

Gravamen de las rentas del trabajo dependiente en el MC OCDE¹

Taxation of income from dependent employment in the OECD MC

Gravame das rentas do trabalho dependente no MC OCDE

MARÍA BEGOÑA VILLAYERDE GÓMEZ²

Universidad de Santiago de Compostela – España

Fecha de recepción: 10 de abril de 2015

Fecha de aprobación: 19 de mayo de 2015

Página inicial: 151

Página final: 188

Resumen

En el presente trabajo se aborda el examen del art. 15 MC OCDE como principal modelo de reparto de competencias de gravamen entre distintas jurisdicciones fiscales de los utilizados en la firma de CDI en la actualidad. El objetivo del trabajo es una revisión de anteriores aportaciones, propias y doctrinales, con dos finalidades. La primera, realizar un análisis de los cambios introducidos por la OCDE con los nuevos Comentarios al Modelo de Convenio en 2014, que son muy exigüos en este caso concreto. De otra parte, ahondar, con una perspectiva más global, en el texto de un art. 15 MC OCDE, que se caracteriza por el uso de términos poco claros que conducen a dificultades prácticas en su aplicación. Se presta especial atención a los problemas que provocan tanto la redacción en negativo del texto como el uso de términos que se remiten a la definición propia de las legislaciones domésticas, como por ejemplo el concepto de “empleador”. También

1 Para la realización de este trabajo se ha contado con la financiación procedente del proyecto Internacionalización de la empresa española. Aspectos mercantiles y fiscales. Código: DER2013-47644-P

2 Doctora en Derecho Financiero y Tributario. Profesora contratada doctora de la Universidad de Santiago de Compostela. Acreditada Titular por la ANECA.

*Este artículo puede citarse de la siguiente forma: María Begoña Villaverde Gómez. *Gravamen de las rentas del trabajo dependiente en el MC OCDE*, Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario, núm 72, pág. 151, Bogotá D.C., Mayo 2015.

es complejo identificar cuáles rentas en concreto deben gravarse bajo las reglas del art. 15 MC OCDE frente a otros preceptos del MC OCDE que incluyen rendimientos relacionados con la actividad laboral

Palabras clave

Trabajadores, rentas del trabajo, Derecho internacional tributario, MC OCDE.

Abstract

In this paper the review of article 15 MC OECD is addressed as a leading model of allocation of powers of taxation between different tax jurisdictions from the ones used in the CDI nowadays. The aim of this paper is a review of previous works, own and doctrinal, with two purposes. The first, an analysis of the changes introduced by OECD with its new Comments to the Model Convention in 2014, which have been very meager in this particular case. Moreover, deepen, with a more global perspective, the wording of article 15 MC OECD characterized by the use of unclear terms that lead to practical difficulties in its implementation. Special attention is given to the problems caused by, both, the negative wording of the text and the use of terms that refer to the own definition of local legislation, such as the concept of “employer”. At the same time, it is also a complex matter to identify which income must be taxed under the rules of the article 15 MC OECD against other provisions of the MC OECD that include income related to labor activity.

Key Works

Workers, earned income, tax international law, MC OCDE.

Resumo

No presente trabalho aborda-se o exame do art. 15 MC OCDE, como principal modelo de reparto de competências de gravame entre distintas jurisdições fiscais dos utilizados na firma de CDI na atualidade. O objetivo do trabalho é uma revisão de anteriores contribuições, próprias e doutrinárias, com duas finalidades. A primeira, realizar uma análise das mudanças introduzidas pela OCDE com os novos Comentários ao Modelo de Convênio em 2014, que têm sido muito exíguos neste caso concreto. De outra parte, aprofundar, com uma perspectiva mais global, no texto de um art. 15 MC OCDE, que se caracteriza pelo uso de termos pouco claros que conduzem a dificuldades práticas na aplicação do mesmo. Presta-se especial atenção aos problemas que provocam tanto a redação em negativo do texto como o uso de termos que se remetem à definição própria das legislações

domésticas, como por ejemplo o conceito de “empregador”. Ao mesmo tempo, também é complexo identificar quais rendas em concreto devem gravar-se sob as regras do art. 15 MC OCDE frente a outros preceitos do MC OCDE frente a outros preceitos do MC OCDE que incluem rendimentos relacionados com a atividade laboral.

Palavras-chave

Trabalhadores, rendas do trabalho, Direito internacional tributário, MC OCDE.

Sumario

Introducción – 1. Una cuestión previa. El punto de conexión: La residencia – 2. Ámbito objetivo: a qué rentas se refiere el art. 15 MC OCDE – 2.1. Rendimientos incluidos en el ámbito del art. 15 MC OCDE – 2.2. Rentas sujetas: Sueldos, salarios y remuneraciones similares. El régimen de las opciones sobre acciones – 3. Atribución de la potestad de imposición – 3.1. La regla de la tributación exclusiva en el Estado de la residencia – 3.2. La tributación en el Estado de la actividad. Justificación de su derecho a gravar la renta del trabajo – 3.3. Condiciones para que el gravamen exclusivo en el Estado de la residencia – 3.3.1. El criterio de la permanencia – 3.3.2. El criterio del pagador de la remuneración del trabajador – 3.3.2.1. ¿Quién es el empleador? – 3.3.2.2. Significado de “pagado por o en nombre de” – 3.3.2.3. El lugar de residencia – 3.3.3. Criterio de las remuneraciones soportadas por el Establecimiento permanente (EP) – 3.4. Regla de trabajadores de empresas de navegación marítima y aérea internacional – 4. Los Comentarios al art. 15 del MC OCDE y el régimen de tributación de los trabajadores fronterizos – 5. Conclusiones – 6. Bibliografía.

Introducción

A pesar de que el trabajo sea uno de los factores económicos con una movilidad menor, las actuales circunstancias económicas mundiales y el propio desarrollo tecnológico han propiciado que cada vez sea más frecuente encontrarnos con trabajadores desplazados a otros Estados distintos al de su nacionalidad, bien de forma temporal, bien de forma permanente. De hecho, los Estados se han visto obligados a introducir normas relativas a los llamados impatriados y expatriados para dar respuesta a las distintas cuestiones jurídicas que surgen ante tales situaciones.

En este sentido, adquiere especial interés conocer el régimen fiscal aplicable a las rentas obtenidas por tales trabajadores desplazados, por cuanto nos

encontraremos con dos Estados –o más– interesados en el gravamen de las remuneraciones recibidas por el desarrollo de estos trabajos. En efecto, el modelo aplicado con carácter general establece un gravamen de la renta mundial obtenida por los residentes en un determinado Estado –obligación personal de contribuir–, con la característica de que a través de esta imposición se subjetiviza su tributación teniendo en cuenta a la hora de fijar la cuantía a ingresar las circunstancias personales y familiares del obligado tributario, en aras a garantizar el respeto al principio de capacidad económica. A su lado, puede hablarse de un gravamen complementario sobre los no residentes, que recae sobre las rentas obtenidas en otros Estados distintos a los de su residencia –obligación real de contribuir–. Esto es, un modelo en el que aparecen dos Estados legítimamente interesados en gravar una única renta.

En el examen de la fiscalidad internacional que puede recaer sobre este tipo de rentas, vamos a seguir el art. 15 del Modelo de Convenio de la OCDE para Evitar la Doble Imposición (MC OCDE), en el que, a grandes rasgos, se señalan las reglas de gravamen de las rentas del que podemos denominar trabajo dependiente o por cuenta ajena³.

Debe indicarse que los comentarios al art. 15 MC OCDE han sufrido algunas modificaciones en el nuevo texto del MC OCDE 2014⁴. En general, estos cambios no afectan al texto del art. 15 MC OCDE, si bien han producido una modificación de escasa importancia, que no mejora este confuso artículo.

Nos referimos a que hasta la versión de 2014 el art. 15 MC OCDE llevaba por rótulo “Trabajo dependiente”. A partir de este año, su título pasa a ser “Rentas derivadas de un empleo”, de modo que desaparece la mención al carácter dependiente del empleo. La razón de este cambio no debe buscarse en una modificación o ampliación del contenido de este precepto, que se mantiene inalterado, sino que trae causa de la desaparición del art. 14 MC OCDE, relativo a las rentas derivadas de trabajos independientes (precepto, por otra parte, que subsiste en numerosos CDI firmados antes del año 2000). Con carácter general, las rentas antes incluidas en el art. 14 MC OCDE tributan en el ámbito de los beneficios empresariales, conforme a las directrices del art. 7 MC OCDE, y no según el art. 15

3 La importancia de este artículo 15 deviene de la expansión que el MC OCDE ha alcanzado en las negociaciones bilaterales entre países miembros y aun fuera de este contexto. La generalidad de los modernos acuerdos para evitar la doble imposición internacional no solo incluye dicha cláusula, sino que lo hacen sin mayores cambios a la redacción modélica; de la que, por otra parte, no difieren notablemente otras proformas importantes. En cualquier caso, téngase en cuenta que el art. 15 del Modelo de Convenio de las Naciones Unidas sobre doble imposición entre países desarrollados y subdesarrollados es casi enteramente idéntico al art. 15 del MC OCDE. Lo mismo sucede con el art. 15 del Modelo de Convenio de EE.UU. de 1996.

4 En su versión inglesa, vid. http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2014_mtc_cond-2014-en#page262

MC OCDE, que sigue haciendo referencia al empleo prestado para un tercero perteneciente al sector privado.

De la misma manera, debe tenerse en cuenta que este artículo debe ser interpretado en el contexto del propio MC OCDE, habiéndose señalado en la doctrina que opera como una cláusula residual respecto a los restantes artículos del MC OCDE que gravan lo que pueden ser calificadas como rentas del trabajo en sentido amplio, aspecto sobre el que volveremos más adelante. Además, este artículo 15 se refiere únicamente a los supuestos en el pagador de la remuneración pertenezca al sector privado, sin que pueda olvidarse que estas rentas solo son obtenidas por personas físicas. A pesar de esta utilización generalizada, casi al pie de la letra, del art. 15 MC OCDE, su interpretación ofrece no pocas dificultades⁵. A ello nos referiremos a continuación.

1. Una cuestión previa. El punto de conexión: La residencia

En el art. 15 MC OCDE se establece como regla general el gravamen de las rentas del trabajo dependiente por el Estado de la residencia del trabajador, de manera que resulta fundamental señalar cuando se considera residente una persona física en el territorio de un Estado contratante. En este sentido, el art. 4 MC OCDE se remite a las legislaciones internas, si bien estableciendo ciertas pautas⁶. Como veremos, también el Estado de la actividad podrá gravar la renta del trabajo, cuando concurren determinadas circunstancias⁷. En el marco del art. 15 MC OCDE, más que de Estado de la fuente, debe hablarse de Estado de la actividad para hacer referencia al otro Estado contratante diverso al de la residencia que puede tener derecho de gravamen. En efecto, no importa tanto, en principio,

5 A ello ha de añadirse que ni el texto del MC OCDE, ni las soluciones propuestas en este marco a los problemas de interpretación, son de carácter obligatorio. De este modo, el hecho de que un determinado país ajuste sus negociaciones al tenor del Modelo, no implica necesariamente una interpretación coincidente.

6 Como señala Hortalá i Vallvé, no se trata de una remisión en blanco. Puede verse en Joan Hortalá i Vallvé. *Comentarios a la red española de convenios de doble imposición*- pág. 118 y ss. Thomson-Aranzadi, (2007).

7 A modo de ejemplo, cabe señalar como en la legislación doméstica española (art. 13 TR LIRNR) se atribuye la competencia para gravar la renta del trabajo a nuestra Administración tributaria de una forma más amplia que la que veremos a lo largo de los distintos apartados del art. 15 MC OCDE. En efecto, según el TR LIRNR, tributará en España la renta del trabajo conforme a tres puntos de conexión:

a) Lugar de realización: cuando el trabajo se desarrolle en España

b) Criterio del pago: remuneraciones satisfechas por un residente en España (personas físicas o entidades) o un establecimiento permanente situado en España. Esta regla no se aplica en el caso de que el trabajo se preste íntegramente en el extranjero y los rendimientos sean gravados por un impuesto de naturaleza personal.

c) Empleos realizados a bordo de un buque o aeronave en tráfico internacional.

De este modo, España amplía el ámbito de imposición respecto a los supuestos en que se trate del Estado de la actividad, si bien únicamente en aquellos supuestos en que no se cuente con un convenio para evitar la doble imposición sobre las rentas del trabajo.

donde se encuentra el pagador de los salarios, sino en que territorio se efectúa la prestación de los concretos servicios laborales.

En todo caso, el punto de referencia es el art. 4 MC OCDE. En una primera lectura, el primer párrafo parece dar una definición de quién va a ser considerado residente a efectos de un CDI, pues señala que a los efectos de este Convenio, la expresión “residente de un Estado contratante” significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también ese Estado y sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que están sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo.

En este art. 4.1 MC OCDE se recogen las dos condiciones que se señalan para que a un determinado contribuyente le sea aplicable un determinado CDI:

- Debe ser considerado persona, tal y como esta resulta definida en el art. 3. 1.a) MC OCDE. Esta definición, recordemos, incluye una remisión a la legislación doméstica de los Estados contratantes para completar su significado.
- Esa persona debe estar sujeta a imposición (deberíamos decir plena, en correspondencia con la versión inglesa *full liability to tax*) en ese Estado. Recuerda el párrafo 3 de los Comentarios al art. 4.1 que “las legislaciones internas de los diversos Estados establecen la sujeción integral al impuesto, o ‘sujeción plena’, basándose en la existencia de un vínculo personal entre el contribuyente y el Estado considerado (Estado de residencia)”.

Por supuesto, ni el MC OCDE ni sus Comentarios establecen cuándo una persona está sujeta a imposición en un determinado Estado, ya que debe ser la normativa doméstica de cada uno de los Estados contratantes la que determine dicha circunstancia (párrafo 4 de los Comentarios art. 4 MC OCDE). Por tanto, también en este punto se produce una remisión a la legislación tributaria de cada Estado. De todos modos, en cuanto a la sujeción plena a imposición, pueden producirse dificultades interpretativas, en atención a si se considera cumplido este requisito cuando el Estado declara la exención del impuesto o si es necesaria la efectiva sujeción al mismo. Si se entiende que estos supuestos pueden ser conflictivos, se aconseja que los Estados lleguen a una solución acordada en este punto.

Debe matizarse que esta remisión a la legislación doméstica no es absoluta. La definición de los Estados contratantes se ve condicionada en alguna medida por lo dispuesto en los apartados siguientes del art. 4 MC OCDE y puede verse li-

mitada también de forma contextual por el resto del contenido del MC OCDE. En este sentido, un CDI puede contener disposiciones específicas respecto al personal diplomático y consular para garantizar que sigan siendo residentes en el Estado de origen mientras desempeñan su cargo.

En particular, se establece un límite negativo: nunca será considerado residente una persona que esté sujeta a imposición en un Estado “exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo”. Esto es, se excluye de la condición de residente a quien no esté plenamente sujeto a gravamen en un determinado Estado, sino que tribute únicamente por las rentas obtenidas en su territorio, con la única excepción de aquellos sujetos residentes en algunos de los pocos Estados que se rijan por el principio de territorialidad para el gravamen de todo tipo de rentas o patrimonio. Del mismo modo, queda fuera del concepto de residente quien tenga la condición de residente en un tercer Estado.

Al mismo tiempo, en el art. 4.2 MC OCDE se enumera una serie de situaciones que se utilizan en las legislaciones domésticas para establecer la condición de residente de un determinado sujeto, tales como “domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga”. Estos términos son definidos en los ordenamientos jurídicos de cada Estado y pueden tener distinto alcance en cada uno de ellos o incluso superponerse unos a otros. Debe tenerse en cuenta que el MC OCDE ofrece varias alternativas para identificar el lugar de residencia de un determinado sujeto, sin dar preferencia al uso de ninguno de ellos. En general, los Estados señalan criterios de permanencia temporal en su territorio, con períodos que rondan los 183 días o los seis meses, computados bien en el año natural, bien en un período de doce meses⁸.

Finalmente, en la medida en que se produce una remisión a la normativa doméstica de los Estados contratantes, también se están aceptando las reglas especiales de atribución de residencia que pudiesen prever los distintos ordenamientos jurídicos domésticos (caso del personal diplomático o de los funcionarios en la normativa doméstica española). En el párrafo 2 del art. 4 MC OCDE se establecen las normas, –conocidas como *tie breaker rules*–, que deben seguir los Estados contratantes en aquellos supuestos en los que surjan conflictos de doble residencia, esto es, que ambos Estados consideren que una persona es residente en su jurisdicción. Dichas reglas se pueden enunciar del siguiente modo:

8 En algunos casos, se establecen reglas singulares, como en Alemania, donde la residencia puede ser adquirida retroactivamente, o el conocido régimen de los *non-dom* en Reino Unido y las peculiaridades de los EEUU donde se atiende tanto a la nacionalidad como a la permanencia, que puede ser tomada en cuenta respecto a los dos ejercicios anteriores.

1. Una persona será considerada residente solamente del Estado donde tenga una vivienda permanente a su disposición.
2. Si tuviera una vivienda permanente a su disposición en ambos estados, se considerará residente solamente del Estado con el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas (centro de intereses vitales).
3. En defecto de las reglas anteriores, se considerará residente solo en el Estado en que viva habitualmente.
4. Si viviera habitualmente en ambos Estados, o no lo hiciera en ninguno de ellos, se considerará residente únicamente del Estado del que sea nacional.
5. Si fuera nacional de ambos Estados o no lo fuera de ninguno de ellos, las autoridades competentes de los estados contratantes resolverán el caso de común acuerdo.

Los Comentarios al MC OCDE son muy minuciosos a la hora de precisar los términos que utiliza en las *tie breaker rules*: establece con detalle el significado de cada uno de ellos⁹. Así, a modo de resumen, puede indicarse que, según los Comentarios al art. 4 MC OCDE:

- Para hablar de residencia es necesario contar con un lugar donde tiene la propiedad o el disfrute de una vivienda. Se entiende por vivienda cualquiera de sus formas: casa o apartamento en propiedad o arrendamiento, habitación alquilada con muebles-.
- Esa vivienda debe ser permanente. La persona física la habrá amueblado y reservado para su uso permanente, a diferencia de la estancia en un determinado lugar en condiciones tales que sea evidente que la misma se pretende de corta duración” (Parágrafo 12 de los Comentarios al art. 4.2 MC OCDE).
- Además, la vivienda ha de ser permanente. Para la OCDE, es el elemento esencial: “significa que la persona física ha dispuesto lo necesario para que el alojamiento esté disponible en cualquier momento, de una manera continuada y no ocasionalmente para estancias que, por cualquiera de las razones que las motiven, han de ser necesariamente de corta duración (viajes de placer, de negocios, de estudios, asistencias cursos o escuela) (Parágrafo 13 Comentarios al art. 4.2 MC OCDE).
- Respecto al segundo criterio, donde tenga su centro de intereses vitales, para determinar donde se establecen las relaciones personales y económi-

9 Remitimos a lo señalado en dichos Comentarios para precisar el significado de estas reglas de atribución de residencia.

cas más estrechas, “se tomarán en consideración sus relaciones familiares y sociales, sus ocupaciones, sus actividades políticas, culturales y de otro tipo, la localización de sus negocios, la sede de administración de su patrimonio” (Parágrafo 15 Comentarios al art. 4.2 MC OCDE).

- Si bien deben valorarse las circunstancias personales y familiares en su conjunto, se da cierta “preferencia a las relaciones personales: cuando la persona física disponga de una vivienda permanente en ambos Estados, el hecho de que tenga un domicilio habitual en un Estado y no en otro aparece como la circunstancia que, en caso de duda en cuanto a la localización de su centro de intereses vitales, hará inclinar la balanza del lado del Estado donde permanezca con mayor frecuencia. A tal fin, deben considerarse, no solo las estancias en la vivienda permanente del Estado de que se trate, sino también las efectuadas en cualquier otro lugar del mismo Estado” (parágrafo 17 de los Comentarios art. Art. 4.2. MC OCDE). Sin embargo, si “una persona física que no tiene una vivienda permanente en ninguno de los Estados contratantes como, por ejemplo, en el caso de que la persona se desplace de un hotel a otro. En este supuesto han de considerarse igualmente todas las estancias en un Estado, sin que sea necesario determinar la razón de las mismas”.

2. Ámbito objetivo: A qué rentas se refiere el art. 15 MC OCDE.1. Rendimientos incluidos en el ámbito del art. 15 MC OCDE

Un importante aspecto que debe ser objeto de examen es la delimitación de las rentas que van a ser afectadas por el art. 15 MC OCDE. En ausencia de una definición expresa en el MC OCDE de un determinado concepto, como es sabido, se entiende que se ha producido una remisión al Derecho interno de los Estados contratantes (art. 3.2 MC OCDE). Naturalmente, sin perjuicio de que lo dispuesto en los Comentarios al MC OCDE, presten una importante ayuda en la interpretación de todos y cada uno de los términos que se utilizan en el texto convencional.

Tomando como referencia el caso español, en efecto, como ya hemos señalado en otro lugar¹⁰, el precepto convencional ha sido redactado en unos términos más estrictos que los utilizados para delimitar la noción de renta del trabajo utilizada en el ordenamiento doméstico, dado que existen importantes diferencias respecto al concepto que podemos encontrar en el art. 17 de la Ley 35/2006, de

10 Vid. María Begoña Villaverde Gómez con Aliuska Duardo Sánchez : *Gravamen de las rentas del trabajo dependiente en el ámbito internacional : algunas cuestiones en torno al art. 15 MC OCDE*, en Estudios em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier. 2013 at 169.

28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, que define las rentas del trabajo respecto de los trabajadores residentes¹¹. Esta situación se reproduce en la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos. Según el MC OCDE las retribuciones de trabajadores dependientes como los consejeros de sociedades, funcionarios públicos, pensionistas (o pensionados) o rendimientos percibidos por estudiantes y personas en prácticas, normalmente contempladas como rendimientos del trabajo en la legislación doméstica, no se encuentran comprendidos en esta categoría. Así, se ven sometidos, no obstante, a un régimen de tributación diferente.

Esta circunstancia ha llevado a clasificar la cláusula del art. 15 MC OCDE como una regla “general” a la par que “residual”, aplicable en tanto no lo sean otras de índole más específica como las que acabamos de reseñar¹². De esta manera, desde la perspectiva interna, para completar el régimen de las rentas del trabajo por cuenta ajena, es necesario tener presentes estas otras disposiciones, las cuales, según Pöntgens, conforman junto al mencionado art. 15 un sistema “funcionalmente cerrado”¹³. De tal modo que la tributación de los rendimientos derivados un empleo viene cubierta en el MC OCDE por los siguientes artículos: los salarios y sueldos, así como otras remuneraciones similares por el artículo 15, las retribuciones a los consejeros (art. 16), funcionarios públicos (art. 19), pensiones privadas (art. 18), los rendimientos percibidos por estudiantes y personas en prácticas (art. 20), y, finalmente, otros rendimientos (art.21) ¹⁴. Estos artículos conforman el sistema “funcionalmente cerrado” del que habla Pöntgens.

Junto a estos preceptos, puede hacerse referencia, desde la perspectiva del derecho interno español, tanto al “desaparecido” art. 14 –rentas de trabajos independientes– como al art. 17 MC OCDE –relativo a las rentas de artistas y deportistas–. Y ello porque algunos de los rendimientos que obtienen las personas físicas por sus actividades económicas por cuenta propia pueden dar lugar a dudas en torno a su inclusión como rentas derivadas de un empleo. En cuanto a los artistas y deportistas, ellos pueden obtener rentas dentro de una relación laboral especial, pero aun cuando sus actividades profesionales se lleven a cabo en el

11 A él se remite también el art. 13. 3 TR LIRNR.

12 Vid, entre otros, Emilio Aguas Alcalde. *Tributación internacional de los rendimientos del trabajo.*, pág. 108 Aranzadi. (2003) y Pilar Álvarez Barbeito con José Manuel Calderón Carrero. *La tributación en el IRPF de los trabajadores expatriados e impatriados* Netbiblo, At 182. (2010).

13 Frank Pöntgens. *Income for international private employment: an analysis of article 15 of the OECD Model Convention.* International Bureau of Fiscal Documentation, doctoral series, Volume 12, At 4. (2006).

14 Recordemos que el propio art. 15.1 MC OCDE comienza señalando que el mismo opera sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 16,18 y 19”, cláusula que en la doctrina ha sido entendida como clarificadora del carácter residual del alcance del art. 15 MC OCDE; pero, al ser meramente interpretativa “su ausencia no debería plantar mayores dudas en torno al criterio de especialidad de los referidos preceptos sobre el art. 15”. (vid. José Manuel Calderón Carrero. *La doble imposición internacional en los Convenios de Doble imposición y en la Unión Europea.* Pág. 185. Aranzadi.(1997),)

marco de un contrato de trabajo, se viene entendiendo que el art. 17 tendrá aplicación prevalente sobre el art. 15 MC OCDE. Téngase en cuenta que, además de mantener el carácter residual del art. 15 MC OCDE respecto de los demás preceptos del convenio que tengan un ámbito más específico, el propio art. 17 comienza señalando que el mismo se aplica “no obstante lo dispuesto en el artículo 15...”, lo que clarifica la preferencia de este precepto dirigido a las rentas de artistas y deportistas frente a aquél que grava las rentas del trabajo dependiente¹⁵.

Respecto de la ausencia de definición de empleo o trabajo dependiente en el MC OCDE, su completa interpretación debe realizarse a la luz del Derecho doméstico de cada Estado. Eso sí, teniendo en cuenta las aportaciones a la delimitación de su ámbito que contiene el propio MC OCDE, que acaban de ser mencionadas. En el mismo sentido, Vega Borrego, señala que tal remisión “no puede entenderse como una remisión sin restricciones al Derecho interno. El significado que tiene este término (empleo, trabajo dependiente o *employment*) en el ámbito internacional permite afirmar que es necesaria una interpretación autónoma del precepto. Esta interpretación exige que solo se traten en la órbita del art. 15 MC OCDE las remuneraciones de trabajos en los que concurren las notas de dependencia y ajenidad”¹⁶.

2.2. Rentas sujetas: Sueldos, salarios y remuneraciones similares. El régimen de las opciones sobre acciones

Resulta necesario establecer a qué rentas recibidas en concepto de retribución por el trabajo realizado va a ser aplicado este precepto, sin abandonar la delimitación objetiva, pero adentrándonos en la letra del art. 15 MC OCDE¹⁷. En este sentido, no queda clara la amplitud que debe darse a la expresión “sueldos, sa-

15 Aunque pueda exceder del ámbito de este trabajo, quisiéramos hacer una mínima mención a que en las modificaciones llevada a cabo en 2014 en relación con el art. 17 MC OCDE y sus Comentarios se apunta a la conveniencia de que los Estados contratantes puedan acordar redacciones alternativas para concreto precepto, en la línea de que determinados rendimientos de deportistas y artistas que sean obtenidos en el marco de un contrato de trabajo por cuenta ajena y no alcancen determinados niveles retributivos no queden sometidos a gravamen según el art. 17 MC OCDE, sino que sean tratados como rentas del trabajo dependiente conforme a las disposiciones del art. 15 MC OCDE.

16 Señala el autor como ejemplo que si la remisión se realizase en bloque, las pensiones por alimentos y compensatorias de fuente española estarían comprendidas en todo caso en el art. 15 MC OCDE, al tener naturaleza de rentas del trabajo tanto en el IRPF y el IRNR. Vid. Alberto Vega Borrego. *Rendimientos del trabajo y convenios para evitar la doble imposición* en *Fiscalidad internacional*, 4º ed., F. Serrano Antón, CEF, Madrid 2010. At 799

17 Vid. María Begoña Villaverde Gómez con Aliuska Duardo Sánchez: Gravamen de las rentas del trabajo dependiente en el ámbito internacional: algunas cuestiones en torno al art. 15 MC OCDE, en *Estudios em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, Almedina 2013. At 169. donde se analizaban estos mismos aspectos, si bien prestando especial atención a las cuestiones relativas a la tributación de las opciones sobre acciones, cuyo tratamiento mereció especial atención por parte de la OCDE desde 2004.

larios y otras remuneraciones similares¹⁸, contenida en su primer párrafo. La ausencia de mayores aclaraciones sobre su significado ha sido interpretada como una remisión a la ley del Estado que aplica el convenio. Ha de tenerse en cuenta que no es posible extraer un significado contextual del convenio, tal y como permite el art. 3.2 MC OCDE.

Es cierto también que la legislación doméstica del Estado que aplica el convenio resulta en este punto limitada por otras disposiciones del convenio –16, 18 o 19– que establece un régimen específico para otras rentas del trabajo en la normativa doméstica¹⁹. De la misma manera, los Comentarios al MC OCDE pueden dar lugar a la exclusión de determinadas retribuciones del ámbito del art. 15 MC OCDE a pesar de su tratamiento interno como rendimiento del trabajo, tal y como ocurre, por ejemplo, con las rentas derivadas de planes de pensiones de tipo individual²⁰.

La generalidad de las legislaciones domésticas toma como punto de partida un concepto amplio de rentas por razón del empleo y a partir del mismo excluyen de imposición determinados rendimientos por distintos motivos. El elemento común en la mayoría de las interpretaciones internas es la existencia de un nexo entre la remuneración y la actividad desarrollada. Este nexo ha de tener un carácter económico o empresarial, de manera que el mero interés personal no resulta suficiente²¹.

En el plano doctrinal, Malherbe sostiene que el art. 15 cubre todo lo que constituye una remuneración, lo que implica tanto el pago en moneda como en especie²². A esta conclusión se llega interpretando que el término “similar”, refe-

18 En realidad este no es ni mucho menos el único término poco preciso del artículo 15 MC OCDE por este motivo la interpretación ofrecida por la legislación doméstica sobre este punto resulta si no decisiva, relevante.

19 Un análisis más amplio puede verse en Jacques MALHERBE. *Droit Fiscal Internacional*. 359 Lacier, Bruselas (1994) o en Xavier OBERSON. *Précis de droit fiscal international*. 107, Saempfli Editions SA, Berna (2001)

20 En concreto, los Comentarios señalan que este tipo de rendimientos deben sujetarse a gravamen aplicando el art. 21 MC OCDE, relativo a otras rentas.

21 Esto último es aplicable en países como Bélgica, Francia, Alemania, Países Bajos, Reino Unido y Estados Unidos. Así, el art. 30 del Código Belga del Impuesto Sobre la Renta hace referencia a todos aquellos pagos que están conectados con el trabajo del empleado ejecutado para su empleador; el art. 79 del Código General de Impuestos francés a las compensaciones recibidas como empleado (subordinación legal); mientras que la sección de 19 del EStG alemán, que contiene la Ley del Impuesto Sobre la Renta se refiere a la remuneración por servicios prestados en empleo privado. Por su parte, en los Países Bajos, según el art. 10 de la Ley del Impuesto Sobre los Salarios, salario es todo aquello disfrutado por razón de empleo y, por último, de acuerdo con Ley del Impuesto Sobre la Renta (ganancias y pensiones) de Reino Unido, la remuneración a considerar debe derivar de un empleo. En el terreno legislativo, la normativa inglesa (Sección 22 Income Tax (Earning and Pensions) Act de 2003, estatuye que cualquier gratificación, ganancia o beneficio incidental de cualquier tipo obtenido por el empleado, si se señala en dinero o un valor en dinero debe ser considerada como una “remuneración similar” a sueldos o salarios en el sentido del art. 15 del MC OCDE.

22 Jacques Malherbe. *op. cit.*, pág. 359.

rido a “sueldos” y “salarios”, delimita su significado. De ello se infiere, a su vez, que el vocablo “remuneración”, más amplio, contempla los dos anteriores. Por su parte Oberson, establece que el art.15 cubre todas las actuaciones que se pueden valorar en dinero y tienen su causa en el empleo²³. De esta manera, la renta salarial puede recibirse tanto en forma monetaria como en especie (opciones sobre acciones, seguros de vida y enfermedad), tal y como se aclara en el párrafo 2.2 de los comentarios al art. 15 MC OCDE, tras su modificación en 2008. Debe destacarse, asimismo, el interés que ha manifestado la OCDE en cuanto a la tributación de las llamadas *stock options* u opciones sobre acciones. En efecto, a través del informe *Cross-border income tax issues arising from employee stock options plans* (16 de junio de 2004) se han señalado ciertas pautas en cuanto a su tributación que han sido recogidos en los Comentarios del art. 15 MC OCDE²⁴.

Desde el punto de vista temporal, se incluyen en el objeto del art. 15 las rentas que tengan su causa o sean percibidas con motivo de la relación laboral mientras esta perdure (rentas “por razón del empleo”), con independencia del momento en que tal renta sea pagada u obtenida por el trabajador²⁵. Así, la condición para que, en su caso, el Estado de la actividad pueda gravar estas rentas radica en que los salarios o similares deriven del ejercicio del empleo en tal Estado. Resulta irrelevante el momento en que tal renta sea pagada u obtenida por el trabajador. De este modo, parece que el propio art. 15.1 MC OCDE intenta un deslinde negativo de este tipo de rentas. Como resultado, las rentas que se perciban después de cesar la relación laboral –como las pensiones– o que no tengan conexión con tal relación –pensiones compensatorias entre cónyuges– no caen en el ámbito del art. 15, sin importar la normativa doméstica a estos efectos²⁶, debiendo tributar bien como pensiones, en el art. 18, o bien como otras rentas en el art. 21 MC OCDE²⁷. Sin embargo, según los Comentarios al MC OCDE, van a resul-

23 Xavier Oberson, *op.cit.*, pág. 107.

24 Especial interés presenta el apartado 12 de los comentarios, cuando señala que “las opciones sobre acciones se gravan en un momento temporal (cuando se ejercita la opción o se venden las acciones) diferente a aquel en que se han prestado los servicios que estas opciones vienen a remunerar”. La cuestión temporal, pues, resulta clave en este caso. El mismo apartado de los Comentarios termina por señalar que el Estado de la actividad puede gravar los rendimientos derivados de opciones sobre acciones solo en el caso de que procedan de la relación laboral previa a la concesión de tal opción; en el caso de ser posterior o no se determine el período de tiempo que remuneran, no podrá ejercer derecho de gravamen alguno dicho Estado de la actividad.

Asimismo, en los Comentarios al art. 15 MC OCDE también se ha incluido una mención al supuesto en el que las opciones sobre acciones se deriven de una relación laboral de carácter dependiente realizada en más de un Estado “será necesario determinar qué parte de la renta derivada de la opción corresponde al trabajo dependiente realizado en cada país”. Lógicamente, se establecerá la correspondiente corrección de la doble imposición que se produzca.

25 Párrafo 2.2 de los comentarios al art. 15 MC OCDE en su versión del 2008.

26 José Manuel Calderón Carrero. *Trabajos dependientes en Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la unión europea*, Ciss, Valencia, 2011, At. 467

27 Naturalmente, a salvo de que el CDI disponga otra cosa. Por ejemplo, el convenio entre España y la República de Filipinas para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos

tar incluidas en el ámbito del art. 15 MC OCDE las cantidades percibidas como indemnizaciones abonadas en supuestos de cambio de puesto de trabajo o por pasar a ejercer otro empleo.

En 2014 se ha prestado especial atención a las indemnizaciones derivadas de la finalización de un empleo. Hasta esta fecha, se hacía referencia únicamente a aquellos supuestos en que las cantidades que se recibían podrían ser identificadas con prestaciones de previsión social. Desde este punto de vista, se entendía que debían seguir el régimen de las pensiones, a las que, recordemos, el MC OCDE reserva el art. 18 MC OCDE²⁸.

Sin embargo, en 2014 se ha puesto el foco en las cantidades percibidas con ocasión de la extinción del contrato de trabajo. Se trata de sumas percibidas tanto como sueldo en los últimos días de trabajo –una vez notificada la decisión de extinguir la relación laboral– cuanto las bonificaciones o compensaciones que puedan recibirse por los servicios laborales prestados en años anteriores o rentas similares a estas. En muchos casos, la nota común es que las retribuciones se perciben en un momento temporal posterior a aquel en el que se ha prestado el servicio. En los comentarios se entiende conveniente la aplicación de un principio de causalidad, de manera que el Estado de la actividad pueda gravar estas rentas, aunque se paguen en un momento temporal posterior, si bien resulta conveniente establecer reglas claras para la determinación de la suma que corresponde a un determinado umbral temporal. Por ejemplo, en el parágrafo 2.5 se hace referencia a las posibles compensaciones por los días de vacaciones o baja por enfermedad a las que el trabajador tenía derecho y que no había utilizado mientras prestó sus servicios laborales. Dichas cantidades deben entenderse incluidas en el art. 15 MC OCDE, conforme a los días de actividad en cada Estado. Lo mismo cabe concluir respecto a las indemnizaciones recibidas por despido, calculadas en atención al tiempo de trabajo (años trabajados), que también han de entenderse cubiertas por el art. 15 MC OCDE, dado que guardan una relación directa con la relación laboral por cuya extinción se perciben. Más dificultades presenta la inclusión de otras indemnizaciones, como las derivadas de la falta de

sobre la renta y Protocolo firmado en Manila el 14 de marzo de 1989 (BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 1994, páginas 37746 a 37755) establece expresamente en el apartado 4 del art. 18 que “El término «anualidad» empleado en este artículo significa una suma prefijada pagada periódicamente a fecha fija en virtud de una obligación, con carácter vitalicio o durante un período de tiempo determinado o determinable”, lo que permite incluir en su ámbito las pensiones compensatorias. En el caso del convenio con Estados Unidos se regula en detalle el tratamiento de las «pensiones alimenticias», entendida como “pagos periódicos efectuados conforme a un acuerdo de separación por escrito o a una sentencia de divorcio, manutención separada, o ayudas obligatorias, respecto de los cuales el perceptor esté sometido a imposición con arreglo a las leyes del Estado del que es residente” (art. 20.3).

28 Esta misma calificación se atribuye a las sumas a tanto alzado recibidas en sustitución de una pensión con motivo del cese de una relación laboral, manteniéndose ajenas al ámbito del art. 15 MC OCDE.

preaviso de extinción del contrato ajustado a las exigencias legales, si bien se ha concluido que estas pueden entrar en el ámbito del art. 15 MC OCDE.

Por su parte, en el párrafo 2.8 de los Comentarios se ha incorporado una mención a las cantidades derivadas de un empleo cuyo derecho a la percepción sea reconocido judicialmente. En tales casos, los Comentarios apuntan a la conveniencia de distinguir qué tipo de daños trata de compensar la cantidad fijada judicialmente. Si estos guardan relación con cuantías que deberían haberse percibido legal o contractualmente durante el desempeño de su trabajo, deberán seguir las reglas del art. 15 MC OCDE. Si, por el contrario, resarcen otro tipo de daños, como un trato discriminatorio, deben ser tratados como “otras rentas” comprendidos en el art. 21 MC OCDE.

3. Atribución de la potestad de imposición

En cuanto a la potestad de imposición, en el artículo que venimos analizando se han identificado doctrinalmente cuatro reglas o principios de distribución del poder tributario²⁹. En sentido general, tales reglas se traducen en tres sistemas fundamentales que dependen principalmente del lugar donde se ejerce el empleo, aunque también deben tomarse en cuenta otras circunstancias. De este modo, los ingresos del trabajo son gravados bien en el Estado de residencia, bien en el Estado donde este se lleve a cabo; o se gravan de forma compartida en ambos, acudiendo a un sistema de cómputo según el cual las autoridades receptoras transmiten ciertos ingresos al país de residencia o de trabajo, respectivamente³⁰.

El examen realizado de este artículo ya en anteriores trabajos³¹, y que sirven de base para el presente, nos permite poder afirmar que las circunstancias y requisitos que deben existir para acudir a alguno de estos sistemas requieren un análisis diferenciado de cada una de dichas reglas, que en realidad podrían simplificarse en tres únicas afirmaciones:

29 Hinnekens identifica tres reglas, exceptuando la más específica relativa a la tripulación de los buques y las aeronaves. Luc Hinnekens «The salary split and the 183-day exception in the OECD Model and Belgian tax treaties (part 1)», *Intertax*, nº 8/9, 1988, –At. 229.. Este mismo sistema es seguido en el ámbito nacional por José Manuel Calderón Carrero, *op. cit.*, si bien este añade la cuarta regla relativa al trabajo a bordo de buques y aeronaves en el transporte internacional. Por otra parte, en los Comentarios al MC OCDE no se hace distinción alguna entre la primera y la segunda regla. En este sentido, la OCDE parece entender el art. 15. 1 MC OCDE como una sola regla, en cuyo contexto la atención mayoritaria es dispensada a la imposición en el Estado donde el servicio es prestado.

30 Dirección General de Estudios del Parlamento Europeo, «Los trabajadores fronterizos en la Unión Europea (resumen)» Documento de Trabajo. Serie de Asuntos SocialesW-16a, págs. 6-7.

31 María Begoña Villaverde Gómez con Aliuska Duardo Sánchez : Gravamen de las rentas del trabajo dependiente en el ámbito internacional : algunas cuestiones en torno al art. 15 MC OCDE, p. 169-200, en Estudios em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Almedina, (2013)

Primera: El Estado de la residencia siempre va a poder gravar la renta del trabajo obtenida por los residentes en su territorio.

Segunda: El Estado de la actividad, esto es, donde se desarrolla en empleo, podrá gravar también la renta derivada del servicio laboral cuando concurren determinadas circunstancias. Dichas circunstancias exigen un examen detenido.

Tercera: En el caso de que los servicios laborales prestados por personas empleadas a bordo de buques o aeronaves involucrados en el tráfico internacional se establece una regla especial que desplaza a la anterior, correspondiendo el gravamen compartido al Estado donde la empresa tenga la sede de dirección efectiva.

3.1. La regla de la tributación exclusiva en el Estado de la residencia

Señala el art. 15 MC OCDE que "...los sueldos, salarios y otras remuneraciones similares obtenidos por un residente de un Estado contratante en razón de un empleo solo pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que el empleo (o trabajo dependiente) se desarrolle en el otro Estado contratante". Esta parte de la primera oración del art. 15 establece la regla según la cual el Estado de residencia del trabajador tiene el derecho exclusivo sobre los impuestos en concepto de "sueldos, salarios y otras remuneraciones similares" recibidos por el empleado de conformidad con su empleo. De este modo, el Estado de la actividad solo puede someter a gravamen las rentas de un trabajador residente de otro Estado en la medida en que el mismo se desplace físicamente a su territorio para prestar allí sus servicios. Ahora bien, de producirse esta circunstancia de una verdadera presencia física o desplazamiento personal efectivo, la capacidad de gravamen del Estado de la actividad también se encuentra limitada en el sentido de que únicamente puede gravar al trabajador por la renta derivada de su trabajo en su territorio o desde su territorio.

Aunque pueden darse distintas interpretaciones, a nuestro modo de ver, frente a la finalidad reductora de la segunda regla —que, como veremos, exige la concurrencia de tres requisitos—, el art. 15 MC OCDE no excluye la tributación en el Estado de la actividad de las rentas generadas en visitas de corta duración. Existe en la literatura jurídica una polémica sobre la posición que ocupa esta primera regla del art. 15 en el sistema de tributación de las rentas provenientes de un empleo y también respecto a su posible "función paraguas"³² o, lo que es lo mismo, a su función como regla general que vendría a cubrir cualquier otro componente de la renta no contemplado en otras disposiciones más específicas³³. En

32 Pötgens, *op. cit.*, pág. 140.

33 Como los arts. 16, 17, 18, 19 y 20 o el propio 15.3 MC OCDE.

tal caso, el art. 15 MC OCDE sustituiría al art. 21 MC OCDE –relativo a “otros ingresos”– que quedaría sin aplicación respecto a las rentas procedentes del trabajo dependiente. Prokisch describe la disposición del art 15.1 (primera parte) como una “regla de retorno”³⁴, aplicable siempre que los ingresos en cuestión puedan calificarse como rentas del empleo y siempre que se haya descartado la aplicación de otras disposiciones más específicas, incluyendo la segunda parte del enunciado 1 y el apartado 3 del propio art. 15 MC OCDE.

Sin embargo, recuerda Prokisch, una segunda corriente, que podría estar representada por Schaumburg, opina que la primera regla del art.15 MC OCDE desempeña un papel más importante puesto que atribuye, como punto de partida, el derecho de imposición al Estado de la residencia³⁵. Estos dos autores son representativos de las principales líneas de pensamiento en torno al papel de las reglas primera y segunda del art. 15. Mientras Prokisch se une a la tendencia de considerar la tributación en el Estado de la actividad como regla general, Schaumburg parece asignar este papel a la primera regla de la tributación exclusiva en el Estado de la residencia. Tal discusión, por supuesto, no altera la función “paraguas” que el art. 15, y en particular el apartado primero, puedan tener.

En buena medida, el art. 15.2 MC OCDE viene a establecer una excepción a la regla de tributación en el Estado de la actividad³⁶. Lo cierto es que esta regla fue originalmente concebida para facilitar la asignación de empleos en el extranjero que fueran de corta duración. La referencia a la “corta duración” fue borrada de los comentarios en su revisión de 1992 y reincluida en el párrafo 6.2 de los Comentarios al art. 15.2 b) y c) en las modificaciones del año 2000³⁷.

En realidad, la redacción del MC OCDE es bastante oscura, por lo que la manera en que se plantea lleva a pensar que esta “tercera regla” del art. 15.2 simplemente establece los requisitos de aplicación de la señalada como primera

34 Rainer Prokisch, «Does it makes sense if we speak of an “international tax language”? » env Klaus Vogel *Interpretation of Tax Law Treaties and Transfer Pricing in Japan and Germany*. Series on international taxation, Kluwer Law International, London, 1998. At 886.

35 Harald Schaumburg, *Internationales Steuerrecht*,. Pág. 991. Verlag Dr. Otto Schmidt, Cologne (1998). En este mismo sentido en la doctrina española José Manuel Calderón Carrero, *op. cit.* pág. 408.

36 Art. 15.2: No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las remuneraciones obtenidas por un residente de un Estado contratante en razón de empleo realizado en otro Estado solo pueden someterse a imposición en el Estado mencionado en primer lugar si:

- a) El perceptor permanece en el otro Estado durante un período o periodos de tiempo cuya duración no exceda, en conjunto, de 183 días en cualquier período de doce meses que comience o termine en el año fiscal considerado y;
- b) Las remuneraciones son pagadas por, o en nombre de, un empleador que no sea residente del otro Estado y;
- c) Las remuneraciones no son soportadas por un Establecimiento Permanente (EP) que el empleador tenga en el otro Estado.”

37 Aunque algún autor mantiene que la finalidad de esta cláusula es impedir al Estado de la actividad que grave las rentas derivadas de estancias de corta duración. Vid. Alberto Vega Borrego, *op. cit.*, pág. 820.

regla. Asimismo, el hecho de que sea tratada como una excepción³⁸ por el propio art 15.1, avala la conclusión de que la regla general de esta disposición descansa en la tributación en el Estado de trabajo. Sería más afortunada una redacción en la que se establezca, por un lado, la tributación en el Estado de la fuente (art 15.1, segunda parte de la primera oración) y por otra, la tributación en el Estado de residencia. Y, sobre todo, la inclusión de un texto redactado con los requisitos para que proceda el gravamen compartido en términos positivos, y no con frases en negativo que dificultan la comprensión del texto del precepto.

No obstante, la existencia de la primera regla se justifica “por sí sola”, es decir, sin acudir a los requisitos planteados en el 15.2 MC OCDE, en su ya explicada función de “retorno”, o de “paraguas”³⁹. En fin, como regla aplicable a aquellos componentes de las rentas derivadas de un empleo que no pudieran calificarse conforme al resto de disposiciones que integran el sistema de tributación diseñado por la OCDE para este tipo de rendimientos.

En sentido general, el cumplimiento de la ulterior regla tiene como consecuencia que los principios de la primera regla vuelvan a aplicarse. Es decir, el Estado de la residencia tiene el derecho exclusivo de gravar los rendimientos del empleo, siempre que las condiciones que describiremos *infra* concurren simultáneamente, como se desprende de la conjunción copulativa “y” usada en la letra b) de este precepto.

3.2. La tributación en el Estado de la actividad. Justificación de su derecho a gravar la renta del trabajo

El art. 15 M C OCDE contiene una segunda regla, conforme a la cual los “sueldos, salarios y otras remuneraciones similares obtenidos por un residente de un Estado contratante en razón de un empleo” pueden gravarse en el Estado de la actividad del empleado cuando dicha actividad se desarrolla, total o parcialmente, en territorio de este último Estado⁴⁰. La segunda regla contemplada en el art.15.1 MC OCDE se basa en la existencia de una relación económica suficiente con el Estado de trabajo (principio de lealtad económica). Al mismo tiempo, la tributación de los rendimientos del trabajo está relacionada con el lugar (territorio) en que los ingresos se producen (principio de territorialidad). De este modo, si el empleado residente en un Estado se desplaza al territorio de otro Estado contratante para ejercer su empleo, el Estado de la actividad ostenta un derecho de gravamen sobre la renta salarial correspondiente al ejercicio del empleo en su territo-

38 La conclusión de que se trata de una excepción de se desprende de la frase “no obstante lo dispuesto en el apartado 1” con que abre el apartado 2.

39 *Vid supra*.

40 Vid. párrafo 1 de los Comentarios al art 15 en su versión de 2008.

rio, sin que se fije un techo impositivo respecto al gravamen de dicho Estado de la actividad, el cual, por otra parte, no puede gravar más que la renta salarial – derivada del ejercicio del empleo– correspondiente al tiempo en que el empleado esté físicamente presente en su territorio⁴¹. Por tanto, el salario del empleado correspondiente a trabajo realizado desde su Estado de residencia pero cuyo resultado se utiliza en el otro Estado contratante no puede ser sometido a imposición por este último.

Por otra parte, este principio de territorialidad puede requerir precisiones adicionales debido a la aplicación de nuevas tecnologías que pueden dar lugar a la preponderancia del principio de residencia. En la economía de Internet, sin ir más lejos, muchos trabajadores son técnicamente capaces de realizar todos, o casi todos, los servicios desde su Estado de residencia sin desplazarse al país vecino, lo que puede reducir el ejercicio efectivo del empleo en el Estado de trabajo⁴². En este sentido Pötgens considera que el ejercicio del empleo y el elemento físico aún pueden ser suficientes para satisfacer esta relación económica, porque en realidad un empleado hace uso de la infraestructura física del Estado de la actividad (por lo general, el trabajador no contribuye a la financiación y mantenimiento de esta infraestructura) por lo cual ese Estado debe ser compensado a través de la asignación de derechos de imposición⁴³.

Desde otro punto de vista, algunos autores consideran que en esta regla se hay eco del principio de tributación compartida. No creemos que este sea el caso a menos que se aprecie que la primera y la segunda reglas conforman en realidad una sola tal y como apunta la oscura redacción conjunta del art. 15.1 del MC OCDE. No obstante, dado que los propios comentarios al Modelo, establecen que la regla general consignada en el art 15 es la regla de tributación “en el Estado donde la actividad se desarrolla”, hemos decidido abandonar la línea doctrinal española, conformada por Calderón Carrero, que ha denominado la segunda regla como regla de tributación compartida⁴⁴. Naturalmente, cuando es el Estado de la actividad el que puede gravar la renta del trabajo dependiente aparece una tributación compartida, puesto que el Estado de la residencia siempre puede gravar dicha renta, debiendo corregir la doble imposición. Pero evitar considerar que se trata de una segunda regla y en su lugar entender que existe una única regla respecto al párrafo 1 permite comprender mejor este complejo artículo. En ocasiones nos referiremos además al principio de territorialidad, dado que, en última instan-

41 Calderón Carrero, *op.cit.*, pág. 471.

42 Luc Hinnekens «The EC compatibility of frontier workers' taxation according to the Belgian-Dutch Treaty», 167. *EC Tax Review*, n° 3(1997).

43 Frank Pötgens, *op. cit.*, pág. 66.

44 Como señala Alberto Vega Borrego, es mucho más clarificadora una lectura en positivo del art. 15.2 MC OCDE. En: "Rendimientos del trabajo y convenios para evitar la doble imposición", *op. cit.*, pág. 818.

cia, es este el principio subyacente en la redacción del art. 15.1, en relación con la segunda parte de la primera oración.

Como resultado de la aplicación de esta segunda regla debe tenerse en cuenta que, en general, la misma implica que el Estado de residencia del empleado ha de eliminar la doble imposición sobre la base de los tratados fiscales. Asimismo, el Estado de la actividad no puede gravar más que la renta salarial – derivada del ejercicio del empleo– correspondiente al tiempo en que el empleado esté físicamente presente en su territorio⁴⁵. Por tanto, el salario del empleado correspondiente al trabajo realizado desde su Estado de residencia pero cuyo resultado se utiliza en el otro Estado contratante no puede ser sometido a imposición por este último. Aquí juega un importante papel la expresión “se desarrolla”⁴⁶ adoptada por el art 15.1 MC OCDE, dado que para la aplicación de esta regla el empleo debe desarrollarse en el Estado de la actividad. Esta expresión debe ser considerada en relación con el término “empleo”, e interpretada con la ayuda del art. 3.2 MC OCDE, por el que se hace referencia a la necesidad de considerar, en primera instancia, el Derecho doméstico de los Estados, es decir, habrá que atenerse a lo que cada Estado entienda por “desarrollo” o “ejercicio” de un empleo. Una revisión de la legislación nacional de algunos Estados muestra que a menudo se exige una conexión entre la prestación de servicios y la presencia física del trabajador⁴⁷. Téngase en cuenta que para fijar su tributación se opera sobre la base de “días trabajados con presencia física” y no sobre la base de la duración de la actividad, método empleado en algunos Estados, pero que rechaza la OCDE. De este modo, para la OCDE, el criterio relevante en la segunda regla es el lugar donde está físicamente presente el trabajador cuando realiza las actividades correspondientes a su ejercicio: así, los trabajadores desplazados pueden ser sometidos a imposición en el Estado de la actividad por el salario correspondiente al número de días en los que efectivamente realizan actividades en su territorio.

Del mismo modo, respecto al aspecto temporal, los comentarios (párrafo 2.2.) enfatizan que la condición a la que tal precepto sujeta la tributación en el Estado de la actividad reside en que los salarios o remuneraciones similares se deriven del *ejercicio* de empleo en tal Estado, sin importar el momento en que la renta es pagada o definitivamente adquirida por el empleado⁴⁸. Esto puede resultar de particular importancia en el caso de las opciones sobre acciones concedi-

45 José Manuel Calderón Carrero, *op.cit.*, pág. 471.

46 O “se ejerce”, atendiendo a una traducción más literal de la versión en inglés del art. 15. La transcripción del MC OCDE a varios idiomas añade no pocas complicaciones a su ya problemática interpretación. Sobre el particular, Frank Prokisch, «Does it makes sense if we speak of an “international tax language”», *op. cit.*

47 Sobre el tema de la presencia física ver *infra* la cuestión de los 183 días.

48 José Manuel calderón carrero, *op.cit.*, pág. 471.

das a los trabajadores y que se consideran rendimientos del trabajo. El hecho de que la compensación se haga a fin de aumentar la dedicación del trabajador a la empresa y hacer que esta sea más atractiva para el personal cualificado constituye, para algunos, una conexión suficiente con la relación de trabajo. Los comentarios al art. 15 del MC OCDE confirman este criterio (párrafos 2.1 y 12). No obstante, tal consideración la tendrán en tanto las opciones no sean ejecutadas, o enajenadas en cualquier forma, en cuyo caso pasan a considerarse inversiones y a tributar conforme al art. 13 (párrafo 12.2 de los comentarios al art. 15 del MC OCDE)⁴⁹. Recordemos como las *stock options* son, en la práctica, una forma frecuente de aparición de compensación diferida.

3.3. Condiciones para que el gravamen exclusivo en el Estado de la residencia

El párrafo 2 del art. 15 MC OCDE señala, literalmente, las tres condiciones que deben concurrir simultáneamente para que el Estado de la residencia tenga derecho a un gravamen exclusivo de la renta derivada de un empleo. Por tanto, la lectura de las mismas reglas en sentido contrario también permite afirmar en qué supuestos el Estado de la actividad tiene derecho de gravamen. Analicemos seguidamente cada una de ellas.

3.3.1. El criterio de la permanencia

Como señala la letra a) de este art. 15. 2 MC OCDE, para que el Estado de la residencia grave en exclusiva la renta derivada de la relación laboral dependiente, es necesario que el receptor permanezca en el otro Estado durante un período o períodos cuya duración no exceda, en conjunto, de 183 días en cualquier período de doce meses que comience o termine en el año fiscal considerado. La expresión “permanece” del art 15. 2 a) MC OCDE apunta a la presencia física del trabajador⁵⁰, aunque la razón por la cual el empleado en cuestión está presente físicamente en el Estado de trabajo es, en principio, irrelevante. En cuanto a este aspecto, el término “permanece” debe distinguirse del “ejercicio” o “desarrollo del empleo”. En efecto, para la determinación del período de 183 días, según los comentarios del modelo de la OCDE, no es relevante si la permanencia está o no relacionada con el ejercicio del empleo, por lo que los días festivos pasados en el

49 En 2005, las observaciones sobre el art. 15 disertaron sobre este tema. El comentario proporciona un análisis sobre la forma en que los beneficios de las opciones sobre acciones deben asignarse a los servicios prestados en el Estado de trabajo, así como el período tomado en cuenta para esta asignación. También sugiere que los beneficios de las *stock options*, deben asignarse tomando en cuenta los servicios prestados durante el período comprendido entre su concesión y la irrevocabilidad de las mismas.

50 Párrafo 5 del Comentario sobre el art. 15 del Modelo de la OCDE desde 1992-2008.

Estado de trabajo también pueden ser tenidos en cuenta⁵¹. Tampoco se requiere que esta permanencia corresponda a la actividad prestada a un único empleador o empresario. Debe sumarse los días aunque correspondan a empleadores diversos.

Por otra parte, un “día”, en el sentido del art. 15.2.a), debe ser entendido como un día de calendario. La descripción incluida en el párrafo 5 de los Comentarios 1992-2008 sostiene que la presencia en el Estado de la actividad durante una parte de un día civil también se considera como un día entero a efectos del cálculo de los 183 días. De este modo, podría entenderse que unos pocos minutos pasados en este Estado ya dan lugar a un “día”. En el caso de empleados que realizan actividades móviles, este hecho puede enfrentarlos a la asignación del derecho de imposición a varios Estados de la actividad debido a que el umbral de 183 días puede haberse excedido en los respectivos tratados fiscales. Todo ello se traduce en una mayor carga para las distintas administraciones fiscales y dificultades de aplicación. Por otra parte, actuaciones idénticas en este Estado podrían ser objeto de diferentes consecuencias fiscales solo porque están organizadas de forma diferente desde una perspectiva temporal.

El párrafo 5 del Comentario sobre el art. 15 MC OCDE 1992-2008, también determina cuáles días deben tenerse en cuenta para el cálculo de los 183 días y cuáles deben excluirse⁵². Como ya ha sido apuntado, no se requiere una relación objetiva entre estos días y el ejercicio del empleo en el Estado de Trabajo⁵³. No obstante, este requisito se impone con respecto a ciertos días para evitar una aplicación excesivamente rígida del método basado en “días de presencia física”, por ejemplo, en el caso de días en tránsito⁵⁴. De la misma manera, el nuevo párrafo 5.1 de los comentarios al art. 15 MC OCDE deja claro que no pueden tenerse en cuenta los días en que el empleado es residente en el Estado de la actividad: esta regla no se aplica a quien reside y trabaja en el mismo Estado. Así, las palabras relativas a los días en que el empleado está presente hacen referencia al

51 *Contrario sensu*, José Manuel Calderón Carrero consideran que solo debería tenerse en cuenta la permanencia en el Estado de trabajo justamente por razón de la actividad. Así estos autores entienden que “el desplazamiento –y la presencia física– motivado por razones distintas al ejercicio de un empleo no debe computarse a estos efectos.” José Manuel Calderón Carrero, *op.cit.*, pág. 472.

52 De forma muy minuciosa se expone que se computan parte de un día, día de partida y los demás días pasados en el territorio de la actividad, incluyendo los sábados, domingos, fiestas nacionales, vacaciones disfrutadas antes, durante o después de la actividad, interrupciones de corta duración –como las derivadas de una huelga–, los permisos de enfermedad propia o de un familiar, etc.

53 Ahora bien, se computan los “días no trabajados” cuando la presencia en el Estado de la fuente tenga alguna relación con el empleo.

54 Frank Pötgens, *op. cit.*, pág. 849. Los comentarios al artículo del MC OCDE no incluyen una descripción de lo que debería considerarse como “estancias cortas”. Tampoco confirman la restricción a la presencia de menos de 24 horas en lo que respecta a días de tránsito, dado que, la restricción que se incluyó en el informe de 1991 de la OCDE ha sido eliminada.

destinatario de las remuneraciones, que no pueden ser obtenidas por un residente en un Estado contratante en razón de un empleo obtenido en otro Estado.

Por otra parte, pueden producirse situaciones de doble imposición o exención. Así, en el caso de que un Estado considere que para determinar los 183 días solo hay que tener en cuenta aquellos días en los que el trabajador residía en un Estado contratante mientras estaba presente en el otro, en tanto su contraparte puede opinar que todos los días en que el empleado estuvo presente en el otro Estado han de tenerse en cuenta, incluso si este cambió su residencia en el transcurso de la actividad, haciendo coincidir el Estado de la actividad con el de residencia. No obstante, los Comentarios al MC OCDE establecen claramente que los días en que el contribuyente es residente en el Estado de la fuente no deben ser tenidos en cuenta, dado que el inciso a) tiene que ser entendido en el contexto de la primera parte del párrafo 2, que se refiere a “las remuneraciones obtenidas por un residente de un Estado contratante por razón de un empleo ejercido en el otro Estado contratante”, que no se aplica a una persona que reside y trabaja en el mismo Estado⁵⁵.

Por último, los 183 días se calculan en un período que se inicia y/o termina en el año fiscal en cuestión. Tal periodo está claramente destinado a ampliar la aplicación de la regla de tributación en el Estado de Trabajo cuando se superen los 183 días. Desde esa perspectiva, no hay necesidad de fijar el inicio o la terminación del período de referencia en un día determinado. Cualquier día se puede tomar en cuenta para este propósito⁵⁶. Como puede verse, no solo esta sino la mayoría de las interpretaciones ofrecidas por los Comentarios OCDE sobre este requisito, están destinadas a que el periodo de los 183 días pueda ser superado con facilidad, favoreciendo claramente la tributación en el Estado de la actividad.

3.3.2. El criterio del pagador de la remuneración del trabajador

La idea rectora del segundo requisito es que se atribuye la potestad de imposición al Estado de la residencia en aquel caso en que las remuneraciones sean pagadas “por, o en nombre de” un empresario o “empleador” que “no” sea “residente” en el Estado de la actividad, esto es, bien que tenga su residencia en el mismo Estado que el trabajador, bien en un tercer Estado. En sentido opuesto, para que el Estado de la fuente tenga la potestad de imposición se requiere que la renta del trabajo sea pagada por, o en nombre de, un empleador que sea residente en el Estado de la actividad.

55 Párrafo 5.1, añadido a los Comentarios del MC OCDE en 2008.

56 Modificaciones de 2005 al párrafo 4 del Comentario al art. 15 del MC OCDE.

Ahora bien, la interpretación de este segundo criterio de atribución de potestad de imposición requiere el análisis de tres elementos clave que vienen determinados por las expresiones: “empleador”, “pagado por o en nombre de” y “residente”, aspectos que analizaremos a continuación.

3.3.2.1. ¿Quién es el empleador?

En primer lugar, hemos de apuntar que el término “empleador” no se encuentra definido a efectos del art. 15 .2. b) MC OCDE, por lo que sobre este particular resulta especialmente relevante la interpretación ofrecida por las distintas legislaciones domésticas, con el plácet del art 3.2 MC OCDE. No obstante, el Borrador del Grupo de Trabajo del Comité de Asuntos Fiscales *Revised draft changes to the commentary on paragraph 2 of article 15* (de fecha 12 de Marzo en 2007)⁵⁷ ofrece algunas pautas de interpretación. En concreto, esta propuesta hace distinción entre los Estados que se inclinan por una definición “formal” del término “empleador”. Destaca la celebración por escrito de un contrato de trabajo y aquellos otros que siguen un enfoque “material” o “económico”⁵⁸. España parece inclinarse por un criterio material, dado que el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores presume la existencia de una relación laboral entre dos personas, siempre que uno de ellos preste un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro, que lo recibe y ofrece a cambio una retribución. Si nos atenemos a esta presunción, el elemento de control y el elemento económico –soporte de los costes salariales– vendrían a determinar la existencia del empleador, al margen de las formalidades contractuales.

Por otra parte, también acudiendo a un criterio material, el documento concede un papel destacado a la prueba o test de integración a fin de determinar quién puede ser considerado como un empleador en el sentido del art. 15.2.b) MC OCDE. Esta prueba constituye una especie de preselección empleada para evaluar, en particular, si las actividades asignadas al empleado están en consonancia con los servicios que presta la empresa en cuestión. No obstante, De Broe considera que incluso en los países que recurren al test de integración para determinar la presencia de una relación laboral e identificar a una de las partes como “empleador”. El elemento de control continúa siendo esencial⁵⁹. Subraya el autor

57 Basado en el Borrador de 5 de abril de 2004, sobre propuestas de aclaración del párrafo 2 del art. 15 del MC (*Proposed clarification of the scope of paragraph 2 of article 15 of the model tax convention*). Este documento está llamado a sustituir el contenido actual del párrafo 8 de los Comentarios al art. 15 del MC OCDE. No obstante, en las últimas modificaciones tal cambio no se había producido.

58 Vid., al respecto, Joan Hortalá i Vallvé, *op.cit.*, pág. 519 y ss Pilar Alvarez Barbeito con Calderon Carrero, *op. cit.*, pág. 194 y ss.

59 Luc De Broe, L.: «Interpretation of Article 15.2, b of the OECD Model Convention: “Remuneration paid by or on behalf of, an employer who is not a resident of the other State”, pp. 503-521. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, N° 10, 2000. Por su parte, Rainer Prokisch establece que en cierto sentido el

que, desde la perspectiva de la estructura del modelo de la OCDE, la prueba de integración podría ser aplicada tanto a efectos del art. 9 y para dar explicación a la expresión “pagado por, o en nombre de” del citado art. 15.2.b), pero su papel es menos significativo en cuanto a la interpretación del término “empleador”. Así, la mayor utilidad del test de integración estaría en la determinación de a qué empresa habrán de asignarse los costes salariales.

Esta evaluación casa perfectamente con el concepto de “empleador económico” desarrollado por algunos países, como Reino Unido o Países Bajos⁶⁰. El “empleador económico” es un segundo empleador en el que concurren una serie de notas:

- No suele existir un contrato de trabajo entre este empleador y el trabajador.
- El trabajador está integrado en la organización empresarial de este segundo empleador.
- Además, para que se entienda producida una integración del trabajador en la estructura empresarial de este segundo empleador se suele requerir que los servicios sean prestados durante un cierto período de tiempo.
- Es el segundo empleador quien asume de forma efectiva el coste del salario de este trabajador durante el tiempo en que presta sus servicios en el seno de la empresa, sin que se deba tomar en cuenta si el salario se paga directamente por este empleador al trabajador o si el mismo se percibe con la mediación de la empresa con la que sí tiene contrato el trabajador, puesto que lo único relevante es quien soporta económicamente el pago.

Otra de las claves para la interpretación de la segunda regla está, como sugiere el Borrador de 2007, en la existencia de una “relación directa” entre los principios subyacentes a la excepción del apartado 2 del art. 15 y el art. 7, idea finalmente asumida en los Comentarios del MC OCDE 2010. El artículo 7 se basa en el principio de que una empresa de un Estado contratante no debe ser sometida a tributación en el otro Estado a menos que su presencia económica en el mismo haya alcanzado un nivel suficiente para constituir un establecimiento permanente. De este modo, lo que hace la excepción del apartado 2 del artículo 15 es extender el principio reflejado en el art. 7 a la imposición de los trabajadores de dichas empresas que prestan sus servicios en el otro Estado, durante un período de tiempo relativamente corto. Las letras b) y c) dejan en claro que la excepción no está destinada a aplicarse cuando los servicios en razón de empleo son pres-

test de integración forma parte del test de control; si un empleado está integrado en una empresa filial, dicha filial tendrá generalmente el control sobre el mismo. Rainer Prokisch, «Art. 15, Income from salaried work», 1331. en Vogel, K.: *Double taxation-comment*, Munich. (2003).

60 Respecto a los Países Bajos, José Manuel Calderón Carrero, *op. cit.*, pág. 474

tados en una empresa que se somete a tributación en un Estado ya sea porque es residente de ese Estado o porque tiene un establecimiento permanente al que puedan imputarse los servicios en su territorio.

La propuesta de la OCDE reconoce, no obstante, que en algunos casos puede resultar difícil determinar si los servicios prestados en un Estado por un individuo residente de otro Estado, para una empresa que es residente del primer Estado (o que tiene un establecimiento permanente en el mismo), constituyen servicios derivados de un empleo, a los que resulta aplicable el artículo 15, o constituyen servicios prestados por una empresa a otra, independiente de ella, a los que se aplica el artículo 7; o, dicho de otro modo, determinar cuándo la excepción del 15. 2 es aplicable. La solución propuesta va en las dos siguientes líneas.

Tras las modificaciones de los Comentarios realizadas en 2010, en los Estados que en su derecho doméstico consideren que los servicios de empleo solo se realizan cuando hay una relación formal de trabajo, dicha relación contractual formal no sería cuestionada a menos que hubiese alguna evidencia de manipulación o fraude. A los Estados que se encuentran en esta situación y que están preocupados porque tal enfoque podría dar lugar a la concesión de los beneficios de la excepción prevista en el apartado 2 en situaciones no deseadas (por ejemplo, en los llamados casos de “suministro de mano de obra”), el documento les ofrece la alternativa de adoptar bilateralmente una cláusula antiabuso redactada en los siguientes términos:

“El párrafo 2 del presente artículo no se aplicará a las remuneraciones obtenidas por un residente de un Estado contratante en razón de un empleo ejercido en el otro Estado contratante y pagados por, o en nombre de, un empleador que no es un residente de ese otro Estado si:

- (a) el receptor de los servicios prestados en el curso del empleo es una persona distinta del empleador que, directa o indirectamente, supervise, dirija o controle la forma en que esos servicios se llevan a cabo, y
- (b) el empleador no es responsable del logro de los fines para los que se han prestado los servicios”.

Sin embargo, aquellos otros Estados que adoptan un enfoque material suelen desarrollar sus propios criterios para determinar si los servicios prestados lo han sido en virtud de una relación de empleo o en virtud de un contrato de servicios entre dos empresas distintas, tal determinación regirá la forma en que dicho Estado aplique el Convenio. Ahora bien, desde 2010, se ha establecido una “suerte de interpretación contextual del término “empleador” (...) para determinar la concurrencia de los presupuestos de la referida regla de exención de tributa-

ción en la fuente”⁶¹. De esta manera, la OCDE parece inclinarse, en todo caso, por la utilización de criterios objetivos, de manera tal que la naturaleza de los servicios prestados será un factor determinante en la consideración de quién es el empleador. En este sentido, siguiendo las indicaciones del Borrador, los Comentarios al art. 15.2 MC OCDE 2010 propone una serie de criterios objetivos que pueden resultar de utilidad para establecer la existencia de una relación laboral, que difiere de la relación formal, en el sentido de que, materialmente, el empleador será una persona distinta a la identificada en el contrato. Dichos criterios habrán de responder a:

- ¿Quién soporta la responsabilidad o riesgo derivados del trabajo del individuo?
- ¿Quién posee la autoridad para dirigir la actividad del individuo?
- ¿Quién controla y ostenta la responsabilidad sobre el lugar en el que el trabajo es realizado?
- ¿Quién soporta, desde el punto de vista económico, el coste de la remuneración del trabajador?
- ¿Quién suministra las herramientas y materiales necesarios para que se desempeñe la actividad del individuo?
- ¿Quién determina el número y cualificación de los individuos que prestan sus servicios?
- ¿Quién tiene derecho a seleccionar a la persona que realizará el trabajo y a poner fin a los contratos destinados a esta finalidad?
- ¿Quién tiene derecho a imponer sanciones disciplinarias en el marco de la relación laboral?
- ¿Quién determina la jornada de trabajo y las vacaciones del trabajador?

Bajo este enfoque un Estado no podría argumentar que de acuerdo con su derecho doméstico existe una relación laboral allí donde, en virtud de los hechos y de las circunstancias pertinentes, resulta evidente que los servicios se prestan en virtud de un contrato para la prestación de servicios celebrado entre dos empresas independientes. Del mismo modo un Estado no podrá negar, a efectos de los párrafos 2 b) y c), la condición de empleador a la empresa que formalmente emplea a una persona y a través del cual se proporcionan tales servicios.

En algunos casos, la legislación doméstica pertinente puede ignorar la manera en que los servicios se han caracterizado en los contratos formales, cen-

61 José Manuel Calderón Carrero, *op. cit.*, pág. 478

trándose, en cambio, en *la naturaleza de los servicios* prestados por el individuo y su integración en las actividades de la empresa que los adquiere⁶². Será, por lo tanto, lógico concluir que la empresa a la que se presten los servicios se encuentra en una relación de trabajo con el individuo para constituir su empleador a los fines de párrafo 2 b) y c).

Otros Estados se centran en el tenor literal de las condiciones que deben cumplirse para la aplicación del art. 15.2, considerando que, independientemente del significado atribuido por cualquier ley doméstica al término empleador, cuando este se utiliza en el contexto del inciso b) y c) del apartado 2 del artículo 15, debe interpretarse de acuerdo con el objeto y el propósito del párrafo 2. Estos concluyen que el término “empleador”, tal como se utiliza en las letras b) y c), no puede aplicarse a una persona que es un empleador formal, en cuanto las principales funciones asumidas por un patrón normal son ejercidas por una empresa residente o una empresa no residente que tiene un establecimiento permanente a través del cual realiza estas funciones. Se trata de garantizar que el término “empleador” no se interprete de una manera que permitiría la aplicación de la excepción prevista en el apartado 2 a situaciones no deseadas, es decir, cuando los servicios prestados por el empleado están más integrados en las actividades empresariales de una empresa residente que en los de su empleador formal.

3.3.2.2. Significado de “pagado por o en nombre de”

En cuanto a la expresión “pagado por o en nombre de”⁶³ y sin recurrir a mayores precisiones, hay que entender que “pagado por” se refiere a un empleador que paga el salario directamente al empleado en cuestión, siempre, claro está, que también corra con los gastos; mientras “pagado en nombre de” se refiere a la persona que paga el salario en nombre del empleador, que en última instancia, soporta los costes del pago de sueldos. En la medida en que estos términos deben ser interpretados en el mismo sentido que en el caso del tercer requisito para la aplicación de esta tercera regla, nos remitimos a lo que se expondrá *supra* respecto a las remuneraciones “soportadas” por el establecimiento permanente.

3.3.2.3. El lugar de residencia

Por otra parte, según la actual redacción del art. 15.2. b) MC OCDE, se otorga el derecho de imposición sobre la renta de un empleado a su Estado de residen-

62 O lo que es lo mismo: si el trabajador realiza labores idénticas a las de un trabajador de la empresa a la que ha sido desplazado se va a considerar que se ha producido su integración. Si, por el contrario, realiza las mismas funciones que venía desarrollando en la empresa con la que mantiene un contrato de trabajo, habrá de concluirse que no ha habido tal integración.

63 *Vid Infra*, “soportados por”.

cia, siempre que el empleador sea residente bien en un tercer Estado, bien en el propio Estado de residencia del empleado⁶⁴. En sentido general, la definición de “residencia” ofrecida por el art. 4.1 del MC OCDE es también aplicable al art. 15.2.b, pero solo en la medida que se entienda que el empleador es una persona. De acuerdo con la versión de 2000 de los Comentarios, las sociedades tienen la consideración de persona (párrafo 2 Comentarios al art.3). *Contrario sensu*, si esa sociedad es tratada como fiscalmente transparente, no se considera que esté sometida a gravamen y no es residente a efectos de los arts. 4 y 15. 2, b MC OCDE. Consecuentemente el art 15. 2, b) MC OCDE se aplica únicamente a los empleadores que se identifiquen como individuos, personas jurídicas o sociedades no transparentes⁶⁵.

Los Comentarios al MC OCDE aclaran que los requisitos 2b y 2c del art 15 sirven a un propósito común: evitar la imposición en la fuente del empleo a corto plazo, en la medida que los rendimientos del trabajo no se contemplan como gasto deducible en el Estado de trabajo dado que el empleador no puede someterse a imposición en el mismo, al no ser un residente ni tener un establecimiento permanente en dicho Estado.

3.3.3. El criterio de las remuneraciones soportadas por el Establecimiento permanente (EP)

El último requisito que debe concurrir es que las remuneraciones sean obtenidas por el empleado por razón del desempeño de su empleo en el otro Estado contratante de la actividad que no sean soportadas por un establecimiento permanente situado en ese segundo Estado. En este tercer requisito el término “empleador” debe adoptar el mismo significado que en el art. 15. 2.b) MC OCDE. La mayoría de los autores arguyen que un establecimiento permanente no puede ser visto como un empleador a efectos de un Tratado fiscal. El propio texto del apartado c) del art. 15. 2 establece “el empleador”, mientras el apartado b, habla de “un” empleador. Ello significa que, a efectos del mismo, existe solo un empleador que mantiene el establecimiento permanente en el Estado de la actividad, mientras que en relación con el inciso b, puede existir más de un empleador. Por otra parte, hay una similitud entre los términos “pagados por, o en nombre de” analizados en la segunda regla del art15.2 y la expresión “soportados por” art 15.2, c) MC OCDE. No obstante, los Comentarios al art. 15 solo se ocupan de esta última.

64 No obstante, los comentarios al art. 15, sugieren una redacción alternativa para el caso de que las partes contratantes deseen limitar la aplicación del art 15.2.b) a las situaciones en las que el empleador es residente en el mismo Estado que el empleado. Esta formulación alternativa solo se diferenciará de la versión actual del art. 15.2.b) en el caso de que el empleador resida en un tercer Estado, en cuya circunstancia el derecho corresponderá al Estado de trabajo (15.1 segunda parte) y no al de residencia.

65 Sobre los distintos usos relativos a la residencia del empleador véase Frank Pötgens, *op. cit.*, pág 738 y ss.

Teniendo en cuenta, como se ha dicho, que ambos requisitos responden a un objetivo común, los Comentarios parecen dar por sentado que tienen un significado similar. La diferencia radicaría entonces, en que una empresa y un establecimiento permanente no son equiparables. A pesar de ello, existe otra diferencia significativa entre los dos términos que se sustenta en un enfoque histórico del art. 15. Así, el art.vi del Anexo B del Segundo Reporte del Comité Fiscal de la OCDE anterior al MC de 1963, recurría a la expresión “las remuneraciones no son deducidas de los beneficios de un establecimiento permanente o una Base fija de negocios que el empleador tenga en el otro Estado”⁶⁶. Desde esta perspectiva histórica, el párrafo c) se refiere a una deducción. Este no parece ser automáticamente el caso del párrafo b, al menos si es analizado de manera independiente. Tal interpretación histórica del inciso c) casa plenamente con su objeto actual, el cual no es otro que el de evitar que la excepción del art 15.2 se aplique a la remuneración deducible. En este sentido, los Comentarios sobre el art. 15 (párrafo 7) recalcan la importancia de analizar este artículo en conexión con el art. 7 cuando se asignan los costes salariales a un establecimiento permanente en el Estado de la actividad. De conformidad con dicha disposición, los costes deben ser asignados a un establecimiento permanente si le benefician funcionalmente. Debe existir una conexión entre las actividades del establecimiento permanente y los servicios que el empleado presta en su nombre.

El objeto y la finalidad de esta disposición es localizar la deducción y la imposición del salario en la misma jurisdicción. Según el párrafo 7 de los Comentarios al art. 15 no es necesariamente concluyente el hecho de que el empleador haya o no deducido efectivamente la remuneración al calcular los beneficios imputables al establecimiento permanente, dado que el criterio correcto es saber si se permitiría que la deducción que pudiera concederse por tal remuneración resulta atribuible al establecimiento permanente de acuerdo con los criterios del art. 7. Esto se verificaría incluso en el caso de que realmente no se dedujera suma alguna, bien porque el establecimiento permanente estuviera exento de impuesto en el país de la fuente, bien porque el empleador simplemente decidiera no solicitar la deducción a la que tiene derecho o bien por la propia naturaleza de la remuneración⁶⁷.

En relación con las opciones sobre acciones⁶⁸, los Comentarios establecen que el hecho de que un Estado no permita una deducción en virtud de una opción sobre las acciones, no indica que los costos de la remuneración pagada en forma

66 Esta expresión fue cambiada en el MC OCDE de 1963 a la forma en que hoy la conocemos.

67 José Manuel Calderón Carrero, *op. cit.*, pág. 479.

68 Al respecto consúltese el párrafo 12 de los comentarios al art. 15 del MC OCDE, cuya base se encuentra en el borrador OCDE *Cross-border income tax issues arising from employee stock-options plans*, de 16 de junio de 2004.

de opciones sobre acciones no sean deducibles y, por tanto, soportadas por un establecimiento permanente en ese Estado. De este modo, según los Comentarios, lo relevante es que la remuneración, independientemente de la forma que adopte, sea imputable al establecimiento permanente de acuerdo con el art. 7 MC OCDE. Tampoco se requiere que el establecimiento permanente pague efectivamente la remuneración del trabajador; resulta suficiente que la soporte la casa matriz y esta fuese posteriormente cargada al establecimiento permanente de forma que este pudiera deducirla al calcular su base imponible.

En cuanto a la definición del término establecimiento permanente, recordemos que esta es proporcionada, con alcance general, por el art. 5. No obstante, su significado, a efectos de la letra c) del art. 15.2, puede rebasar estos límites, siendo suficiente con que exista efectivamente un establecimiento permanente con arreglo a la legislación doméstica del Estado de la actividad o con arreglo a un CDI que este haya concluido con un tercer país⁶⁹. Por otra parte, la expresión establecimiento permanente definida en el MC OCDE también incluye establecimientos permanentes ficticios que, en general, ocultan un agente dependiente. En este sentido, cabe hacer referencia a la cesión de un empleado por una empresa matriz para prestar servicios en nombre de una filial residente en otro Estado. Por tanto, no solo debe evaluarse si la filial puede ser considerada un empleador en el sentido del art. 152.b), sino además, si dicha filial puede actuar como un agente dependiente y, por tanto, constituir un establecimiento permanente en el sentido del art. 15.2. c) MC OCDE. Además, es posible que las actividades de los empleados adscritos constituyan por sí mismas un establecimiento permanente de la empresa matriz, que surge principalmente en el ámbito de la dirección o supervisión de las filiales, o que la actuación de los empleados como agentes dependientes de la empresa matriz, solo pueda suceder cuando la filial no es su empleador⁷⁰.

3.4. Regla de trabajadores de empresas de navegación marítima y aérea internacional

Este artículo 15.3 MC OCDE contiene una disposición relativa a los acuerdos en materia de personas empleadas a bordo de buques o aeronaves involucrados en el tráfico internacional. La manera con que se da comienzo al mismo, “sin perjuicio de las disposiciones anteriores”, sugiere que debe ser interpretado como una excepción a los arts. 15.1 y 2. De cumplirse los requisitos para la aplicación de esta regla, las anteriores quedarían excluidas, dada la relación de especialidad existente.

69 *Ibidem*.

70 Frank Pötgens, *op. cit.*, pág. 855.

La redacción de esta regla especial obedece, a nivel práctico, a las dificultades para determinar el Estado en que se realiza el empleo, o para realizar el cómputo del período de permanencia de los trabajadores a bordo de una nave o aeronave que en su recorrido atraviesa varios Estados. Dado que dicha disposición ha sido incluida en el modelo por razones no de justicia tributaria sino prácticas, consideramos que su interpretación ha de ser, en consecuencia, restringida. En particular, se atribuye al Estado contratante en que esté situada la sede de dirección efectiva” de la empresa la posibilidad de gravar las remuneraciones obtenidas en un empleo realizado a bordo de un buque o aeronave explotados en tráfico internacional, o de una embarcación destinada a la navegación interior.

El alcance del artículo en cuestión ha de determinarse con la ayuda de las definiciones dadas a los términos “empresa” y “tráfico internacional” en el art. 3.1 MC OCDE⁷¹. Particularmente la expresión “empresa” juega un papel decisivo en la asignación del derecho fiscal sobre la base de determinar dónde se encuentra su “sede de dirección efectiva”. Del contexto del art. 15.3 MC OCDE resulta fácil extraer que esta disposición se refiere en particular a la empresa que explota el buque, avión o barco en cuestión. Por su parte, el término “sede de dirección efectiva” no se define en el texto del Modelo.

Ahora bien, pueden encontrarse referencias directas al mismo en los comentarios a los art. 4 y 8 MC OCDE. Dichos Comentarios prevén la posibilidad de que se emplee como criterio de referencia la residencia fiscal de la empresa que explota el buque o aeronave. Asimismo, el término “sede de dirección efectiva” es empleado en los art. 8, 13.3 y 22.3 MC OCDE y en la previsión relativa a las reglas *tie-breaker* del art. 4.3 MC OCDE. Tal expresión hace referencia al lugar donde realmente se realizan las principales decisiones comerciales y de gestión de la empresa. De ello se desprende que el término tiene las mismas connotaciones para cada una de estos artículos, radicando las diferencias en el contexto en que el mismo es usado. Así, por ejemplo, el art. 8 contiene un exclusivo derecho de gravamen a favor del Estado donde se encuentra la sede de dirección efectiva de la empresa al expresar –“solo serán gravados” –, mientras el art 15 contempla un derecho de tributación compartida: “pueden someterse a imposición”. Al respecto, dado que la atribución de la potestad tributaria en el art. 15. 3MC OCDE al Estado donde tiene la sede de dirección efectiva la empresa que explota la nave, no tiene un carácter excluyente, también el Estado de la residencia puede osten-

71 Art 3.1.e): la expresión “tráfico internacional” significa todo transporte efectuado por un buque o aeronave explotado por una empresa cuya sede de dirección efectiva esté situada en un Estado contratante, salvo cuando el buque o aeronave sea explotado únicamente entre puntos situados en el otro Estado contratante.

tar el derecho de gravamen. En tal caso, le corresponderá eliminar la doble imposición internacional resultante.

Los Comentarios realizados en el marco del MC OCDE a esta cláusula, así como su propia redacción, destacan el hecho de que los Estados “pueden” someter a imposición las rentas provenientes del trabajo a bordo de naves o aeronaves destinadas al tráfico internacional, si la “sede de dirección efectiva” de la empresa que los explota se encuentra en su territorio, independientemente de cuál sea el Estado de residencia del trabajador. Ello puede afectar a tripulantes residentes en un tercer Estado no contratante, con lo cual se vician las disposiciones contenidas en el propio art. 1 del MC OCDE.⁷² En este sentido, la legislación doméstica de algunos Estados prevé que las retribuciones salariales percibidas por miembros, que no sean residentes, de tripulaciones de buques o aeronaves explotadas en el tráfico internacional, se sometan a imposición únicamente allí donde el buque o aeronave posea la nacionalidad de tal Estado⁷³. Es requisito para la aplicación de esta regla que el lugar de trabajo principal y habitual del empleado se encuentre en el buque o aeronave, sin exigir que todas las actividades se realicen en el interior del buque, evitando aplicar prorrateos respecto a las actividades realizadas en “tierra”.

4. Los Comentarios al art. 15 del MC OCDE y el régimen de tributación de los trabajadores fronterizos

Utilizamos el término trabajador fronterizo para referirnos a aquellos trabajadores transfronterizos que laboran en un Estado diferente a aquél en que residen, y regresan todos los días o al menos una vez a la semana a su Estado de residencia. Esto es, cruzan la frontera para ir a su puesto de trabajo, bien diariamente, bien semanalmente, conservando su vivienda y su familia en su Estado de origen o residencia antes de obtener dicho empleo.

La OCDE considera que los problemas creados por las condiciones locales deben ser resueltos directamente entre los Estados interesados, los cuales podrán acordar sus respectivos derechos de imposición, en base a una concepción distinta a la establecida en las normas generales del artículo 15.1. y 2⁷⁴. Solo en caso de que los convenios no estableciesen un régimen especial para los trabajadores fronterizos este se calificaría con arreglo al art. 15 del MC OCDE

72 En sentido contrario, el equivalente de esta regla en el Modelo de Convenio de EE.UU de 1996, prevé que para que la misma resulte aplicable, el miembro de la tripulación debe residir en un Estado contratante.

73 José Manuel Calderón Carrero, *op. cit.*, pág. 475.

74 Luc Hinnekens «The EC compatibility of frontiers Workers' taxation», *op. cit.* pp. 167 y 168.

Y ello porque de los comentarios al art. 15 (párrafo 10) se desprende que las disposiciones acerca de los trabajadores fronterizos tienen un carácter especial⁷⁵. Concretamente el mencionado párrafo se refiere a ellas como “*normas especiales* relativas a la fiscalidad de los ingresos de los trabajadores fronterizos”. Tal carácter especial no significa otra cosa que el MC OCDE y sus respectivos comentarios no reconocen un régimen fiscal específico para este tipo de trabajadores⁷⁶.

Existen argumentos a favor del establecimiento de un régimen específico que otorgue el derecho de imposición exclusivamente al Estado de residencia del trabajador fronterizo, atendiendo a que dicho trabajador se beneficia insuficientemente de las instalaciones en el Estado de la actividad, mientras lo hace en mayor medida de las infraestructuras existentes en su Estado de residencia. Por otra parte, la tributación en el Estado de residencia constituye el sistema más simple tanto para los trabajadores fronterizos como para las autoridades fiscales. Por último, el sistema resulta también más justo para los contribuyentes que se encuentran en situación de trabajo fronterizo, ya que refleja mejor los factores que determinan su capacidad contributiva

Desde otro punto de vista la doctrina ha considerado que la aplicación de tal principio conllevaría una infracción de la norma general del art. 15 (*lex loci laboris*), sobre todo cuando se excede el umbral de los 183 días, en cuyo caso la conexión con el Estado de trabajo es más estrecha. Además, la contribución a las instalaciones en el Estado de residencia se efectúa a través de otros gravámenes que dicho Estado impone a los trabajadores fronterizos.

Por último, algunos autores consideran que no hay necesidad de una regulación específica para el trabajador fronterizo siempre que se haya acordado un sistema de reparto de ingresos entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia, que garantice que los empleados fronterizos contribuyan indirectamente a las instalaciones del Estado de residencia, de modo que ambos Estados logran una coordinación entre la fiscalidad y la recaudación de las contribuciones a la

75 También las relativas a los trabajadores del transporte por carretera y ferrocarril, los profesores y maestros extranjeros o las referentes a los servicios de empleo prestados por los alumnos o aprendices de negocios. Comentarios al art. 15 del MC OCDE, párrafo 10, en su redacción actual.

76 En este sentido, las principales propuestas de la OECD aplicables al campo de la tributación del trabajo fronterizo, se reducen a los siguientes trabajos: Public Discussion Draft, Proposed Clarification of the Scope of Paragraph 2 of the Article 15 of the OECD Model Tax Convention, Paris, 2004. /<http://www.oecd.org/dataoecd/52/61/31413358.pdf>; OECD Discussion Draft, Tax Treaty Issues Arising from Cross-Border Pensions, Paris, 2003 /<http://www.oecd.org/dataoecd/12/21/34562290.pdf>; OECD Report, Cross-Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock Options Plans, Paris, 2004 /http://www.oecd.org/document/t/58/0,2340,en_2649_201185_33700026_1_1_1_1.00.html.pdf. Las recomendaciones de los dos últimos documentos fueron incluidas en la actualización del MC OCDE y sus comentarios llevada a cabo en 2005. La primera, sometida a revisión en 2007 y publicada con el título Revised draft changes to the commentary on paragraph 2 of article 1, aún no ha sido incorporada a los Comentarios.

seguridad social a nivel individual. En este caso se haría referencia, si bien de manera indirecta, a un régimen de tributación compartida.

5. Conclusiones

De lo expuesto hasta este momento, puede concluirse que el art. 15 MC OCDE se dirige a atribuir a los Estados contratantes el derecho de gravamen de las rentas obtenidas por los trabajadores en régimen de dependencia en un Estado diferente a aquél de su residencia, para aquellos casos en los que los servicios laborales se presten en el sector privado. Para ello se diseña un artículo demasiado oscuro en su redacción, que funciona a través de un sistema de excepciones que no facilitan su comprensión.

Siguiendo la pauta general, en el MC OCDE no se ofrece una definición de renta del trabajo ni tampoco reglas para cuantificar el importe de los rendimientos que van a estar incluidos dentro del ámbito de este artículo 15 MC OCDE. En él, se opta por la remisión a la normativa doméstica del Estado que deba aplicar el Convenio para evitar la doble imposición. Ahora bien, en el caso de este art. 15 MC OCDE debe tenerse presente que la interpretación contextual desempeña un papel muy destacado a la hora de establecer el alcance objetivo de este precepto. En efecto, otros artículos del mismo MC OCDE afectan, bien a rentas que pueden entenderse derivadas de un contrato de trabajo, directa o indirectamente, bien a rentas que pueden requerir de una labor de deslinde interpretativo respecto a su integración en un determinado artículo del MC OCDE.

Al mismo tiempo, la evolución de las formas de retribución del trabajo, de forma directa o indirecta, también debe ser tomada en cuenta en los Comentarios al art. 15 MC OCDE. Un buen ejemplo de ello es la última revisión de los mismos en 2014, que atiende a un problema que se viene poniendo de manifiesto en los últimos años, como lo es el relativo al elemento temporal de la percepción de las rentas o la relación de las mismas con el cese del desempeño del empleo.

Sin embargo, en nuestra opinión, la mayor dificultad en la interpretación de este artículo 15 MC OCDE se encuentra en el complejo diseño de las normas de atribución de potestad de gravamen a favor de cada uno de los Estados contratantes. A nuestro modo de ver, resultaría mucho más operativo establecer una regla general de gravamen para las rentas procedentes del trabajo dependiente, conservando una regla especial para el caso de trabajadores de empresas navieras y áreas que se dedican al tráfico internacional.

Se proponen dos redacciones alternativas, conforme a las cuales el Estado de la fuente podría gravar de forma compartida con el Estado de la residencia los rendimientos del trabajo dependiente, únicamente cuando concurriese alguna de

las tres condiciones que ahora se establecen en el art. 15.2 MC OCDE. En ausencia de tales condiciones, ha de entenderse que la potestad de gravamen le corresponde exclusivamente al Estado de la residencia.

De este modo, conservando el párrafo primero del art. 15.1 MC OCDE:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 16, 18 y 19, los sueldos, salarios y otras remuneraciones similares obtenidos por un residente en un Estado contratante en razón de un trabajo dependiente solo pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que el trabajo dependiente se desarrolle en el otro Estado contratante. Si el trabajo dependiente se desarrolla en este último Estado, las remuneraciones derivadas pueden someterse a imposición en él.
2. Para que el Estado donde se desarrolla el trabajo dependiente pueda gravar las remuneraciones obtenidas por un residente en el otro Estado contratante es necesario que:
 - a) El perceptor permanezca en el otro Estado durante un período o períodos cuya duración exceda, en conjunto, de 183 días en cualquier período de doce meses que comience o termine en el año fiscal considerado, o que
 - b) Las remuneraciones sean pagadas por, o en nombre de, un empleador que sea residente de este Estado (o de un Estado diferente al Estado de la residencia del trabajador), o que,
 - c) Las remuneraciones sean soportadas por un establecimiento permanente que el empleador tenga en el Estado donde se desarrolla el trabajo dependiente

También podría optarse por redactar un único párrafo para establecer la regla general, manteniendo, eso sí, un ulterior párrafo para el caso de la regla especial de trabajadores a bordo de aeronaves o buques destinados al tráfico internacional:

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 16, 18 y 19, los sueldos, salarios y otras remuneraciones similares obtenidas por un residente en un Estado contratante por razón de un trabajo dependiente que se desarrolla en el otro Estado pueden someterse a imposición en este último solo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) El perceptor permanezca en el otro Estado durante un período o períodos cuya duración exceda, en conjunto, de 183 días en cualquier lapso de doce meses que comience o termine en el año fiscal considerado, o que

- b) las remuneraciones sean pagadas por, o en nombre de, un empleador que sea residente de este Estado (o de un Estado diferente al Estado de la residencia del trabajador), o que,
- c) las remuneraciones sean soportadas por un establecimiento permanente que el empleador tenga en el Estado donde se desarrolla el trabajo dependiente (o de un Estado diferente al Estado de la residencia del trabajador)

Entendemos que resulta más sencilla la lectura y comprensión de este precepto solo con formular los requisitos de reparto de gravamen en términos positivos. Esto evita comprobar que concurren todos ellos. La redacción en términos positivos supone que la concurrencia de uno de ellos atribuye el derecho de gravamen compartido al Estado de la fuente.

Por supuesto, ello no resuelve ulteriores problemas interpretativos que deben ser abordados en futuras modificaciones del texto de los Comentarios al art. 15 MC OCDE o del propio texto de este artículo. En particular, las reflexiones relativas a quién debe ser considerado empleador deben ser objeto de revisión, estableciendo interpretaciones claras y uniformes o el deslinde con otros preceptos como el art. 18 y 19 MC OCDE, en materia de pensiones y sistemas de previsión social, lo anterior deberá ser abordado, sin duda, en los próximos años. También se considera muy conveniente, para simplificar la aplicación de este artículo, una modificación en torno al cálculo de los 183 días como criterio para determinar la permanencia en el territorio del Estado de la fuente, puesto que el sistema actual presenta enormes dificultades de gestión en la práctica.

6. Bibliografía

- Emilio Aguas Alcalde, *Tributación internacional de los rendimientos del trabajo*, Aranzadi (2003).
- Felix Alberto Vega Borrego *Rendimientos del trabajo y convenios para evitar la doble imposición*, *Fiscalidad internacional*, 4º ed., F. Serrano Antón, CEF, Madrid (2010).
- Frank Pöntgens *Income for international private employment: an analysis of article 15 of the OECD Model Convention*, International Bureau of Fiscal Documentation, doctoral series, Volume 12 (2006).
- Harald Shaumburg, *Internationales Steuerrecht*, Verlag Dr. Otto Schmidt (1998).
- Jacques Malherbe, *Droit Fiscal International*, Lacier, Bruselas (1994).
- Joan Hortalá i Vallvé, *Comentarios a la red española de convenios de doble imposición*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (2007).
- José Manuel Calderón Carrero, *Trabajos dependientes, Convenios fiscales internaciones y fiscalidad de la unión europea*, Ciss, Valencia (2011).

- José Manuel Calderón Carrero, *La doble imposición internacional en los Convenios de Doble imposición y en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona (1997).
- Luc De Broe, L.: *Interpretation of Article 15.2, b of the OECD Model Convention: "Remuneration paid by or on behalf of, an employer who is not a resident of the other State"*, Bulletin for International Fiscal Documentation, N° 10, (2000).
- Luc Hinnekens L.: «The EC compatibility of frontier workers' taxation according to the Belgian-Dutch Treaty», *EC Tax Review*, n°. 3 (1997).
- Luc Hinnekens, L.: «The salary split and the 183-day exception in the OECD Model and Belgian tax treaties (part 1)», *Intertax*, n° 8/9 (1988).
- María Begoña Villaverde Gómez con Aliuska Duardo Sánchez: *Gravamen de las rentas del trabajo dependiente en el ámbito internacional: algunas cuestiones en torno al art. 15 MC OCDE*, en *Estudios em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, Almedina, 2013. At 169.
- Pilar Alvarez Barbeito, con José Manuel Calderon Carrero. *La tributación en el IRPF de los trabajadores expatriados e impatriados*, Netbiblo, (2010).
- Rainer Prokisch *Does it makes sense if we speak of an "international tax language"?*, en Vogel, K., *Interpretation of Tax Law Treaties and Transfer Pricing in Japan and Germany*. Series on international taxation, Kluwer Law International, (1998).
- Rainer Prokisch. «Art. 15, Income from salaried work» en Vogel, K.: *Double taxation-comment*, (2003).
- Xavier Oberson, *Précis de droit fiscal international*, Saempfli Editions SA, Berna (2001).

Incentivos fiscales a la bancarización en Latinoamérica

Fiscal Incentives to Banking in Latin America

Incentivos Fiscais a Bancarização na América Latina

SANDRA PATRICIA MORENO SERRANO¹

Colombia

Colaboración Especial

JORGE TRUJILLO PUENTES²

Chile

Fecha de recepción: 13 de enero de 2015
Fecha de aprobación: 01 de febrero de 2015

Página inicial: 189

Página final: 214

Resumen

El presente análisis tiene por objeto hacer un comparativo entre las coincidencias que presentan las economías de la región y las soluciones que se han implementado en cada una de estas para incrementar el índice de bancarización, utilizando recursos como la inclusión financiera e incentivos tributarios para motivar en la población el uso de dichos productos.

Por otra parte, es de resaltar el importante rol que la utilización de información financiera cumple como auxiliar en la tarea recaudatoria, de fiscalización y

-
- 1 Master en Hacienda Pública y Administración Tributaria y en Relaciones Internacionales, Especialista en Derecho Tributario y en Derecho Administrativo y Constitucional. Abogada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Coordinadora por Iberoamérica del Programa de Cooperación Internacional para el Desarrollo del Gobierno de España y Jefe de Redacción del Boletín semestral *Foro Fiscal Iberoamericano*.
 - 2 Consultor Internacional Chileno, Master en Hacienda Pública y Administración Tributaria. Coordinador corresponsal por Chile en el marco del Programa de Cooperación Internacional para el Desarrollo del Gobierno de España y Jefe de Redacción del Boletín semestral *Foro Fiscal Iberoamericano*.

* Este artículo puede citarse de la siguiente forma: Sandra Patricia Moreno Serrano. *Incentivos fiscales a la bancarización en Latinoamérica*. Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario, núm 72, pág. 189, Bogotá D.C., Mayo 2015.

de seguimiento impositivo, pues es el instrumento por excelencia que permite la detección temprana de la evasión de impuestos a través de la información que reportan las entidades financieras al fisco, aspecto que mejoraría considerablemente si se incrementa la participación de la economía informal o subterránea en dicho sector, en tanto que podría presentarse una carga tributaria más justa y un menor nivel de informalidad en la economía.

Palabras clave

Bancarización, impuestos, desarrollo, productividad, sistema financiero, tecnología, educación, crecimiento.

Abstract

The present analysis aims to make a comparison between the coincidences of the region's economies and the solutions that have been implemented in each of them to increase the banking index by using resources such as the inclusion of financial and tax incentives to encourage the use of such products in the population.

On the other hand, it is noteworthy the important role of financial information usage as an assistant in the revenue task, auditing and tax tracking, since it is the instrument par excellence that enables early detection of tax evasion through the information reported by financial institutions to the Treasury. This would improve considerably if the participation of the informal or underground economy is increased in this sector, as long as it could present a fairer tax burden and a lower level of informality in the economy.

Keywords

Banking, tax, development, growth, productivity, technology, education, financial system.

Resumo

A presente análise tem por objeto fazer um comparativo entre as coincidências que apresentam as economias da região e as soluções que se tem implementado em cada uma destas para incrementar o índice de bancarização, utilizando recursos como a inclusão financeira e incentivos tributários para motivar na população o uso de ditos produtos.

Por outra parte, é digno de destacar o importante rol que a utilização de informação financeira cumpre como auxiliar na tarefa de cobrança de dívidas, de

fiscalização e de seguimento impositivo, pois é o instrumento por excelência que permite a detecção precoce da evasão de impostos através da informação que reportam as entidades financeiras ao fisco, aspecto que melhoraria consideravelmente se incrementa-se a participação da economia informal ou subterrânea em dito setor, ao ponto que poderia apresentar-se uma carga tributária mais justa e um menor nível de informalidade na economia.

Palavras-chave

Bancarização, impostos, desenvolvimento, produtividade, sistema financeiro, tecnologia, educação, crescimento.

Sumario

Introducción – 1. Incentivos Fiscales a la Bancarización en Latinoamérica – 1.1 Argentina – 1.1.1 Medidas Fiscales que incentivan la bancarización – 1.1.2 Medidas Financieras que incentivan la bancarización – 1.2 Bolivia – 1.2.1 Incentivos Fiscales Medidas Fiscales que incentivan la bancarización – Medidas Financieras que incentivan la bancarización – 1.3 Brasil – 1.3.1 Medidas Fiscales que incentivan la bancarización – 1.3.2 Medidas Financieras que incentivan la bancarización – 1.4 Chile – 1.4.1 Medidas Fiscales que incentivan la bancarización – 1.4.2 Medidas Financieras que incentivan la bancarización – 1.5 Colombia – 1.5.1 Medidas Fiscales que incentivan la bancarización – 1.5.2 Medidas Financieras que incentivan la bancarización – 1.5.3 Aspectos que desincentivan la bancarización – 1.6 Costa Rica – 1.6.1 Medidas Fiscales que incentivan la bancarización – 1.6.2 Medidas Financieras que incentivan la bancarización – 1.7 Ecuador – 1.7.1 Medidas Fiscales que incentivan la bancarización – 1.7.2 Medidas Financieras que incentivan la bancarización – 1.8 Guatemala – 1.8.1 Medidas Fiscales que incentivan la bancarización – 1.8.2 Medidas Financieras que incentivan la bancarización – 1.9 Honduras – 1.9.1 Medidas Fiscales que incentivan la bancarización – 1.9.2 Medidas Financieras que incentivan la bancarización – 1.10 México – 1.10.1 Medidas Fiscales que incentivan la bancarización – 1.10.2 Medidas Financieras que incentivan la bancarización – 1.11 Nicaragua – 1.11.1 Medidas Fiscales que incentivan la bancarización – 1.11.2 Medidas Financieras que incentivan la bancarización – 1.12 Panamá – 1.12.1 Medidas Fiscales que incentivan la bancarización – 1.12.2 Medidas Financieras que incentivan la bancarización – 1.13 Paraguay – 1.13.1 Medidas Fiscales que incentivan la bancarización – 1.13.3 Medidas Financieras que incentivan la bancarización – 1.14 Perú – 1.14.1 Medidas Fiscales que incentivan la bancarización – 1.14.2 Medidas Financieras que incentivan la bancarización – 1.15 República Dominicana – 1.15.1 Medidas Fiscales que incentivan la bancarización – 1.15.2 Medidas Financieras que incentivan la bancarización

– 1.16 El Salvador – 1.16.1 Medidas Fiscales que incentivan la bancarización
– 1.16.2 Medidas Financieras que incentivan la bancarización – 1.17 Uruguay
– 1.17.1 Medidas Fiscales que incentivan la bancarización – 1.17.2 Medidas Financieras que incentivan la bancarización – 1.18 Venezuela – 1.18.1 Medidas Fiscales que incentivan la bancarización – 1.18.2 Medidas Financieras que incentivan la bancarización – 2. Conclusiones – 3. Bibliografía.

Introducción

La bancarización en materia tributaria es definida de como el conjunto de medidas que permiten incentivar el cumplimiento tributario mediante el acceso y la utilización de los servicios financieros en general y bancarios en particular³ para fines de controlar la correcta declaración y pago de impuestos. Este concepto vincula, por una parte, el acceso a los instrumentos bancarios, que facilitan las operaciones económicas de los ciudadanos, como las tarjetas de crédito y débito, y, por otra, las obligaciones fiscales de los sujetos pasivos de impuestos, principalmente indirectos. También juega un papel relevante en el desarrollo económico de los países, pues contribuye a la reducción de la pobreza y la promoción de la distribución del ingreso. Por ende tiene importantes repercusiones en la estabilidad financiera, con el crecimiento y el bienestar económico. De allí la importancia de la utilización efectiva de los servicios financieros pues guarda una relación directa con el nivel de productividad del desarrollo económico de los países de la región.

El presente análisis tiene por objeto hacer un paneo comparativo sobre el tópico propuesto bajo la óptica de las coincidencias que presentan las economías de la región y las soluciones que se han implementado en cada uno de ellos para incrementar el índice de bancarización. En él se destacan tanto los avances en materia de inclusión financiera como los incentivos tributarios que motivan el uso de dichos productos para fines de cumplimiento fiscal.

Dentro de los canales a través de los cuales el sistema financiero se relaciona directamente con el nivel de competitividad de un país se encuentran:

- El acceso de la población general a servicios financieros que incrementan el nivel de productividad de la economía, pues aquellos países en los que una mayor proporción de la población tiene acceso a este tipo de servicios muestran mayores niveles de productividad.

3 Stijn Claessens. *Access to financial services: a review of the issues and public policy objectives*, Policy Research Working Paper Series 3589, The World Bank USA 2005.

- La capacidad que tienen sus agentes económicos de financiarse a lo largo de todas las etapas del emprendimiento, pues se genera una mayor productividad si el país logra asignar de forma eficiente sus recursos de capital a proyectos con la capacidad de generar los mayores retornos.
- La capacidad que tienen sus agentes económicos de transferir los riesgos que no tienen que ver con su nivel de productividad y eficiencia pero que pueden limitar la competitividad de su negocio.

El acceso a los servicios financieros es una condición que facilita la formación de las actividades económicas. Favorece el desarrollo de los emprendimientos, el acceso a instrumentos de financiamiento y, por ende, al desarrollo de los negocios. Para que estos canales efectivamente tengan un impacto sobre la productividad de un país, la población debe tener unos mínimos niveles de conocimiento sobre su existencia, las condiciones para su uso, sus ventajas y desventajas. De allí que el nivel de educación financiera sea determinante para la efectividad del sistema financiero sobre la productividad. Algunas teorías económicas afirman respecto a lo anterior que una mayor bancarización estaría asociada a una utilización más eficiente de los recursos y a una mayor tasa de crecimiento del producto en el largo plazo y, por consiguiente, a una mejor distribución del ingreso, menores niveles de pobreza y mayor bienestar económico general.⁴

4 Robert G. King & Ross Levine. *Finance and Growth: Schumpeter Might Be Right*. The Quarterly Journal of Economics 108 (3): doi: 10.2307/2118406. USA 1993. At 17.
 Ross Levine & Thorsten Beck. *The role of financial development in economic growth*. Progress in Development Studies 3: 243. USA. July 2003. At 243.
 Thorsten Beck & Ross Levine. *Legal Institutions and Financial Development*, NBER Working Papers 10126, National Bureau of Economic Research, Inc. 2003 and Policy Research Working Paper Series 3136, The World Bank, USA 2003
 Ross Levine. *Finance and Growth: Theory and Evidence*, NBER Working Papers 10766, National Bureau of Economic Research, Inc. USA 2004
 Ross Levine 2005. *Finance and Growth: Theory and Evidence*, Handbook of Economic Growth, in: Philippe Aghion & Steven Durlauf (ed.), Handbook of Economic Growth, edition 1, volume 1, chapter 12, Elsevier. USA 2005. At 865.
 John G. Gurley y E.S. Shaw. 1955. *Financial aspects of economic development*. The American Economic Review. Volume 45 No.4. <http://www.jstor.org/stable/1811632>. USA sep. 1955. At 515.
 George A. Akerlof. *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism* The Quarterly Journal of Economics. Vol. 84, No. 3. 10.2307/1879431. www.jstor.org/stable/1879431. USA Aug., 1970. At 488.
 Joseph E. Stiglitz y Andrew Weiss, 1981. *Credit Rationing in Markets with Imperfect Information*. The American Economic Review, Vol. 71, No. 3. Jun., USA 1981. At 393
 King y Levine (1993), Levine, Loayza y Beck (2003) y Levine (2004 y 2005) encuentran que un mayor nivel de profundidad financiera se correlaciona positivamente con un mayor crecimiento del ingreso *per cápita*. No obstante, en este tipo de modelos, la causalidad es una cuestión que empíricamente es difícil de resolver por cuanto el crecimiento económico también genera desarrollo financiero. Al respecto, Levine (2005) argumenta que un mayor nivel de profundidad financiera se correlaciona positivamente con un

Es indudable que la apertura de las economías y el desarrollo tecnológico han impulsado una tendencia marcada hacia la interconexión, en especial en las áreas financiera, comercial, aduanera y tributaria. Esta se ha incrementado en los últimos tiempos dada la especial relevancia que tiene para los estados el evitar lo que se ha denominado “la elusión tributaria extraterritorial” y el recaudo y control seguro y efectivo de los tributos, lo cual se logra a través de la utilización servicios bancarios.

Por otra parte, es de resaltar el importante rol que la utilización de información financiera cumple como auxiliar en la tarea recaudatoria, de fiscalización y de seguimiento impositivo, pues es el instrumento por excelencia que permite la detección temprana de la evasión de impuestos a través de la información que reportan las entidades financieras al fisco. Esto mejoraría considerablemente si se incrementa la participación de la economía informal o subterránea en dicho sector, en tanto que podría presentarse una carga tributaria más justa y un menor nivel de informalidad en la economía.

Utilizando la capacidad del sistema financiero de conectar a los vendedores y compradores, a través de los diversos medios de pago, las administraciones fiscales han visto una oportunidad de utilizar este ciclo de pago como instrumento para fomentar el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Según reporta el sitio expansion.com, en la medición de la bancarización en Panamá registra el mayor nivel de la región con un 150%, seguido por Chile con un 68%. A continuación se ubican Uruguay un 51%, Honduras (47%), Paraguay (40%), El Salvador (40%), Bolivia (38%), Guatemala (37%), Costa Rica (36%), Brasil 35%), Nicaragua (35%), Colombia (35%), Venezuela (32%), Perú (28%), Ecuador (26%), Argentina (26%), México (21%) y República Dominicana (20%). Para los países desarrollados estos porcentajes suelen estar sobre el 90% como media.

La desigualdad latinoamericana y los altos niveles de pobreza e indigencia son factores que agudizan la problemática de la región, pues impide el acceso de oportunidades a gran parte de la población y obstaculiza la posibilidad de llegar a acuerdos internacionales para la aplicación de políticas de desarrollo efectivas. Conforme a los recientes estudios del Banco Mundial, se ha podido determinar que para efectos de disminuir los índices antes mencionados, es relevante el fortalecimiento de las políticas de impuestos y gastos que puedan contribuir a

mayor crecimiento del PIB *per cápita* y de la productividad, aunque no se observa una relación tan robusta respecto al ahorro.

Por su parte Gurley y Shaw (1955) consideran un modelo con costos de transacción y enfatizan el rol de los servicios financieros en la intermediación de plazos entre el ahorro de corto plazo y la inversión de mayor plazo de maduración con el consecuente efecto positivo sobre el crecimiento económico. Akerlof, (1970) y Stiglitz y Weiss (1981) constituyen el marco teórico por excelencia para analizar el rol de los servicios financieros en la economía.

la equidad en la distribución del bienestar en la región, por considerarse un instrumento que ha desempeñado un papel significativo tanto en las estrategias de desarrollo como en las políticas de estabilización. En consonancia con ésta tendencia y a fin de disminuir la brecha de desigualdad, algunos países de la región se han optado por medidas como la devolución del IVA pagado para efectos de hacer más equitativo el sistema fiscal.

De manera similar, se ha considerado relevante fortalecer las políticas de inclusión financiera ya que no solo permiten un acceso efectivo a los créditos a la población menos favorecida, sino que incrementa los niveles de desarrollo, disminuye la informalidad, contribuye al aumento del potencial recaudatorio y permite un mayor y mejor control del recaudo que se efectúa a través del sistema financiero por parte de las administraciones tributarias. De allí la importancia de hacer una revisión general de las políticas fiscales y financieras en procura de incrementar los índices de desarrollo y bienestar de la población. En este aspecto, al igual que los demás países de la región, Colombia ha tenido un desarrollo importante, como se muestra a continuación.

1. Análisis comparativo en materia de bancarización (2010-2014)

1.1. Argentina

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 26%

1.1.1. Medidas fiscales que incentivan la bancarización

Se establece la personalización del IVA que consiste en reintegros mensuales del IVA que paguen los usuarios de ingresos medios y bajos (hasta 2 salarios mínimos) por consumos. El valor del reintegro se establece de acuerdo a los parámetros establecidos para cada modelo de familia tipo según el ingreso total familiar, su relación con la canasta básica alimentaria, básica total y los parámetros del salario mínimo vital y móvil (SMVM). Los modelos de familia tipo son: indigencia, pobreza, clase media baja y clase media.

Contempla una devolución de 5 puntos del 21% de IVA por compras con tarjetas de débito que no excedan de \$1.000 por ticket. Este proceso, que se ha denominado “bancarización forzosa” no aplica para la compra de combustibles, pago de impuestos, pagos a establecimientos educativos, pagos de medicina prepagada, servicios de internet o telefonía celular, ni para compras en el exterior.

Se tiene una deducción como crédito fiscal del pago del impuesto al valor agregado del 30% del costo de la Terminal de Punto de Venta (TPV).

1.1.2. Medidas financieras que incentivan la bancarización

Se crea una cuenta transaccional de difusión masiva sin cuota o con cuota baja para el pago de las facturas de servicios, compras de bienes y transferencias a similares cuentas de terceros.

Se tiene una cobertura total de telefonía celular para la población que realiza transacciones financieras sencillas y de muy bajo costo.

Se implementó el uso de Terminales de Puntos de Venta (TPDV), *m-banking* (vía telefonía celular) y de *e-banking* (vía Internet), que evitar la masiva concurrencia a las oficinas de atención al público.

Para efectos de control tiene un monitoreo interno sobre movimientos sospechosos de las cuentas para prevenir el lavado de dinero.

Cuentan con promociones bancarias para compras con tarjeta de débito y crédito del 10% al 35% de descuento y de cuotas sin interés de hasta 60 cuotas para compras con tarjeta de crédito.

1.2. Bolivia

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 38%

1.2.1. Incentivos fiscales medidas fiscales que incentivan la bancarización

Se aplican sanciones por no bancarizar, tales como:

Solo se aceptan como deducibles para efectos de la determinación del impuesto a las utilidades, los gastos o costos superiores a Bs 50.000 (Bolivianos) que hayan sido bancarizados a través de cualquier Institución del Sistema Financiero para realizar el pago y hacer un reporte por todas esas compras y ventas a Impuestos Internos, aunque se tengan las facturas de la transacción.

Si una parte del pago se realizó en efectivo sin utilizar el sistema financiero, la totalidad de la transacción se considera como gasto no deducible y deberá exponerse así en el estado de resultados.

A los ingresos no bancarizados se les aplica un 13% de IVA, débito fiscal sin derecho a compensación con crédito fiscal que debe colocarse en el estado de resultados.

Para que se considere como deducible el gasto de depreciación de activos valuados sobre los Bs 50.000, además de las condiciones generales y particulares de deducibilidad para estos casos, es necesario que el pago por la compra

de dichos activos se realice a través del sistema financiero en cualquiera de sus formas. En caso contrario, se debe considerar a la depreciación como gasto no deducible en el Estado de Resultados.

1.2.2. Medidas financieras que incentivan la bancarización

Se establece un modelo de clasificación por nivel de bancarización por localidades, cobertura y servicios utilizados tanto para entidades financieras reguladas como para las entidades financieras no bancarias no reguladas por la Superintendencia.

Se eliminan los costos de mantenimiento de cuentas de ahorro, se permite la constitución de alianzas estratégicas con entidades no reguladas a través de los mandatos de intermediación financiera, y se autorizan las corresponsalías con otras entidades reguladas. No obstante, existen aún algunas normas que desincentivan la bancarización como lo es la introducción de trámites administrativos que limitan su agilidad y operatividad del sistema. Se introducen exigencias de guardias de seguridad y recintos frente a los cajeros automáticos, se introducen cláusulas limitantes de servicios masivos tales como seguro de desgravamen o de seguridad de tarjetas de débito y crédito, y se establecen procedimientos que complican y limitan la apertura de sucursales.

1.3. Brasil

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 35%

1.3.1. Medidas Fiscales que incentivan la bancarización

Se aplica un impuesto a las transacciones financieras que grava las operaciones de crédito, de cambio, de seguros y de valores mobiliarios, con tasas que van desde 0 a 50% según tipo de operación y su duración. Se exceptúan de este impuesto las operaciones con fondos extranjeros para financiar exportaciones y quienes ejecuten programas de desarrollo tecnológico.

1.3.2. Medidas financieras que incentivan la bancarización

Existe una estrategia nacional de educación financiera, "ENEF", orientada principalmente a adultos mayores y escuelas privadas y públicas.

Se crea una tarjeta para los productores del Programa Nacional de la Agricultura Familiar "PRONAF" y agricultores empresariales con las funciones de una tarjeta Visa.

Se establece un modelo de banca sin sucursales que a través de agentes operan en terminales de puntos de venta. Adicionalmente, los clientes pueden realizar transacciones por teléfono celular e internet.

Se establece el modelo de corresponsales transaccionales y el concepto de omnicanalidad que implica aproximación al cliente financiero en el momento y en el lugar que el cliente prefiera.

1.4. Chile

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 68%

1.4.1. Medidas fiscales que incentivan la bancarización

Se garantiza inobjektividad del crédito fiscal de facturas pagadas a través de una cuenta bancaria registrada por el contribuyente o medio electrónico, mediante cheque nominativo que registra el número de la factura pagada y el emisor.

1.4.2. Medidas financieras que incentivan la bancarización

Toda persona natural residente tiene acceso a una cuenta bancaria a la vista en el Banco del Estado, que permite realizar y recibir pagos electrónicos. Actualmente existen más de 7 millones de cuentas activadas con una población de 17 millones.

1.5. Colombia

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 36,6%

1.5.1. Medidas fiscales que incentivan la bancarización

A fin de desestimular el uso del efectivo, para efectos del reconocimiento fiscal de costos y deducciones, pasivos e impuestos descontables los pagos que efectúen los contribuyentes o responsables deben realizarse mediante depósitos en cuentas bancarias, giros o transferencias bancarias, cheques girados al primer beneficiario, tarjetas de crédito, tarjetas débito u otro tipo de tarjetas o bonos que sirvan como medios de pago en la forma y condiciones que autorice el Gobierno Nacional⁵.

Adicionalmente, la norma tributaria establece una gradualidad según la cual se reconocen fiscalmente como costos, deducciones, pasivos o impuestos des-

5 Artículo 771-5 del Estatuto Tributario colombiano

contables, los pagos en efectivo que efectúen los contribuyentes o responsables, independientemente del número de pagos que se realicen durante el año, así:

- En el primer año, el menor entre 85% de lo pagado o 100.000 UVT, o el 50% de los costos y deducciones totales.
- En el segundo año, el menor entre el 70% de lo pagado u 80.000 UVT, o el 45% de los costos y deducciones totales.
- En el tercer año, el menor entre el 55% de lo pagado o 60.000 UVT, o el 40% de los costos y deducciones totales.
- -A partir del cuarto año, el menor entre 40% de lo pagado o 40.000 UVT, o el 35% de los costos y deducciones totales.

Por otra parte, para efectos de formalizar la inscripción en el Registro Único Tributario (RUT), mecanismo cuya finalidad es identificar, ubicar y clasificar a los sujetos de obligaciones administradas y controladas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, las personas naturales y jurídicas deben exhibir constancia de titularidad de una cuenta activa en una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia con fecha de expedición no mayor a un mes⁶. Este requisito surge de la necesidad del fisco de tener una herramienta adicional de control que permite determinar si el contribuyente, responsable o usuario se encuentra activo comercialmente para poder prevenir fraudes.

Esta medida ha sido ampliamente criticada más que todo por comerciantes informales pues consideran que esta atenta contra la actividad económica. La libre competencia empresarial restringe la libertad económica y obliga a pagos adicionales al mercado financiero por sus servicios, mientras que las entidades financieras han manifestado que se trata de una suma irrisoria en comparación con los beneficios que se obtienen y la facilidad del comercio a través de movimientos electrónicos que impiden cualquier tipo de riesgo al usuario.

Asimismo, se contempla el desmonte paulatino del gravamen a los movimientos financieros –GMF– de tal forma que este estaría vigente solo hasta el 2021, y se conserva la exoneración del gravamen a los retiros efectuados de las cuentas de ahorro, los depósitos electrónicos o tarjetas prepago abiertas o administradas por entidades financieras y/o cooperativas de naturaleza financiera o de ahorro y crédito vigiladas por las Superintendencias Financiera o de economía solidaria, que no excedan mensualmente de 350 UVT, para lo cual el titular de la cuenta o de la tarjeta prepago debe indicar ante la respectiva entidad financiera o cooperativa financiera, que dicha cuenta, depósito o tarjeta prepago será la única beneficiada con

6 Artículos 1° del Decreto 2645 de 2011 y 1° del Decreto 2820 de 2011

la exención. Esta exención se aplica exclusivamente a una cuenta de ahorros, depósito electrónico o tarjeta prepago por titular y siempre y cuando pertenezca a un único titular. Se mantiene la medida que cuando una persona es titular de más de una cuenta de ahorros, depósito electrónico y tarjeta prepago en uno o varios establecimientos de crédito, debe elegir una sola cuenta, depósito electrónico o tarjeta prepago sobre la cual operará el beneficio tributario aquí previsto e indicarlo al respectivo establecimiento o entidad financiera para efectos de la exoneración. Esta exención se aplicará para cuentas que pertenezcan a un único y mismo titular que sea una persona natural, en retiros hasta 65 UVT por mes, sin que se excluya del beneficio a quienes optan por los depósitos electrónicos.

Por otra parte, aunque con la reforma del 2014 se desmonta la devolución de 2 puntos del IVA por compras y adquisiciones de bienes y servicios realizadas por personas naturales con tarjetas de crédito y débito que había sido introducida con la Ley 1607 de 2012 por haber cumplido con su cometido, se cambia la medida por la devolución del IVA pagado en la adquisición e importación de maquinaria pesada que se destine para industrias básicas.

1.5.2. Medidas financieras que incentivan la bancarización

La creación de los corresponsales bancarios o puntos de servicio ubicados en establecimientos comerciales como supermercados, droguerías, autoservicios etc., que ha sido una medida eficaz para el descongestionamiento de las sucursales bancarias, en tanto que brinda la facilidad de realizar transacciones en línea como pagos, consulta de saldos etc. En la misma línea, el gobierno presentó al Congreso de la República el “Proyecto de ley de inclusión financiera” que pretende la creación de entidades especializadas en depósitos y pagos electrónicos a bajos costos pues serían entidades financieras más livianas que ofrecerán giros y transferencias mediante el uso de nuevas tecnologías para alcanzar las regiones más lejanas del país, con estas medidas se pretenden lograr una mayor cobertura de tal forma que los usuarios tendrían acceso a sistemas modernos, seguros y a bajos costos mediante mecanismos como teléfonos celulares, internet y tarjetas débito con cuentas exentas de 4x1000. El proyecto va de la mano con la Ley 795 de 2003, que regula los sistemas bancarios de bajo costo.

Por otra parte, Colombia adopta el programa de inversión denominado “Banca de las Oportunidades o Banco de los Pobres”, que adapta el modelo *grameen bank* del nobel de paz Muhammad Yunus cuyo objetivo primordial es la inclusión financiera de los más desprotegidos de la población. Este proyecto es administrado por el Banco de Comercio Exterior –Bancoldex– cuyo objetivo es promover el acceso a servicios financieros a familias en pobreza, hogares no bancarizados, microempresarios y pequeña empresa. Se enmarca dentro de la polí-

tica de largo plazo del Gobierno Nacional, dirigida a lograr el acceso a servicios financieros para la población de bajos ingresos con el fin de reducir la pobreza, promover la igualdad social y estimular el desarrollo económico en Colombia, ya que al acceder a productos de ahorro, crédito y seguros, se permite la compensación de choques económicos en la población en pobreza que afectan el ingreso, evitando así que caigan en condiciones de mayor pobreza. La Red de la Banca de las Oportunidades la conforman los bancos, compañías de financiamiento comercial, las cooperativas, las ONG, y las cajas de compensación familiar, que se encargan de extender su cobertura y llevar los servicios financieros a la población desatendida, financia con sus propios recursos los préstamos que otorga y asume su correspondiente riesgo. Los cuales cuentan con la vigilancia de Control Fiscal de la Contraloría General de la República y de la Contaduría General de la Nación y con un control político y social adicional a cargo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Departamento Nacional de Planeación (DNP).

El objetivo es crear las condiciones necesarias para facilitar el acceso a servicios de crédito y otros servicios financieros como ahorro, transferencias, pagos, giros, remesas y seguros, a las poblaciones que no han tenido acceso a los mismos como son las familias en pobreza, los hogares no bancarizados, los microempresarios y la pequeña empresa.

Dentro de los servicios que se ofrecen se encuentran el subsidio a costos de productos a comercializar, la cofinanciación de proyectos que no sean inicialmente rentables y la asistencia técnica a los usuarios, promoviendo el acceso a los servicios financieros y a las microfinanzas mediante la eliminación de trabas o sobrecostos que faciliten la implementación de los productos financieros. En consonancia con lo anterior, el Gobierno presenta el proyecto de ley de inclusión financiera, mediante el cual se propende que los ciudadanos no bancarizados abran una cuenta sin depósito mínimo presentando la cédula. Estas cuentas estarán exentas de 4x1000 en operaciones inferiores a 3 salarios mínimos. Con reducción en el costo de los giros frente a las comisiones que se cobran usualmente por dichas transacciones, se pretende que aproximadamente 20 millones de no bancarizados puedan acceder al sistema.

Para crear este tipo de entidades la ley exige un capital mínimo y la obtención de una licencia simplificada especializada en pagos, giros y depósitos, pues sólo estarían autorizadas para captar dineros del público más no para otorgar créditos. Estos dineros deben depositarse ante el banco de la república o un banco tradicional. Por tratarse de dineros del público, deben tratarse con altos estándares de seguridad que protejan de riesgos sistémicos y contarían, asimismo, con la vigilancia de la Superintendencia Financiera.

1.5.3. Aspectos que desincentivan la bancarización en Colombia

En primer lugar se tienen las cuotas y costos para los usuarios de productos y servicios bancarios, pues del análisis realizado para efectos de proceder a la bancarización del mayor número de contribuyentes se puede concluir que los costos que les implicaba el uso de los productos y servicios financieros, que paulatinamente tienden a desmontarse, no son tan altos como los beneficios que reportan al mismo usuario y al estado que permite un mejor control y administración de los recursos. El uso del sistema financiero, si bien no es una medida suficiente para erradicar definitiva o exclusivamente el problema de evasión o fraude fiscal, se considera que puede contribuir a impedir estos fenómenos y en esa medida si presta una contribución positiva para alcanzar el fin que se persigue. Si bien se establece el desmonte paulatino del GMF, como se anotó antes, dado el hueco fiscal que presenta actualmente las finanzas públicas, el Gobierno ha propuesto en la reforma tributaria en curso que dicho impuesto se cobre por 4 años más, de tal forma que el mismo se desmontaría de manera paulatina hasta desaparecer a partir de enero del 2022, de tal forma que se cobraría el 3x1000 en el 2019, el 2x1000 en el 2020, el 1x1000 en el 2021.

Por otra parte, se tiene la preferencia de muchos usuarios hacia el uso del efectivo. No obstante, dicha preferencia podría variar si se sustituye dicha práctica por otros medios de pago más eficientes y menos costosos que tiendan al mejoramiento del bienestar de la población por medio de una mayor inclusión financiera que contribuya a disminuir la pobreza y la desigualdad. Esto apoyaría en gran medida la lucha contra las actividades al margen de la ley, la evasión tributaria y la informalidad.

Por último, se tienen las normas sobre prevención de lavado de activos, que tienden a evitar o controlar la introducción legal de capitales provenientes de actividades ilícitas, que implican exigir a los usuarios del sistema financiero un reporte detallado de operaciones lo cual muchas veces se entorpece el acceso al sistema financiero a los demás usuarios que no se encuentran en dicha situación.

1.6. Costa Rica

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 36%

1.6.1. Medidas fiscales que incentivan la bancarización

Se establece el uso masivo de pagos electrónicos para facilitar la recaudación fiscal. Existe un sistema de lotería fiscal que premia mediante sorteos bimensuales, por las operaciones de compra sobre 3.000 colones (aprox US\$ 6) realizadas con tarjetas de débito bancario de emisores nacionales, realizadas entre

los meses de agosto y noviembre de cada año. Los premios van desde un gran premio de 50 millones de Colones (aprox. US\$ 100.000), dos premios de 25 millones de colones, cuatro premios de 10 millones de colones y 2 premios de 5 millones de colones.

1.6.2. Medidas financieras que incentivan la bancarización

Costa Rica es líder en uso de datáfonos y cajeros. También en apertura de oficinas. Pero sigue atrás en crédito y ahorro. En virtud del programa “Puntos Solidarios” que funciona como un mecanismo tipo lotería fiscal, las personas acumulan puntos cada vez que hacen pagos con sus tarjetas de débito y crédito, y concursan por premios en efectivo. Se implementa el sistema Interbancario de Pagos Electrónicos (Sinpe) del Banco Central. Los salarios de los empleados se pagan con tarjetas y se promueve la utilización del plástico y no el papel moneda.

1.7. Ecuador

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 26%

1.7.1. Medidas fiscales que incentivan la bancarización

Para que el costo o gasto superior a los US\$5.000 sea deducible en el impuesto de renta, se debe utilizar cualquier institución del Sistema Financiero para realizar el pago.

1.7.2. Medidas Financieras que incentivan la bancarización

Se incluye capacitación financiera en el pènsum académico de las escuelas y colegios para incrementar la confianza de los usuarios en el sistema financiero local.

Se pone a disposición el monedero electrónico para profundizar la bancarización en zonas rurales y sectores urbano-marginales.

Se permite a la ciudadanía pagar sus compras y servicios con tarjetas electrónicas, cuentas móviles (en los teléfonos celulares), incluso con la cédula de ciudadanía en tiendas, farmacias, gasolineras y empresas públicas.

1.8. Guatemala

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 37%

1.8.1. Medidas fiscales que incentivan la bancarización

No se registran.

1.8.2. Medidas financieras que incentivan la bancarización

Si bien la cantidad de agencias en el país ha crecido de manera significativa, la cantidad de guatemaltecos que posee una cuenta bancaria no llega al 25%.

Se permite la entrada de bancos internacionales al país.

1.9. Honduras

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 47%

1.9.1. Medidas fiscales que incentivan la bancarización

No se registran.

1.9.2. Medidas financieras que incentivan la bancarización

Se permite la entrada de bancos internacionales al país.

Se presenta un aumento en la atención de transacciones financieras en zonas rurales donde no existían agencias bancarias.

Se establecen los “Corresponsales no bancarios” que se ubican en todos los puntos del país, especialmente en pulperías, mercaditos, farmacias, ferreterías y supermercados cuya utilización como depósitos, retiros de cuentas de ahorro, cheques, consultas de saldo, pago de servicios públicos, retiros de tarjetas crédito y débito sin costo.

1.10. México

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 21%

1.10.1. Medidas fiscales que incentivan la bancarización

Se establecen incentivos tributarios para las transacciones financieras.

Se otorgan deducciones fiscales por inversiones en POS en sectores de baja aceptación de tarjetas con el objetivo de incrementar los Terminales en Punto de Venta (TPV).

Se permite la deducción de impuestos por consumo de combustible sujeto a pago electrónico.

Existe la lotería fiscal que premia mediante sorteos las operaciones de compra realizada por medios electrónicos.

1.10.2. Medidas financieras que incentivan la bancarización

Se permite el manejo de cuentas por medio de celulares, se trata de disminuir el costo de los productos bancarios, se incentivan los pagos a través del teléfono celular- banca móvil.

Aumentan las microfinancieras y se da un mayor acercamiento y personalización de los servicios financieros desde las escuelas.

Existen intermediarios financieros no bancarios que no están regulados y que no están obligados a proporcionar información sobre los montos de los créditos que otorga.

Crean del “boletazo” para incentivar el uso del efectivo.

1.11. Nicaragua

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 35%

1.11.1. Medidas fiscales que incentivan la bancarización

No se registran.

1.11.2. Medidas Financieras que incentivan la bancarización

Debido a los bajos niveles de bancarización, trabajan en diversificar el portafolio de productos y servicios, con inclusión de las nuevas tecnologías para brindar canales alternos que sustituyan las tradicionales sucursales.

Los bancos invierten en seguridad electrónica para brindar seguridad y garantizar mejores prácticas y cuentas sanas.

Se instalan más cajeros automáticos como respuesta a las necesidades comerciales.

Se propugna por la integración de datos y sistemas y la implementación de tecnología en los sistemas bancarios que brindan mayor utilidad tanto para la banca como para el cliente.

1.12. Panamá

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 150%.

1.12.1. Medidas fiscales que incentivan la bancarización

No se registran.

1.12.2. Medidas financieras que incentivan la bancarización

Es el país más bancarizado de la región.

La implementación de las nuevas tecnologías son la base para los cambios que los usuarios de servicios financieros futuros.

Se permite el acceso a las cuentas bancarias desde Facebook y se presentan ofertas de financiamiento en el momento en que se compra un producto por estos medios.

La implementación de nuevas aplicaciones de tecnología y aplicaciones para servicios financieros, que incluyen la posibilidad próxima de firmar acuerdos simplemente con un teléfono inteligente.

El acceso fácil de la población a servicios bancarios se traduce en una adecuada canalización de ahorros hacia inversiones productivas, un eficiente sistema de pagos que facilita las transacciones entre agentes económicos y una apropiada medición de los riesgos empresariales. Y todos estos factores contribuyen a impulsar mayores niveles de competitividad y de crecimiento sostenido.

1.13. Paraguay

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 40%

1.13.1. Medidas fiscales que incentivan la bancarización

No se registran.

1.13.2. Medidas financieras que incentivan la bancarización

Se simplifican los procedimientos para la apertura de cuentas. Se amplía el alcance geográfico a través de corresponsales no bancarios. Se permite el establecimiento de cuentas básicas. Se simplifican los procedimientos para la apertura de sucursales. Se implementa la educación financiera.

Se busca cobertura a nivel nacional con distintos canales de accesibilidad como *smart phones*, *tablets*, internet, incremento de las terminales de autoservicios, cajeros automáticos y las redes de pago se consolidan como los principales aliados de la expansión de los servicios.

Se tratan de bajar los costes del sistema financiero. Se establecen mini agencias como paso hacia la simplificación institucional.

Se crea la defensa al consumidor financiero que protege de las famosas “letras chicas” en los contratos, las publicidades engañosas y los abusos por parte de las instituciones.

El Proyecto Capital denominado Kakuua, el Banco Nacional de Fomento para los más vulnerables recibe transferencias monetarias condicionadas (TMC) de los programas sociales de los gobiernos y hace transferencias a personas en condición de pobreza a través de cuentas de ahorro, incentiva el ahorro e imparte educación financiera, se da protección especial a la mujer rural, se crea el monedero electrónico de Tigo Money.

1.14. Perú

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 28%

1.14.1. Medidas fiscales que incentivan la bancarización

Se trata de desmontar el impuesto a las transacciones financieras (ITF). Se establece un gravamen de 0,15% a las operaciones en moneda nacional y extranjera, sobre todo monto ejecutado a través del sistema financiero.

Todos los pagos iguales o superiores a S/5.000 y U\$1.500 deben ser realizados por medios bancarios para que sean reconocidos como crédito fiscal o como costo o gasto en el impuesto de renta y para efectos de solicitar devoluciones.

1.14.2. Medidas financieras que incentivan la bancarización

El Programa Inclusivo de Desarrollo Empresarial Rural (PRIDER) fue implementado en el Perú por la Corporación Financiera de Desarrollo (Cofide), con el propósito de mejorar –a través de la inclusión económica– las condiciones de vida de las familias de zonas rurales en situación de pobreza (economías de subsistencia).

1.15. República Dominicana

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 20%.

1.15.1. Medidas fiscales que incentivan la bancarización

Existe la Lotería Fiscal como un programa de desarrollado del gobierno que se establece con carácter temporal, a fin de estimular el pago electrónico y la formalización de las operaciones económicas.

1.15.2. Medidas financieras que incentivan la bancarización

Se presenta una alta concentración del crédito para la zona Metropolitana, seguido de las regiones Norte y Este, mientras para las diez provincias del Sur ese índice es muy bajo.

Las entidades de intermediación financiera del país se mantienen a la vanguardia y ofrecen al público productos y servicios innovadores y actualizados que incluyen la utilización de las últimas tecnologías, el servicio de telefonía móvil.

El gobierno pretende aminorar los costos de mantenimiento de cuentas y revisar las limitaciones que el funcionamiento del sistema bancario impone al acceso al crédito de pequeñas y medianas empresas.

1.16. El Salvador

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 40%

1.16.1. Medidas fiscales que incentivan la bancarización

No se registran.

1.16.2. Medidas financieras que incentivan la bancarización

Solamente el 14% de la población salvadoreña posee una cuenta bancaria. Como manera de fomentar la inclusión financiera, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) y el Fondo España-Naciones Unidas para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (F-ODM), insisten en la creación de un marco regulatorio que rijan los servicios de banca móvil.

1.17. Uruguay

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 51%

1.17.1. Medidas fiscales que incentivan la bancarización

Existe el reintegro del IVA que se pague por consumos los usuarios de ingresos medios y bajos, los abonos de impuestos mediante débitos desde las cuentas de corrientes de las empresas. Se rebaja el IVA para consumos hechos con tarjetas de débito o crédito, se propone la personalización del IVA decreciente hacia sectores menos favorecidos, así dejan de tener sentido las tarifas diferenciales, exoneraciones y tasas o alícuotas múltiples y se permite la devolución del IVA por compras con tarjetas de crédito.

Se implementan las “cuentas de afiliación automática de bajo costo” para incentivar fiscalmente los pagos que se realizan con tarjetas débito a través de descuentos del IVA, y con el fomento del modelo de cajeros corresponsales.

Existe la Lotería Fiscal como un programa de carácter temporal gestado por el gobierno para estimular el pago electrónico y la formalización de las operaciones económicas.

1.17.2. Medidas financieras que incentivan la bancarización

Se crea plan piloto “sin cash” como mecanismo que permite la población prescindir del dinero y realizar la mayoría de transacciones a través de tarjetas de crédito.

Se introduce plan de inclusión financiera de la población de ingresos medios y bajos que reciben subsidios del Estado, mediante la entrega de tarjetas por parte del Ministerio de Desarrollo Social para subsidiar la compra de alimento a los hogares de ingreso bajo y con las asignaciones familiares, que serán abonadas a través de medios electrónicos

Se implementa el pago obligatorio de salarios a través de cuentas bancarias para incentivar el uso de cajeros automáticos.

Se presenta un avance en el desarrollo de una plataforma tecnológica con una mayor disponibilidad de lectores de tarjetas en almacenes, supermercados y otros comercios de zona donde vive la población de ingresos bajos o medios, que carecen de esos dispositivos.

Se implementa la utilización de móviles en las transacciones comerciales y financieras con retención salarial automática para el pago de créditos por parte de la banca privada.

Se adelanta un proceso de estimulación a “la educación financiera” en el uso de instrumentos tecnológicos como el teléfono celular con el fin de facilitar la realización de operaciones.

Se presentan avances de consideración en la “interconectividad” entre los bancos para efectos de disminuir el costo de las transferencias, pagos o depósitos en dinero de la cuenta de un banco a otro.

1.18. Venezuela

Cuenta con un porcentaje de bancarización del 32%

1.18.1. Medidas fiscales que incentivan la bancarización

No se registran.

1.18.2. Medidas Financieras que incentivan la bancarización

Se implementan los Corresponsales No Bancarios y las Taquillas asociadas a Nivel Nacional.

Se establece la banca comunitaria, el microcrédito, los corresponsales no bancarios y la extensión de las tecnologías hacia todos los estratos buscando la utilidad social en la intermediación crediticia.

Se da orientación social al negocio bancario con compromiso de canalizar recursos hacia destinos que reporten un valor social positivo.

2. Conclusiones

Es indudable que el buen funcionamiento del sistema financiero y el acceso que tenga la población a este son determinantes para la competitividad de un país. En particular, en el marco de una política de transformación productiva y la capacidad que tengan los agentes económicos de financiar sus emprendimientos. La expansión de la bancarización en la mayoría de países tiene como principal motor el avance de la tecnología y la creciente presencia de canales financieros no tradicionales como los corresponsales no bancarios, la banca electrónica vía internet y los dispositivos móviles, que han permitido mayor cobertura de la infraestructura financiera, pese a los altos niveles de informalidad que se han tratado de contrarrestar incrementando los niveles de formalización empresarial. No obstante, como la bancarización implica hacerse visible frente al sistema tributario, quienes quieren permanecer en la ilegalidad tributaria –vía evasión o elusión– prefieren no acceder al sistema financiero.

De la revisión de las particularidades y coincidencias en materia de bancarización, se observa que en la mayoría de los países analizados el principal problema se centra en la baja o nula cobertura de servicios bancarios para algunos sectores sociales y en algunas regiones geográficas que enfrentan restricciones de acceso o baja infraestructura financiera, lo cual en términos de desarrollo ha sido detectado como una cortapisa al crecimiento económico de los países de la región. De allí que gran parte de los países latinoamericanos hayan establecido medidas de urgencia destinadas a incrementar los niveles de bancarización.

Por otra parte, se pudo determinar que en los países que establecieron los impuestos las transacciones financieras, aplicables a toda disposición de recursos a nivel nacional que se realice a través del sistema bancario, son medidas que han sido criticadas en tanto que afectan directamente la utilización de los servicios financieros e incentivan el uso del efectivo. Por ello, la CEPAL recomienda que se encuentre un equilibrio que implique un *trade off* transitorio en términos del objetivo de bancarización. También se verifica una menor cobertura de los servicios en las regiones que depende en gran medida del nivel de ingresos *per capita* de la población. De allí que las grandes ciudades cuenten con una infraestructura bancaria superior a la que presentan las regiones y localidades apartadas. De

esta manera, se generan mayores diferencias en la cobertura del servicio pues las entidades bancarias prefieren establecerse en zonas en donde pueda haber un mayor movimiento de capitales.

Dentro de las medidas de inclusión financiera, se encuentran regulaciones tendientes a la disminución de costos asociados al acceso a los servicios financieros, la devolución de impuestos o exclusión de estos por el uso de los mecanismos financieros, la cobertura nacional de los servicios, el incremento de la credibilidad, la capacitación de la población en utilización de nuevas tecnologías para realizar las transacciones, por ejemplo a través de teléfonos móviles. Estas medidas se han implementado de preferencia donde prevalece la utilización del efectivo, como el comercio informal y la población de bajos ingresos.

Adicionalmente, algunos países han establecido mecanismos alternos de inclusión bancaria como la Banca de las Oportunidades en Colombia en aplicación del método “*Grameen Bank*” o “Banco de los Pobres” del nobel de paz Muhammad Yunus que pretende combatir los niveles de pobreza en la población menos favorecida mediante el otorgamiento de microcréditos para la creación y el fomento de pequeños negocios. Para la población que no calificaría para obtener un crédito tradicional, la creación de entidades livianas especializadas en depósitos y pagos electrónicos a bajos costos mediante el uso de nuevas tecnologías para alcanzar las regiones más lejanas del país. Dichas entidades están ubicadas por lo general en centros comerciales de fácil acceso, la creación de los corresponsales bancarios o puntos de servicio ubicados en establecimientos comerciales. También, se ha implementado la devolución del IVA para los sectores subsidiados como es el caso de Uruguay y Argentina, el establecimiento de sanciones fiscales por la no utilización del sistema como ocurre en Bolivia y Perú. Estos aspectos que aunados a la difusión de información, la transparencia, la educación financiera de la población y la defensa de los derechos de los usuarios pueden ser elementos fundamentales en el incremento de los niveles de bancarización.

Ahora, para quienes deciden no acceder a los servicios bien sea por los altos costos de los servicios, o por aspectos culturales que les hace preferir el *cash*, por su ubicación en sitios de difícil acceso donde prevalece el trueque, se han implementado normas de inclusión financiera que les permite acceder o acercarse al sistema para que conozcan las virtudes del mismo. Se considera indispensable la disminución de las restricciones financieras que se presentan a los sectores más pobres de la población, pues su reducción conduce a una mayor profundización financiera tendiente a mejorar la distribución del ingreso desigual, en tanto que posibilita un incremento en la productividad que tiende a reducir la desigualdad del ingreso: disminuye los niveles de pobreza y mejora el desarrollo económico y social general.

Del análisis realizado se desprende que a pesar de los avances en la cobertura y prestación de los servicios bancarios durante los últimos años, tanto la profundidad del crédito como el grado de utilización de los medios de pago electrónicos en América Latina, en la mayoría de los casos esta es desfavorable en comparación con los países de la OCDE, salvo el caso de Panamá y Chile que gozan de un alto grado de bancarización en la región. En la mayoría de los casos, la estabilidad financiera se reforzó por medio de una regulación represiva que para muchos frena el desarrollo de los mercados y obstaculiza la inclusión financiera. Ejemplo de esto son los incrementos de los costos operativos del sistema que desestimulan la oferta de crédito formal a amplios segmentos de la población que tienden a desplazarse a mercados informales con tasas de interés más elevadas.

Así, para lograr una mayor profundidad de los mercados y una inclusión financiera más amplia, se considera importante la eliminación de todas estas distorsiones dentro de la formulación de una política de Estado para el desarrollo del sector financiero y por ende del crecimiento económico.

3. Bibliografía

- George A. Akerlof. *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*. The Quarterly Journal of Economics. Vol. 84, No. 3. 10.2307/1879431. www.jstor.org/stable/1879431. At 488. USA Aug. (1970).
- John G. Gurley y E.S. Shaw. 1955. *Financial aspects of economic development*. The American Economic Review. Volume 45. No.4 <http://www.jstor.org/stable/1811632>. At 515. USA sep. (1955).
- Joseph E. Stiglitz y Andrew Weiss, 1981. *Credit Rationing in Markets with Imperfect Information*. The American Economic Review, Vol. 71, No. 3. Jun., At 393. USA. (1981).
- Robert G. King & Ross Levine. *Finance and Growth: Schumpeter Might Be Right*. The Quarterly Journal of Economics 108 (3). doi: 10.2307/2118406. At 717, USA. (1993).
- Ross Levine & Thorsten Beck. *The role of financial development in economic growth*. Progress in Development Studies 3:. At 243, USA. July (2003).
- Ross Levine. *Finance and Growth: Theory and Evidence*, NBER Working Papers 10766, National Bureau of Economic Research, Inc. USA. (2004).
- Ross Levine 2005. *Finance and Growth: Theory and Evidence*, Handbook of Economic Growth, in: Philippe Aghion & Steven Durlauf (ed.), Handbook of Economic Growth, edition 1, volume 1, chapter 12, Elsevier. At 865. USA. (2005).
- Stijn Claessens. *Access to financial services: a review of the issues and public policy objectives*, Policy Research Working Paper Series 3589, The World Bank USA. (2005).
- Thorsten Beck & Ross Levine. *Legal Institutions and Financial Development*, NBER Working Papers 10126, National Bureau of Economic Research, Inc. 2003 and Policy Research Working Paper Series 3136, The World Bank, USA. (2003).

4. Referencias en páginas web - *World Wide Web*

Asobancaria- Colombia. www.asobancaria.com

Asbanc. Perú. www.asbanc.com.pe

Asociación Bancaria Costarricense (ABC). www.abc.fi.cr

Asociación de Bancos Privados de Nicaragua (ASOBANP). www.asobanp.org.ni

Asociación Bancaria de Venezuela. www.asobanca.com.ve

Alliance for Financial Inclusion (AFI). www.afi-global.org

Autoridad de Supervisión del sistema financiero de Bolivia (ASFI). www.asfi.gob.bo

Banco Central de la República Argentina. www.bcra.gov.ar

Banco Central de Nicaragua. www.bcn.gob.ni

Banco Interamericano de Desarrollo. www.iadb.org

Comisión Económica para América Latina y el Caribe- CEPAL - Financiamiento del desarrollo.
www.cepal.org

Federación Latinoamericana de Bancos- FELABAN. www.felaban.com

Federación Brasileira de Bancos – FEBRABAN. www.bnamericas.com

Fondo Monetario Internacional. www.imf.org

Secretaría de Acción Social de Paraguay. www.sas.gov.py

Servicio de Rentas Internas del Ecuador. www.sri.gob.ec

Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria- SUNAT Perú. www.sunat.gob.pe

Superintendencia de Bancos de Costa Rica. www.sugef.fi.cr

La prueba electrónica en el proceso de fiscalización

Electronic Evidence in Taxes Auditing

A prova eletrônica no processo de fiscalização

LILIAN DEL ROCÍO ANGULO MINA

*Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas
Nacionales – DIAN, Colombia – Cali¹*

Fecha de recepción: 13 de enero de 2015

Fecha de aprobación: 24 de enero de 2015

Página inicial: 215

Página final: 232

Resumen

En Colombia se cuenta con una amplia regulación normativa sobre la prueba electrónica, cuyo contenido ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia en procura de hacer de este medio probatorio un instrumento eficaz en la aplicación del derecho.

Para el desarrollo de este artículo se presenta la normatividad correspondiente al régimen probatorio y doctrina, entre otros, a fin de conceptualizar cómo obtener la prueba electrónica sin perder su eficacia. Los resultados demuestran la importancia que se le debe dar a este medio probatorio como instrumento de fiscalización tributaria y la necesidad de actualizar sus procesos y procedimientos tendientes a asumir cualquier tipo de auditoría a medios electrónicos.

Palabras clave

Prueba electrónica, fiscalización, procedimientos, régimen probatorio, auditoría.

1 Abogada, Universidad Libre Cali. Contadora, Universidad Santiago de Cali. Especialista en Finanzas Públicas, ESAP. En curso especialización en Derecho Administrativo, Universidad Santiago de Cali.

*Este artículo podrá citarse de la siguiente forma así: Lilian del Rocío Angulo Mina. *La prueba electrónica en el proceso de fiscalización*. Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario, núm 72, pág. 215, Bogotá D.C., Mayo 2015.

Abstract

In Colombia, the electronic evidence has had wide legal regulation made by doctrine and jurisprudence with the purpose of make this form of evidence an effective instrument in the implementation of the law.

This article shows how to evaluate an electronic evidence in order to it is effective. Results demonstrate that electronic evidence is very important to tax audit. In addition, it shows that is necessary update process and procedures designed, in order to face any type of audit to electronic media.

Key words

Electronic evidence, taxes auditing, rules of evidence, audit.

Resumo

Na Colômbia conta-se com uma ampla regulação normativa sobre a prova eletrônica, cujo conteúdo tem sido desenvolvido pela doutrina e a jurisprudência em procura de fazer deste meio provatório um instrumento eficaz na aplicação do direito.

Para o desenvolvimento deste artigo se apresenta a normatividade correspondente ao regime provatório e doutrina, entre outros, a fim de conceituar como obter a prova eletrônica sem perder a sua eficácia. Os resultados demonstram a importância que deve ser dado a este meio provatório como instrumento de fiscalização tributária e a necessidade de atualizar seus processos e procedimentos tendentes a assumir qualquer tipo de auditoria a meios eletrônicos.

Palavras-chave

Prova eletrônica, fiscalização, procedimentos, regime provatório, auditoria.

Sumario

Introducción – 1. La prueba electrónica – 1.2. Marco normativo: Régimen probatorio – 1.3. Principios de la prueba – 2. Reglas para garantizar la eficacia de la prueba electrónica en la investigación – 2.1. Aporte de la prueba electrónica – 2.2. Práctica de la prueba – 2.2.1. El peritaje – 2.3. Recaudo de la evidencia digital – 2.3.1. La norma ISO/IEC 27037:2012 “*Information technology — Security techniques — Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence*” – 2.4. Cadena de custodia – 2.5. Valoración de la prueba electrónica: Validez y eficacia – 3. Conclusiones – 4. Bibliografía.

Introducción

Revisar la normatividad vigente respecto a la prueba electrónica que le es aplicable a los procesos y procedimientos de fiscalización y liquidación de la DIAN, así como el examen de bibliografía que versa sobre ella resulta ser un objeto de análisis de sumo interés para quienes tenemos la labor de realizar auditorías tributarias. Los medios electrónicos, Internet y los nuevos medios de comunicación (SMS, WhatsApp, Line, Skype, Messenger) han revolucionado no solo las relaciones sociales, sino el acceso de la información, y al comercio electrónico. Por esta razón, como auditores, el avance de la tecnología nos impone el deber de estar actualizados en el manejo de las nuevas fuentes de prueba que constituyen signos distintos de la escritura plasmada en un documento de papel, tal como conocer la forma de protocolizar el correo electrónico, y que este sirva de medio de prueba para el expediente. La prueba electrónica constituye el objeto de estudio, toda vez que los avances tecnológicos producto de la apertura de las telecomunicaciones facilitan el intercambio comercial reduciendo costos e incrementado las posibilidades de crecimiento y competencia por la rapidez con la que se mueve la información en la Internet. Con esto, crea nuevas formas de comercio, entre las que se encuentra el comercio electrónico, que ha hecho que el universo de contribuyentes que manejan negocios *online* crezca cada vez más, por lo que se hace imperioso para el ente fiscalizador la modernización de sus procesos y procedimientos para la práctica de la prueba electrónica, el manejo de los expedientes electrónicos, documentos electrónicos. En esto el legislador, a través del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, en el título III, capítulo IV, artículo 53, establece que los procedimientos y trámites administrativos se podrán realizar a través de medios electrónicos, y, en su artículo 58, indica que cuando el procedimiento administrativo se adelanta utilizando medios electrónicos, los documentos deben ser archivados en ese mismo medio.

En consecuencia, el tema escogido para este análisis se formula con la siguiente pregunta orientadora: ¿Cuáles son los principios que se deben observar para obtener la prueba electrónica y hacerla parte del expediente en el desarrollo de una auditoría tributaria? Este artículo tiene como objetivo, entonces, identificar la normativa que para el proceso de fiscalización se debe aplicar para la obtención de la prueba electrónica, revisando el régimen probatorio contenido en el Estatuto Tributario, Decreto 624 de 1989, y la remisión que de este se hace a las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012. En primer lugar, en este texto se conceptúa sobre la prueba electrónica a partir de las lecturas que expertos han escrito sobre el tema. Asimismo, se identifican las reglas que se deben atender para que la prueba electróni-

ca goce de confiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad y que esta se obtenga sin violar los derechos constitucionales a la intimidad y el debido proceso.

1. La prueba electrónica

Una página web, un blog, un mensaje de texto o chat, un folio *Excel*, un correo electrónico, un registro contable (que en la mayoría de los casos por ser archivos de computador se les ha dado el calificativo de documentos informáticos), etc. no son más que un documento. Pero con la particularidad de que el medio o soporte donde se halla no es el tradicional, sino el informático, entonces la pregunta es ¿cuáles son los principios que se deben observar para obtener la prueba electrónica y allegarla al expediente sin que pierda su eficacia? Para responder, se realiza una búsqueda en la normatividad de Colombia sobre la definición de la prueba electrónica. A partir de esta, en nuestra legislación no se contempla expresamente una definición directa o específica. Por esta razón, se inicia este artículo definiendo el término “prueba”, que para la Real Academia Española (RAE), en derecho, significa “*Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley*”. Jurídicamente, la prueba es la actividad que se lleva a cabo en los procesos judiciales con la finalidad de proporcionar al juez o tribunal el convencimiento necesario para tomar una decisión acerca del litigio.

Para Bentham (1979), por “prueba” se entiende un hecho supuestamente verdadero que se presume puede servir de motivo de credibilidad sobre la inexistencia o existencia de otro hecho. Por lo tanto, para este autor, toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: uno que se puede llamar el hecho principal, o sea, aquel cuya existencia o inexistencia se trata de probar; otro, denominado hecho probatorio, que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o la negativa del hecho principal. Toda decisión fundada sobre una prueba actúa, por tanto, por vía de conclusión: dado tal hecho, se llega a la conclusión de la existencia de otro. Según el Manual de fiscalización de la DIAN, la prueba tiene como finalidad determinar los hechos, actos, circunstancias, consecuencias que se requiere probar. Resumiendo, se puede decir que, la prueba es la resultante del proceso de verificación o de comprobación de la hipótesis. La prueba se obtiene a través de la acción probatoria. Por lo cual no se puede confundir lo que es el resultado (la prueba) con la forma como ella se logra (los medios).

Respecto a la prueba electrónica esta responde a la ocurrida en un medio electrónico, por lo que se puede colegir que todo documento electrónico es una prueba electrónica, pero no toda prueba electrónica es un documento electrónico. Si bien para referirse a la prueba electrónica se tiene que hablar entonces de un medio electrónico en donde tenga lugar la reproducción de la prueba, no es

acertado decir que el único medio de prueba para que esta ingrese al proceso es la documental, pues esta puede ingresar de forma correcta por medio de un dictamen pericial. También que la prueba electrónica es la información generada, almacenada o transmitida mediante el uso de dispositivos electrónicos.

La prueba electrónica puede ser objeto de prueba, y así se habla de ‘probar un hecho electrónico’. Un ejemplo puede ser el envío de un correo electrónico en determinada fecha puede ser un medio de prueba, y así se alude a “probar electrónicamente un hecho”, como una situación en la que un email en el que el contribuyente reconoce expresamente una factura pendiente de pago. La prueba electrónica puede, simultáneamente, ser objeto y medio de prueba, cuando se trata de “probar electrónicamente un hecho electrónico”, verbigracia: la celebración de un contrato a partir de los emails enviados desde las terminales de dos ordenadores (Reyes, SF).

A la par de la definición de la prueba electrónica, es necesario precisar el concepto de documento electrónico, a fin de establecer la diferencia entre ellas, puesto que la prueba electrónica es el género y el documento electrónico, la especie. No pueden ser tratados en la práctica y en la generalidad de las situaciones como si fueran exactamente lo mismo. Cuando se habla de documento electrónico, hay que hacer referencia al autor, el contenido y el continente, precisando que su continente debe ser un medio electrónico. Según Francesco Carnelutti, cuando se hace referencia a la autoría del documento, desde una perspectiva jurídica, “no es quien materialmente lo crea, sino a quien jurídicamente se le atribuye su formación”. Respecto al término “contenido”, según la RAE, les una “cosa que se contiene dentro de otra”.

El Código General del Proceso – CGP, Ley 1564 de 2012, reguló de forma definitiva este tema de la presunción de los documentos electrónicos y lo hizo de forma acertada en su artículo 244, en donde se consagra de forma expresa: “Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos”. Según el CGP, hablar de mensajes de datos es sinónimo de hablar de un documento tradicional, pero es diferente hablar de un mensaje de datos y de un hecho que tuvo lugar en un medio electrónico. Lo que sí se puede concluir es que en Colombia todo mensaje de datos deberá asimilar su tratamiento dentro del proceso al de la prueba documental.

De igual modo es importante presentar las definiciones que trae el artículo 2° de la Ley 527² de 1999, que se consideran pertinentes al tema de estudio:

2 Ley 527 de agosto 18 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

- a) Mensaje de datos: La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
- b) Comercio electrónico: Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.
- c) Firma digital: Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación.
- d) Entidad de certificación: Es aquella persona que, autorizada conforme a la presente ley, está facultada para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales.
- e) Intercambio Electrónico de Datos (EDI): La transmisión electrónica de datos de una computadora a otra, que está estructurada bajo normas técnicas convenidas al efecto;
- f) Sistema de información: Se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.

1.1. Marco normativo: Régimen probatorio

El Decreto 624 de 1989, conocido como el Estatuto Tributario – E.T., en el título VI, artículo 742, señala que las decisiones de la Administración deben fundar-

se en los hechos probados, y que la determinación de tributos y la imposición de sanciones se deben fundamentar solo en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil - CPC, en cuanto éstos sean compatibles con aquellos.

Los medios de prueba contenidos en el E.T. y en el Manual de fiscalización de la DIAN, son los siguientes:

La confesión, artículos 747 al 749 del E.T.

Testimonio, artículos 750 al 753 del E.T.

Indicios y presunciones, artículos 754 al 763-1 del E.T.

Prueba documental, artículos 765 al 771-5 del E.T.

Prueba contable, artículos 772 al 777 del E.T.

Inspecciones tributarias, dentro de las cuales se incluye la inspección contable y el registro, artículos 778 al 783 del E.T.

Prueba pericial, artículos 784 y 785 del E.T.

Se ve a partir de lo anterior que dentro de los medios de prueba señalados en el Estatuto Tributario no se incluye la prueba electrónica, como un medio de prueba diferente o específica. El artículo 165 del CGP, reza que “son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”. Puede decirse que el legislador no se equivocó dejando abierta una ventana consciente de que el avance del derecho probatorio debe ir de la mano a los avances que la tecnología de punta, y puede generar que los medios de prueba se amplíen, como por ejemplo, cuando se habla de pruebas que puede considerarse novedosas como la electrónica, la estadística, etc.

1.2. Principios de la prueba

El Manual de fiscalización de la DIAN contempla los siguientes principios que deben tenerse en cuenta respecto a la prueba:

- i. **Necesidad de la prueba.** Todas las decisiones que tome la administración para la determinación de los tributos y la imposición de las sanciones deben fundarse en los hechos probados en el expediente, es decir, en las pruebas aportadas al proceso regular y oportunamente.

- ii. **Unidad de la prueba.** Las pruebas recaudadas utilizando uno o varios medios probatorios conforman una unidad y, como tal, deben ser examinadas y valoradas por el funcionario de acuerdo con las reglas de la sana crítica, formando su convencimiento global para tomar la decisión
- iii. **Adquisición de la prueba.** Las pruebas deben ser apreciadas independientemente de quien las haya aportado al proceso o a quien beneficien o perjudiquen. Esto quiere decir que el resultado de la actividad probatoria, tanto en lo favorable como en lo desfavorable, se tomará independientemente de quien la haya aportado al proceso: Contribuyente, Estado o terceros.
- iv. **Lealtad y veracidad de la prueba.** Las pruebas, cualquiera que sea su procedencia, deben estar acorde con la verdad, corresponder íntegramente a la realidad de los hechos; exentas de malicia, falsedad y de deformación para tratar de inducir al engaño.
- v. **Publicidad de la prueba.** La prueba debe ser conocida por la persona contra quien se pretenda hacer valer, con el fin de que esta pueda controvertirla.
- vi. **Formalidad de la prueba.** Conforme a este principio, la ley impone requisitos de tiempo, modo y/o lugar que deben obedecer las pruebas para que cumplan con el objetivo de demostrar completamente los hechos.
- vii. **Legitimidad de la prueba.** Conforme a este principio la prueba debe estar libre de dolo, error, violencia e inmoralidad. Debe cumplir estos requisitos intrínsecos para su propia existencia y validez como elemento de convicción para el funcionario del conocimiento
- viii. **Preclusión de la prueba.** Este principio hace mención a la oportunidad procesal de solicitar y adjuntar pruebas que tiene tanto el sujeto pasivo del impuesto como la Administración, con el objeto de evitar que se sorprenda al contribuyente con hechos y argumentos que no conoce y que por lo tanto no puede controvertir dando lugar a la no ejecución de su derecho de defensa.
- ix. **Autorresponsabilidad o carga de la prueba.** Este principio se encuentra enunciado en el artículo 177 del CPC, y en virtud del mismo, la ley le crea a las partes la autorresponsabilidad de acreditar los hechos que afirma o en que basa sus pretensiones. Se habla de autorresponsabilidad toda vez que el sujeto que soporta la carga probatoria tiene la necesidad de probar los hechos para no perder el proceso.

El artículo 164 del CGP dispone que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.

Del citado principio podemos extraer las siguientes reglas: 1) No podrá valorarse la prueba que no fue pedida en tiempo, decretada legalmente y practicada en debida forma. 2) No podrá practicarse la prueba que no fue legalmente decretada; 3) No podrá decretarse la prueba que no fue oportunamente pedida o aportada o que, además, sea inconducente, impertinente o inútil. 4) No podrá pedirse o aportarse la prueba en oportunidad distinta que la prevista en la ley.

2. Reglas para garantizar la eficacia de la prueba electrónica en la investigación

Como se ha señalado en las páginas precedentes, al auditor para la determinación de los tributos e imposición de sanciones debe fundarse en las demostraciones aportadas al proceso, bien por las pruebas solicitadas en desarrollo del proceso de fiscalización o por las aportadas por los contribuyentes.

2.1. Aporte de la prueba electrónica

En materia tributaria toda prueba debe allegarse formalmente al expediente a través de un documento soporte que identifique la solicitud o recibo de la misma. Para ello el auditor tributario puede solicitar el aporte de pruebas a través de requerimientos ordinarios, autos de verificación o cruce, actas de visita, resolución de registro, etc. Asimismo, el contribuyente en el ejercicio del derecho de defensa pueda aportar pruebas al proceso, que deben sujetarse al cumplimiento de principios tales como la legalidad, admisibilidad de la prueba, el señalamiento del medio de prueba, el aseguramiento de la prueba, la recolección de la prueba y, obtención de asesoría especializada. Lo anterior significa que la prueba, para ser recibida en la investigación, debe atender los presupuestos de admisibilidad, puesto que la meta final es el uso de la evidencia adquirida y analizada para apoyar una investigación, por lo que la prueba electrónica se debe obtener en cumplimiento de la legislación existente y con los procedimientos de las mejores prácticas. Tratándose de documentos electrónicos, el aporte está limitado por los principios citados en el punto 1.3 del presente artículo y los de legitimidad, originalidad, conducencia, legalidad, licitud, pertinencia, oportunidad y utilidad.

Legitimidad. La legitimidad de la prueba consiste en que no hubiere sido producto de la intromisión indebida en computador u otro medio de almacenamiento de información digital. La admisibilidad de la prueba está determinada por la legitimación que tenga su tenedor, la cual se expresa en términos de propiedad o custodia. La corte constitucional, en su jurisprudencia, ha permitido dilucidar algunos casos en que el derecho a la intimidad prima por sobre otros derechos de carácter patrimonial. Frente a la tenencia *legítima*, se pueden men-

cionar correos electrónicos propios, extractos bancarios propios, historias clínicas propias. Como tenencia *ilegítima* se puede mencionar los correos electrónicos ajenos, incluidos los del cónyuge, familiares en general y empleados, salvo que tales correos hubieren sido generados y enviados utilizando cuentas familiares o corporativas con claves públicas y de libre acceso; grabaciones interceptadas sin orden judicial; y grabaciones obtenidas lícitamente pero extraídas ilícitamente de un expediente judicial.

Originalidad. Respecto al documento electrónico, lo adecuado es presentarlo en la misma forma en que fue creado. No será admisible, por tanto, la copia impresa en papel, ya que se entiende que esta es la simple reproducción de otro documento que fue creado y almacenado electrónicamente.

Entre los métodos o sistemas de almacenamiento de la información se tienen los siguientes: discos duros, DVD, discos compactos o cd, memorias USB, centros de almacenamiento masivo de información (gran disco duro), cintas de medios magnéticos, entre otros. La forma como se extraiga la copia del documento dependerá de la habilidad y el conocimiento de la persona que la realice. En dicho proceso se debe garantizar que no permitan su reescritura posterior. Asimismo, quien aporta el documento deberá demostrar que la prueba reúne los requisitos de confiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad³.

Conducencia. La conducencia es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. En materia de pruebas o evidencias digitales, esta apunta en un único sentido: la idoneidad del documento electrónico para demostrar el hecho alegado. El artículo 5° Ley 527 de 1999 indica que “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”.

Es necesario, sin embargo, distinguir entre el documento creado telemáticamente y el documento físico, pero archivado electrónicamente. Si se trata de mensaje de datos, es decir, los creados y archivados por medios electrónicos, con vocación de transmisibilidad, deberá ser de aquellos que hacen parte de los actos jurídicos no sometidos a requisitos especiales de creación o de prueba. En

3 **Confiabilidad:** La confiabilidad hace referencia a tres aspectos fundamentales de la prueba electrónica documental: la forma como se generó, la forma en que el documento es conservado y la identificación de quien lo generó.

Inalterabilidad. Es la garantía de que se ha conservado la pureza de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma. La inalterabilidad del documento electrónico se garantiza mediante la aplicación de protocolos de extracción y copia, y mediante el adecuado manejo de las reglas de cadena de custodia.

Rastreabilidad. La rastreabilidad significa la posibilidad de acudir a la fuente original de creación o almacenamiento del documento electrónico con fines de verificación de su originalidad y su autenticidad.

este caso se debe verificar si se trata efectivamente de un “mensaje de datos” propiamente dicho o de una “reproducción digital”, pues cada uno corresponde a actos jurídicos de distinto trato en la legislación documental, en la medida en que el segundo deberá cumplir en lo que le sea aplicable con los requisitos generales del documento de carácter representativo contemplados en el capítulo IX del CGP.

Se debe precisar que si un documento que consta en medio tangible es reproducido o archivado electrónicamente, como puede ser mediante el uso de una cámara digital o un escáner, dicha reproducción será considerada una copia y tendrá el valor probatorio de un documento de contenido representativo. En este caso, podrá suplir el original con el mismo requisito de haber establecido su autenticidad por confesión o testimonios de personas que hayan intervenido en su formación en el original como testigos actuarios o por atestación de un notario o de un juez que haya conocido el original y hecho la necesaria comparación, atestación que también podrá, mediante el uso de una firma digital y previa regulación especial, constar igualmente en medio electrónico o como lo dispuesto en algunas normas especiales como las de carácter tributario, que permiten al comerciante archivar digitalmente los soportes de sus actos con fines de control, por lo que, serán conducentes en su versión electrónica el archivo o memoria que se tenga de cualquiera de estos actos cuando lo que se quiera es demostrar la existencia del documento que prueba el acto jurídico, como puede suceder en el trámite de reconstrucción de expedientes, o la reducción a medios digitales de información con fines de archivo.

Pertinencia. En materia de evidencia digital, la pertinencia desempeña un papel preponderante. Por una parte, demuestra la relación directa entre el hecho alegado y la prueba solicitada. Por otra parte, determina la legalidad y la licitud del documento, en la medida en que permite al juez determinar con claridad cuándo se está ante una prueba permitida, cuándo ante una legal y cuándo ante una lícita.

Así, por ejemplo, si en un proceso civil se decreta una inspección judicial a los libros de comercio que reposan en el computador del demandado o del demandante en medio digital y para ello se ordena la exhibición y el apoyo de un perito experto, será pertinente solo aquello que tenga relevancia directa con el objeto de la prueba, que es, en este caso precisamente, la contabilidad obrante en archivos electrónicos, pero no lo será cualquier otra información que repose en el computador inspeccionado, pues es ajena al tema debatido. En este caso, se debe centrar la prueba en la obtención de la información relativa a dicho asunto. Todo lo demás deberá quedar excluido de la inspección, de la exhibición y de la peritación, so pena de violar el derecho constitucional a la intimidad.

Utilidad. Será inútil la prueba digital que esté encaminada a demostrar un hecho suficientemente probado en el proceso. Si en un proceso se ha demostrado con documentos físicos la existencia de un contrato y de sus pagos por el demandado, será inútil la exhibición del computador donde reposan los asientos contables de dichos pagos, pues tal hecho ya se encuentra plenamente acreditado con otros medios igualmente admitidos en el proceso, con lo cual se asegura, no solamente economía, sino la intimidad de la parte, quien tiene derecho a no ser molestada más de lo necesario, cuando el hecho alegado ha sido suficientemente demostrado.

Legalidad y licitud. Al momento de decretar la prueba, el juez deberá determinar si es legal. Es decir, admitida como medio para el proceso adelantado y lícita, en la medida en que no vulnere derechos constitucionales como la intimidad o el secreto profesional. Son legales en el proceso civil, por ejemplo, las pruebas que tiendan a demostrar hechos ocurridos con anterioridad al inicio del proceso, como la inspección a los libros de contabilidad cuando reposan en medios digitales o la inspección con exhibición a los archivos digitales que reposan en empresa o en establecimiento de comercio.

2.2. Práctica de la prueba

Teniendo en cuenta los principios antes descritos, para que la prueba electrónica concorra al proceso en su forma original debe ser incorporada en un contenedor apto para su transporte y posterior acceso, como puede ser un disco compacto no regrabable, o cualquier medio idóneo que no permita su modificación para permitir la asunción y posterior valoración que, como etapas del proceso, le indican al juez (en los términos que se estipulan en el artículo 10 de la Ley 527 de 1999) que para valorar la prueba documental electrónica deberá tener en cuenta los criterios previstos en el ordenamiento jurídico a la luz de la sana crítica aplicable al documento por papel – *per cartam*, pues no es lo mismo el archivo electrónico que una impresión física en papel por medios mecánicos.

2.2.1. El peritaje

Tratándose de documentos electrónicos, hemos visto que estos puede ingresar al proceso de distintas formas, bien por aporte, bien por exhibición, ya por inspección, casos en los cuales es necesario acudir al experticio de quien se encuentra debidamente entrenado y calificado para examinar este tipo de evidencias. Según el artículo 226 del CGP, “la prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”. Para la valoración conjunta y razonada de las pruebas,

cobra importancia el dictamen pericial, cuando se trata de demostrar un hecho ocurrido en un medio electrónico. El hecho electrónico no es un hecho que ocurre en la realidad física, y difícilmente podrá comprobarse si no se cuenta con un experto que pueda contarle de forma objetiva al juez que fue lo que realmente sucedió y pueda de esta forma concluir cuál de las partes tiene la razón.

El perito debe ser una persona idónea. si se tiene en cuenta que la manipulación y el examen de pruebas electrónicas es una tarea que requiere particular cuidado en consideración a las características especiales de la evidencia digital, a saber: 1) la evidencia digital se puede reproducir y alterar muy fácilmente: “es una característica que la hace maleable, lo cual, por un lado puede ayudar a la duplicación requerida para su análisis posterior, pero por otra parte, la hace vulnerable y fácilmente modificable”; 2) “la evidencia digital es anónima”: en muchas ocasiones, establecer la verdadera procedencia de un mensaje de datos no firmado digitalmente, por ejemplo, es muy difícil para alguien sin el debido entrenamiento: “La forma de la evidencia digital es tan importante como su contenido. Es importante revisar el contenido del documento, pero al mismo tiempo los medios a través de los cuales se crearon, enviaron o enrutaron los contenidos hacia su destino”; 3) “La evidencia digital tiene dificultades para ser llevada a la corte”; 4) La recopilación, búsqueda, acceso, almacenamiento y transferencia de evidencia digital son tareas que exigen consideraciones y cuidados especiales para garantizar su integridad y la observancia de la cadena de custodia (Nattan, 2010).

Frente a la alteración de los documentos que reproduzcan en un medio electrónico se considera debe ser probada en el proceso por medio de un dictamen pericial, por cuanto generalmente habría que pensar que la alteración ocurrió de igual forma en un medio electrónico.

2.3. Recaudo de la evidencia digital

Sea cual fuere la etapa o el medio probatorio por el cual se pretende allegar un documento electrónico al proceso judicial, la intervención del perito garantizará la inalterabilidad y la inmaculación necesarias para poder valorarlo en la sentencia o en el auto que le ponga fin a la actuación. De allí que sea necesario el planteamiento de protocolos especiales que garanticen su debido recaudo y análisis, pues tan importante es determinar el valor que se le debe asignar a un documento como la identidad que este tiene con el hecho alegado, en la medida en que se busca garantizar que el documento valorado es el mismo que se recaudó en la respectiva diligencia. La actuación de campo de la recopilación de las evidencias es una actividad extremadamente delicada y compleja. La valía legal y técnica de las evidencias en la mayoría de ocasiones depende del proceso realizado en la recopilación y preservación de las mismas.

2.3.1. La norma ISO/IEC 27037:2012 “Information technology — Security techniques — Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence”

La norma ISO 27037: 2012 está orientada al procedimiento de la actuación pericial en el escenario de la recogida, identificación y secuestro de la evidencia digital. Entre otros fines, pretende ayudar a las organizaciones en sus procedimientos de tratamiento de circunstancias excepcionales que involucren datos gestionados en ellas de forma que se pueda facilitar el intercambio de evidencias digitales potenciales con los ámbitos jurisdiccionales que sean de aplicación. Aquella define dos roles especialistas en la gestión de las evidencias electrónicas:

- *Digital Evidence First Responders (DEFER)*. Experto en primera intervención de evidencias electrónicas
- *Digital Evidence Specialists (DES)*. Experto en gestión de evidencias electrónicas

La norma **ISO / IEC 27037:2012** proporciona orientación para los siguientes dispositivos y circunstancias:

- Medios de almacenamiento digitales utilizados en ordenadores tales como discos duros, discos flexibles, discos ópticos y magneto ópticos, dispositivos de datos con funciones similares.
- Teléfonos móviles, asistentes digitales personales (PDA), dispositivos electrónicos personales (PED), tarjetas de memoria.
- Sistemas de navegación móvil.
- Cámaras digitales y de video (incluyendo CCTV).
- Ordenadores de uso generalizado conectados a redes.
- Redes basadas en protocolos TCP / IP y otros.
- Dispositivos con funciones similares a las anteriores.

Los principios básicos en los que se basa la norma son:

Aplicación de métodos. La evidencia digital debe ser adquirida del modo menos intrusivo posible, tratando de preservar la originalidad de la prueba y en la medida de lo posible obteniendo copias de respaldo.

Proceso auditable. Los procedimientos seguidos y la documentación generada deben haber sido validados y contrastados por las buenas prácticas profesionales. Se debe proporcionar trazas y evidencias de lo realizado y sus resultados.

Proceso reproducible. Los métodos y procedimientos aplicados deben de ser reproducibles, verificables y argumentables al nivel de comprensión de los entendidos en la materia, quienes puedan dar validez y respaldo a las actuaciones realizadas.

Proceso defendible. Las herramientas utilizadas deben de ser mencionadas y estas deben de haber sido validadas y contrastadas en su uso para el fin en el cual se utilizan en la actuación. Para cada tipología de dispositivo la norma divide la actuación o su tratamiento en tres procesos diferenciados como modelo genérico de tratamiento de las evidencias:

La identificación. Es el proceso de la identificación de la evidencia y consiste en localizar e identificar las potenciales informaciones o elementos de prueba en sus dos posibles estados, el físico y el lógico según sea el caso de cada evidencia.

La recolección y/o adquisición. Este proceso se define como la recolección de los dispositivos y la documentación (incautación y secuestro de los mismos) que puedan contener la evidencia que se desea recopilar o bien la adquisición y copia de la información existente en los dispositivos.

La conservación/preservación. La evidencia ha de ser preservada para garantizar su utilidad, es decir, su originalidad para que *a posteriori* pueda ser esta admisible como elemento de prueba original e íntegra, por lo tanto, las acciones de este proceso están claramente dirigidas a conservar la cadena de custodia, la integridad y la originalidad de la prueba.

2.4. Cadena de custodia

Según se indica en el Manual de fiscalización de la DIAN, si en el ejercicio de la acción de fiscalización se hace necesario aplicar el sistema de cadena de custodia, esta debe desarrollarse conforme a lo establecido por la Fiscalía General de la Nación, en el tema en particular. Se entiende por cadena de custodia el proceso documentado, aplicado por particular o servidor público, tendiente a demostrar la identidad, la originalidad e integridad de todo espacio o lugar considerado como escena o lugar de los hechos, así como de todo elemento desde su hallazgo, toma o recaudo, hasta que la autoridad judicial lo determine. Permite garantizar los principios de identidad, integridad, preservación, seguridad, almacenamiento, continuidad, autenticidad, originalidad e inmaculación. El registro de la cadena de custodia se concreta en cualquier mecanismo capaz de contener un documento electrónico o archivo digital. Esta nos permite responder a los interrogantes de quién la recolectó, cuándo y cómo, quién tiene su posesión, cómo fue almacenada y protegida en dicho procedimiento, quién la manipuló y por qué.

2.5. Valoración de la prueba electrónica: Validez y eficacia

La valoración de la prueba recae sobre dos aspectos fundamentales: la validez y la eficacia. En su obtención, la validez de la prueba se relaciona con el debido proceso, este se entiende en dos sentidos, uno formal y otro sustancial. El criterio de distinción alude simplemente a que el formal se refiere a los condicionamientos de validez (formal y material) que brindan las garantías legales y constitucionales para los actos procesales-probatorios de admisión, práctica y valoración de la prueba dentro del proceso. En cambio, el sustancial se refiere a que la restricción de los derechos fundamentales sustanciales tanto en el ámbito extraprocésal como en el intraprocésal cumpla con los presupuestos constitucionales de validez (formal y material).

En los eventos en que se trata de pruebas obtenidas como consecuencia de la violación de un derecho fundamental sustantivo debe analizarse el cumplimiento de los presupuestos constitucionales que del debido proceso constitucional y sustantivo se desprenden para la restricción de los derechos fundamentales en la obtención de la prueba. Si se presenta incumplimiento de estos presupuestos, el juez debe aplicar la nulidad de pleno derecho de que trata el inciso final de artículo 29 de la Constitución Política, por lo que se considera importante que el auditor conozca los derechos y limitaciones que impone la Constitución, en el desarrollo de la investigación, a fin de no afectar los derechos fundamentales del individuo, tal como por ejemplo, el art. 15 establece el derecho a la intimidad personal y familiar, lo mismo que el derecho al habeas data y la inviolabilidad de las comunicaciones. No obstante, a renglón seguido, autoriza al legislador con el fin de disponer las formalidades para interceptar las comunicaciones. Además, establece que los documentos privados y la contabilidad pueden intervenir en los términos que establece el legislador. El art. 16 establece el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, admite las limitaciones que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

Al momento de la valoración, las partes o los intervinientes, en virtud del derecho a la prueba, tienen la posición iusfundamental de exigir que la prueba relacionada con su interés material tenga validez y que después el juez establezca su capacidad demostrativa. No obstante, a la parte que se ve afectada en su interés material o en general en sus derechos fundamentales con alguna prueba, en virtud del debido proceso constitucional, le asiste el derecho de invocar los mecanismos procesales de exclusión de la prueba que no cumpla con los presupuestos de validez. Por regla general, la valoración se realiza en la sentencia o en el auto que le ponga fin a una determinada actuación. La valoración es análisis que el juez realiza sobre el mérito de convicción de la prueba. Este proceso de valoración comprende dos aspectos igualmente importantes para la formación del con-

vencimiento, que son: 1. La legalidad de la prueba, en la medida en que haya sido debidamente llevada a cabo en el proceso, y; 2. La eficacia. El mérito de convicción que ofrezca la prueba sobre la ocurrencia del hecho. La eficacia puede derivar de la imposibilidad de desconocer el valor probatorio de ciertos actos, como lo dicho en documento auténtico o público.

El juez que deba valorar una prueba que tiene como medio de reproducción un medio electrónico solo tendrá que hacer aplicación de eso que la Ley 527 de 1999 concibe como equivalencia funcional, aplicando en últimas la sana crítica y las reglas de la experiencia, frente a una valoración conjunta y razonada como la que se establece en el CGP. Situación diferente cuando se trata de probar un hecho ocurrido en un medio electrónico, por cuanto no se trata simplemente de equiparar la prueba electrónica a un documento tradicional sino a un dictamen pericial que permita al juez realizar esta valoración conjunta y razonada pero acudiendo a una ciencia o técnica que él no posee por sí mismo, y que es necesaria para verificar un hecho que no tuvo ocurrencia en su realidad sino en la creada por la aparición de las tecnologías de información y comunicación.

3. Conclusiones

Dentro de los medios de prueba señalados en el Estatuto Tributario no se incluye la prueba electrónica, como un medio de prueba diferente o específica, por lo que el auditor deberá remitirse a lo dispuesto en el CPC en cuanto sean compatibles.

En materia tributaria toda prueba debe allegarse formalmente al expediente con el cumplimiento de principios como la legalidad, admisibilidad de la prueba, el señalamiento del medio de prueba, el aseguramiento de la prueba, la recolección de la prueba y obtención de asesoría especializada. Respecto a la prueba electrónica se deben observar además de los antes citados los de legitimidad, originalidad, conducencia, legalidad, licitud, pertinencia, oportunidad y utilidad, así como los identificados por la norma IEC 27037:2012.

La observancia de los principios y reglas para la validez y eficacia de la prueba electrónica demuestran la necesidad de proteger su integridad en todo el proceso de copia, extracción, manipulación y estudio; la exigencia de resguardar el derecho a la intimidad; el manejo adecuado de la cadena de custodia; la aplicación de normas reconocidas internacionalmente como la ISO / IEC 27037:2012 ; la identificación de los casos en los cuales se requiere de un perito; las normas de valoración, entre otros evidencian la necesidad de: 1) establecer e implementar procedimientos validados y contrastados por las buenas prácticas profesionales para el proceso de fiscalización y liquidación de la DIAN respecto a la petición, aporte, manejo y custodia de la prueba electrónica; 2) identificar y disponer de

técnicas y herramientas apropiadas para el adecuado manejo de la prueba electrónica; 3) capacitar a los auditores, en aspectos relativos al manejo de la prueba electrónica en las distintas etapas del proceso de fiscalización y liquidación.

4. Bibliografía

Jaime Ernesto Guerra Contreras, Jedwar Alfredo Pérez Rincón, Jairo Cano Bohórquez. *El documento electrónico como medio de prueba*. Recuperado en: www.unilibre.edu.co/ver-baiuris/images/stories/vol1/dpr1.pdf. (2014).

José Enrique Pérez Palací. *La prueba Electrónica: Consideraciones*. Recuperado: <http://openaccess.uoc.edu/webapps/02/bitstream/10609/39084/1/PruebaElectronica2014.pdf>. (2014).

Luis Bernardo Ruiz Jaramillo. Valoración de la validez y de la eficacia de la prueba -Aspectos epistemológicos y filosófico-políticos.. Antioquia, Colombia. At 165. Recuperado en: <file:///C:/Users/dell/Downloads/2402-7764-1-PB.pdf>. (2008).

Nattan Nisimblat. *El manejo de la prueba electrónica en el proceso civil colombiano*. Revista de derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías, 4, At 1. (2010).

Reyes, C Cindy Charlotte Reyes Sinisterra. *La prueba electrónica en materia civil. Escritos sobre diversos temas de derecho procesal*. At: 1043. Recuperado en: <https://letrujil.files.wordpress.com>. (2014).

Tributación de la economía digital; perspectivas desde el Derecho Internacional

Taxation of the Digital Economy;
International Law Perspectives

Tributação da Economia Digital; Perspectivas desde o Direito Internacional

JUAN ESTEBAN SANÍN GÓMEZ¹

Abogado de la Universidad de los Andes

Socio – Ignacio Sanín Bernal y Cia. Abogados. – Bogotá, Colombia

Fecha de recepción: 04 de febrero de 2015

Fecha de aprobación: 25 de mayo de 2015

Página inicial: 233

Página final: 248

Resumen

En la actualidad, gran parte de las transacciones comerciales y de los negocios se realizan por medios electrónicos. En estas, participan sujetos ubicados en múltiples jurisdicciones. Esta situación genera tensiones entre los países intervinientes pues no existe aún consenso respecto a qué jurisdicción tiene derecho a gravar tales rentas, ni sobre la calificación jurídica de las operaciones ejecutadas. El escenario varía si entre los países intervinientes existe un tratado para evitar la doble imposición o si por el contrario ha de resolverse el conflicto conforme a la legislación local de cada Estado. La OCDE ha considerado que la economía digital está erosionando la base gravable de los países intervinientes en las operaciones de comercio electrónico y ha propuesto fórmulas de solución a este problema. El presente estudio solo abordará los temas planteados desde la

1 Abogado de la Universidad de los Andes. Especialista en Legislación Tributaria (UPB) y en Derecho Tributario Internacional de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Magíster en Derecho con énfasis en tributación de la Universidad Externado de Colombia. Socio de la firma Ignacio Sanín Bernal y Cía. Abogados. Email: juan.sanin@isanin.com.co

*Este artículo podrá citarse de la siguiente forma así: Juan Esteban Sanín Gómez. *Tributación de la economía digital; perspectivas desde el Derecho Internacional*. Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario, núm 72, pág. 233, Bogotá D.C., Mayo 2015.

perspectiva del derecho internacional y de los tratados de doble imposición que siguen el modelo de la OCDE.

Palabras clave

Tributación, comercio electrónico, transacciones, beneficios empresariales, servicios, regalías, OCDE, BEPS.

Abstract

In current times, the vast majority of commercial transactions are perfected through electronic means in which multiple jurisdictions are involved. This situation generates tensions between the intervening countries because of the fact that there is no consensus regarding which jurisdiction is entitled to tax, nor how each operation is to be categorized. This scenario varies if between the intervening parties a convention to avoid double taxation has been celebrated or, by the contrary, this situation is to be solved by means of each states legislations. The OECD has considered that the digital economy erodes the taxable base of the intervening countries and has proposed multiple solutions to this problem. This article will only address these subjects from an international law perspective, focusing mainly of the conventions to prevent double taxation that follow the OCDE model.

Key words

Taxation, e-commerce, transactions, business profits, services, royalties, OECD, BEPS.

Resumo

Na atualidade, grande parte das transações comerciais e dos negócios realizam-se por meios eletrônicos nas quais participam sujeitos localizados em múltiplas jurisdições. Esta situação gera tensões entre os países interveniente pois não existe ainda consenso respeito a que jurisdição tem direito a gravar tais rendas, nem sobre a qualificação jurídica das operações executadas. O cenário varia se entre os países intervenientes existe um tratado para evitar a dupla imposição ou, se pelo contrário tem que se resolver o conflito conforme à legislação local de cada Estado. A OCDE tem considerado que a economia digital está erodindo a base tributável dos países intervenientes nas operações de comércio eletrônico e tem proposto fórmulas de solução a este problema. O presente estudo só abordará os temas planteados desde a perspectiva do direito internacional e dos tratados de dupla imposição que seguem o modelo da OCDE.

Palavras-chave

Tributação, comércio eletrônico, transações, benefícios empresariais, serviços, direitos, OCDE, BEPS.

Sumario

Introducción – 1. Los antecedentes – 2. El problema – 2.1. Inexistencia de un establecimiento permanente – 2.1.1. Los servidores, el software y el hardware como E.P.'s – 2.2. Imposibilidad de otorgar una calificación homogénea a las operaciones de comercio electrónico – 2.3. Riesgo de determinación de la residencia por sede de administración efectiva – 3. Las propuestas de solución – 3.1. Modificación del artículo 5.4. (a) del MOCDE – 3.2. Establecimiento de un nexo basado en una “presencia digital significativa” – 3.3. Creación de los E.P. virtuales – 3.4. Agentes de retención bancarios sobre transacciones de comercio electrónico. – 4. Conclusiones – Bibliografía.

Introducción

El comercio electrónico y, en general, la economía digital son temas que han venido generando preocupación en la Organización para el Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante la “OCDE”) por cuanto pueden llegar a erosionar la base gravable de los países que intervienen en tales transacciones. Esta posible erosión se puede dar, tanto en asuntos de tributación directa, como en asuntos de tributación indirecta². El enfoque del presente estudio será exclusivamente sobre los efectos que en materia de tributación directa, bajo la óptica del derecho tributario internacional, tienen el comercio electrónico y los negocios de economía digital. En tal sentido, se analizarán los antecedentes que dan lugar a esta problemática, se presentará su panorama actual y se estudiarán las propuestas para su solución.

2 En materia de tributación indirecta (específicamente en materia de impuesto a las ventas sobre bienes comercializados por medios electrónicos), se han desarrollado múltiples iniciativas. Las más relevantes han quedado plasmadas en la Sexta Directiva de la Unión Europea (consiste en cambiar el sujeto pasivo del impuesto, para efectos de que sea el consumidor final del negocio online quien termine pagando el impuesto) y en la legislación del Estado de Nueva York, denominada también, informalmente, como la “Ley Amazon” que establece que los vendedores (aún los que no tengan presencia física en el Estado) están obligados a recaudar los impuestos sobre las ventas sobre transacciones de comercio electrónico. Esto dio nacimiento al “*Marketplace Fairness Act*” de 2013, que establece que los Estados podrán requerir a los vendedores no ubicados físicamente en tal Estado, a que recauden el impuesto sobre las ventas generado por transacciones electrónicas, cuando el total de ventas de las mismas sean superiores a 1 millón de dólares anuales.

1. Los antecedentes

La tributación de la economía digital es un tema que, en virtud de la dificultad propia de su reglamentación³, ha sido conscientemente ignorado por los gobiernos. Por ello, la OCDE estableció, en el plan de acción “BEPS”⁴, una acción (Acción #1) encaminada a “abordar los retos de la economía digital para la imposición”⁵. El plazo para desarrollar esta iniciativa se cumplió en septiembre de 2014. Por esta razón, el tema involucra directamente a Colombia y es una prioridad para su interés en ingresar a este club de países desarrollados⁶.

Desde la adopción de los principios de Ottawa por parte de la OECD⁷, la iniciativa BEPS constituye el más grande paso hacia la definición de una política global en materia de tributación sobre comercio electrónico. En abril de 2014, la OCDE publicó el borrador del documento que desarrollaría la Acción # 1 de BEPS. Este documento contiene una recapitulación de lo que ha sido la evolución de la tecnología de las comunicaciones e información los aspectos más relevantes de los nuevos negocios que componen la economía digital⁸, al igual que las oportunidades y retos que brinda. Muchas de las Acciones BEPS están interrelacionadas y, para su correcto desarrollo, dependen de que todas se cumplan satisfactoriamente⁹.

- 3 La mayoría de los CDI's no regulan temas tales como comercio electrónico y telecomunicaciones.
- 4 “BEPS” es un acrónimo que significa “*Base Erosion and Profit Shifting*” o, en español “*Plan De Acción Contra La Erosión De La Base Imponible Y El Traslado De Beneficios*”. Este es un plan de acción trazado por la OCDE a raíz de la reunión del G20 en Moscú (2013), en la cual concluyeron tales países que las empresas multinacionales estaban utilizando los tratados internacionales para sacar beneficios ilegales, y, por ende, diseñaron unas políticas de acción para evitar tales prácticas.
- 5 Según la OCDE, mediante esta acción específica deberán examinarse temas tales como “la capacidad de una compañía de tener una presencia digital significativa en la economía de otro país sin estar sujeta a imposición debido a la falta de un ‘nexo’ de acuerdo con las normas internacionales actuales, la atribución de valor creado a partir de la generación de datos comercializables de ubicación relevante mediante el uso de productos y servicios digitales, la caracterización de los ingresos procedentes de nuevos modelos comerciales, la aplicación de normas relativas a la fuente y el modo de asegurar la recaudación efectiva del IVA/IIC u otros impuestos indirectos relativos al suministro transfronterizo de bienes y servicios digitales”.
- 6 Colombia está gestionando lo necesario para garantizar su entrada a la OCDE. En tal sentido, ha venido realizando múltiples reformas a su legislación interna para ajustarse a las recomendaciones hechas por tal entidad para asegurar su ingreso. Asimismo, el 27 y 28 de febrero de 2014, Colombia fue la sede latinoamericana de la “*Consulta Regional Sobre Erosión de Bases y Traslados de Beneficios*”, foro en el cual los países intervinientes identificaron los principales retos para aplicar el plan de acción de BEPS en la región y acordaron adoptar los pasos a seguir.
- 7 La Conferencia Ministerial de la OECD que sesionó en Ottawa en 1998, determinó los principios básicos que debían regir las operaciones de tributación en Comercio Electrónico, así: 1) Neutralidad (no deben existir diferencias entre los gravámenes al comercio electrónico y los gravámenes al comercio convencional), 2) Eficiencia (los costos de fiscalización para las autoridades fiscales deben ser los menores posibles), 3) Certeza (las normas fiscales deben ser comprensibles, para poder anticipar su efecto), 4) Equidad (el monto del impuesto debe ser justo y debe causarse en el momento adecuado), 5) Flexibilidad (el sistema tributario debe permitir que los negocios tecnológicos y electrónicos se desarrollen a su propio ritmo).
- 8 Dentro de estos se hace mención a las nuevas tecnologías de comunicación, al software, al uso de datos, a los procesos basados en la nube (“*cloud-based process*”), a las nuevas monedas virtuales (“*bitcoins*”) y a como son utilizadas en transacciones, robótica, impresión en 3D, al intercambio de archivos y contenido, entre otras formas de negocios.
- 9 Para el caso específico de la erosión de la base gravable y del traslado de utilidades en negocios de economía digital, resulta interesante mirar la Acción BEPS # 7 la cuales establece que:

En algunos años, la economía digital será la economía misma. Ya la diferencia entre esta y la economía tradicional empieza a desdibujarse. No obstante, la tributación de los negocios realizados digitalmente es un universo inexplorado¹⁰, tanto para las agencias de impuestos como para los contribuyentes. Es por esto que anualmente los países intervinientes en transacciones digitales –tales como Colombia– dejan de recaudar billones de dólares por concepto de impuestos directos (renta, CREE) e indirectos (IVA, impuesto al consumo, etc.).

2. El problema

La tributación de la economía digital ha dado lugar al nacimiento de múltiples problemas, a saber: 1) La determinación del país que tiene la potestad de gravar las rentas provenientes de las operaciones de comercio electrónico, 2) La determinación de la fuente de los ingresos provenientes de operaciones de comercio electrónico, 3) La indeterminación o falta de caracterización de las operaciones de comercio electrónico, 4) La aplicación de reglas de precios de transferencia por operaciones de comercio electrónico entre empresas vinculadas, y 5) La cooperación fiscal internacional para el recaudo de impuestos entre países por operaciones de comercio electrónico¹¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, surgen tres subcategorías específicas de problemas que serán el eje de desarrollo de este artículo, a saber: 1) Respeto

Acción 7: Impedir la elusión artificiosa del estatuto de EP (“Desarrollar modificaciones en la definición de EP para impedir la elusión artificiosa del estatuto de EP en relación a la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, incluso mediante la utilización de mecanismos de comisionista y exenciones de actividad específica. Al trabajar en estas cuestiones, se abordan también las relacionadas con la atribución de beneficio”). La OCDE justifica la adopción de esta Acción con base en que “En muchos países, la interpretación de las normas del convenio sobre EP en caso de agentes permite que ciertos contratos para la venta de bienes propiedad de una empresa extranjera sean concluidos dentro del país por vendedores de una filial local de esa empresa extranjera, sin que los beneficios de estas ventas sean imposables en la misma medida que lo hubieran sido si las ventas se hubieran hecho por un distribuidor local. En muchos casos, esto ha llevado a las empresas a sustituir los mecanismos en virtud del cual la filial local tradicionalmente actuaba como distribuidor por “mecanismos de comisión” que dan lugar a un desplazamiento de los beneficios fuera del país donde las ventas se llevan a cabo sin un cambio sustancial en las funciones desempeñadas en ese país. De manera similar, las multinacionales pueden fragmentar artificialmente sus operaciones entre varias entidades del grupo para caracterizar ciertas actividades como preparatorias y accesorias y así gozar de una excepción a las reglas de EP”.

10 Las transacciones online tienen, jurídica y tributariamente, la misma naturaleza que las transacciones offline. No obstante ello, es importante hacer las siguientes aclaraciones:

En materia de comercio electrónico, pueden agruparse las operaciones, en dos grandes tipos:

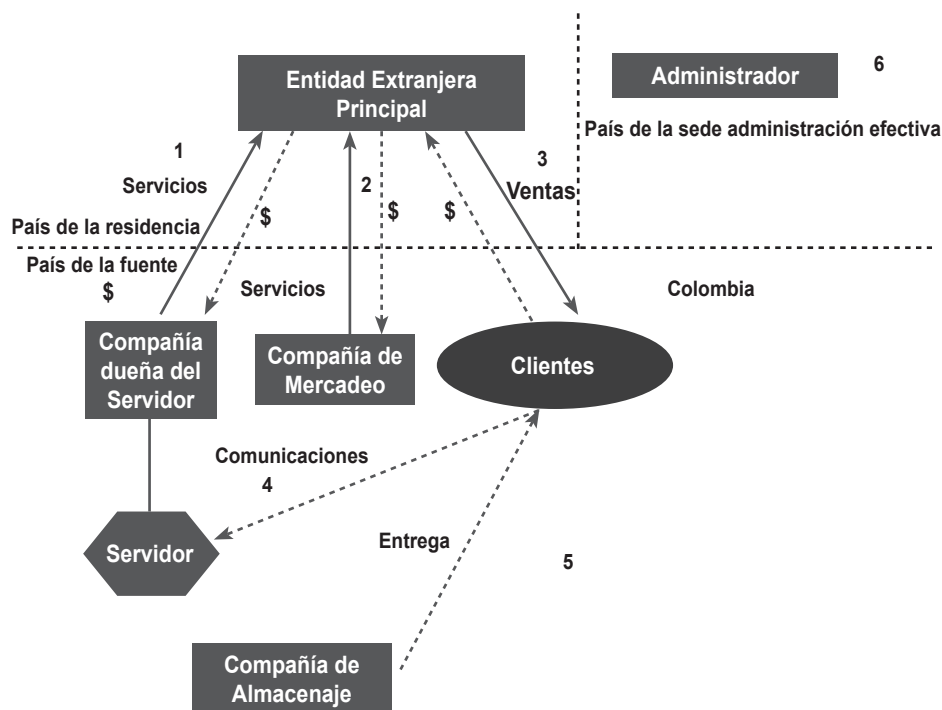
Operaciones de compra/venta de activos tangibles: Esta se da cuando, a través de un medio electrónico (página web, App, etc.) se adquiere un bien tangible (libro, ropa, artículo de decoración, etc.).

Operaciones de compra/venta de activos intangibles: Esta se da cuando, a través de un medio electrónico (página web, App, etc.) se adquiere un bien intangible (software, servicios por Cloud Computing, libro electrónico, película, etc.). Estas operaciones pueden revestir la modalidad de operaciones B2B (Business to Business) o B2C (Business to Consumer).

11 Ver. Gianni, M. (2014). “*The OECD’s Flawed and Dated Approach To Computer Servers Creating Permanent Establishments*”. *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, p. 3.

del país que tiene la potestad de gravar las rentas provenientes de operaciones de comercio electrónico, ¿qué pasa cuando no existe un establecimiento permanente que permita gravar las rentas provenientes del país de la fuente? y ¿qué pasa cuando un tercer país disputa su calidad de país de la residencia por ser el país de la sede de administración efectiva? y; 2) Respecto de caracterización de las operaciones de comercio electrónico, ¿qué pasa cuando los países intervinientes no las pueden calificar o tipificar unánimemente?,

Para efectos de estudiar las implicaciones de cada uno de estos problemas, resulta interesante la siguiente estructura típica¹² de una operación de comercio electrónico:



La operación se resume así:

1. La “entidad extranjera” incorporada y existente en el país de la residencia, desarrolla un software u otro producto digital.
2. Contrata los servicios de almacenamiento digital, en el país de la fuente, con la “compañía dueña del servidor”.

12 Towers, S. y Khaw, L., Mackender, R.; Pickford, B.; Watkins, D. “BEPS: Discussion Draft on Action 1 (Digital Economy)”. DELOITTE, Asia Pacific Dbriefs. [m.youtube.com/watch?v=UjmDb-XFM](https://www.youtube.com/watch?v=UjmDb-XFM)

3. Asimismo, contrata la promoción de su producto digital, en el país de la fuente, con la “compañía de mercadeo”.
4. Los “clientes” adquieren de la “entidad extranjera”, a cambio de un pago, una contraseña para bajar del “servidor” el producto digital. La contraseña la reciben “los clientes” por un email.
5. “Los clientes” ingresan a una página web, y con dicha contraseña, descargan el producto del “servidor”.
6. En caso de tratarse de bienes físicos, estos serían despachados directamente, a “los clientes” desde la “compañía de almacenamiento”.
7. Las decisiones fundamentales empresariales, y la administración de la estructura es realizada desde “El país de la sede de administración efectiva”.

Análisis de los diferentes problemas de tributación internacional que surgen:

2.1. Inexistencia de un establecimiento permanente

Según las reglas de tributación internacional establecidas en los artículos 7¹³ y 5 de los convenios para evitar la doble imposición (en adelante “CDI’s”), si una empresa residente en un país (país de la residencia) obtiene ingresos en otro país (país de la fuente), dicho país de la fuente podrá gravar tales rentas solo si en el mismo existe un establecimiento permanente (en adelante “E.P.”). El problema se genera por cuanto en materia de comercio electrónico, tal como se estudiará, los negocios pueden no requerir la existencia de un E.P. para desarrollarse, y en tal caso, en el marco de un CDI, el país de la fuente no podría gravar tales rentas por no existir el mismo.

Cuando se desarrollaron por parte de la OCDE las normas propias del E.P., no se previó que el comercio electrónico pudiera tener la fuerza y la importancia que hoy tiene ni que pudiera existir una economía digital transfronteriza como la que hoy existe. Se han querido adaptar dichas normas a esta nueva realidad, pero, como se estudiará más adelante, múltiples problemas han surgido, como la discusión de múltiples países respecto a si un servidor, o inclusive un programa de software, constituye o no un E.P.

13 Establece el artículo 7 de la versión 2010 del Convenio Modelo de la OCDE (en adelante “MOCDE”) que: “Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios imputables al establecimiento permanente de conformidad con las disposiciones del apartado 2 pueden someterse a imposición en ese otro Estado”.

Según el modelo de CDI de la OCDE (versión 2010) el E.P. se configura cuando, en el país de la fuente, un no residente establece “un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad”¹⁴. La Ley 1607 de 2012, en su artículo 86¹⁵, adoptó las mismas características para el

- 14 En adición a ello, establece el artículo 5 del MOCDE que “La expresión “establecimiento permanente” comprende, en especial: las sedes de dirección; b) las sucursales; c) las oficinas; d) las fábricas; e) los talleres; y f) las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales. 3. Una obra o un proyecto de construcción o instalación solo constituye establecimiento permanente si su duración excede de doce meses. 4. No obstante las disposiciones anteriores de este artículo, se considera que la expresión “establecimiento permanente” no incluye: a) la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa; b) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas; c) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa; d) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa; e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatorio; f) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas en los subapartados a) a e), a condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios que resulte de esa combinación conserve su carácter auxiliar o preparatorio.
5. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, cuando una persona distinta de un agente independiente (al que le será aplicable el apartado 6) actúe por cuenta de una empresa y tenga y ejerza habitualmente en un Estado contratante poderes que la faculten para concluir contratos en nombre de la empresa, se considerará que esa empresa tiene un establecimiento permanente en ese Estado respecto de las actividades que dicha persona realice para la empresa, a menos que las actividades de esa persona se limiten a las mencionadas en el apartado 4 y que, de haber sido realizadas por medio de un lugar fijo de negocios, no hubieran determinado la consideración de dicho lugar fijo de negocios como un establecimiento permanente de acuerdo con las disposiciones de ese apartado. 6. No se considera que una empresa tiene un establecimiento permanente en un Estado contratante por el mero hecho de que realice sus actividades en ese Estado por medio de un corredor, un comisionista general o cualquier otro agente independiente, siempre que dichas personas actúen dentro del marco ordinario de su actividad. 7. El hecho de que una sociedad residente de un Estado contratante controle o sea controlada por una sociedad residente del otro Estado contratante o que realice actividades empresariales en ese otro Estado (ya sea por medio de establecimiento permanente o de otra manera) no convierte por sí solo a cualquiera de estas sociedades en establecimiento permanente de la otra.
- 15 Ley 1607 de 2012 artículo 86 establece que: “*Establecimiento permanente*. Sin perjuicio de lo pactado en las convenciones de doble tributación suscritas por Colombia, se entiende por establecimiento permanente 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. Este concepto comprende, entre otros, las sucursales de sociedades extranjeras, las agencias, oficinas, fábricas, talleres, minas, canteras, pozos de petróleo y gas, o cualquier otro lugar de extracción o explotación de recursos naturales. También se entenderá que existe establecimiento permanente en el país, cuando una persona, distinta de un agente independiente, actúe por cuenta de una empresa extranjera, y tenga o ejerza habitualmente en el territorio nacional poderes que la faculten para concluir actos o contratos que sean vinculantes para la empresa. Se considerará que esa empresa extranjera tiene un establecimiento permanente en el país respecto de las actividades que dicha persona realice para la empresa extranjera, a menos que las actividades de esa persona se limiten a las mencionadas en el parágrafo segundo de este artículo. **PARÁGRAFO 1o.** No se entiende que una empresa tiene un establecimiento permanente en Colombia por el simple hecho de que realice sus actividades en el país a través de un corredor o de cualquier otro agente independiente, siempre que dichas personas actúen dentro del giro ordinario de su actividad. No obstante, cuando el agente independiente realice todas o casi todas sus actividades por cuenta de tal empresa, y entre esa empresa y el agente se establezcan, pacten o impongan condiciones respecto de sus relaciones comerciales y financieras que difieran de las que se habrían establecido o pactado entre empresas independientes, dicho agente no será considerado como agente independiente para efectos de este parágrafo. **PARÁGRAFO 2o.** No se entiende que una

E.P. con la diferencia que no consagró el listado negativo existente en el numeral 5.4 del MOCDE respecto a las actividades que no constituyen un E.P.¹⁶ Ello resulta ser de la mayor importancia para la OCDE, hasta el punto en que constituye –como se verá más adelante– una de las recomendaciones para solucionar el problema de la erosión de las bases gravables por causa de la economía digital.

2.1.1. Los servidores, el software y el hardware como E.P.'s

Tal como se mencionó anteriormente, la existencia de un E.P., tanto en el marco de los CDI's, como en la legislación colombiana¹⁷, requiere de algún tipo de existencia o presencia física, para efectos de que el país de la fuente pueda gravar las rentas que se le atribuyen al mismo. Los servidores son objetos tangibles que resultan indispensables para ejecutar¹⁸ negocios de comercio electrónico y necesariamente han de estar ubicados en alguna jurisdicción. La OCDE se ha cuestionado, desde hace ya varios años, si la existencia de un servidor puede configurar un E.P. y ha concluido¹⁹, pese a la crítica de la academia²⁰ y en contra de las posiciones internas de varios países (algunos de ellos miembros de tal organización)²¹, que cumpliendo ciertos requisitos²² un servidor puede configurar un E.P.

empresa extranjera tiene un establecimiento en el país cuando la actividad realizada por dicha empresa es de carácter exclusivamente auxiliar o preparatorio.

- 16 Si bien la Ley 1607 de 2012 no consagró el listado negativo, existente en el numeral 5.4 del MOCDE, de las actividades que no constituyen un E.P., si lo hizo a través del artículo 3 del Decreto Reglamentario 3026 de 2013 a través del cual se “reglamentó” el concepto de actividades auxiliares y preparatorias. Resulta curioso que, a través de la facultad reglamentaria que tiene el gobierno, y so pretexto de reglamentar el concepto de “actividades auxiliares y preparatorias” se fije el listado de actividades que no configuran un establecimiento permanente.
- 17 Establece el artículo 2 del Decreto 3026 de 2013 que “Para efectos del artículo 20-1 del Estatuto Tributario, se entenderá que existe un lugar fijo de negocios en Colombia a través del cual una empresa extranjera realiza toda o parte de su actividad, cuando se cumplan las siguientes condiciones: (...) b) que dicho lugar de negocios cumpla con la condición de ser fijo, es decir, que esté ubicado en un lugar determinado y con cierto grado de permanencia (...).
- 18 Ver GIANNI, ut. Supra. P. 11. Son funciones de un servidor almacenar información de usuarios, procesar órdenes de compra y venta, operar un software específico, entre otras.
- 19 Ver recomendaciones del Committee on Fiscal Affairs de la OCDE de fechas diciembre 20 de 2000 y del Technical Advisory Group de la OCDE de fechas Febrero de 2001 y Diciembre de 2005.
- 20 Ver GIANNI, ut. Supra. Pag 33 . Para Sprague y Hersey, los servidores nunca pueden ser E.P. ni mucho menos constituirse como agentes independientes porque no pueden ejercer un criterio de negocios (“business judgement”) para la obtención de rentas. A su vez, Cockfield indica que generalizar la posibilidad de que los servidores puedan configurar E.P.'s sería riesgoso por cuanto; 1) el monitoreo de millones de servidores sería dispendioso para las agencias de impuestos, 2) puede no haber conexión o nexo entre el software utilizado por el servidor y el valor agregado en determinada jurisdicción, o el bien o servicio que se consume, 3) las rentas podrían fácilmente ser transferidas a jurisdicciones de baja imposición, 4) el servidor puede ser relocalizado sin incurrir, por ello, en costos significativos.
- 21 Ver GIANNI, Ut Supra. Pag 30. Inglaterra, Canadá, Singapur y Hong Kong han establecido que los servidores no pueden configurar E.P.'s. Por el contrario, Italia, Francia, España y Suecia si consideran que un servidor, bajo ciertas circunstancias, puede configurar un E.P.
- 22 Por supuesto, para que un servidor pueda constituir un E.P., debe analizarse que actividades específicas realiza el servidor en la jurisdicción en la que opera. Si este realiza solo funciones auxiliares o preparatorias, u otras que estén excluidas bajo la legislación local, no se configurará allí un Establecimiento Permanente.

En Colombia, si bien la DIAN ha emitido importantes conceptos sobre E.P.'s en donde se aclaran múltiples dudas²³, que un servidor pueda o no constituir un E.P. no ha sido aún discutido. Sin embargo, existen fallos internacionales que eventualmente podrán ser tenidos en consideración por las autoridades colombianas en los que se indica que la simple utilización de un software²⁴ (sin perjuicio de donde esté ubicado el servidor) que esté instalado en un hardware de propiedad y control de un empresario extranjero puede constituir un establecimiento permanente. De igual manera, existen fallos²⁵ que concluyen que por el simple uso de un software instalado en los computadores de un agente de negocios que no son controlados ni suministrados por el empresario extranjero, no puede reputarse que exista un E.P. de software.

2.2. Imposibilidad de otorgar una calificación homogénea a las operaciones de comercio electrónico

Otro gran problema en el marco de la tributación de la economía digital es la imposibilidad de hacer una clasificación homogénea (por la totalidad de los países intervinientes) respecto de la naturaleza de las transacciones de comercio electrónico, y por lo tanto de la naturaleza de los pagos que en virtud de las mismas se efectúan. Generalmente en este tipo de transacciones, los pagos podrían cla-

23 La DIAN, en sus Conceptos y Oficios ha determinado que: 1) No por el simple hecho de que una sociedad domiciliada en un paraíso fiscal que no desarrolla ninguna actividad en Colombia haya designado un apoderado general en Colombia, se configura un E.P. en el país (Oficio 031856 de 26 de mayo de 2014). 2) Una oficina de representación dedicada exclusivamente a promover o publicitar servicios no constituye un E.P., pues estas actividades son de carácter exclusivamente auxiliar o preparatorias (Oficio 029266 del 14 de mayo de 2014). 3) El lugar fijo de negocios lo constituye la mera disposición de cualquier espacio dentro de cualquier local, oficina u otro espacio sin importar la titularidad o propiedad sobre el mencionado espacio, o si se accede a él en virtud de un contrato de arrendamiento u otro similar, o incluso sin título alguno, siempre que esté disponible para el ejercicio de la actividad (Oficio 038348 de junio 24 de 2013). 4) En aplicación del CDI Suiza-Colombia, puede atribuírsele, con fines meramente fiscales, el pasivo fiscal y los intereses que se originan en un crédito otorgado por un banco suizo a la sociedad suiza, el cual es utilizado directamente para los fines de dicho establecimiento permanente (Oficio 004488 del 25 de enero de 2013). 5) Se configura un E.P. en Colombia, cuando una sociedad española aporta un intangible a un contrato de cuentas en participación, a un lugar fijo de negocios y con carácter de permanencia (Concepto 36046 de junio 5 de 2012).

24 Ver Caso Galileo, High Court 851, 859/2008 (25.02.2009) India. En este caso las autoridades fiscales de la India pretendían probar que un software de propiedad de un empresario extranjero, que era indispensable para ejecutar negocios en una cadena de agencias de viajes, y el cual estaba instalado en un hardware de propiedad del mismo empresario, y estaba bajo su control, configuraba un E.P. La Corte consideró que en efecto esta situación configuraba un E.P. en la India.

25 Ver Caso Western Union, Income Tax Appellate Tribunal, 6.1.2012 (India). En este caso las autoridades fiscales de la India pretendían probar que el simple software instalado en las oficinas de los corresponsales no bancarios, que permitía la transferencia de recursos en línea, configuraba un E.P. en la India y por ende tal país tenía el derecho a gravar las rentas atribuidas a tal negocio. El Tribunal decidió que las actividades realizadas por Western Union en India eran de naturaleza auxiliar o preparatoria y que, al ser el software instalado en equipos propios del corresponsal, no existía un lugar fijo de negocios generador de rentas y, por lo tanto, no podía hablarse de la existencia de un E.P.

sificarse como beneficios empresariales (por ventas), licencias, (regalía) o transferencia de derechos (ganancias de capital).

Según el MOCDE, el tratamiento fiscal de estas tres operaciones difiere sustancialmente, así:

- Beneficios empresariales (MOCDE Art. 7): Solo pueden ser gravados en el país de la residencia, salvo que exista un E.P. en el país de la fuente. En este caso, tal país podría entrar a gravar las mismas.
- Regalías (MOCDE art. 12): Las regalías procedentes del estado de la fuente, y cuyo beneficiario efectivo es un residente del estado de la residencia, solo podrán gravarse en este último. Si para la generación de estas, media un E.P., aplicarán las normas antes mencionadas.
- Ganancias de capital (MOCDE art. 13.5): Las ganancias derivadas de la enajenación de bienes electrónicos, propiedad intelectual o derechos de autor solo pueden someterse a imposición en el Estado contratante en que resida quien los enajena.

Ahora bien, en el ejemplo visto, ¿Cómo puede tipificarse la transacción por medio de la cual la “entidad extranjera” vende a “los clientes” una contraseña que permite descargar de un servidor un producto electrónico? Si fuere la prestación de un servicio, aplicaría el artículo 7 de beneficios empresariales²⁶; si fuere un pago por una licencia, aplicaría el artículo 12 de Regalías²⁷; si fuere la venta de un derecho de propiedad intelectual o industrial, aplicaría el artículo 13.5 de ganancias de capital²⁸.

26 Si el pago se hiciera al exterior a un no residente, y no existiere un CDI, la retención a efectuarse por concepto de compensaciones por servicios personales, honorarios u otros conceptos análogos equivaldría al 33%. En caso de que E.P., sería el país de la fuente a quien correspondería gravar las rentas atribuibles a este. Si no existiera un E.P., las rentas solo podrían ser gravadas en el país de la residencia.

27 Si el pago se hiciera al exterior a un no residente, y no existiere un CDI, la retención en la fuente a efectuarse sería del 33% por concepto de regalías, explotación de toda especie de propiedad industrial o de “know-how”, o beneficios provenientes de la propiedad literaria, artística o científica. Si mediare un CDI (tal como lo es el de España, Canadá, Suiza, Chile y México), esta se reduciría al 10% salvo en el caso de la Decisión 578 de la CAN, en cuyo caso la retención sería del 33%. En materia de regalías por uso de software, debe tenerse en cuenta lo establecido por el Concepto DIAN 057425 de Septiembre 11 de 2013, según el cual “*el licenciamiento de software por parte de sociedades extranjeras sin domicilio en el país a usuarios en Colombia, ya sea directamente o a través de sociedades nacionales, constituyen rentas de fuente nacional en lo que a ellas corresponda*”. Asimismo debe tenerse en cuenta que, según el artículo 204-1 del Estatuto Tributario “*la renta proveniente de la explotación de programas de computador dentro del país, a cualquier título, por parte de personas naturales extranjeras sin residencia en el país y de compañías sin domicilio en Colombia, es una renta líquida especial, cuya base de cálculo para el impuesto es el 80% del monto del precio de remuneración percibido por dicha explotación*”. De igual manera, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 420 (párrafo 3) del Estatuto Tributario, el servicio de licenciamiento de software, aunque ejecutado en el exterior, se entiende prestado en Colombia, razón por la cual estaría gravado con el impuesto sobre las ventas.

28 Si el pago se hiciera al exterior, por concepto de venta de un bien mueble, el pago no sería objeto de retención alguna si para el receptor el mismo no fuere un ingreso de fuente colombiana. Si tal mueble

Como es evidente, el país de la fuente tendrá sus propias consideraciones para establecer que los pagos realizados al exterior se tipifiquen como regalías (caso en el cual exigiría se practique una retención en la fuente del 10% sobre los mismos), o una ganancia de capital gravada, o buscaría probar la existencia de un E.P. en su territorio, para así poder gravar las rentas atribuidas a este. A su vez, el empresario buscará justificar que las rentas provenientes de dicha actividad de comercio electrónico son beneficios empresariales obtenidos en el país de la fuente sin la existencia de un E.P., razón por la cual solo podrían ser gravados en el país de la residencia. Por esta razón, es difícil que se llegue a un consenso respecto de cómo se tipifican y califican las operaciones de comercio electrónico para fines fiscales.

2.3. Riesgo de determinación de la residencia por sede de administración efectiva

Aunado a lo anterior, surge otro problema en este ámbito para el empresario cuando varios países sienten que tienen derecho a gravar las mencionadas rentas provenientes de actividades de comercio electrónico por ser aquel tercer país, el país de la residencia. Tal situación se comprobaría por el hecho de que, según lo establecido en el artículo 4.3²⁹ del MOCDE, allí estaría ubicada la sede de administración efectiva de la empresa.

Ahora bien, en el ejemplo estudiado, es probable que el país de la sede de administración efectiva quiera gravar los beneficios obtenidos de las operaciones de comercio electrónico. Por esta razón, disputará el hecho de ser este el país

estuviere vinculado al E.P., o fuere un establecimiento o empresa, el mismo estaría gravado al 33% (si no mediare un tratado) o al 33% sobre la ganancia gravada y 14% sobre el excedente bajo los CDI's de España, Canadá, Suiza, Chile y México al igual que bajo la Decisión 578 de la CAN. En materia de venta de derechos patrimoniales relacionados con software, la DIAN, en Oficio 066899 del 23 de Julio de 2001 estableció que si bien el licenciamiento de software era un servicio que, aunque ejecutado en el exterior, se entendía prestado en Colombia, la venta de los derechos del software no es un servicio, ni constituye una venta de un bien corporal mueble, y por lo tanto no está gravado con IVA.

29 Según lo establecido en el artículo 4.3 ("Residente") del MOCDE "Cuando, en virtud de las disposiciones del apartado 1, una persona que no sea una persona física sea residente de ambos Estados contratantes, se considerará residente solamente del Estado donde se encuentre su sede de dirección efectiva". Este concepto fue adoptado por Colombia a través del artículo 84 de la Ley 1607 de 2012, por medio de la cual se adicionó a la lista de sociedades y entidades nacionales para efectos tributarios aquellas que, durante el año o período gravable, tuvieren su sede de administración efectiva en el territorio colombiano. La razón de ser de ello fue, según la exposición de motivos de la Ley 1607/2012 que "(...) los convenios suscritos tanto con España como con Suiza definen la residencia corporativa como la sede de dirección efectiva, sin que actualmente Colombia pueda ganar la disputa por la residencia de las sociedades y otras entidades, debido a la ausencia de regulación doméstica sobre el punto. Dado que la residencia de una sociedad determina cual de los dos países tiene mayor poder de imposición, es de suma importancia suministrar una definición en la ley interna colombiana que permita que Colombia se constituya como un país de la residencia en los casos en los que la sociedad en el exterior se constituyó como un simple vehículo manteniendo la dirección y la toma de decisiones vitales en Colombia".

de la residencia. La disputa se efectuaría entre los dos países que sienten que son el país de la residencia, y la misma se definiría con base en los CDI's suscritos entre ellos o, en su defecto, conforme a su legislación interna. Tal disputa no sería oponible al país de la fuente, salvo que entre los tres países existan CDI's con previsiones análogas.

3. Las propuestas de solución

Además del Plan BEPS, la OCDE ha enunciado varias propuestas de solución³⁰ –en materia de tributación directa³¹– para evitar que se sigan erosionando las bases gravables de los países intervinientes en operaciones de comercio electrónico. Estas implicarían, probablemente, la suscripción de acuerdos multilaterales entre los países intervinientes en transacciones de comercio electrónico y/o la modificación del MOCDE. Dentro de ellas, se encuentran las siguientes:

3.1. Modificación del artículo 5.4. (a) del MOCDE

Se propone la modificación del artículo 5.4.(a) del MOCDE para efectos de eliminar, para cierto tipo de negocios (de contenido digital), las excepciones allí establecidas, cuando las mismas hagan parte del negocio en sí. Así, un negocio de comercio electrónico que consista en vender artículos “online”, pero que tenga su centro de almacenamiento y despacho en el país de la fuente, no podría excusarse de tener un E.P. en el mismo bajo el argumento de que tales actividades (almacenamiento y despacho) están exceptuadas de configurar un E.P. o son meramente auxiliares o preparatorias.

3.2. Establecimiento de un nexo basado en una “presencia digital significativa”

Se pretende remplazar el nexos físico de la actividad con el país de la fuente, por un nexos de “presencia digital significativa” para aquellos negocios que operen digitalmente, de forma abiertamente desmaterializada. Este nexos podría establecerse de acuerdo a la cantidad de transacciones digitales que se realicen en un determinado país, o del cual se obtengan datos personales de usuarios, entre otros.

30 Ver. OCDE “Discussion Draft Report on the Tax Challenges facing the Digital Economy”.

31 También la OCDE ha hecho lo propio con las recomendaciones en material de tributación indirecta, las cuales, si bien no son objeto de este estudio, se mencionan a continuación para fines ilustrativos. Establece la OCDE que en materia de tributación indirecta debe fijarse una tarifa de impuestos sobre las ventas preferencial y de bajo valor para bienes negociados electrónicamente y que los países intervinientes en operaciones de comercio electrónico han de registrarse ante las agencias de impuestos de las jurisdicciones en donde están ubicados sus consumidores, aún si el vendedor no tiene presencia física allí.

3.3. Creación de los E.P. virtuales

Se propone crear reglas claras de conformación de E.P.'s, a través de una modificación al artículo 5 del MOCDE, por el simple hecho de que en un país se encuentre operando un servidor, o por la celebración habitual de contratos a través de medios tecnológicos o por tener una presencia digital significativa en el mismo.

3.4. Agentes de retención bancarios sobre transacciones de comercio electrónico.

Se propone implementar un sistema en el cual los bancos que procesen pagos relacionados con comercio electrónico, en el que intervenga como vendedor o prestador de servicios un no residente, y en el que los bancos actúen como agentes especiales de retención³².

4. Conclusiones

La economía digital se ha convertido en una dimensión paralela en la que se ejecutan los mismos negocios que existen en la economía tradicional, a excepción de que los mismos no logran ser gravados por las jurisdicciones intervinientes en las operaciones, por cuanto no hay claridad respecto a quien tiene la potestad de gravarlas ni existe claridad en cuanto a cómo se tipifican las mismas.

La tributación de la economía digital es un asunto que requiere ser atendido de manera inmediata, pues la ausencia de una regulación uniforme o de unas políticas comunes respecto de este contribuyen a la erosión permanente de la base gravable de los países que intervienen en dichas transacciones. La OCDE, con el plan de acción BEPS, ha logrado que dicho asunto sea considerado como prioritario por los países miembros de tal organización, lo que sin duda redundará en la adopción de medidas que permitan regular el tratamiento tributario de las operaciones de comercio electrónico, o por lo menos permitan calificar las mismas homogéneamente.

Colombia, como país interesado en entrar a ser parte del Club de países de la OCDE, ha de empezar a diseñar la integración de las recomendaciones planteadas por tal organización internacional, en su legislación interna.

32 Este sistema coincide con el modelo adoptado por Colombia a través del artículo 27 de la Ley 1430 de 2010, según el cual las entidades financieras serán las responsables de practicar y consignar las retenciones en la fuente por concepto de renta e IVA, al Tesoro Nacional, previa indicación que para tal efecto le hagan los agentes de retención.

5. Bibliografía

- Delgado, A. y Cuello, R. *Direct Taxation of Electronic Commerce in Spain*. en European Taxation. IBFD, P. 17. (2013).
- GAOUA, N. *Taxation of the Digital Economy: French Reflections*. En European Taxation. IBFD, P. 10. (2010).
- Gianni, M. *The OECD's Flawed and Dated Approach To Computer Servers Creating Permanent Establishments*. En Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, P. 3. (2014).
- Kana, L. y Van der Merwe, R. *The Commentary on Article 5 – The Changes and Their Significance*. En Bulletin for International Taxation. IBFD. (2012).
- Kanabar, D. y Dharawat, R. *Cross-Border Outsourcing-Issues, Strategies and Solutions*. En Bulletin for International Taxation. IBFD, P- 181. (2014).
- Millar, R. *VAT on Non-Resident Sellers*. Bulletin for International Taxation. IBFD. (2012).
- OECD. Public Discussion Draft. BEPS Action 1: Address the tax challenges of the digital economy. 24 march. (2014).
- Towers, S. y Khaw, L., Mackender, R.; Pickford, B.; Watkins, D. “*BEPS: Discussion Draft on Action 1 (Digital Economy)*”. DELOITTE, Asia Pacific Dbriefs. m.youtube.com/watch?v=UjmDb-XFM

Normas para la postulación de documentos a la revista

Esta publicación es una revista científica, por lo cual su objetivo es publicar resultados de investigación. En este sentido, el compromiso de los autores con el cumplimiento de estos lineamientos es fundamental para el cumplimiento de los calendarios editoriales, así como el posicionamiento de la publicación en el ámbito nacional e internacional, en beneficio de ellos y del Instituto. Las pautas editoriales y las directrices éticas orientan todas las publicaciones del ICDT. En caso de inquietudes pueden consultar a Diego Andrés Moreno Daza, Coordinador del Centro de Investigaciones al correo electrónico: c.investigacion@icdt.org.co

La inobservancia de los términos aquí expuestos implica demoras, reprocesos y sobrecostos en los trámites editoriales. Cuando se especifican fechas de entrega de documentos, ellas son impostergables y el Editor dejará nota expresa de las fechas de entrega de textos por parte de los autores, y hará depósito de las versiones rechazadas de los textos presentados a trámite editorial, para asegurar que los autores no sometan el mismo texto a un nuevo trámite editorial.

La recepción de documentos no implica compromiso de publicación por parte del editor. Igualmente, no se admiten entregas parciales de documentos ni se aceptarán cambios de versiones una vez los procesos editoriales han iniciado. Los autores aceptan que los textos presentados sin el cumplimiento de los requisitos expuestos, no surtirán trámite alguno hasta tanto no sean debidamente cumplidos. Igualmente las entregas extemporáneas e incompletas por parte de los autores, facultan al editor a ejercer el rechazo automático de documentos.

La ausencia de respuesta del autor a los llamados y comunicaciones del Editor, se considera desistimiento del proceso editorial. A continuación nos referimos a las características generales de la obra y al manual de estilo:

1. Características generales:

- 1.1. La Revista del ICDT es una publicación arbitrada. Por esta razón, los escritos serán objeto de evaluación como mínimo por dos pares académicos. Una vez remitida la revisión por pares, cada autor será notificado acerca de la decisión de publicación o no, del texto sometido a proceso editorial. Si la aprobación es condicionada a la realización de ajustes al documento, el autor cuenta con un período corto para efectuar los ajustes recomendados, y se revisará la incorporación de los mismos para decidir sobre la publicación definitiva.

- 1.2. La Revista es una de las principales publicaciones del ICDT y anualmente es candidatizada a reconocidos premios nacionales. Es necesario que el texto presentado por los autores, además de original e inédito, posea: *i)* originalidad de planteamiento y buena lógica del razonamiento *ii)* dominio de los antecedentes normativos, jurisprudenciales y doctrinales del tema, y comprensión de los aspectos básicos económicos, financieros y contables *iii)* uso de bibliografía especializada y actualizada sobre el tema; técnica en el manejo bibliográfico y econométrico si fuere el caso. Se recomienda a los autores una revisión de las directrices éticas de comunicación de la investigación: “*Responsible research publication: international standards for authors*”, disponibles en: <http://tinyurl.com/9fmnrnz>. Pida al Editor del ICDT una copia de estas directrices traducidas al español.

Adicionalmente, es preciso que cada autor en la entrega del respectivo documento, indique a cuál de las siguientes categorías corresponde el texto elaborado: *i) Artículo de investigación científica*: presenta de manera detallada los resultados originales de proyectos de investigación, en una estructura que contiene introducción, metodología, resultados y conclusiones, *ii) Artículo de reflexión*: presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales *iii) Artículo de revisión*: resultado de una investigación donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo; hace una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

2. Manual de estilo

2.1. Extensión y formato

El texto no excederá las 35 páginas y serán escritos en página tamaño carta, a espacio sencillo, con márgenes de 3 cm. en fuente Arial 11, formato Word, WordPerfect u otro procesador de textos.

2.2. Autoría

A continuación del título del documento se indicará el nombre completo del autor, a renglón seguido su afiliación institucional, indicando país y ciudad. A pie de página el autor indicará en máximo dos líneas, el mayor grado académico alcanzado y un breve resumen de la hoja de vida. Finalmente incluirá datos de contacto, teléfono, correo electrónico y postal, a efectos de las comunicaciones editoriales con el Instituto. Los autores

harán mención de los reconocimientos por contribuciones de su trabajo, de acuerdo a lo estipulado en el punto seis (6) 'Autoría y reconocimiento adecuado' de las 'Directrices Éticas de Publicación Responsable de la Investigación'.

Al enviar y someter a proceso editorial un artículo, el autor acepta expresamente la transferencia de los derechos patrimoniales de autor a la Revista para su publicación en versión impresa y electrónica, conservando sus derechos morales. Igualmente el autor acepta que su artículo puede ser procesado por sistemas de información en bases de datos de relevancia y prestigio científico, propias o de terceros, para una mayor visibilidad del trabajo publicado. La autorización para estos procedimientos se entiende prestada por el sólo hecho de postular los textos a la Revista.

2.3. Contenido

Todo texto incluirá: i) título del documento en español ii) resumen en máximo 250 palabras iii) palabras clave iv), título en inglés v) *abstract* vi) *keywords*. Igualmente tendrán apartados específicos titulados: introducción, conclusiones y recomendaciones. Las notas a pie de página y la bibliografía se harán conforme al manual de estilo *The Bluebook: a uniform system of citation*. Todos los artículos deben incluir un aparte explícito denominado conclusiones, en el cual se fijen los puntos más relevantes del trabajo realizado desde una perspectiva analítica. Se acepta la postulación de ponencias y conferencias presentadas en eventos, siempre que las mismas sean originales e inéditas y cumplan los requisitos expuestos.

2.4. Estructura

El documento seguirá una titulación consecutiva así:

- 1 *Título 1.*
 - 1.1. *Subtítulo 1.*
 - 1.1.1. *Subtítulo 2...*
2. *Título 2.*
 - 2.1. *Subtítulo 1...*
3. *Conclusiones.*
4. *Bibliografía*

2.5. Guía resumida del manual de estilo

Use los siguientes formatos ejemplificados para la citación de las respectivas fuentes:

Capítulo de libro:

Edgar Andrés Quiroga Natale. «El control constitucional en Colombia: estructura y técnicas de aplicación», en *Derecho Procesal Constitucional, Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*, VC Editores Ltda., Bogotá, 2010.

Artículo de revista:

Manuel José Cepeda Espinoza, *El derecho a la Constitución en Colombia. Entre la rebelión pacífica y la esperanza*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Revista Española de Derecho Constitucional No. 44, Madrid, 1995.

Libro:

Víctor García Toma, *La Defensoría del Pueblo en el Perú*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005.

Índices retrospectivos Revistas Núm. 70 y 71

ARTÍCULOS	AUTOR	AÑO	REV. Núm.	PÁGS
Acerca del soft law en materia tributaria	Isaac Merino Jara(España)	2014	71	17 – 45
El impuesto a la riqueza frente a los contratos de estabilidad jurídica	Andrés Felipe Velásquez (Colombia)	2014	71	47 – 57
El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (BEPS): situación actual	Valeria Paula D'Alessandro Fátima de Asorey (Argentina)	2014	71	59–100
El rol de las garantías constitucionales en la regulación nacional del concepto de establecimiento permanente a partir de la comparación entre los casos de Colombia e Italia. Retrasos justificados, miopías institucionales, responsabilidades colectivas	Andrea Mucciariello (Italia)	2014	71	101–128
Las fuentes invisibles del Derecho Tributario: por una teoría de la hipóstasis jurídica	Jean Claude MartínezNorma Caballero Guzmán (Francia)	2014	71	129–160
Los fundamentos del principio de capacidad contributiva en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino	Andrea Amatucci (Italia)	2014	71	161–176
Tratamiento de los préstamos internacionales en Venezuela	Alberto Rosales Romero (Venezuela)	2014	71	177-208

ARTÍCULOS	AUTOR	AÑO	REV. Núm.	PÁGS
Una aproximación a las modificaciones introducidas por la Ley 1607 de 2012 al régimen de las personas jurídicas desde la perspectiva del principio constitucional de eficiencia	Camilo Francisco Caycedo Tribín (Colombia)	2013	70	17 - 45
Potestades tributarias de facto de las entidades territoriales en Colombia	Juan Pablo Godoy Fajardo & Luis Felipe Noreña Ospina (Colombia)	2014	70	47 – 77
La administración tributaria y aduanera: diferencias estructurales para mantener una unión administrativa	Germán Pardo Carrero (Colombia)	2014	70	79 – 111
El concepto de deuda tributaria en la propuesta de directiva de base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (Biccis)	Roberto Ignacio Fernández López (España)	2014	70	113–131
El principio de capacidad contributiva como criterio para sostener el hecho imponible en el tributo aduanero	Felipe Moreno Yebra (México)	2014	70	133–159
La relación entre la cosa juzgada penal de la cosa juzgada tributaria de acuerdo con la regulación italiana: desde la prejudicialidad tributaria a la doble vía	Anna Rita Ciarcia (Italia)	2014	70	161–182
La discrecionalidad en la visita domiciliaria de inspección tributaria	María de los Ángeles González Luna & Mirlo Matías de la Cruz (México)	2014	70	183-201

La presente revista es una obra arbitrada por pares académicos anónimos, a quienes les agradecemos la revisión de los textos aquí publicados.

Esta revista se editó en las oficinas del
Instituto Colombiano de Derecho Tributario
Calle 75 N° 8 - 29
Bogotá, D.C. - Colombia

