ETN. Las tarifas mencionadas fueron modificadas por la Ley 2277 de 2022, mediante la cual se modificó la tarifa especial del 10% a título del impuesto sobre la renta aplicable a dividendos percibidos por las personas naturales, y se acogieron las tarifas progresivas para personas naturales según el artículo 241 del ETN. En relación con los dividendos o participaciones decretados a favor de sociedades o entidades nacionales, se aumentó la tarifa de retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta del 7,5% al 10%. En cuanto a los dividendos que después distribuya la CHC a una persona natural o jurídica no residente, se les otorgará el tratamiento de rentas de fuente extranjera en los términos del literal a) del artículo 25 del ETN. Esto significa que los dividendos distribuidos por una CHC a una persona natural o jurídica no residente, no están gravados en Colombia (Márquez-Jaramillo, 2022).

El segundo beneficio implica que, las rentas generadas por la enajenación de participaciones que la CHC ostente en las entidades no residentes, están exentas del impuesto sobre la renta, y se

deben declarar como ganancias ocasionales exentas. Las rentas que perciban los socios o accionistas de la CHC derivadas de la enajenación de sus acciones o participaciones en la CHC están exentas del impuesto sobre la renta, excepto por los valores correspondientes a las utilidades obtenidas en Colombia. Para los accionistas o socios no residentes en Colombia, las rentas provenientes de la enajenación de sus acciones o participaciones en la CHC tienen el tratamiento de rentas de fuente extranjera, en lo correspondiente a las actividades o activos poseídos por las entidades no residentes.

Coordinación con el Régimen ECE

Para que una sociedad colombiana sea considerada una CHC, en los términos del numeral 1° del artículo 894 del ETN, requiere de una participación de al menos 10% en el capital de dos o más sociedades colombianas o extranjeras. Por su parte, el artículo 883 del ETN establece que todos aquellos residentes fiscales colombianos, incluyendo las sociedades, que tengan una participación superior al 10% en una ECE, deberán cumplir las disposiciones del Régimen ECE. Esto quiere decir que, si las entidades del exterior son clasificadas como ECE por ser controladas por uno o más residentes fiscales en Colombia, los beneficios del Régimen CHC no le serán aplicables a las rentas reconocidas bajo el Régimen ECE. Por lo que solo le aplicará los beneficios cuando las entidades no son controladas en los términos del artículo 882 del ETN o cuando las rentas obtenidas por la ECE no estuvieron cometidas al Régimen ECE al no clasificarse como rentas pasivas. Por esta razón, en estos casos el Régimen CHC tiene una aplicación significativamente restringida (Márquez-Jaramillo, 2022).

6. Conclusión como materialización del problema de investigación

La obtención de rentas originadas en la inversión en sociedades se deriva de dos fuentes: los ingresos por dividendos y los ingresos por la venta de las acciones o participaciones en aquellas.

Debido a la pluralidad de CDI suscritos por Colombia, los ingresos originados en la inversión en sociedades extranjeras generan efectos distintos en el impuesto sobre la renta de los residentes fiscales colombianos, dependiendo de la jurisdicción en la que tales ingresos se obtengan. De igual manera, los mismos ingresos tendrán efectos fiscales distintos dependiendo de si se configura el Régimen ECE o el Régimen CHC, en virtud de las normas establecidas por la legislación interna colombiana. Por esta razón, este capítulo analiza a manera de materialización y conclusión del problema de investigación, los posibles escenarios en que se puede ver involucrado el Contribuyente Colombiano, con el fin de presentar los efectos tributarios que busca exponer el presente trabajo.

6.1. Sin Régimen ECE y sin CDI

Este es el caso de un residente fiscal colombiano, persona natural o jurídica, que participe en el capital de una sociedad domiciliada en cualquier jurisdicción con la que Colombia no tenga un CDI suscrito vigente. Adicionalmente, para no configurarse el Régimen ECE, la sociedad no puede ser controlada por uno o más residentes fiscales colombianos. Este podría ser el caso, entre muchos otros, de un residente fiscal colombiano titular de acciones en una sociedad domiciliada en Brasil¹³, que, aunque no cotice en el mercado de valores, tenga su control concentrado por un número plural de personas o, incluso, concentrado en una sola persona que sea residente fiscal de Brasil. En ese sentido, los titulares de estas acciones pueden percibir ingresos derivados de dos situaciones: el reparto de dividendos y la venta de las acciones por un precio superior al de compra.

Los ingresos recibidos por concepto de dividendos provenientes de sociedades extranjeras constituyen renta gravable en cabeza de los accionistas residentes en Colombia. Para el caso de las personas naturales, los dividendos recibidos estarán gravados a la tarifa progresiva para personas

¹³ Aunque actualmente existe un CDI suscrito entre Brasil y Colombia, este no se encuentra ratificado, a la fecha, por el Congreso de la República de Colombia.

naturales, establecida en el artículo 241 del ETN. Esto quiere decir que, según la renta líquida del contribuyente, los dividendos podrán gravarse con tarifas desde el 0% hasta el 39%. Es necesario mencionar que por regla general, para las personas naturales no obligadas a llevar contabilidad, los ingresos se realizan cuando se reciben efectivamente en dinero o en especie. Sin embargo, dicha regla, establecida en el artículo 27 del ETN, trae una excepción para los dividendos, en el sentido que estos se entienden realizados cuando les hayan sido abonados en cuenta en calidad de exigibles. Lo mismo aplica para los obligados a llevar contabilidad, con base en las reglas especiales contenidas en el artículo 28 del ETN. Los dividendos locales recibidos por sociedades o entidades nacionales están sujetos a retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta, a la tarifa del 10%, que es trasladable e imputable a la persona natural residente en Colombia o inversionista residente en el exterior, con base en lo dispuesto por el artículo 242-1 ETN.

Los ingresos recibidos por la venta de las acciones o participaciones de las que el residente fiscal es titular están gravados como renta ordinaria o como ganancia ocasional, dependiendo del tiempo que permanecieron las acciones o cuotas de interés social en el patrimonio del contribuyente. En los términos del artículo 300 del ETN, si las acciones hicieron parte del activo fijo del contribuyente por dos años o más, su enajenación estará gravada como ganancia ocasional. Cuando el ingreso esté gravado como una ganancia ocasional, esta se calculará por la diferencia entre el precio de la enajenación y el costo fiscal¹⁴ de las acciones enajenadas. En los términos del penúltimo párrafo del artículo 90 del ETN, para efectos fiscales el valor de enajenación no podrá ser inferior al equivalente, “salvo prueba en contrario”, al valor intrínseco incrementado en un 30%. Aunque la expresión “salvo prueba en contrario” no cuenta con una definición en el contenido de la norma ni en antecedentes legislativos, mediante el Oficio No. 1826 de 2018 la

¹⁴ Podrá ser aumentado por la inflación en los términos del artículo 272.

DIAN estableció que las partes pueden utilizar cualquier medio probatorio idóneo para demostrar un valor inferior. Por último, para determinar el valor del impuesto, se le deberá aplicar al valor de la ganancia la tarifa única del 15% para las ganancias ocasionales.

Si las acciones no hicieron parte del activo fijo del contribuyente por más de dos años, el ingreso se considera renta ordinaria en los términos del artículo 26 del ETN. La utilidad se determinará conforme a las reglas del artículo 90 del ETN, de la misma manera en que se liquida la ganancia ocasional: restando del precio de venta el costo de las acciones enajenadas, observando las reglas de los artículos 72 y 90 del ETN, mencionadas en el párrafo anterior.

El artículo 36-1 del ETN establece que no constituye renta ni ganancia ocasional, la utilidad percibida por la enajenación de acciones inscritas en una bolsa de valores colombiana, siempre que dicha enajenación no supere el 3%¹⁵ de las acciones en circulación de la respectiva sociedad. Dicho esto, mediante Concepto 92614 de 2010, la DIAN resolvió una consulta por la cual se le preguntaba si el tratamiento del artículo 36-1 del ETN era aplicable para las acciones inscritas en el listado de valores extranjeros de los sistemas de cotización de los valores del extranjero¹⁶. La DIAN concluyó que a las utilidades provenientes de la enajenación de acciones listadas como valores extranjeros les es aplicable el beneficio previsto en el artículo 36-1. Dentro del sistema de

¹⁵ La Ley 2277 de 2022 disminuyó el porcentaje mencionado del 10% al 3%.

¹⁶ El artículo 2.15.6.2.1 del Decreto 2555 de 2010¹⁶ establece que los valores extranjeros son los emitidos fuera del país, siempre que gocen del reconocimiento del que trata el artículo 2.15.6.1.5 del mismo Decreto, para efectos de ser listados y negociados en un Sistema de Cotización de Valores Extranjeros.

cotización de valores extranjeros de la Bolsa de Valores de Colombia (BVC) se incluyen, entre otros, acciones en las siguientes compañías¹⁷¹⁸: Apple, Amazon, JP Morgan, Nubank y Uber.

Debido a que en el escenario planteado no hay un CDI vigente con Colombia, es necesario aplicar el descuento por impuestos pagados en el exterior establecido en el artículo 254 del ETN. El descuento permite que el contribuyente colombiano reste del impuesto colombiano de renta y complementarios el impuesto pagado en el exterior, siempre que se trate de las mismas rentas. Para efectos del descuento, el impuesto del exterior no podrá exceder el monto del impuesto que el contribuyente debe pagar en Colombia.

El impuesto pagado en el exterior a título de ganancia de capital o de renta gravable como consecuencia de la venta de las acciones poseídas en el exterior, podrá descontarse del respectivo impuesto en Colombia, hasta el monto que no exceda el impuesto colombiano. Cuando se trate del impuesto sobre la renta del exterior (cualquiera que sea su denominación), derivado de ingresos por dividendos o participaciones, se podrá descontar de manera diferente, según la participación, directa o indirecta, de la que participe el contribuyente colombiano en el capital de la sociedad del exterior. Ahora, el literal c) del artículo 254 del ETN establece que para el caso de las inversiones de portafolio o destinadas a especular en el mercado de valores, el descuento tributario no es aplicable.

6.2. Sin Régimen ECE y con CDI

Este es el caso de un residente fiscal colombiano, persona natural o jurídica, que participa en el capital de una sociedad domiciliada en cualquier jurisdicción con la que Colombia tenga un CDI

¹⁷ Véase la descripción de los valores disponibles en el Mercado Global Colombiano: <https://www.bvc.com.co/mercado-global-colombiano>

¹⁸ En fecha reciente a la elaboración de este trabajo, la DIAN aclaró, mediante Concepto 604 de 2024, que el beneficio establecido en el artículo 36-1 del ETN es aplicable a las utilidades provenientes de “Exchange Traded Funds” (“ETF” por sus siglas en inglés) listados en el Mercado Global Colombiano, siempre que su subyacente esté representado en acciones.

vigente. Adicionalmente, para no configurarse el Régimen ECE, la sociedad no puede ser controlada por uno o más residentes fiscales colombianos. Este podría ser el caso, entre muchos otros, de un residente fiscal colombiano titular de acciones en una sociedad domiciliada en España, que tenga su control concentrado por un número plural de personas, así como el caso en que sea accionista, bajo las mismas características, de una sociedad domiciliada en Perú. Bajo el primer escenario aplicará el Convenio entre el Reino de España y la República de Colombia suscrito bajo el modelo OCDE el 31 de marzo de 2005 (el “CDI España Colombia”) y en el segundo escenario, siendo Perú miembro de la CAN, aplicará la Decisión 578.

6.2.1. Modelo CDI OCDE.

El artículo décimo del CDI España y Colombia establece que los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante, donde es residente el beneficiario efectivo de los dividendos. En ese caso, el impuesto exigido en el Estado de la fuente no podrá superar el 5% del importe bruto de los dividendos y, para el caso en que el beneficiario de los dividendos sea una sociedad que participe en al menos el 20% de la sociedad pagadora, no habrá lugar a imposición en el Estado de la fuente.

Para las ganancias de capital, el artículo 13 del CDI España Colombia menciona cuatro escenarios diferentes en que podrán ser gravadas las ganancias de capital originadas de cuatro operaciones distintas: las ganancias derivadas de la enajenación de bienes inmuebles, las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo fijo de un establecimiento permanente, las ganancias derivadas de la enajenación de buques o aeronaves y las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o participaciones cuyo valor se derive directa o indirectamente en más de un 50% de bienes inmuebles. El numeral quinto establece una regla residual para las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los

mencionados en los cuatro numerales anteriores, caso en el cual la ganancia solo podrá someterse a imposición en el Estado de residencia del enajenante. Esto quiere decir que, la ganancia que perciba el residente fiscal colombiano por la enajenación de acciones de una sociedad domiciliada en España solo estará gravada en Colombia. La ganancia solo estará gravada en España cuando el valor de las acciones corresponda en más de un 50% a derechos de propiedad sobre bienes inmuebles localizados en España.

6.2.2. Decisión 578.

Cuando el residente fiscal colombiano es titular de acciones de una sociedad domiciliada en Perú, o en cualquier país miembro de la CAN, se debe aplicar la Decisión 578. Según el artículo 11, los dividendos y participaciones percibidas por un residente fiscal colombiano de una empresa domiciliada en Perú solo estarán gravados en Perú. La misma suerte corre la ganancia de capital recibida por la enajenación de acciones, que solo estarán gravadas en el país donde se hubieren emitido. Como ya se mencionó en esta investigación, la CAN acoge el criterio de la fuente para gravar las rentas (basada en el modelo ONU), mientras que el modelo OCDE se inclina en favor del criterio de residencia. Es por esa razón que el modelo OCDE privilegia a los países exportadores de capital mientras que el modelo CAN a los países importadores de capital (Plazas, 2006).

6.3. Con Régimen ECE y sin CDI

Cuando se está en presencia del Régimen ECE es posible decir que se configura un tercer gravamen derivado de la participación en el capital de una sociedad extranjera. Debido a la regla de realización de los ingresos establecida en el artículo 886 del ETN, los ingresos pasivos obtenidos por una ECE se entienden realizados en cabeza del residente fiscal colombiano en el periodo gravable en que la ECE los haya realizado.

Los dividendos y beneficios distribuidos por la ECE serán considerados como ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional para el sujeto obligado al Régimen ECE, en los términos del artículo 893 del ETN. Este tratamiento está limitado hasta el monto de las utilidades que estuvieron sometidas a tributación en los términos de los artículos 886, 887, 888, y 889. Por lo anterior, de llegar a ser mayor el valor de los dividendos percibidos, en comparación con la totalidad de las rentas pasivas reportadas en el año por el contribuyente obligado al Régimen ECE, la diferencia se considerará un ingreso gravado bajo las reglas ordinarias. De la misma forma, las rentas o ganancias ocasionales provenientes de la enajenación de acciones de la ECE serán ingresos no constitutivos de renta siempre que correspondan a utilidades que estuvieron sometidas a tributación por el Régimen ECE.

Es necesario ahondar en los efectos que tienen los ingresos pasivos percibidos por las ECE controladas por residentes fiscales colombianos. En los términos del artículo 886 del ETN, los ingresos pasivos obtenidos por la ECE se entienden realizados en cabeza del residente fiscal colombiano en el periodo gravable que las realizó y en proporción a su participación en el capital. Esto quiere decir que, si la ECE obtuvo más de un 80% de sus ingresos totales por rentas pasivas, como lo son, por ejemplo, las rentas por dividendos distribuidos por otras sociedades de las que la ECE es accionista, dichos ingresos estarán gravados en cabeza del accionista de la ECE.

Cuando la ECE está domiciliada en una jurisdicción con la que Colombia no tiene un CDI suscrito, como es el caso de Estados Unidos, deberá aplicarse el descuento por impuestos pagados en el exterior del que trata el artículo 254 del ETN. Por esa razón, si el accionista de la ECE declara un ingreso derivado de la distribución de dividendos a la ECE por una sociedad de la que la ECE es accionista, el impuesto pagado en el lugar de domicilio de la ECE, liquidado por la obtención de dicha renta, podrá tomarlo como descuento en su impuesto sobre la renta hasta el monto que no

exceda el impuesto que debe pagar en Colombia. Esto mismo pasará con la obtención de cualquier otro ingreso pasivo de los que relaciona el artículo 884 del ETN, como lo pueden ser los provenientes de la enajenación o arrendamiento de inmueble; para ese caso, si la ECE percibe ingresos derivados del arrendamiento de un inmueble del que es propietaria, el residente fiscal colombiano deberá declarar los ingresos percibidos por dichas rentas y podrá descontar de sus impuesto sobre la renta el impuesto que la ECE pagó por la obtención del mismo ingreso.

6.4. Con Régimen ECE y con CDI

Las rentas derivadas de distribución de dividendos y de la enajenación de acciones de una ECE a un residente fiscal colombiano se entienden no gravadas en los términos del artículo 893 del ETN, siempre que las rentas hayan estado sometidas a tributación bajo el régimen ECE. La lógica de esta norma, tal y como lo expresó la DIAN en el Concepto 931 de 2021, “no es otra que evitar la doble tributación: una cuando el ingreso obtenido por la ECE es realizado fiscalmente y de manera anticipada por el contribuyente controlante”.

Cuando las rentas se obtienen en una jurisdicción en la cual Colombia tiene un CDI suscrito, como es el caso de España y Perú, considerado anteriormente, su tributación dependerá de la clasificación de la renta obtenida, en el marco del CDI suscrito con el país en que se originó la renta. Debido a que los instrumentos internacionales suscritos por Colombia prevalecen sobre las normas internas, la DIAN ha comprendido que aún bajo la aplicación del Régimen ECE se deben aplicar las reglas establecidas en los CDI.

6.4.1. Decisión 578.

Mediante el Concepto 931 de 2021, la DIAN resuelve una consulta relacionada con el tratamiento que reciben si los ingresos obtenidos por una sociedad peruana controlada bajo el Régimen ECE por una sociedad colombiana, derivados de la venta de un inmueble ubicado en

Perú. El peticionario quería saber si dichas rentas gozan del tratamiento establecido en el artículo 4º de la Decisión 578 que establece que el producto de la enajenación de un inmueble ubicado en Perú no puede someterse a imposición en Colombia. La DIAN concluyó que el ingreso obtenido por la sociedad peruana no se encuentra gravado en Colombia debido al criterio de fuente acogido por la Decisión 578, por lo que el ingreso tampoco está sometido al Régimen ECE ni a su reconocimiento en los términos del artículo 886 del ETN.

Debido a que el residente fiscal colombiano no debe reconocer los ingresos, en los términos del artículo 886 del ETN, obtenidos por la sociedad peruana por la enajenación de inmuebles, se deberá responder qué pasa con los dividendos provenientes de la enajenación del inmueble que la sociedad peruana reparta al final del ejercicio. Como podrá anticiparse, la DIAN precisó que debido a que los ingresos no se encontraron sometidos al Régimen ECE, los dividendos no gozarán del tratamiento del artículo 893 del ETN, y no se consideran ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional al momento de su realización.

6.4.2. CDI Modelo OCDE.

Para determinar la tributación de las rentas obtenidas por una ECE con residencia fiscal en una jurisdicción con la que Colombia tiene un CDI suscrito vigente, que además es controlada por un residente fiscal colombiano, se deberá distinguir el tipo de renta obtenido por la ECE en los términos establecidos por el CDI. Asumamos, a manera de ejemplo, que la ECE está localizada en España (con quien Colombia tiene un CDI en vigor). Acogiendo el ejemplo ilustrativo de las rentas derivadas de inmuebles, el artículo 6º del CDI España Colombia establece que las rentas que un residente de Colombia obtenga de bienes inmuebles situados en España pueden someterse a imposición en España. Este escenario demuestra nuevamente la diferencia en los criterios del modelo de CDI de la OCDE y el acogido por la Decisión 578. Es evidente que el modelo de CDI

de la OCDE privilegia al Estado de la residencia, otorgándole la posibilidad de gravar los ingresos obtenidos por bienes inmuebles, mientras que la Decisión 578 otorga la totalidad de la potestad al Estado de la fuente.

Debido a que ambos Estados tienen la facultad de gravar el mismo ingreso, es necesario acudir a los métodos para eliminar la doble imposición señalados en el artículo 22 del CDI España Colombia. El artículo 22 indica que la doble imposición se evitará de conformidad con las disposiciones de la legislación interna de cada Estado contratante, por esa razón cuando un residente colombiano obtenga ingresos que puedan estar sometidos en España, Colombia permitirá el descuento del impuesto sobre la renta por un valor igual al impuesto pagado en España, sin exceder el valor del impuesto que se deberá pagar en Colombia. A diferencia de los efectos generados por la Decisión 578 en la que las rentas provenientes de bienes inmuebles no están sometidas al Régimen ECE por no estar gravadas en Colombia, las mismas rentas vistas desde la óptica del CDI España Colombia si estarán sometidas al Régimen ECE al estar gravadas en Colombia.

6.5. Con Régimen CHC y sin CDI

Las sociedades colombianas que se acogen al Régimen CHC tienen dos beneficios principales establecidos en los artículos 895 y 896 del ETN. El primer beneficio consiste en que los dividendos distribuidos por las entidades no residentes en Colombia a una CHC están exentos del impuesto sobre la renta en Colombia. El segundo beneficio otorga el mismo tratamiento de rentas exentas a las ganancias ocasionales derivadas de la enajenación de las participaciones que la CHC tenga en las entidades no residentes en Colombia. En ese sentido, en ausencia de un CDI, el Régimen CHC se aplicará como lo establece la legislación colombiana en los artículos 894 y siguientes del ETN.

6.6. Con Régimen CHC y con CDI

6.6.1. Decisión 578.

El artículo 11° de la Decisión 578 establece que los ingresos por dividendos y participaciones solo serán gravables por el país donde está domiciliada la sociedad que los distribuye. En ese sentido, si alguna de las entidades en las que participa la CHC está domiciliada en un país miembro de la Comunidad Andina, los ingresos por dividendos solo estarán gravados en ese país. En este caso el Régimen CHC no tendrá efecto ya que Colombia no tiene potestad tributaria sobre los dividendos obtenidos por la sociedad extranjera. La argumentación utilizada por la DIAN en el primer interrogante formulado en el Concepto 931 de 2021 se puede acoger en este mismo caso al recordar que la legislación expedida por la CAN prevalece sobre las normas nacionales que regulan la misma materia.

Las ganancias de capital por la enajenación de acciones, establecidas en el artículo 12 de la Decisión 578, solo podrán ser gravadas por el país en cuyo territorio se hubieren emitido. En ese sentido las ganancias de capital por la enajenación de participaciones de la CHC en una sociedad domiciliada en alguno de los países miembros de la CAN gozarán de la misma suerte que los ingresos por dividendos mencionados en el párrafo inmediatamente anterior.

6.6.2. Modelo CDI OCDE.

El modelo CDI OCDE otorga potestad a ambos Estados para gravar las rentas derivadas de dividendos. Tomando como ejemplo el CDI España Colombia, el artículo 10° permite que los dividendos se graven en el Estado en que está ubicada la sociedad que los distribuye, sin que el impuesto exigido exceda el 5% del importe total de los dividendos distribuidos. Por su parte, el artículo 13 del CDI España Colombia indica que las ganancias derivadas de la enajenación de acciones cuyo valor no se derive en más de un 50% de bienes inmuebles, solo pueden someterse a

imposición en el Estado en que resida el enajenante. El modelo CDI OCDE permite la concurrencia con el Régimen CHC debido a que le otorga la potestad tributaria al Estado de residencia, en este

Con la suscripción del IML¹⁹ se propuso poner en marcha el Plan de Acción BEPS, por el cual, mediante la Acción 6, se propone que los Estados miembros de la OCDE implementen cláusulas para evitar el abuso en la utilización de los CDI (Campos, 2022). Para este fin se destacan dos cláusulas: la cláusula del “test de propósito principal” (“PPT” por sus siglas en inglés) y la cláusula de limitación de beneficios (“LOB” por sus siglas en inglés). La primera pretende analizar el propósito de la ubicación de la entidad en el Estado contratante y la segunda que la utilización del CDI tenga un fundamento real (Campos, 2022).

El criterio de residencia para efectos del CDI OCDE se determina conforme a la legislación del Estado donde la entidad es residente, estableciendo unas reglas de desempate que se utilizarán cuando una persona sea residente en ambos Estados. La residencia de las sociedades y entidades en Colombia está atada al criterio de domicilio, en los términos el artículo 12-1 del ETN. Esto quiere decir que una sociedad domiciliada en Colombia será residente fiscal en Colombia, aunque la totalidad de sus accionistas o socios sean extranjeros. Dicho esto, conforme con la cláusula LOB, una sociedad se considera “no calificada” si pertenece en más de un 50% a personas no residentes en Colombia (Campos, 2022). Por esta razón, aunque el numeral 1° del artículo 898 del ETN establece que las CHC se consideran residentes fiscales colombianas para efectos de los CDI suscritos por Colombia, es necesario identificar la armonización de estas disposiciones con las cláusulas antiabuso establecidas por Colombia con la suscripción del IML.

¹⁹ Como se mencionó en la introducción el IML (suscrito por Colombia el 7 de junio de 2017) es un documento de suscripción abierta por el cual se pretende, entre otras cosas, la modificación de los CDI suscritos con los diferentes Estados para ajustarlos a un modelo actualizado (Campos, 2022).

Bibliografía

- Bravo, J. (2000). *Nociones fundamentales de derecho tributario*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Cabrera, O. (2022). *La residencia fiscal de las entidades jurídicas en el sistema tributario colombiano*. Bogotá, Colombia: Revista de derecho fiscal.
- Campos, R. (2022). *Cláusula de limitación de beneficios y régimen de compañías holding colombianas a la luz del instrumento multilateral y el Convenio de Doble Imposición entre Colombia y Japón*. Bogotá, Colombia: Revista de derecho fiscal.
- Corredor, J. (2009). *El impuesto sobre la renta en Colombia*. Bogotá, Colombia: Centro Interamericano Jurídico Financiero.
- DIAN (2010). Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina. Concepto 92614 de 2010.
- DIAN (2018). Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina. Oficio 1826 de 2018.
- DIAN (2021). Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina. Concepto 931 de 2021.
- DIAN (2024). Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina. Concepto 604 de 2024.
- Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT) (1999). González, J., Lewin, A. *Derecho internacional tributario*. Derecho tributario (585-615).
- Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT) (2006). Plazas, M. *Métodos para evitar la doble tributación internacional*. Estudios de derecho internacional tributario (413-449). Bogotá, Colombia: Legis.
- Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT) (2024). Márquez, C. *The Colombian holding company regime*. Colombian Taxation Introductory Handbook (125-136). Bogotá, Colombia.

Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT) (2024). Cabrera, O. International Treaties to avoid double taxation. Colombian Taxation Introductory Handbook (381-404). Bogotá, Colombia.

Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT) (2024). Borja, A. Andean pact – directive 578 of 2004. Colombian Taxation Introductory Handbook (405-414). Bogotá, Colombia.

Medina, R. (2008). Tributación sociedad-socios en Estados Unidos. Revista de derecho Fiscal. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/2726>.

OCDE (2016). Proyecto BEPS - Nota explicativa: Informes Finales 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264263567-es>.

OCDE (2016). Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces, Acción 3 - Informe final 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264267091-es>.

Presidencia de la República (1989). Decreto Ley 624 de 1989 Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuesto Nacionales. Bogotá D.C.: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Zarama, C., Zarama, V. (2017). Reforma tributaria comentada Ley 1819 de 2016. Bogotá, Colombia: Legis.