

Reflexiones sobre el Régimen de entidades controladas del exterior en Colombia

Considerations on the Controlled Foreign Corporations legal regime in Colombia

Reflexões sobre o Regime de entidades controladas desde o exterior na Colômbia

HÉCTOR ANDRÉS FALLA CUBILLOS¹

Para citar este artículo / To reference this article

Héctor Andrés Falla Cubillos. *Reflexiones sobre el Régimen de entidades controladas del exterior en Colombia*. Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario 81. Enero de 2020. At. 019.

Recibido: 07 de febrero de 2019

Aprobado: 30 de octubre de 2019

Página inicial: 19

Página final: 46

Resumen

En el año 2016, Colombia introdujo el régimen de entidades controladas del exterior con el propósito de gravar a sus residentes fiscales respecto de las rentas pasivas que hayan sido devengadas por aquellas entidades extranjeras controladas por dichos residentes. Lo anterior, además, para combatir el diferimiento del impuesto sobre la renta en cabeza de los mencionados residentes por la falta de distribución de las utilidades originadas en la obtención de las rentas pasivas por parte de las entidades controladas del exterior, debido al ejercicio de control que los primeros ejercen sobre las últimas.

Dicho esto, el presente artículo analiza si el régimen de entidades controladas del exterior adoptado en Colombia genera un impacto negativo en las

1 Abogado de la Universidad del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Especialista en Derecho Tributario de la Universidad del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y con Maestría Avanzada en Tributación Internacional de la Universidad de Leiden-International Tax Center Leiden. Correos electrónicos personales: hafallac@hotmail.com y hector.falla@itc-leiden.nl.

empresas multinacionales de origen colombiano y si es compatible con los convenios de doble imposición en vigor suscritos por Colombia y la Decisión 578 de la Comunidad Andina.

Palabras clave: Convenios de doble imposición, entidades controladas del exterior, ingresos pasivos, Régimen ECE, residentes fiscales colombianos.

Abstract

In 2016, Colombia adopted the Controlled Foreign Corporations regimen in order to tax its tax-residents in relation to the passive income derived by foreign corporations that are controlled by those tax-residents. Further, this regime aims at preventing income tax deferral at the level of said tax-residents due to the lack of dividend-distribution out of the passive income derived by foreign controlled corporations due to the control exercised by the former over the latter.

Having said this, this article addresses whether the controlled foreign corporations adopted in Colombia generates a negative effects on the Colombian multinational enterprises and whether it is compatible with the tax treaties in forced concluded by Colombia and the Decision 578 of the Andean Community.

Keywords: Controlled foreign corporations, passive income, CFC regime, Colombian tax-residents, tax treaties.

Resumo

No ano 2016, a Colômbia introduziu o regime de entidades controladas desde o exterior com o propósito de gravar a seus residentes fiscais no que diz respeito das rendas passivas que tenham sido adquiridas por aquelas entidades estrangeiras controladas por ditos residentes. O anterior, além disso, para combater o diferimento do imposto sobre a renda em cabeça dos mencionados residentes pela falta de distribuição das utilidades originadas na obtenção das rendas passivas por parte das entidades controladas desde o exterior, devido ao exercício de controle que os primeiros exercem sobre as últimas.

Dito isto, o presente artigo analisa se o regime de entidades controladas desde o exterior adotado na Colômbia gera um impacto negativo nas empresas multinacionais de origem colombiana e se é compatível com os convênios de dupla imposição em vigor suscritos pela Colômbia e a Decisão 578 da Comunidade Andina.

Palavras-chave: Convênios de dupla imposição, entidades controladas desde o exterior, ingressos passivos, Regime ECE, residentes fiscais colombianos.

Sumario

Introducción; 1. Generalidades del régimen ECE colombiano; 1.1. Los sujetos pasivos del régimen ECE; 1.2. Los tipos de control para efectos de la aplicación del régimen ECE; 1.3. Las rentas pasivas del régimen ECE, y el fenómeno de la excesiva tributación del régimen ECE colombiano; 2. La aplicación del régimen ECE bajo los convenios tributarios en vigor suscritos por Colombia; 3. Conclusiones y recomendaciones; Bibliografía.

Introducción

El régimen de entidades controladas en el exterior (“el régimen ECE”) comprende un conjunto de normas adoptadas por los Estados, que pretende gravar a sus residentes fiscales respecto de las rentas, las cuales no devienen del ejercicio de actividades industriales y comerciales con sustancia económica,² y no fueron devengadas por aquellas entidades extranjeras controladas (“ECE”). Lo anterior, no tenía por dichos residentes el propósito de combatir el diferimiento del impuesto sobre la renta en cabeza de los mencionados residentes a causa de la falta de distribución de las utilidades originadas en la obtención de las rentas (pasivas) por parte de las ECE y debido al ejercicio de control que los primeros ejercen sobre las últimas.³

Así, el régimen ECE contiene particularidades dependiendo de cada jurisdicción, que varían en atención (I) al concepto de control; (II) a la aproximación en su aplicación bajo los criterios de (i) la “jurisdicción designada”, la cual observa el lugar en donde las ECE tengan su domicilio, residencia fiscal, incorporación y/u operación, según las listas “blancas” o “negras” de cada Estado, y/o (ii) “la tasa (efectiva) de tributación” de las ECE, en función a la tasa (efectiva) de tributación del Estado de la residencia; y (III) al tipo de ingreso en particular (aproximación transaccional) o a todos los ingresos de las ECE (“aproximación de la entidad”).⁴

Adicionalmente, cabe señalar que el régimen ECE grava las rentas (pasivas) de las ECE al nivel de los residentes fiscales que las controlan como si (I) estos últimos las hubiesen devengado directamente, como es el caso de Alemania, Australia, Canadá, China, España, los Estados Unidos de América, Francia y

2 Lydia G. Ogazón Juárez & Ridha Hamzaoui. *Common Strategies against Tax Avoidance: A Global Overview*, en *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, 3-40. Ed., IBFD Publications BV, Amsterdam. (2015).

3 Chris Finnerty, Paulus Merks, Mario Petriccione *et al.* *Fundamentals of International Tax Planning*. Pág. 212. Ed., IBFD Publications BV. (2007).

4 *Ibidem*. Pág. 213.

el Reino Unido;⁵ o (II) las ECE las hubiesen distribuido en favor de aquellos bajo el concepto de distribución de dividendos, como es el caso de Brasil.^{6 7}

En vista de la necesidad de combatir la erosión de las bases fiscales de los Estados, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”) y el Grupo de los 20 (“G20”), entre otras, emitieron la Acción 3, mediante la cual se propone un conjunto de recomendaciones para el diseño efectivo y/o perfeccionamiento del régimen ECE por parte de los Estados.⁸ La Acción 3 propone las siguientes recomendaciones, sin perjuicio de advertir que cada Estado es libre de adoptarlas por virtud del principio de soberanía, a saber:⁹

- (I) La adopción de una definición de ECE, que incluya las entidades o vehículos corporativos- junto con sus establecimientos permanentes-, no-corporativos, opacos (entidades sujetas al impuesto sobre la renta) y transparentes (entidades no sujetas al impuesto sobre la renta), tales como los *trusts*.
- (II) La adopción de normas exceptivas al régimen ECE. En este sentido, la OCDE/G20 sugiere que el régimen ECE no aplique sobre las ECE que no estén sujetas a tarifas efectivas de tributación significativamente bajas con respecto al Estado de la residencia. En este caso, los Estados pueden implementar una lista “blanca” o “negra” de jurisdicciones que permita identificar con facilidad cuándo una ECE se encuentra sujeta a tarifas efectivas de tributación significativamente bajas.¹⁰
- (III) La adopción de una definición de los ingresos sujetos al régimen ECE, en función de una clasificación legal, o de la relación económica entre las partes, y/o el Estado de la fuente de los ingresos.¹¹

Para efectos de cumplir con el propósito del régimen ECE señalado, algunos Estados proveen normas que analizan si las ECE llevan a cabo actividades con sustancia económica y, así, distinguir cuáles son los ingresos sujetos y

5 Mathias Valta, *Taxation of Intellectual Property (IP) in Domestic Tax Law*, en *Taxation of Intellectual Property under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties*, 3-16. Ed., IBD Publications BV, Amsterdam. (2018).

6 Ver *Supra* Note 3.

7 Ver *Supra* Note 5.

8 OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. 1.1.1 <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en> (05 Octubre 2015).

9 *Ibidem*.

10 *Ibidem*. Págs. 36-37.

11 *Ibidem*. Págs. 9 y 44.

no sujetos al régimen, empleando para ello la aplicación de ciertos criterios o metodologías.¹²

- (IV) El reconocimiento de las pérdidas de las ECE, para efectos de que sean compensadas con las utilidades devengadas por las mismas ECE que las originaron u otras ECE que se encuentren en la misma jurisdicción de las ECE que las originaron.¹³
- (V) La adopción del criterio y los niveles de control por parte de los residentes fiscales requeridos para estar sujetos al régimen ECE.¹⁴
- (VI) El otorgamiento de un método para aliviar la doble imposición (crédito fiscal) respecto de (i) los impuestos efectivamente pagados por las ECE, los cuales fueron liquidados sobre las rentas pasivas sujetas al régimen; y (ii) los dividendos distribuidos por las ECE y/o las ganancias obtenidas como consecuencia de la enajenación de acciones poseídas sobre las ECE, cuyas rentas pasivas hayan estado previamente gravadas bajo el régimen ECE.¹⁵

En vista de lo anterior, Colombia adoptó el régimen ECE, mediante la Ley 1819 del 2016, con el propósito de gravar con el impuesto sobre la renta y complementario a los residentes fiscales colombianos respecto las rentas pasivas¹⁶ devenga-

12 Ibídem. Págs. 47 y 49. La OCDE/G20 recomienda las siguientes opciones: (I) un test, mediante el cual se analicen los hechos y circunstancias que determinen si los empleados de las ECE han hecho una contribución sustancial para la obtención del ingreso, (II) analizar las funciones significativas llevadas a cabo por todas las entidades del grupo para determinar si la ECE es la entidad considerada como (i) la dueña probable de los activos particulares o (ii) la responsable de los riesgos, como si fueran entidades independientes; lo anterior, para efectos de determinar si los ingresos en cuestión corresponden o no a las ECE, (III) analizar si las ECE cuentan (i) con los locales y establecimientos comerciales para la obtención de los ingresos y (ii) con los empleados que tengan las habilidades para desarrollar las actividades principales de las ECE; y (IV) la adopción de la tercera opción en combinación con la utilización de otras recomendaciones hechas en otras áreas del Proyecto de BEPS de la OCDE/G20 como, por ejemplo, la aplicación de la aproximación del nexo que permite la aplicación de los regímenes preferenciales sobre la propiedad intelectual, esto es, el empleo de actividades sustanciales.

13 Ver *Supra Note 8*. Págs. 10, 57, 58 y 59.

14 Ver *Supra Note 8*. Págs. 23, 24 y 25. La OECD/G20 propone como tipo de control para la estructuración del régimen ECE la aplicación combinada de distintos tipos de control, a saber: (I) el control legal, el cual generalmente observa la participación accionaria en el capital por parte del residente fiscal, (II) el control económico, el cual se focaliza en la participación de las utilidades, como también en la participación en el capital y los activos de la entidad al momento de su disolución y/o liquidación, (III) control de facto, el cual observa quién toma las decisiones necesarias de la entidad o quién ejerce influencia dominante en las decisiones de la entidad, y (IV) control basado en la consolidación, el cual observa si la entidad extranjera es consolidada en la contabilidad de la sociedad residente, de acuerdo con los principios de contabilidad. Lo anterior, para efectos de asegurar la aplicación del régimen ECE.

Así, en Colombia, se aplica la combinación del control legal, económico y de facto –este último bajo la aplicación de los criterios de vinculación económica del régimen de precios de transferencia–.

15 Ver *Supra Note 8*. Pág. 10.

16 Estatuto Tributario. Decreto 624 de 1989. Art. 884. Marzo 30 de 1989 (Colombia). “Para efectos de lo dispuesto en este Título, son ingresos pasivos obtenidos por una ECE, los siguientes:

1. Dividendos, retiros, repartos y cualquier otra forma de distribución, o realización de utilidades provenientes de participaciones en otras sociedades o vehículos de inversión, salvo que:

das por las ECE que sean controladas por ellos mismos u otros residentes fiscales colombianos, en las condiciones que se ilustran en el presente escrito.

Adicionalmente, en atención a ciertas recomendaciones de la OCDE/G20, el régimen ECE (I) consagra una lista de vehículos en el exterior sujetos al régimen, que incluyen las sociedades, entidades, patrimonios autónomos, *trusts*, fondos de inversión colectiva, fundaciones de interés privado y entidades con o sin personalidad jurídica, opacos o transparentes, que no sean considerados como nacionales colombianos para efectos tributarios colombianos, de acuerdo con el artículo 12-1 del Estatuto Tributario, (II) provee una definición propia de control,¹⁷ (III) adoptó una definición legal -en combinación con el criterio de la relación económica entre las partes- de ingresos pasivos sujetos al régimen en función a su naturaleza (aproximación transaccional), independientemente de si dichos ingresos devienen del ejercicio de una actividad económica real y sustancial por parte de las ECE, y (IV) otorga alivio fiscal para evitar la doble imposición, mediante el

a) Las utilidades que son susceptibles de distribución correspondan a rentas activas de la ECE, sus filiales, subordinadas o establecimientos permanentes, siempre y cuando:

i) Dichas utilidades tengan su origen principalmente en actividades económicas reales llevadas a cabo por la ECE, sus filiales, subordinadas o establecimientos permanentes en la jurisdicción en la que se encuentre ubicada o tenga su residencia fiscal, según el caso, la ECE, sus filiales, subordinadas o establecimientos permanentes; y

ii) En el caso de las filiales, subordinadas o establecimientos permanentes de la ECE, estas, a su vez, sean controladas indirectamente por uno o más residentes fiscales colombianos.

Para efectos de este literal, la referencia a utilidades con origen principalmente en actividades económicas reales significa que dichas utilidades se deriven en un porcentaje igual o superior a un 80% de ingresos que no sean considerados como rentas pasivas.

b) De haberse distribuido directamente a los residentes fiscales colombianos, los dividendos, retiros, repartos y cualquier otra forma de distribución o realización de utilidades habrían estado exentos de tributación en Colombia en virtud de un convenio para evitar la doble imposición.

2. Intereses o rendimientos financieros. No se consideran rentas pasivas los intereses o rendimientos financieros obtenidos por una ECE que sea controlada por una sociedad nacional sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia; o

a) Sea una institución financiera del exterior, y

b) No esté domiciliada, localizada o constituida en una jurisdicción calificada como una jurisdicción no cooperante o de baja o nula imposición, que no intercambie efectivamente de manera automática, información con Colombia de acuerdo con los estándares internacionales.

3. Ingresos derivados de la cesión del uso, goce, o explotación de activos intangibles, tales como marcas, patentes, fórmulas, software, propiedad intelectual e industrial y otras similares.

4. Ingresos provenientes de la enajenación o cesión de derechos sobre activos que generen rentas pasivas.

5. Ingresos provenientes de la enajenación o arrendamiento de bienes inmuebles.

6. Ingresos provenientes de la compra o venta de bienes corporales que cumplan la totalidad de las siguientes condiciones:

i) sean adquiridos o enajenados de, para, o en nombre de, una persona relacionada;

ii) sean producidos, manufacturados, contruidos, cultivados o extraídos en una jurisdicción distinta a la de la residencia o ubicación de la ECE; y

iii) su uso, consumo o disposición se realice en una jurisdicción distinta a la de residencia o ubicación de la ECE.

7. Ingresos provenientes de la prestación de servicios técnicos, de asistencia técnica, administrativos, ingeniería, arquitectura, científicos, calificados, industriales y comerciales, para o en nombre de partes relacionadas en una jurisdicción distinta a la de la residencia o ubicación de la ECE."

17 Ver *Supra* Note 14.

método de crédito fiscal respecto de los impuestos efectivamente pagados por las entidades controladas en el exterior.

Sin embargo, el régimen ECE en Colombia genera un impacto negativo y significativo en las operaciones de las empresas multinacionales (“EMN”) colombianas, por cuanto: en primer lugar, sujeta a todas las ECE al régimen, sin considerar si se encuentran ubicadas en una jurisdicción de alta o baja imposición, desatendiendo la recomendación hecha por la OCDE/G20, en la materia, lo cual podría, además, impedir que las EMN gocen de los incentivos fiscales otorgados por ciertos Estados de la fuente para promover las exportaciones, la producción y explotación de propiedad intelectual;¹⁸ en segundo lugar, la definición de ingresos pasivos no excluye a aquellos ingresos que se obtienen como resultado de llevar a cabo actividades reales y con sustancia por parte de las ECE; en tercer lugar, no permite el reconocimiento, ni la compensación de las pérdidas experimentadas por las ECE con las rentas que obtengan en el futuro; en cuarto lugar, no alivia el fenómeno de la doble tributación o de una excesiva imposición como resultado de los desajustes o disparidades en la determinación de la base gravable del impuesto sobre la renta en las distintas jurisdicciones; y, en quinto lugar, presenta otras imperfecciones, las cuales serán abordadas por el autor del presente escrito.

1. Generalidades del régimen ECE colombiano

1.1. Los sujetos pasivos del régimen ECE

En este contexto, el régimen ECE establece que “*los residentes fiscales colombianos*”¹⁹ están sujetos a dicho régimen, siempre que se cumplan ciertas condiciones, las cuales serán ilustradas más adelante. Así pues, nótese que el régimen ECE tiene aplicación sobre los “residentes fiscales colombianos”, cuya definición provista en el artículo 10 del Estatuto Tributario (“ET”) se predica, exclusivamente, de las personas naturales, para efectos de determinar su sujeción al régimen tributario colombiano.²⁰ Lo anterior, permite observar que el régimen ECE no tendría aplicación sobre las personas jurídicas (sociedades y entidades), por cuanto su sujeción al régimen tributario colombiano no es en razón a su resi-

18 Ver *Supra* Note 2. Págs. 24 y 25.

19 Estatuto Tributario. Decreto 624 de 1989. Arts. 882, 883, 886, 887, 888, 889, 890 y 892. Marzo 30 de 1989 (Colombia).

20 Estatuto Tributario. Decreto 624 de 1989. Art. 10. Marzo 30 de 1989 (Colombia). “*Se consideran residentes fiscales en Colombia para efectos tributarios las personas naturales que cumplan con cualquiera de las siguientes condiciones: (...)*”.

dencia fiscal, sino a su nacionalidad determinada por el lugar de su sede efectiva de administración, su domicilio principal o su lugar de constitución.²¹

En este sentido, cabe advertir que, sin perjuicio de la definición propia de residencia fiscal de los convenios tributarios para efectos de su aplicación, en ejercicio del principio de soberanía, los Estados imponen sus tributos sobre las personas naturales, las sociedades o entidades con fundamento en su nexo con dichos Estados, estos son, el factor de conexión de la residencia, domicilio o nacionalidad -o ciudadanía- y la fuente.²²

No obstante, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (“DIAN”), mediante el Concepto Unificado sobre el Régimen de Entidades Controladas del Exterior “ECE” No. 0386 (el “Concepto Unificado”) señaló que el régimen sí tenía aplicación sobre las personas jurídicas, así: *“De igual manera, es pertinente remitirse al primer inciso del artículo 882 del E.T., donde se establece que: “Para efectos de lo previsto en este Título, son entidades controladas del exterior sin residencia fiscal en Colombia (ECE) (...)”. De lo anterior, se concluye que las entidades pueden tener residencia fiscal en Colombia o fuera de Colombia”*.

Si bien es cierto el artículo 882 del ET establece que las ECE no tendrán “residencia fiscal en Colombia”, también es cierto que el concepto de “residencia fiscal” no se predica de las sociedades y entidades, sino de las personas naturales, según lo previamente ilustrado, lo cual constituye una confusión de conceptos en cuanto a los criterios de sujeción (los factores de conexión) de las personas al régimen tributario por parte del Legislador y de la DIAN, en desconocimiento de los principios de eficiencia y certeza tributaria.

Así las cosas, en opinión del autor del presente escrito, la DIAN pretende “enmendar” la ley, vía interpretación administrativa, para efectos de clarificar – o, mejor extender- la aplicación del régimen ECE para las sociedades y entidades nacionales, lo cual contravendría, en primer lugar, el artículo 883 del ET, según el cual establece, expresamente, que solo están sujetos al régimen ECE los “residentes fiscales colombianos”, o sea, las personas naturales que cumplan con tal calificación y, en segundo lugar, el artículo 338 constitucional, reza que:

21 Estatuto Tributario. Decreto 624 de 1989. Art. 12-1. Marzo 30 de 1989 (Colombia). *“Se consideran nacionales para efectos tributarios las sociedades y entidades que durante el respectivo año o período gravable tengan su sede efectiva de administración en el territorio colombiano. También se consideran nacionales para efectos tributarios las sociedades y entidades que cumplan con cualquiera de las siguientes condiciones: 1. Tener su domicilio principal en el territorio colombiano; o 2. Haber sido constituidas en Colombia, de acuerdo con las leyes vigentes en el país. (...)”*

22 E.C.C.M. Kemmeren, *Legal and Economic Principles Support an Origin and Import Neutrality-Based over a Residence and Export Neutrality-Based Tax Treaty Policy*, en *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, 237-316, eds., IBFD, Online Books IBFD, Amsterdam. (2010).

“En tiempos de paz solamente, el Congreso, (...) podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos, las bases gravables, y las tarifas de los impuestos”.

Debido a la falta de claridad en cuanto a la condición de sujeto pasivo de las sociedades y entidades nacionales en el régimen ECE, el autor del presente escrito sugiere que se adopten las medidas legales, mediante las cuales se incluyan expresamente las sociedades y entidades nacionales colombianas como sujetos pasivos del régimen, en aras de la preservación del principio de eficiencia²³ y certeza²⁴ tributaria (“*predeterminación normativa de los tributos*”)²⁵ contenidos en los artículos 338 y 363 de la Constitución Política, por cuanto ello permitiría una mejor administración en cuanto a la aplicación y fiscalización del impuesto sobre la renta y complementario.

1.2. Los tipos de control para efectos de la aplicación del régimen ECE

1.2.1. La configuración del régimen ECE, excluyendo a las sociedades y/o entidades domiciliadas, constituidas o en operación de una jurisdicción no cooperante, de baja o nula imposición o sometidas a un régimen tributario preferencial.

En línea con las recomendaciones de la acción 3 de la OCDE/G20 respecto de los tipos y niveles de control, el régimen ECE colombiano se configura sobre “*los residentes fiscales colombianos*” que tengan un control legal o económico sobre la ECE,²⁶ esto es, una participación, directa o indirecta, equivalente al menos al

23 Juan Rafael Bravo Arteaga. *Nociones Fundamentales de Derecho Tributario*. Págs. 106-107. Ed. Legis. (2008). “c) *La organización de los tributos debe ser sencilla, de tal manera que todos los particulares llamados a cumplir las obligaciones respectivas puedan tener un entendimiento claro de las instituciones, de los momentos en que se origina la obligación tributaria, de su cuantía y de su oportunidad de pago.* (...)”

24 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-594 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Julio 27 de 2010). “*Según la jurisprudencia constitucional, el principio de certeza tributaria se vulnera no solamente con la omisión en la determinación de los elementos esenciales del tributo, sino también cuando en su definición se acude a expresiones ambiguas o confusas.*”

25 Mauricio A. Plazas Vega. *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*. Tomo II. Pág. 444. Ed. Temis. (2005). “*Naturalmente, esa claridad y precisión solo se logra si la ley que crea y regula el tributo de que se trate define suficientemente sus elementos y no deja espacio alguno para que la rama ejecutiva del poder público cree reglas según su arbitrio. Si no fuera así, se violaría el principio nullum tributum sine lege porque, en aquellos aspectos que no fueran regulados en forma precisa por el legislador, los contribuyentes y deudores tributarios quedarían sometidos a la arbitrariedad y a la discrecionalidad del gobierno y de sus funcionarios.*”

26 Ver *Supra* Note 14.

10% en el capital y/o los resultados de dicha entidad, siempre que la ECE sea objeto de control del régimen de precios de transferencia ya sea por los residentes fiscales que posean las referidas participaciones u otros residentes fiscales colombianos que, incluso, no posean dichas participaciones, en los términos de los numerales i., ii., iv. y v del Literal b) del numeral 1° del artículo 260-1 del ET o el numeral 5 del artículo 260-1 del ET.²⁷

En consecuencia, las ECE -que se encuentren constituidas, domiciliadas u operando en jurisdicciones, inclusive de alta tributación, como la colombiana- se encuentran sujetas al régimen, siempre que se verifique la configuración de un control legal o económico y un control bajo los referidos criterios de vinculación económica del régimen de precios de transferencia respecto de dicha sociedad o entidad extranjera. En este mismo sentido, se pronunció la DIAN, mediante el Concepto Unificado.²⁸

En ese orden de ideas, resulta improcedente la interpretación de algunos practicantes, según la cual el régimen ECE no aplicaba sobre aquellos residentes fiscales colombianos y que, si bien tenían un “control legal” o “control económico” sobre la sociedad o entidad extranjera, carecían del control bajo los citados criterios del régimen de precios de transferencia sobre la misma.

Así las cosas, cabe observar que la configuración del régimen ECE en Colombia es similar a la configuración del régimen ECE de los Estados Unidos de América (“EE.UU.”), dado que este último también tiene lugar en cabeza de aquellos residentes fiscales que tan solo poseen una participación, directa o indirecta, equivalente al menos al 10% del total del poder de los votos o valor de la entidad controlada. Cabe señalar que, para propósitos de los EE.UU., se entiende que una sociedad se considera controlada cuando más del 50% de sus acciones por voto o valor es poseído, directa o indirectamente o por atribución, por accionistas estadounidenses.²⁹

27 En este evento, los criterios de vinculación económica del régimen de precios de transferencia comprenden varios criterios de control legal, económico y de facto, dentro de los cuales se encuentran (I) la sujeción de las decisiones de una sociedad a la voluntad de otra u otras personas, (II) la posesión, directa o indirecta, del más del 50% del capital en una sociedad, (III) la posesión, conjunta o separada, del derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tenga el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere, y (IV) el control conforme a los supuestos previstos en el artículo 260-1 del ET, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas o entidades o esquemas de naturaleza no societario, bien sea directa o indirectamente, en las cuales esta o estas posean más del 50% del capital o configuren la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad, entre otros criterios.

28 Concepto General Unificado Régimen de Entidades Controladas del Exterior “ECE” No. 0386 [Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN]. Abril 4 de 2018. Págs. 2, 3, 10 y 11.

29 Larissa B. Neuman, Julia Ushakova-Stein, David N. de Ruig et al. *United States*, en *Taxation of Intellectual Property under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties*, 713-714, ed., IBFD Publications BV, Amsterdam.

Lo anterior, permite observar que la configuración del régimen ECE colombiano y estadounidense resulta bastante comprensivo y severo en comparación a los mismos regímenes de otras jurisdicciones tales como:

- (I) el español, el cual solo se aplica en cabeza de aquellas sociedades españolas donde se cumplan dos condiciones, a saber: (i) que la sociedad española directamente, o junto con sus entidades vinculadas económicamente, posea directa o indirectamente más del 50% en el capital, fondos propios, resultados y/o derechos de voto de la entidad extranjera; y (ii) el impuesto corporativo pagado sobre las rentas pasivas en el exterior sea inferior al 75% del impuesto español.³⁰
- (II) el francés, el cual solo aplica en cabeza de aquellas sociedades francesas que posean una participación, directa o indirecta, superior al 50% de la entidad extranjera que esté sujeta a un régimen tributario preferencial. Sin embargo, el aludido umbral del 50% se reducirá al 5% cuando el 50% de las acciones poseídas en la sociedad extranjera sean tenidas a través de otras sociedades francesas u otras sociedades francesas que directa o indirectamente son controladas por la sociedad francesa tenedora del anotado 5%.³¹
- (III) el del Reino Unido, el cual solo se aplica en cabeza de personas residentes británicas que tengan “control” en la entidad extranjera. Cabe advertir que el “control” se establece considerando los derechos de las participaciones en las entidades extranjeras por parte de los mencionados residentes, junto a los derechos que posean otras personas relacionadas con tales residentes. Así, y en todo caso, para estos propósitos se entiende que existe control cuando los mencionados residentes tienen el poder de asegurar que los asuntos de las entidades extranjeras sean conducidos de conformidad con la voluntad de dichos residentes.³²

De otra parte, y según lo expuesto en relación con la configuración del régimen ECE colombiano, este no estableció ninguna excepción. Es decir, que Colombia no siguió la recomendación hecha por la OCDE/G20 en cuanto a no aplicar el régimen sobre las ECE que no estén sujetas a tasas efectivas de baja tributación con respecto a la tasa del impuesto sobre la renta y complementario

(2018).

30 Elizabeth Gil García. *Spain*, en *Taxation of Intellectual Property under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties*, 614, ed., IBFD Publications BV, Amsterdam. (2018).

31 Mathieu Daudé. *France*, en *Taxation of Intellectual Property under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties*, 399, ed., IBFD Publications BV, Amsterdam. (2018).

32 Anne Fairpo. *United Kingdom*, en *Taxation of Intellectual Property under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties*, 679, ed., IBFD Publications BV, Amsterdam. (2018).

colombiano; y, para lo cual, según la OCDE/G20, también, recomendó que podría adoptarse una lista “blanca” o “negra” de jurisdicciones que permita identificar con facilidad cuándo una ECE se encuentra sujeta a tarifas efectivas de tributación significativamente bajas.³³ Lo anterior, en consideración a que el objetivo del régimen ECE consiste en gravar las rentas (pasivas) devengadas por las sociedades y entidades extranjeras que no desarrollen actividades industriales y comerciales con sustancia económica, en jurisdicciones de baja o nula imposición o de regímenes tributarios preferenciales.³⁴

Por consiguiente, en exceso del propósito general de los regímenes ECE, el colombiano resulta severo, dado que este no solo pretende someter a las ECE en el ejemplo arriba anotado, sino también pretende gravar las rentas pasivas de las ECE que desempeñen actividades reales y sustanciales, ya que el legislador colombiano consagró una lista rígida y taxativa de rentas que se consideran como pasivas dentro de las cuales se encuentran los ingresos derivados de la cesión del uso, goce o explotación de activos intangibles tales como marcas, patentes, fórmulas, software, propiedad intelectual e industrial y otras similares; los ingresos provenientes de la enajenación o cesión de derechos sobre activos que generen rentas pasivas; los ingresos provenientes de la enajenación o arrendamiento de inmuebles; los ingresos provenientes de la compra o venta de ciertos bienes corporales; los ingresos provenientes de la prestación de servicios técnicos, de asistencia técnica, administrativos, ingeniería, arquitectura, científicos, calificados, industriales y comerciales, para o en nombre de partes relacionadas en una jurisdicción distinta a la de la residencia o ubicación de la ECE; intereses o rendimientos financieros, salvo de una ECE controlada por una sociedad nacional sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o sea una institución financiera del exterior y que no esté domiciliada, localizada o constituida en una jurisdicción no cooperante o de baja o nula imposición que no intercambie información, efectivamente, de manera automática con Colombia; y los dividendos, retiros, repartos y cualquier otra forma de distribución o realización de utilidades provenientes de participaciones en otras sociedades o vehículos de inversión salvo que (I) las utilidades que son susceptibles de distribución correspondan a rentas activas de la ECE –estas son, aquellas que no se encuentren dentro de la mencionada lista o (II) de haberse distribuido directamente a los residentes fiscales colombianos, la mencionada distribución estuviere exenta en Colombia en virtud de convenios para evitar la doble imposición (artículo 884 del ET).

33 Ver *Supra* Note 10.

34 Ver *Supra* Note 2.

En ese orden de ideas, en el caso colombiano, por ejemplo, la obtención de rentas producto de la explotación de propiedad intelectual (“PI”) por parte de la ECE estará sujeta al régimen ECE, independientemente de que su obtención haya sido como resultado de cumplir el criterio de actividad sustancial contenido en la Acción 5 de la OCDE/G20 -consistente en reconocer la realización de actividades como reales por el devengo de gastos en investigación + desarrollo, en proporción a la renta obtenida³⁵ y de llevar a cabo actividades económicas generadoras de valor, que se encuentren debidamente demostradas en los correspondientes estudios de precios de transferencia, de conformidad con las acciones 8, 9 y 10 de la OCDE/G20³⁶, en concordancia con la Acción 3 de las mismas instituciones.³⁷

Así, ante la severidad advertida del régimen ECE colombiano, que puede afectar el derecho fundamental a la libertad de empresa,^{38 39} ya que dicho régimen desincentiva la expansión de los negocios de las EMN de origen colombiano hacia el exterior, incluso bajo el marco de los Acuerdos de Protección Recíproca de Inversiones y los Tratados de Libre Comercio en vigor suscritos por Colombia. El autor del presente escrito sugiere que el actual régimen ECE colombiano sea modificado con el fin de eximir o excluir del mismo a aquellas ECE que no estén sujetas a tasas realmente bajas con respecto a la tasa efectiva del impuesto sobre la renta y complementario, y/o desarrollen actividades con sustancia económica

35 OECD (2015), *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. 1.1.2. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en> (05 Octubre 2015).

36 Ruxandra Vlasceanu, *Intellectual Property Structuring in the Context of the OECD BEPS Action Plan, in International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, 219-248, ed., IBFD Publications BV. (2015).

37 Ver *Supra* Note 8. “(...) Las normas de TFI (transparencia fiscal internacional) podrían incluir una versión del enfoque del nexo como un análisis de sustancia conforme a la cual la renta obtenida por la SEC (sociedad extranjera controlada) que satisfaga los requisitos establecidos por el enfoque del nexo quedaría excluida de gravamen a los efectos de las normas de TFI, mientras que el resto de la renta derivada de los activos de PI elegibles conforme al enfoque del nexo sí resultaría gravable. De acuerdo con esta versión del enfoque del nexo, toda la renta derivada de los activos de PI elegibles quedará sometida a gravamen conforme a las normas de TFI, a menos que el contribuyente pueda demostrar que dicha renta habría podido acogerse a los beneficios de un régimen PI compatible con el enfoque del nexo en la jurisdicción donde reside la SEC. Si dicho régimen de PI no siguiera el enfoque del nexo, quedarían sujetas al régimen de TFI todas las rentas derivadas de activos de PI elegibles adquiridos de una parte vinculada o desarrollados conjuntamente con ella, a menos que el contribuyente pueda demostrar que dicha renta habría podido acogerse a los beneficios conforme al propio enfoque del nexo. Como esta opción solo sería aplicable, respecto de las rentas derivadas de los activos de PI elegibles, debería combinarse con otro tipo de análisis de sustancia para los otros tipos de renta (incluyendo otras rentas de PI)”.

38 Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 338. Julio 7 de 1991 (Colombia).

39 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-263 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Abril 6 de 2011). “La libertad de empresa comprende la facultad de las personas de “(...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas de la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”. Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica; (ii) la libre iniciativa privada”.

producto de la explotación de PI. Para lo cual también tendrá que ajustarse la clasificación de rentas pasivas y llevar a cabo actividades en países en vía de desarrollo que ofrezcan incentivos fiscales como los regímenes de zona franca, de tal manera que no se vean plenamente afectados por el régimen ECE.⁴⁰

1.2.2. La configuración del régimen ECE en el caso de las sociedades y/o entidades domiciliadas, constituidas o en operación en una jurisdicción no cooperante o de baja o nula imposición o sometidas a un régimen tributario preferencial.

Bajo presunción de hecho⁴¹, *“los residentes fiscales tienen control⁴² sobre las ECE que se encuentren domiciliadas, constituidas o en operación en una jurisdicción no cooperante o de baja o nula imposición o a entidades sometidas a un régimen tributario preferencial en los términos del artículo 260-7 del Estatuto Tributario, independientemente de su participación en ellas”* (control legal y/o resultados).⁴³ (Cursiva, negrilla y subrayado fuera del texto original).

Bajo el contexto de que el régimen ECE pretende combatir el diferimiento del impuesto sobre la renta en cabeza de los residentes fiscales por causa de la falta de distribución de las utilidades originadas en la obtención de las rentas (pasivas) por parte de las ECE y debido al “control” que los primeros ejercen sobre las últimas, la lectura del citado texto permite concluir que:

- (I) Salvo prueba en contrario, se presume que los residentes fiscales que tengan una participación, con independencia del porcentaje, en el capital y/o resultados (control legal y/o económico) de las ECE en cuestión, tienen control sobre aquellas desde el punto de vista del régimen de precios de transferencia, según los numerales i., ii., iv. y v del Literal b) del numeral 1° del artículo 260-1 del ET o el numeral 5 del artículo 260-1 del ET; y, por tanto, el régimen ECE tendría aplicación. En este mismo sentido, la DIAN se pronunció mediante el Concepto Unificado.⁴⁴

40 Ver *Supra Note 2*.

41 Las presunciones de hecho admiten prueba en contrario, mientras que las presunciones de derecho no.

42 Esta expresión de “control” hace alusión al concepto de control del artículo 882, esto es, que los residentes fiscales colombianos controlan la ECE, en los términos de (i) los numerales i., ii., iv. y v del Literal b) del numeral 1° del artículo 260-1 del ET o (ii) el numeral 5 del artículo 260-1 del ET.

43 Estatuto Tributario. Decreto 624 de 1989. Art. 882, parágrafo 2°. Marzo 30 de 1989 (Colombia).

44 Ver *Supra Note 28*. Pág. 10. “se admite prueba en contrario y el contribuyente puede desvirtuar el hecho indicador sobre el control que tienen los residentes en entidades controladas del exterior domiciliadas, constituidas o en operación en una jurisdicción de nula o de baja imposición o a entidades sometidas a un régimen tributario preferencial”.

No obstante, en estos eventos, el régimen ECE no tendría lugar cuando no se configure el control sobre las ECE en cuestión por parte de residentes fiscales colombianos bajo los criterios del régimen de precios de transferencia contenidos en (1) los numerales i., ii., iv. y v del Literal b) del numeral 1° del artículo 260-1 del ET o (2) el numeral 5 del artículo 260-1 del ET,⁴⁵ a pesar de la existencia de residentes fiscales colombianos con una participación inferior, igual o superior al 10% -sin que en ningún caso exceda el 50%- en el capital y/o resultados de dichas entidades. Lo anterior, siempre y cuando sea debidamente probado por los residentes fiscales, para lo cual podrán emplear los estatutos y el libro de accionistas de las entidades en cuestión.

- (II) El control se presume legalmente respecto de las ECE domiciliadas, constituidas o en operación en (i) una jurisdicción no cooperante o de baja o nula imposición, las cuales se encuentran listadas en el artículo 1.2.2.5.1 del Decreto Único Reglamentario en materia tributaria No. 1625 del 2016⁴⁶ o (ii) entidades sometidas a un régimen tributario preferencial en los términos del artículo 260-7 del ET, las cuales no se encuentran listadas.

En relación con el último evento, la DIAN, mediante el Concepto Unificado, manifestó que la lista de regímenes tributarios preferenciales no requiere ser expedida para efectos de su aplicación, dado que el artículo 260-7 del ET dispone, literalmente, que el Gobierno nacional “podrá” listarlos siguiendo los parámetros fijados en el citado artículo. Y, por tanto, es al contribuyente a quien, mientras tanto, le corresponde determinar si la ECE se encuentra domiciliada, constituida o en operación en el régimen en cuestión con obser-

45 En este evento, los criterios de vinculación económica del régimen de precios de transferencia comprenden varios criterios de control legal, económico y de facto, dentro de los cuales se encuentran (I) la sujeción de la decisiones de una sociedad a la voluntad de otra u otras personas, (II) la posesión, directa o indirecta, del más del 50% del capital en una sociedad, (III) la posesión, conjunta o separada, del derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tenga el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere, y (IV) el control conforme a los supuestos previstos en el artículo 260-1 del ET, sea ejercido por una o varias personas naturales, jurídicas, entidades o esquemas de naturaleza no societario, bien sea directa o indirectamente, en las cuales esta o estas posean más del 50% del capital o configuren la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad, entre otros criterios.

46 Antigua y Barbuda, Archipiélago de Svalbard, Colectividad Territorial de San Pedro y Miquelón, Estado de Brunei Darussalam, Estado de Kuwait, Estado de Qatar, Estado Independiente de Samoa Occidental, Granada, Hong Kong, Isla Queshm, Islas Cook, Islas Pitcairn, Henderson, Ducie y Oeno, Islas Salomón, Labuán, Macao, Mancomunidad de Dominica, Mancomunidad de las Bahamas, Reino de Bahréin, Reino Hachemí de Jordania, República Cooperativa de Guyana, República de Angola, República de Cabo Verde, República de las Islas Marshall, República de Libéria, República de Maldivas, República de Mauricio, República de Nauru, República de Seychelles, República de Trinidad y Tobago, República de Vanuatu, República del Yemen, República Libanesa, San Kitts & Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Elena, Ascensión y Tristán de Cunha, Santa Lucía y Sultanía de Omán.

vancia del artículo 260-7.2 del ET, el cual prescribe que existirá dicho régimen cuando se cumplan con dos de los siguientes cinco criterios:⁴⁷

- (1) Inexistencia de tipos impositivos o existencia de tipos nominales sobre la renta bajos, con respecto a los que se aplicarían a Colombia en operaciones similares, (2) carencia de un efectivo intercambio de información o existencia de normas legales o prácticas administrativas que lo limiten, (3) falta de transparencia a nivel legal, reglamentario o de funcionamiento administrativo, (4) inexistencia del requisito de una presencia local sustantiva, del ejercicio de una actividad real y con sustancia económica; y (5) aquellos regímenes a los que solo pueden tener acceso personas o entidades consideradas como no residentes de la jurisdicción en la que opera el régimen tributario preferencial correspondiente (*ring fencing*).

Así las cosas, bajo la posición administrativa, y a pesar de que Barbados fue excluida de la lista de jurisdicciones de no cooperantes o baja o nula imposición en Colombia,⁴⁸ se podría concluir que sus regímenes tributarios denominados “*International Business Companies*”, “*International trust*” e “*International Financial Services*”, entre otros, podrían calificarse como regímenes tributarios preferenciales para efectos del régimen ECE, por cuanto cumplirían con los criterios (1)⁴⁹ y (5)⁵⁰ del artículo 260-7.2 del ET.

No obstante lo anterior, la posición de la DIAN, no es compartida por el autor del presente escrito, por cuanto la posición administrativa desconoce los principios de eficiencia, certeza y seguridad jurídica del sistema tributario colombiano debido a que:

- (I) en primer lugar, si bien el texto literal del artículo 260-7 del ET dispone que el Gobierno nacional “podrá” emitir la lista de regímenes tributarios preferenciales, le corresponde al Gobierno proferir la lista en cuestión, la cual sea objeto de actualización –como tuvo lugar con la lista de jurisdicciones no cooperantes o de baja o nula imposición-.⁵¹

47 Ver *Supra Note* 28. Pág. 4.

48 Decreto 2095 de 2014 [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Por medio del cual se modifica el artículo 1° del Decreto número 1966 de 2014. Octubre 21 de 2014.

49 Tarifa del impuesto sobre la renta que oscila entre el 0,25% y el 2,5% para el régimen de “*International Business Companies*” e “*International Financial Services*”. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-barbadoshighlights-2018.pdf> (16 octubre, 2018).

50 OECD (2017), *Harmful Tax Practices – 2017 Progress Report on Preferential Regimes: Inclusive Framework on BEPS: Action 5*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264283954-en>.

51 Ver *Supra Notes* 23, 24 y 25.

Lo anterior, particularmente, considerando que la OCDE/G20 realiza ajustes y/o actualizaciones permanentes a la lista de jurisdicciones, cuyos regímenes tributarios —en todo o en parte— han sido calificados como regímenes preferenciales.⁵² De esta manera, el sistema tributario colombiano proveería facilidad en cuanto a la administración del impuesto sobre la renta y complementario para la misma DIAN, y proveería reglas claras para todas las partes en cuanto al momento exacto de la configuración de los efectos fiscales del régimen ECE en consideración a los principios de causación/devengo de las rentas pasivas en el impuesto sobre renta y complementario, bajo criterios objetivos. Esto es, sin dejar al arbitrio de cada caso la determinación de la existencia o no de regímenes tributarios preferenciales en particular.

- (II) en segundo lugar, los criterios para determinar la existencia de un régimen tributario preferencial no se encuentran definidos ni desarrollados en el texto legal, por lo que es necesario su desarrollo vía reglamento⁵³ por parte del Gobierno nacional para su correcta y cumplida ejecución en cabeza de la DIAN y los contribuyentes.

Así, a modo de ejemplo, el primer criterio relativo a la “*existencia de tipos nominales sobre la renta bajos, con respecto a los que se aplicarían en Colombia en operaciones similares*” no se encuentra definido, por lo que no es claro en cuáles eventos se configura la presente causal, dando lugar a los siguientes interrogantes: ¿toda aquella tarifa inferior a la tarifa general (33% en el 2019, 32% en el 2020, 31% en el 2021 y 30% en el 2022) da lugar a la configuración de la causal en cuestión?, o ¿solamente las tarifas que oscilen entre (1) el 0% al 5%, o (2) el 0% al 10%, o el 0% al 20% da lugar a la configuración de la referida causal?

1.3. Las rentas pasivas del régimen ECE, y el fenómeno de la excesiva tributación del régimen ECE colombiano

De conformidad con los artículos 883, 887, 888 y 890 del ET, en los eventos previamente expuestos, los residentes fiscales deben declarar como propias las rentas pasivas que hayan devengado las ECE, las cuales tienen que ser determinadas de acuerdo con las reglas del ET colombiano.

52 Ver *Supra* Note 50.

53 Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 189.11. Julio 7 de 1991 (Colombia). “*Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes*”.

Si bien es cierto que, desde el punto de vista administrativo, es más “fácil” para la DIAN determinar las rentas pasivas de las ECE de conformidad con el régimen tributario colombiano, según lo propone la OCDE/G20,⁵⁴ ello puede causar una excesiva tributación al no reconocer, por ejemplo, la posibilidad de:

- (I) amortizar fiscalmente los activos intangibles formados internamente (intangibles legalmente protegidos y el *software*, por ejemplo);⁵⁵ máxime cuando no se adoptó ninguna excepción a los ingresos considerados como pasivos en consideración a aquellos eventos en donde las ECE desarrollen actividades con sustancia generadoras de valor debidamente demostradas en estudios de precios de transferencia, de conformidad con las Acciones 8, 9 y 10 de la OCDE/G20, y
- (II) gozar de los beneficios otorgados por otras jurisdicciones, en cumplimiento de la Acción 5 de la OCDE/G20, en concordancia con la Acción 3 de las mismas instituciones.

Por lo anterior, el autor del presente escrito recomienda que se establezcan los casos precisos bajo los cuales las rentas pasivas de las ECE no sean determinadas como tal bajo el sistema tributario colombiano, por cuanto aquellas operan de acuerdo con la realidad jurídica/económica/tributaria de otros Estados; o que, en su defecto, se establezcan excepciones a los ingresos pasivos para efectos de considerarlas como ingresos activos, según las recomendaciones de la OCDE/G20, en los términos ilustrados.

De otra parte, el artículo 891 del ET dispone que, en caso de que las ECE experimenten pérdidas fiscales, estas no podrán ser registradas ni compensadas con las utilidades que dichas ECE generen en el futuro por parte de los residentes fiscales colombianos, desatendiendo la recomendación hecha por la OCDE/G20 en este sentido.⁵⁶

No obstante la disposición legal, cuya interpretación es ratificada por la DIAN, mediante el Concepto Unificado.⁵⁷ Teniendo en cuenta lo anterior para el autor del presente escrito dicha interpretación resulta inconstitucional.

Lo anterior, debido a que el régimen ECE se constituye en un régimen confiscatorio, ya que no atiende una política fiscal fundada en los principios de

54 Ver *Supra Note* 8. Págs. 57 y 58.

55 Estatuto Tributario. Decreto 624 de 1989. Arts. 74, 74-1 y 143. Marzo 30 de 1989 (Colombia).

56 Ver *Supra Note* 8. Pág. 57.

57 Ver *Supra Note* 28. Págs. 25 y 26.

generalidad del tributo, equidad (vertical),⁵⁸ justicia tributaria, eficiencia y progresividad del sistema tributario,^{59 60} cuya aplicación no permite que el impuesto sobre la renta y complementario revele la verdadera capacidad del pago del contribuyente, esto es, registrar no solo las ganancias sino también las pérdidas (fiscales) de las ECE en cabeza del contribuyente, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional.⁶¹ Si bien es cierto que el régimen ECE pretende combatir la erosión de las bases fiscales del impuesto sobre la renta y complementario, dicho propósito no es suficiente ni constitucionalmente razonable para efectos de prohibir la posibilidad de compensar las pérdidas fiscales. Como resultado de lo anterior, el autor del presente escrito sugiere que el Estado colombiano adopte las modificaciones legales que permitan el reconocimiento de las pérdidas fiscales de las ECE y la posibilidad de compensarlas con las utilidades que ellas mismas generen, según lo previsto en el artículo 147 del ET.

2. La aplicación del régimen ECE bajo los convenios tributarios en vigor suscritos por Colombia⁶²

Se ha debatido ampliamente la compatibilidad del régimen ECE con los Convenios de Doble Imposición, y Colombia no es ajena a ello. En este contexto, algunos practicantes consideran que el régimen ECE es incompatible con los Convenios de Doble Imposición (“CDI”), por cuanto:

- (l) En el caso de las rentas (pasivas) atribuibles directamente a los residentes fiscales del Estado de la residencia, como si dichos residentes las hubieran devengado: los Estados de la residencia no tienen la potestad de gravar las rentas de los residentes fiscales de los otros Estados parte, a no ser que sean atribuibles a un establecimiento permanente (“EP”) ubicado en los Estados de la residencia, según lo dispuesto en los artículos 7° (beneficios empresariales) y 5° de los CDI.

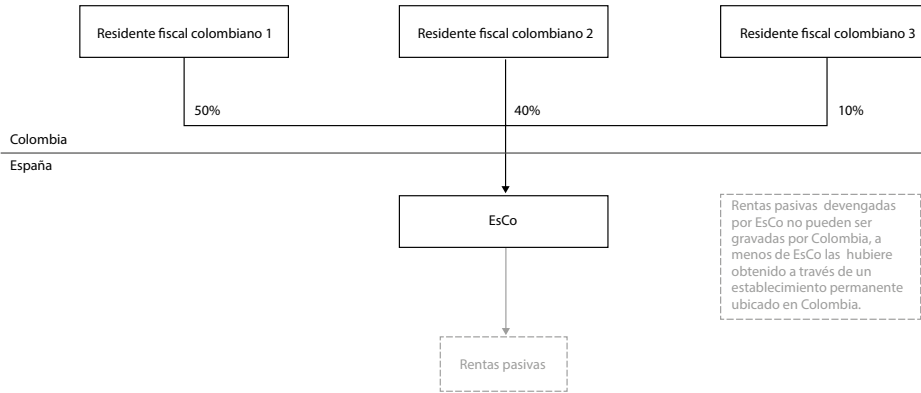
58 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-291 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: Mayo 20 de 2015). “(...) la equidad vertical, que implica una mayor carga contributiva sobre aquellas personas que tienen más capacidad económica”.

59 Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 95.9. Julio 7 de 1991 (Colombia). “Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”.

60 Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 363. Julio 7 de 1991 (Colombia). “El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad”.

61 Ver *Supra* Note 61.

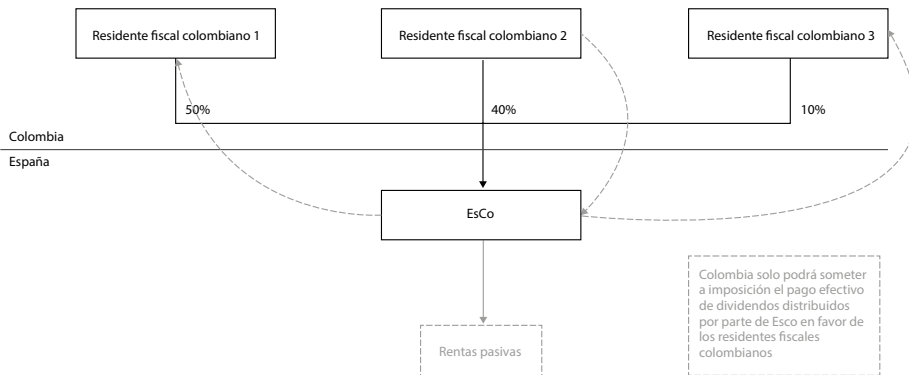
62 Colombia tiene en vigor Convenios de Doble Imposición con Canadá, Chile, Corea del Sur, España, India, México, Portugal, República Checa y Suiza. Adicionalmente, Colombia, en calidad de miembro de la Comunidad Andina de Naciones – CAN, es parte de la Decisión 578, cuyo objetivo consiste en evitar la doble tributación (jurídica) y prevenir la evasión fiscal. Así, la CAN es integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.



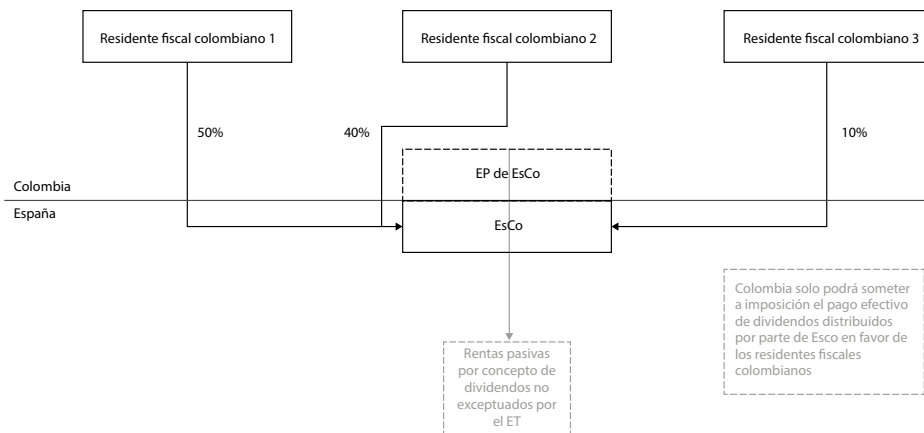
(II) En el caso de las rentas (pasivas) consideradas como distribuidas vía dividendos por parte de las ECE en favor de los residentes fiscales del Estado de la residencia: el Estado de la residencia no tiene la potestad de gravar la distribución de dividendos por parte de la ECE que es residente fiscal del otro Estado contratante, excepto en la medida en que:

- (i) dichos dividendos sean pagados en favor de los residentes fiscales del Estado de la residencia o estén, efectivamente, conectados con un EP situado en el Estado de la residencia

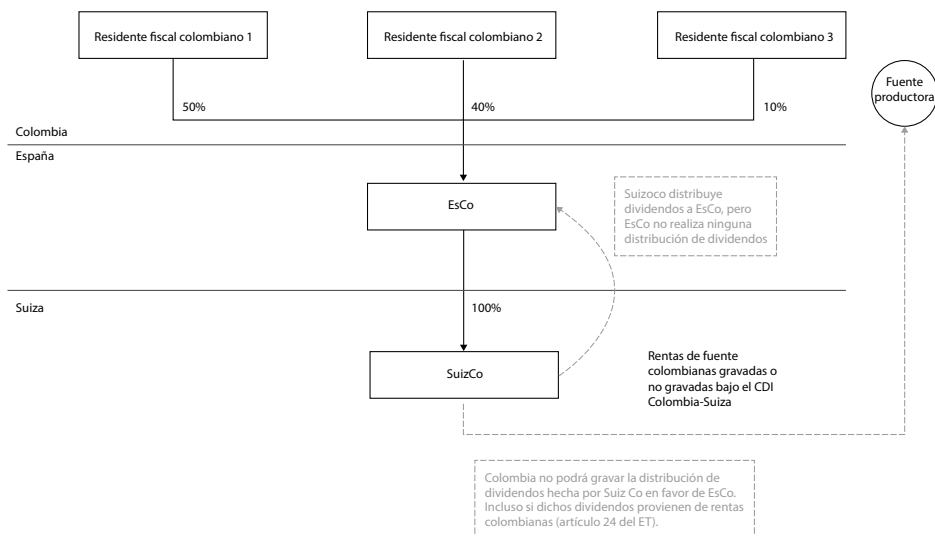
Escenario de pago de dividendos



Escenario de devengo de dividendos a través de un establecimiento permanente ("EP").



- (ii) se deriven de utilidades no distribuidas, incluso si las anotadas utilidades tienen su fuente en el Estado de la residencia, según lo dispuesto en el artículo 10.5 de los CDI.



En vista de lo anterior, en 1992⁶³ y 2010⁶⁴, la OCDE introdujo adiciones a los Comentarios sobre el Modelo de Convenio (“MC”), mediante los cuales señaló que el régimen ECE adoptado unilateralmente por los Estados constituyen un instrumento legítimo para proteger sus bases fiscales, cuyo mecanismo consiste en gravar a sus residentes fiscales respecto de las rentas atribuidas a ellos en proporción a su participación en ciertas entidades, sin afectar el derecho de los otros Estados en gravar los beneficios obtenidos por dichas entidades, de conformidad con los artículos 7° y 10 de los CDI.

De esta manera, la OCDE concluyó que el régimen ECE estructurado de la manera advertida no es incompatible con las normas de los CDI, en particular con los artículos 7° y 10. Por esta razón, a juicio de la OCDE, no es necesario que los Estados partes de los CDI expresamente aclaren que sus normas relativas al régimen ECE son compatibles con dichos tratados internacionales.

Dicho esto, en el plano internacional, se encuentra que:

- en Finlandia,⁶⁵ Japón⁶⁶ y el Reino Unido⁶⁷, se concluyó que el régimen ECE no era incompatible con sus CDI (artículos 7°, en el caso finlandés y japonés; y 11, en el caso británico); mientras que, en Francia, se concluyó que dicho régimen sí era incompatible con el artículo 7° del CDI franco-suizo, por cuanto Francia no podía gravar los beneficios devengados por la ECE suiza, la cual no tenía un EP en Francia, en cabeza de la sociedad francesa, vía atribución presunta del ingreso.⁶⁸
- en Brasil,⁶⁹ se concluyó que el régimen ECE no podía gravar las rentas pasivas a título de distribución de dividendos sobre utilidades que no fueran efectivamente distribuidas, bajo el artículo 10.5 del CDI en vigor entre Brasil y el Reino de los Países Bajos.
- en la Unión Europea, en el caso Cadbury Schweppes v. la Autoridad Tributaria irlandesa, la Corte Europea de Justicia concluyó que el régimen ECE no era aplicable sobre estructuras que no fueran artificiales; pues de lo contra-

63 Los párrafos 23 y 26 sobre el artículo 1° y 37, 38 y 39 sobre el artículo 10 del Modelo de Convenio.

64 El párrafo 14 sobre el artículo 7° del Modelo de Convenio.

65 Ver *Supra Note 3*. Pág. 220.

66 Ver *Supra Note 2*. Pág. 23.

67 Ver *Supra Note 3*. Pág. 219.

68 Conseil d’État. Sentencia. Proceso 232276. Société Schneider Electric. (M.P. Denoix de Saint Marc; Junio 28 de 2002).

69 Luís Eduardo Schoueri & Ricardo André Galendi Júnior, *Brazil: Taxation of Controlled Foreign Companies in Brazil – Still a Case for Article 7°*, en *Tax Treaty Case Law around the Globe 2017*, 171-184, ed., IBFD Publications BV. (2018).

rio, ello constituiría una violación en contra del derecho a la libertad de establecimiento (*freedom of establishment*).⁷⁰

Así las cosas, en el caso colombiano, si bien, para la fecha de la suscripción de los CDI en vigor que tiene Colombia –exceptuando la Decisión 578 de la Comunidad Andina de Naciones (“CAN”)–, el régimen ECE no existía, ello no implica que su posterior adopción resulte inaplicable e incompatible debido a que:

- (I) en la negociación de los artículos 1° y 7° de los CDI, el Estado colombiano ha utilizado el MC, cuyos Comentarios señalan la compatibilidad del régimen ECE con los CDI. De esta manera, los artículos 1° y 7° del MC junto con sus Comentarios forman parte del “contexto” de los referidos CDI para efectos de su interpretación,⁷¹ de conformidad con el artículo 31.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁷² en concordancia con el artículo 3.2 de dichos CDI.⁷³
- (II) el artículo 7° de los CDI no impide que Colombia, como Estado de la residencia, que, de acuerdo con su normatividad local, pueda atribuir las rentas pasivas de las ECE en cabeza de sus residentes fiscales colombianos como si estos últimos las hubieren devengado directamente para los efectos del impuesto sobre la renta y complementario, sin que implique una violación de los CDI, en los términos previamente expuestos. No obstante, Colombia deberá proveer el mecanismo de alivio de doble tributación.

De otra parte, en cuanto a la Decisión 578 de la CAN, el autor del presente escrito considera que las disposiciones de la misma no impiden que Colombia pueda atribuir las rentas pasivas de las ECE domiciliadas en Bolivia, Ecuador y Perú en cabeza de sus residentes fiscales colombianos.

Sin embargo, a diferencia de los CDI, el artículo 3° de la Decisión 578 de la CAN, en concordancia con los artículos 6° (beneficios de las empresas), 8°

70 Frans Vanistendael, Rita Szudoczky, Richard Resch *et al.* ECJ Direct Tax Compass 2013. Pág. 217. Ed. IBFD Publications BV. (2013).

71 Frank Engelen. Interpretation of Tax Treaties under International Law. Pág. 446. Ed. IBFD Publications BV. (2004).

72 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Art. 31.2. Mayo 23, 1969. “*Para efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además, del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado. b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.*”

73 El artículo 3.2 de los CDI, en líneas generales, estipulan que “*para la aplicación del Convenio en cualquier momento un Estado contratante, todo término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por la legislación fiscal sobre el que resultaría de otras ramas del Derecho de ese Estado.*”

(beneficios de empresas de transporte, 9° (regalías), 10 (intereses), 11 (dividendos), 12 (ganancias de capital) y 14 (beneficios empresariales por la prestación de servicios, servicios técnicos, asistencia técnica y consultoría), establece que las rentas por dichos conceptos solo podrán estar gravadas en el país miembro en donde tenga su “fuente productora”, según las reglas de distribución de la Decisión. Razón por la cual Colombia, como país de la residencia, tendrá la obligación de “*exonerarlas*” para los efectos del impuesto sobre la renta y complementario, si la fuente productora de las rentas en cuestión se encuentra en Bolivia, Ecuador o Perú.

Por lo tanto, si bien el Estado colombiano podrá atribuir las rentas pasivas devengadas por las ECE domiciliadas en Bolivia, Ecuador o Perú en cabeza de los residentes fiscales colombianos como si estos últimos las hubieren devengado directamente; Colombia se encontraría obligada a exonerarlas por virtud del artículo 3° de la Decisión 578, en la medida en que dichas rentas solo puedan estar gravadas por Bolivia, Ecuador y Perú, como países de la fuente, según las reglas de distribución de la aludida Decisión. Lo expuesto debido a que, en este caso, el fenómeno de la doble tributación se alivia bajo el método de la exención del ingreso, mas no bajo el método del crédito fiscal contenido en la normatividad doméstica colombiana.

3. Conclusiones y recomendaciones

De conformidad con lo expuesto en los títulos precedentes, el autor del presente escrito concluye que, si bien el régimen ECE colombiano es un instrumento legal que pretende combatir la erosión de la base fiscal del impuesto sobre la renta en cabeza de sus residentes fiscales, dicho régimen no siguió todas las recomendaciones formuladas por la OCDE/G20, para la preservación de una política fiscal sana que propenda por un buen clima de negocios para las EMN de origen colombiano, generando con ello imperfecciones en el diseño legal de su estructuración, puesto que:

- no estableció que las sociedades y entidades nacionales tengan la condición de sujetos pasivos del régimen, aunque la DIAN considere lo contrario, en violación de los principios constitucionales de certeza y eficiencia tributaria.
- no contempló excepciones para su aplicación, particularmente en aquellos casos en donde las ECE no se encuentran sujetas a tarifas efectivas de tributación significativamente bajas respecto de la colombiana.
- grava severamente las rentas que, aunque en principio sean consideradas como pasivas, se originen de actividades reales y sustanciales generadoras

de valor (intangibles legalmente protegidos y el *software*, por ejemplo), y, en algunos casos, gozando de beneficios fiscales otorgados por terceras jurisdicciones (régimenes de zonas francas, por ejemplo), con observancia de las Acciones 3, 5, 8, 9 y 10 de la OCDE/G20.

- no permitió la posibilidad de reconocer las pérdidas (fiscales) experimentadas por las ECE y, por ende, compensarlas con las utilidades futuras que aquellas obtengan, en violación de los principios constitucionales de equidad (vertical), generalidad del tributo, justicia tributaria y progresividad.

En ese orden de ideas, el autor del presente escrito considera que es conveniente y necesario que el Estado colombiano adopte las correcciones pertinentes para eliminar las imperfecciones señaladas, atendiendo las buenas prácticas propuestas por la OCDE/G20; y, de este modo, proveer un régimen que se encuentre en concordancia con los principios constitucionales en mención y genere un buen clima de negocios para las EMN de origen colombiano en el exterior, preservando el derecho constitucional a la libre empresa.

De otra parte, en desarrollo del régimen ECE, el Gobierno nacional no ha proferido la lista de jurisdicciones pertenecientes a los regímenes tributarios preferenciales que permita identificarlas y, así, proveer certeza jurídica en cuanto al momento en que los residentes fiscales colombianos se encuentran sujetos a dicho régimen, en este evento. No obstante, y a pesar de la posición administrativa, el Gobierno nacional debe expedir la mencionada lista para efectos de establecer reglas claras en cuanto al momento exacto de la configuración del régimen ECE en este evento, tanto para la DIAN como para los contribuyentes, en preservación del principio de eficiencia y certeza tributaria.

Finalmente, el régimen ECE es compatible con los CDI en vigor suscritos por Colombia y la Decisión 578 de la CAN, en los términos expuestos.

Bibliografía

- Anne Fairpo. "United Kingdom", en *Taxation of Intellectual Property under Domestic Law*, 2018, vol 16, núm. 20, pp. 679.
- Concepto General Unificado Régimen de Entidades Controladas del Exterior "ECE" No. 0386 [Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN]. Abril 4 de 2018.
- Conseil d'État. Sentencia. Proceso 232276. Société Schneider Electric. (M.P. Denoix de Saint Marc; Junio 28 de 2002).
- Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia).
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Mayo 23, 1969.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-594 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Julio 27 de 2010).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-263 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Abril 6 de 2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-291 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Mayo 20 de 2015).
- Chris Finnerty, Paulus Merks, Mario Petriccione *et al.* *Fundamentals of International Tax Planning*. Ed., IBFD Publications BV. (2007).
- Decreto 2095 de 2014 [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Por medio del cual se modifica el artículo 1° del Decreto número 1966 de 2014. Octubre 21 de 2014.
- Estatuto Tributario. Decreto 624 de 1989. Marzo 30 de 1989 (Colombia).
- Eric C.C.M. Kemmeren, “Legal and Economic Principles Support an Origin and Import Neutrality-Based over a Residence and Export Neutrality-Based Tax Treaty Policy”, en *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, 2010, núm 10, pp.237-316.
- Elizabeth Gil García. “Spain”, en *Taxation of Intellectual Property under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties*, 2018, vol 16, núm. 18, pp.614.
- Frank Engelen. *Interpretation of Tax Treaties under International Law*. Pág. 446. Vol.7. Ed., IBFD Publications BV. (2004).
- Vanistendael, Frans, Szudoczky, Rita, Resch, Richard *et al.*, *ECJ Direct Tax Compass*, 2013, Amsterdam, Ed., IBFD Publications BV, 2013. pp.217.
- Deloitte, *International Tax Barbados Highlights 2018*, 16 de mayo de 2018. Disponible en Web: <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-barbados-highlights-2018.pdf>> (Consulta: 16 de octubre de 2018).
- Bravo Arteaga, Juan Rafael, *Nociones Fundamentales de Derecho Tributario*, Tercera edición, Bogotá D.C., Ed. Legis, 2008, pp. 106-107.
- Larissa B. Neuman, Julia Ushakova-Stein, David N. de Ruig, Michael D. Knobler & Sean P. McElroy, “United States”, en *Taxation of Intellectual Property under Domestic Law*, 2018, vol 16, núm. 21, pp. 713-714.
- Luís Eduardo Schoueri & Ricardo André Galendi Júnior, “Brazil: Taxation of Controlled Foreign Companies in Brazil – Still a Case for Article 7”, en *Tax Treaty Case Law around the Globe 2017*, 2018, núm. 17, pp.171-184.
- Lydia G. Ogazón Juárez & Ridha Hamzaoui, “Common Strategies against Tax Avoidance: A Global Overview”, en *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, 2015, vol 2, núm. 1, pp.3-40.
- Mathias Valta, “*Taxation of Intellectual Property (IP) in Domestic Tax Law*”, en *Taxation of Intellectual Property under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties*, 2018, vol 16, núm. 1, pp. 3-16.
- Mathieu Daudé. “France”, en *Taxation of Intellectual Property under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties*, 2018, vol 16, núm. 14, pp. 399.

- Plazas Vega, Mauricio, Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario. Tomo II. Ed. Temis. (2005).
- OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 5 Octubre 2015. Disponible en Web: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>> (Consulta: 16 de octubre de 2018).
- OECD (2015), *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 5 Octubre 2015. Disponible en Web: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en>> (Consulta: 16 de octubre de 2018).
- OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 5 Octubre 2015. Disponible en Web: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>> (Consulta: 16 de octubre de 2018).
- OECD (2017), *Harmful Tax Practices – 2017 Progress Report on Preferential Regimes: Inclusive Framework on BEPS: Action 5*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 16 Octubre 2017. Disponible en Web: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264283954-en>> (Consulta: 16 de octubre de 2018).
- Ruxandra Vlasceanu, “*Intellectual Property Structuring in the Context of the OECD BEPS Action Plan*”, en *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, 2015, vol 2, núm. 8, pp. 219-248.