

PABLO ANDRÉS PÉREZ GARCÍA

**¿Pueden las sociedades holding colombianas acceder a los beneficios de los
CDI's?**

**Un análisis crítico desde la perspectiva de la residencia, el beneficiario
efectivo y la cláusula de propósito principal**

Maestría en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Tributario

Bogotá, Colombia 2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS EN DERECHO
TRIBUTARIO.

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao**

Secretaria General: **Dra. Martha Hinestrosa Rey**

Director Departamento
Derecho Fiscal: **Dra. Olga Lucía González**

Director de tesis: **Dr. Jose Manuel Castro**

Presidente de tesis: **Dr. Olga Lucía Gonzáles**

Jurados de tesis: **Dr. Julio Roberto Piza**
Dr. Roberto Insignares

Tabla Contenido

Introducción

Problema Jurídico. Caso objeto de análisis

Capítulo I. Estructura holding para la percepción de dividendos

- A. Definición, alcance y fundamento económico del concepto de holding
 - 1. Definición legal
 - 2. Fundamento económico
- B. Ámbito de aplicación del régimen holding para efectos tributarios
 - 1. Análisis desde la perspectiva colombiana
 - a. Espíritu y racionalidad de la CHC
 - b. Artículo 69 de la Ley 1943 de 2018. Tributación del régimen holding colombiano
 - 2. Regímenes especial de tributación en la región suramericana
 - a. Uruguay: Sociedades anónimas financieras de inversión
 - b. Panamá: *Headquarters Regime*
 - c. Chile: Sociedades Plataforma de inversión (SPN)

Capítulo II. Ámbito de aplicación de las CHC en el contexto de los Convenios para Evitar la Doble Imposición

- A. Ámbito de aplicación subjetivo en los CDI
- B. Concepto de beneficiario efectivo. Las CHC como sujetos destinatarios de los CDI's
 - 1. Antecedentes

2. Concepto General de Beneficiario Efectivo
3. Elementos Del Beneficiario Efectivo
4. Beneficiario efectivo en el derecho colombiano
5. Beneficiario efectivo para fines de abuso
6. Beneficiario efectivo con fines de información

Capítulo III. El problema de aplicación de las CHC en un contexto de abuso de tratados

- A. Antecedentes de la Acción 6 y el estado de la cuestión en la red colombiana de CDI's
- B. Cláusula de Propósito principal (PPT)
 1. Análisis crítico de la PPT en el Régimen de las CHC
 2. Análisis de los elementos de la Cláusula de PPT
 - a. Primer test o elemento subjetivo
 - b. Segundo test o elemento objetivo
 3. Compatibilidad entre la cláusula PPT en un CDI y el IML: Caso Colombiano

Capítulo IV. Conclusiones

Bibliografía

Introducción

El Régimen Holding Colombiano (En adelante “CHC”) fue incorporado por el legislador en el artículo 69 de la Ley 1943 de 2018 y posteriormente incluido en los artículos 894, 895, 896, 897 y 898 del Estatuto Tributario como una respuesta cuando menos teórica, para estimular la Inversión Extranjera Directa a través de la introducción de un régimen de renta territorial para dividendos y rentas provenientes de la enajenación de acciones, el cual tiene como finalidad alinear a Colombia con los estándares internacionales más recientes de sustancia y prevención del abuso en materia fiscal.

Así las cosas, la CHC surge como una opción competitiva que busca además generar empleos, generar un crecimiento en la inversión extranjera, en la medida en que se exigen como requisitos la contratación de al menos tres empleados, la obligación de contar con una dirección corporativa propia en Colombia y la necesidad de ubicar la toma de decisiones estratégicas del holding en el país.

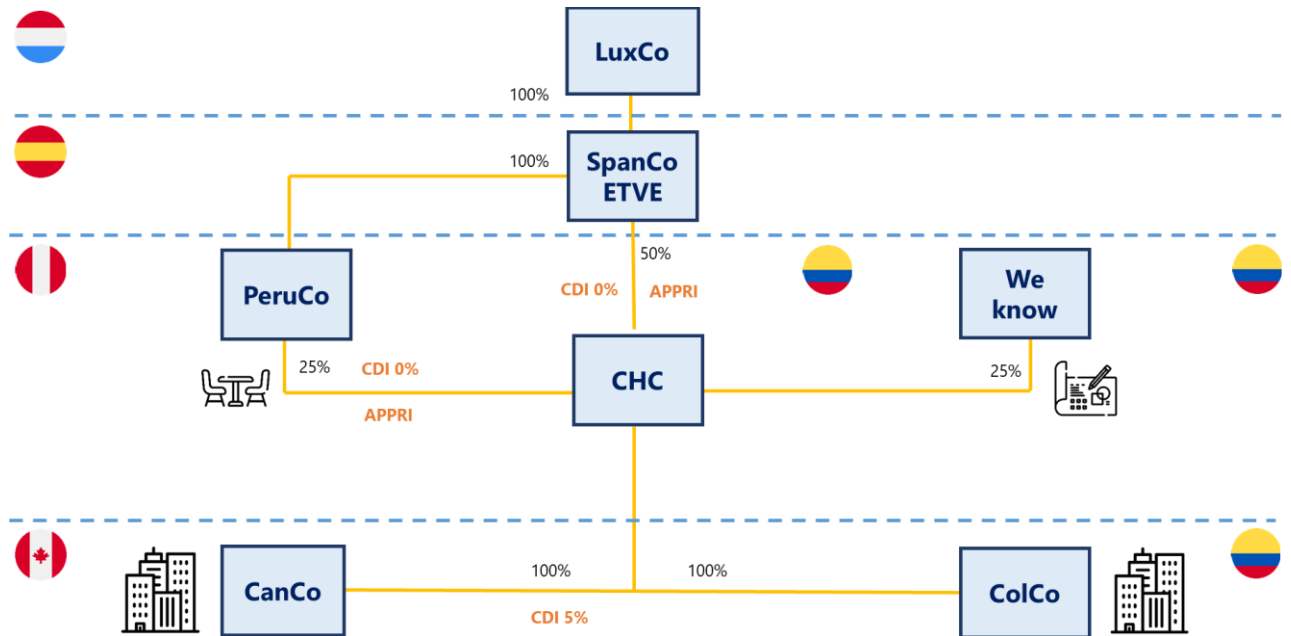
Para tales efectos, nos proponemos verificar si la CHC efectivamente es una medida eficaz para la atracción de inversión extranjera al país o si definitivamente resulta ser una política fiscal que llegó tarde para su tiempo, al ser una medida que al traer consigo beneficios tributarios, quizá pueda presentar dificultades de compatibilidad con los CDI’s suscritos por Colombia y con los nuevos estándares antiabuso que trajo consigo la acción 5 y 6 BEPS.

Así las cosas, en el presente trabajo analizaremos la aplicación del régimen bajo la luz de las normas internas y las disposiciones de los CDI’s suscritos por Colombia. Lo anterior, con el objeto de establecer si efectivamente la CHC puede entenderse como persona para los efectos de un convenio, si es residente y si cumple con los requisitos del beneficiario efectivo para entenderse como sujeto

destinatario de los beneficios del artículo 10 del MCOCDE referido a dividendo, más aun cuando a pesar de haberse aclarado el alcance de este concepto en los comentarios al modelo del año 2014, aún sigue suscitando cuestionamiento en la doctrina internacional y las altas cortes europeas como lo evidencia la Sentencias de 26 de febrero de 2019 (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16) conocida como la sentencia de las sociedades danesas.

Así también, validaremos si efectivamente la CHC podría encontrar dificultades en su aplicación con ocasión a la aplicación de las normas antiabuso presente en convenios, que para el caso en concreto nos referiremos únicamente a la Cláusula de Propósito Principal (PPT), con el objetivo de establecer si los beneficios que recibe la CHC podrían verse en discusión cuando quiera que un estado contratante decida inaplicar el convenio en virtud de la cláusula PPT, ya que por el hecho de ser un régimen territorial respecto de dividendos y ganancias de capital, per se ya implica la materialización de un propósito tributario.

Problema jurídico. Caso objeto de análisis



Hechos

1. The *World Investments* (en adelante el “Grupo”) es una empresa multinacional la cual tiene por objeto realizar actividades de inversión inmobiliaria y administración de activos colectivos, destinados a ofrecer espacios de trabajo compartidos tanto para startups tecnológicas como para todo tipo de empresas que han decidido cambiar su modelo organizacional. El Grupo actualmente cuenta con presencia en más de 50 países.
2. En 2017 los directivos del Grupo expandir el negocio hacia las Américas y designan como matriz de inversión a una compañía luxemburguesa (*LuxCo*).
3. Dado que España es un país de habla hispana, *LuxCo* incorpora una Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros (en adelante “*SpanCo o ETVE*”) para que sea esta compañía a través de la cual structure el modelo operacional y estratégico para Colombia, Perú, y Canadá.

4. Dado el importante monto de inversiones que va realizar El Grupo, se pretende hacer uso del acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre Colombia y España mediante el cual se proteja las inversiones de *SpanCo* de riesgos no comercial.
5. En razón a lo anterior, en el año 2019 *SpanCo* en ejecución de su estrategia de expansión y tras enterarse de los beneficios fiscales del nuevo régimen holding que surgió en Colombia tras la expedición de su última reforma tributaria, se incorpora una compañía holding colombiana (*en adelante CHC*) en alianza con su filial peruana (*PeruCo*), entidad que se dedica a la producción de mobiliario especializado para oficinas.
6. Adicionalmente, dado el renombrado talento colombiano en diseño de interiores, los directivos de *SpanCo* se asociaron con la compañía colombiana *WeKnow SAS*, con el objetivo de contar con una firma especializada para el diseño de sus inmuebles alrededor del mundo.
7. Así la cosas, el capital de la sociedad se encuentra constituido de la siguiente manera:
- | CHC | |
|-------------------|------------------------------------|
| Accionista | Participación en el capital |
| SpanCo | 50% |
| PeruCo | 25% |
| WeKnow | 25% |
8. La CHC en Colombia no tiene operaciones en el país, pero cuenta con 5 empleados y una oficina de 50 metros cuadrados en la cual recibe notificaciones y reúne a sus ejecutivos de marketing para LATAM una vez por mes los cuáles son convocados por el gerente regional de innovación domiciliado en Colombia.
9. Con el objetivo de fortalecer sus operaciones en Américas y aprovechar el creciente mercado de oportunidad para sus edificios en Colombia y en Canadá, se decidió que adquirir a través de holding colombiana el 100% de las acciones

de *CanCo* compañía establecida en Montreal, Canadá y *ColCo* compañía domiciliada en Bogotá, Colombia.

10. El régimen CHC dispone que los ingresos devengados por las compañías holding por concepto de dividendos o venta de acciones en sociedades extranjeras estarían exentos del impuesto sobre la renta y complementarios en Colombia y no estarían sujetos a impuesto de industria y comercio (ICA), entre otros beneficios.

11. Los accionistas de la CHC determinaron en los estatutos de la sociedad, que de conformidad con los artículos 151 y 420 del Código de Comercio de Colombia, una vez se hayan cerrado las cuentas y elaborado los estados financieros del ejercicio contable del año que corresponda, y se repartirán la totalidad de utilidades de la CHC a cada uno de los socios.

12. Colombia tiene vigente el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con Perú, el cuales tienen como finalidad ser utilizado como mecanismos de protección a la inversión que está realizando la empresa peruana en su holding colombiana.

13. Normatividad aplicable en cada una de las jurisdicciones respecto de las cuales se predicen relaciones societarias:

Normatividad aplicable				
Convenios de Doble Imposición				
Jurisdicción	Normas Aplicables	Artículo	Potestad tributaria	Limitación
Canadá	CDI Colombia y Canadá	10	Grava en el país de la residencia	- 5% si B.E es una sociedad que controla directa o indirectamente al menos el 10 % de las acciones con derecho a voto de la

				sociedad que paga los dividendos - 15% demás casos.
Perú	CDI CAN (Perú)	11	Grava en el país de la fuente	No aplica
España	CDI Colombia y España	10	Grava en el país de la residencia	-5% - 0% si BE es una sociedad que posea directa o indirectamente al menos el 20% del capital de la sociedad que paga los dividendos.
Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones				
Acuerdo			Vigencia	
Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Perú sobre promoción y protección recíproca de inversiones			Vigente desde diciembre 30 de 2010. Ley 1342 del 31 de julio de 2009. Aprobado mediante sentencia C-377 de 2010.	
Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.			Vigente desde el 22 de septiembre de 2007. Ley 1069 de 2006. Aprobado mediante sentencia C-309 de 2007.	
Otras normas aplicables				
Norma aplicables			Descripción	
Ley del Impuesto Sobre Sociedades (Artículo 21 Ley 27 de 2014)			Los dividendos distribuidos por una ETVE estarán exentos los dividendos o participaciones en beneficios de entidades,	

	cuando el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5 por ciento o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros.
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

En línea con el caso objeto de estudio, nos interesa cuestionarnos si efectivamente El Grupo gozaría de tratamientos especiales en razón a los Convenios de Doble Imposición suscritos por los países involucrados en las operaciones de expansión, y si la reglamentación interna de cada jurisdicción, en especial por el régimen legal de las CHC en Colombia, podría dar lugar a problemas prácticos tales como los que se plantean a continuación:

1. ¿La CHC resulta ser una medida eficaz para la atracción de la Inversión Extranjera de SpanCo y PeruCo?
2. ¿Se puede considerar a la CHC como residente para efectos del CDI entre Canadá y Perú?
3. ¿La CHC podría superar el test de beneficiario efectivo presente en el artículo 10 del CDI entre Colombia y Canadá?
4. ¿Podría Canadá inaplicar el CDI con Colombia en virtud de la cláusula PPT?

Capítulo I

Estructura holding para la percepción de dividendos

A. Definición, alcance y fundamento económico del concepto de holding

El inicio del concepto de holding surge en los siglos XVII y XVIII como una consecuencia del capitalismo mercantil, el cual tenía su principal razón de ser en el comercio como actividad económica básica. Precisamente, es en este contexto que surge la empresa comercial como una unidad organizada, dedicaba principalmente a desarrollar el comercio internacional como parte del fenómeno de la integración económica.

Como antecedente relevante, citamos a Couret y Martin (1991) ya que sostienen que la legislación luxemburguesa fue la primera ley fiscal en materia de sociedades holding en Europa. Así pues, la Ley Luxemburguesa del 31 de julio de 1929 sobre el régimen fiscal de sociedades de participación financiera (Sociedades holding)¹, actualmente derogada, definía en su artículo primero², apartado primero, a las sociedades holding como *“toda sociedad luxemburguesa que tiene por objeto exclusivo la tenencia de participaciones cualquiera que sea su forma, de otras sociedades luxemburguesas o extranjeras, y la gestión de esas participaciones, de manera que no tengan actividad industrial propia, ni un establecimiento comercial abierto al público. El portafolio de las sociedades holding puede estar constituido por fondos públicos luxemburgueses o extranjeros (...)”*

¹ Publicada en el Mémorial du Grand-Duché de Luxembourg N° 39 de 3 de agosto de 1929.

² Derogación publicada en el Memorial A – N° 241 de 29 de diciembre de 2006. (Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg). Traducción propia del francés.

En este concepto se destaca un criterio funcional a la hora de definir a las sociedades holding, en tanto que lo más importante es su objeto social y no las reglas de porcentajes de participaciones o el carácter nacional o extranjero de la sociedad.

La subsistencia y desarrollo de la especie humana es una idea que en si misma supone el concepto de asociación o agrupación de individuos, los cuales a través de un acuerdo de colaboración obtienen objetivos comunes que hacen posible el progreso. Para ello, se requiere de la coexistencia de voluntades que de forma lógica conduzcan; al nacimiento tanto de relaciones contractuales como de sociedades mercantiles con un objetivo económico y lucrativo común.

El origen etimológico de la palabra Holding³ proviene del verbo “Hold”, el cual significa “tener”⁴ o Tenencia de bienes o propiedades, la cual se comenzó a utilizar desde 1570, especialmente haciendo referencia a la tenencia, participación, propiedad de valores o bienes (Harper, 2011). De acuerdo con Couret y Martin (1991) las primeras sociedades holding surgen en Inglaterra y Estados Unidos entre 1824 y 1870, con la creación de la Imperial Continental Gas Association y Pennsylvania Company, se pretendía tener el control de las líneas de ferrocarril del oeste del lago Erie y de Pittsburgh, pero no es sino hasta 1901 cuando nace United States Steel Corporation, el momento en el que se inicia el desarrollo de este tipo de estructuras empresariales en los Estados Unidos⁵.

⁴ Etimológicamente el verbo Hold desciende del “Old English” (Idioma inglés hablado y escrito entre 450 y 1100 DC) haldan (palabra proveniente del viejo dialecto inglés “Anglian” dialecto hablado en el Reino Anglo-Sajón de East Anglia), healdan, (Palabra proveniente del viejo dialecto inglés “West Saxon” dialecto hablado en el Reino Anglo-Sajón de Wessex) y que a su vez procede del Proto-Germanico (Prehistórico e hipotético antecedente de todas las lenguas de origen germánico, incluido el inglés) Khaldanan.

⁵ Traducción del francés por Gilberto Cárdenas Cárdenas.

De esta manera, y si bien el origen es mercantil, no se puede desconocer que, a través de los años y la evolución del concepto, el objetivo de las sociedades holding trasciende el ámbito de control acogido del derecho mercantil, para incluir propósitos fiscales y tributarios en su concepción. Es por lo anterior, que el concepto de holding tiene dos grandes alcances: el mercantil y el fiscal, que se distinguen el uno del otro, en cuanto a que el propósito comercial supone la tenencia de particiones centralizadas para efectos de control y direccionamiento, mientras que el fiscal se circunscribe a identificar si en determinadas circunstancias jurídicas y económicas se tendría acceso beneficios tributarios.

1. Definición legal

Las últimas décadas han resultado ciertamente abrumadoras para la fiscalidad internacional, pues el análisis de sus conceptos y efectos en el plano jurídico y económico, han suscitado por parte de un sector del ordenamiento altamente tecnificado, discusiones prácticas las cuales cada día resultan ciertamente una novedad. Por tal razón, parece llegado el momento de analizar desde una perspectiva técnica, el alcance y la aplicación del régimen Holding colombiano, en relación con el célebre fenómeno de la erosión en la base y el traslado de beneficios (BEPS en adelante, conforme al acrónimo inglés).

Para los efectos de este trabajo, partiremos por definir el concepto, las características y categorías que la doctrina y la ley han destacado respecto del alcance de esta definición, para posteriormente analizar el alcance de la misma a la luz de su definición en la norma tributaria.

Así las cosas, la Oficina de Estadística de las Naciones Unidas adscrita al Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (DESA), mediante el reporte *Classification of Holding Companies and Head Offices according to NACE Rev.2* presentado al Grupo de Expertos de Clasificación de Estadísticas Internacionales de la ONU,⁶ definió la metodología aplicable para identificar en qué casos se puede establecer la existencia de una unidad económica o entidad considerada estructura Holding.

En ese sentido, el análisis de la NACE Rev.2⁷ realiza una clasificación estadística en el marco de la Unión Europea que cataloga todas las actividades económicas en diferentes clases. Lo anterior, tiene como propósito nutrir la información de las cuentas contables de los países miembros de la Unión Europea, y de esta forma obtener la representación cuantificada de la economía de determinado país o región, mediante los registros que se tienen de todas las unidades económicas o entidades en sus operaciones a nivel interno y externo.

Teniendo en cuenta lo anterior, de acuerdo con las diferentes clases y las notas explicativas de NACE, las actividades de compañías Holding se definen como “*La unidad económica que posee acciones (nivel de control del capital) de un grupo de empresas subsidiarias y cuya actividad principal es la propiedad de estas. Las Holdings que pertenecen a esta clase, no prestan ningún otro tipo de servicio a las empresas de las cuales posee las acciones, es decir, no las administran ni gerencian*”.⁸

⁶ El Grupo de Expertos fue establecido para asegurar la armonización y convergencia entre las clasificaciones en la Familia Internacional de Clasificaciones Estadísticas Internacionales.

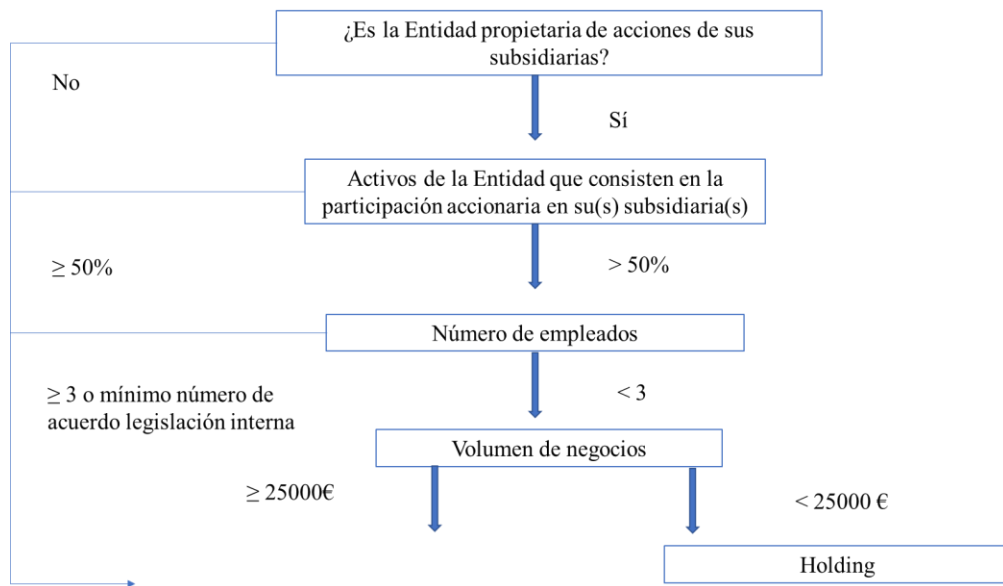
⁷ *Statistical classification of economic activities in the European Community.*

⁸ Units that hold the assets (owning controlling-levels of equity) of a group of subsidiary corporations and whose principal activity is owning the group. The holding companies in this class do not provide any other service to the businesses in which the equity is held, i.e. they do not administer or manage other units.

Adicionalmente, mencionan que la gestión activa de compañías y empresas, la planificación estratégica y la toma de decisiones de la empresa⁹ se excluyen de las actividades de una Holding. En este sentido el reporte de la ONU identifica una serie de indicadores para identificar si una unidad económica o entidad se puede considerar como Holding, veamos:

Gráfica 1¹⁰

Diagrama de Flujo para determinar si una entidad se puede considerar Holding



En concordancia con lo anterior, el Sistema Nacional de Cuentas (SNA por sus siglas en inglés)¹¹ en los párrafos 4.53 a 4.54 define Holding como una unidad económica o entidad que posee las acciones de entidades subsidiarias, pero no

⁹ This class excludes the active management of companies and enterprises, strategic planning and decision making of the company, see 70.10 (Activities of head offices).

¹⁰ Gráfica tomada de *Classification of Holding Companies and Head Offices according to NACE Rev.2* (Página 9) División de Estadística de las Naciones Unidas. Traducción propia.

¹¹ Systema of National Accounts

realiza ninguna actividad de gestión¹², ni implican la supervisión ni administración de las entidades que poseen.

En el caso colombiano, para definir el concepto antes referido debemos partir del libro II del Código de Comercio el cual contiene la generalidad de lo que se puede denominar derecho societario privado¹³. En este sentido, los tipos societarios existentes en nuestra legislación están diseñados teniendo en cuenta las necesidades económicas y jurídicas de la actividad productora de renta que las sociedades desarrollan en su calidad de comerciantes. Es por esto, que cada tipo societario tiene elementos de su esencia y naturaleza que vienen dados como consecuencia de un contrato, en los términos del artículo 1501 del Código Civil, el cual justifica su existencia en el contenido económico que subyace de la mera tipicidad, por el hecho de la participación de los socios en la dirección y gestión de los negocios sociales, como consecuencia del gobierno societario y la propiedad.

Así las cosas, para definir la tipología de las sociedades holding resulta necesario precisar que *“la tipicidad societaria como una función garantizadora y limitante en virtud de la cual no todas las actuaciones dirigidas a crear sociedades mercantiles tienen la atribución normativa de tipo, pues éste existe en la medida que haya sido acogido por el ordenamiento jurídico. El tipo societario existe cuando es acogido por el derecho positivo que determina cuáles conductas pueden tener como efecto jurídico la atribución del carácter de tipo. El derecho comercial determina qué formas asociativas tipifica, de acuerdo con el carácter*

¹² A holding company (HC) is described as a unit that holds the assets of subsidiary corporations but does not undertake any management activities.

¹³ P.A Córdoba *Derecho de sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad holding*. Este autor manifiesta que el derecho de sociedades en Colombia tiene una doble naturaleza de derecho público y de derecho privado. En donde el primero, por ejemplo exige la adopción de códigos de buen gobierno, como ocurre con la Resolución 275 de 2001 emitida por la entonces Superintendencia de Valores; el segundo básicamente está contenido en el libro II del Código de Comercio y en la Ley 222 de 1995.

consuetudinario de dicha área del derecho privado, según van evolucionando las necesidades de la Empresa que se pretende ejercer en forma de sociedad mercantil y el contenido de las estipulaciones de los contratantes que son fruto de la autonomía de la voluntad" (G FERRI y C. ANGELICI, 2003).

De conformidad con lo anterior, está claro que el derecho de sociedades nacional acoge el esquema de tipicidad societaria, y si esto es así: ¿Cómo podríamos definir los elementos esenciales para establecer la existencia de una estructura *holding*, toda vez que los mismos no se definen en la ley comercial?

Pues bien, a pesar de que en Colombia no existe una definición legal de este término, sí existen elementos que nos permiten deducir su existencia desde el punto de vista mercantil, sin que por ello se puede deducir la existencia de *holding* para efectos fiscales, pues cuando nos referimos al elemento de la subordinación¹⁴ y de la unidad de propósito y dirección, estos son características propias del concepto de grupo empresarial que no necesariamente se asocian con la definición de *holding* del artículo 69 de la Ley 1943 de 2018.

Sobre este particular la Superintendencia de Sociedades¹⁵ ha precisado como ya se mencionó, que en la legislación colombiana no se encuentra consagrada una definición específica de *holding*, sin embargo, en la práctica mercantil se utiliza esta expresión para referirse a las siguientes situaciones:

¹⁴P.A Córdoba *Derecho de sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad holding*. Según el profesor Córdoba la subordinación consistente en una situación que le permite a un sujeto de derecho ejercer influencia dominante sobre cualquier clase de persona jurídica, teniendo en tal virtud el primero la posibilidad de incidir en el gobierno de la controlada¹⁰⁶. Se resalta entonces que la noción de subordinación no se circunscribe de forma exclusiva a las sociedades comerciales sino que abarca diferentes formas jurídicas de organizar la Empresa, permitiendo incluso que personas naturales que reúnen las condiciones para ejercer el comercio y que por tanto adquieren la calidad de comerciante, puedan ser controlantes, lo que permite por tanto afirmar que estamos ante un concepto que incluye a toda clase de empresario.

¹⁵ Superintendencia de Sociedades de Colombia, Oficio 125-036406 del 31 de agosto de 2001

- ❖ Sociedades controlantes, es decir, aquellas que ejercen el control sobre otras sociedades.
- ❖ Sociedades de inversión, cuyo objeto es la colocación de las propias disponibilidades en títulos de distintas compañías para obtener beneficios.
- ❖ Grupos empresariales o económicos.
- ❖ Sociedades vinculadas mediante contratos de colaboración empresarial.

Por su parte, la doctrina tradicional define este concepto a través de la característica de control, que surge como resultado de una participación en el capital social de otra empresa, otorgando sobre ésta una influencia preponderante en su administración. Así pues, el concepto de holding pareciera surgir como una institución u organismo constituido como una persona jurídica independiente que; vigila, dirige, controla, coordina y racionaliza la actividad de las empresas o sociedades de las cuales participa.

En este sentido, el artículo 26 de la Ley 222 de 1995 se refiere al concepto de holding bajo la noción de matriz o controlante, sin embargo su definición no sólo se refiere a la sociedad que controla, sino se hace extensivo también a las personas naturales y a las personas jurídicas de naturaleza no societaria que ejercen el control societario, veamos:

Ley 222 de 1995. Artículo. 26: Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

Así mismo, el artículo 27 de la mencionada ley establece que el control no sólo se configura por la participación mayoritaria en la sociedad, sino que también puede presentarse el control sin participación, cuando quiera que exista un ejercicio de influencia dominante en la dirección de la empresa.

Por otro lado, el concepto analizando también contempla la existencia de otros tipos societarios como lo son las sociedades de inversionistas en donde lo importante no es el control sino que su objeto social principal sea el de realizar inversiones.

En el mismo sentido, la definición de grupo empresarial o grupo económico (que no supone la existencia de un holding en todos los casos), nos lleva a definirlo como aquel que está integrado por una empresa matriz la cual tiene injerencia directa en el manejo administrativo y presupuestal¹⁶, en el marco de una unidad de propósito y dirección¹⁷.

Así las cosas, para determinar los efectos tributarios del régimen CHC no resulta relevante la definición del derecho comercial a la hora de establecer el alcance del concepto de *holding* pues como se verá más adelante se puede predicar la existencia de una estructura de este tipo, sin que por ello exista grupo empresarial o subordinación, por el contrario basta con la existencia de una participación directa o indirecta en al menos el 10% del capital de dos o más sociedades nacionales o extranjeras por un período mínimo de 12 meses, y que se cuente con recursos humanos y materiales para la realización de su objeto social; para que se entienda que se pueda aplicar el régimen tributario especial sobre dividendos y ganancias de capital, al que están sujetos estos vehículos de inversión denominada holdings colombianos.

¹⁶ Concepto 037030 del 8 de junio de 1999, DIAN.

¹⁷ Artículo 28, Ley 222 de 1995.

2. Fundamento Económico

Una vez decantado el origen y definición de las sociedades holding, de la mano del autor Gilberto Cárdenas Cárdenas¹⁸, describiremos los objetivos, intereses y propósitos con el objeto de establecer que los holdings no se construyen con el propósito tradicional unívoco de control, sino que existen otro tipo de razones que justifican su existencia y finalidad, veamos:

- ❖ **Finalidad Empresarial:** La posibilidad que detenta este tipo de sociedades de unificar un grupo de empresas con objetivos diversos. Esto es, la racionalización de estructuras (Charvériat et al., 2002). En muchos casos y debido al propio mercado y a la globalización, las empresas diversifican su producción, amplían sus mercados y, al final, tienen varias empresas dirigidas hacia sectores completamente diferenciados, pero con un punto en común: la misma propiedad.

En este caso, una sociedad holding sirve de unificación jurídica de todas las demás, manteniendo éstas su propia personalidad jurídica. La sociedad holding se convierte de facto en una sociedad matriz, desde donde se toman las decisiones económicas, financieras y políticas de todas sus filiales, es decir, se unifica el poder en una sola unidad jurídica¹⁹.

¹⁸ Tesis doctoral la incidencia de la fiscalidad en la localización de las sociedades holding en España y Suiza: una aproximación teóricoempírica, Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales Departamento de Economía y Hacienda Pública, Autor: D. Gilberto Cárdenas Cárdenas (2012).

¹⁹ Otro de los claros beneficios que reporta la creación de una sociedad holding para reagrupar empresas con diferentes objetivos de mercado es la posibilidad de optimizar los flujos financieros. La sociedad holding recibe los beneficios de todas sus participadas y tiene, por tanto, el poder de redistribuirlos entre las distintas empresas teniendo en cuenta el estado financiero de cada una. Podrá redistribuir los beneficios para ayudar económicamente a una sociedad deficitaria u otorgar préstamos a otra sociedad que necesite fondos propios para su desarrollo. En este caso estaríamos en presencia de una sociedad holding financiera. (Cárdenas, Cárdenas 2012)

- ❖ **Expansión internacional:** Para poder participar de la internacionalización de la economía, las sociedades holding juegan un rol importante en virtud a que son sociedades interpuestas entre todas las demás participadas ubicadas en distintas partes del mundo. Por tanto las sociedades holding presentan un elemento internacional. (Cárdenas, Cárdenas 2012).

- ❖ **Eficiencia económica empresarial:** La sociedad holding también sirven como plataformas de apalancamiento (Leveraged buy-out LBO), pues sirven de puente entre la cesión de activos de sus entidades participadas y el pago de la financiación obtenida para adquirir éstas entidades operativas. (Cárdenas, Cárdenas 2012).

- ❖ **Son mecanismo de acceso a amplias redes de convenios para evitar la doble imposición:** De esta manera, si la sociedad holding se localiza en un país con una importante red de convenios internacionales para evitar la doble imposición, la empresa verá disminuido el coste tributario en materia de impuesto en origen, esto es, la retención sobre los dividendos repartidos por las sociedades participadas (Withholding tax). (Cárdenas, Cárdenas 2012)

- ❖ **Continuidad en el tiempo:** Este hecho es frecuente en la transmisión de empresas familiares, de forma que los herederos constituyen una sociedad holding con la finalidad de mantener la sociedad, sin que puedan influir los diferentes intereses de cada heredero. Si la intención de los familiares es continuar con la explotación de la empresa y evitar su liquidación, a causa de la divergencia de intereses de los herederos, la constitución de una sociedad holding es la solución, en virtud a que si hay herederos que quieren continuar con la explotación comercial de la empresa, estos pueden ceder su cuota de participación a la sociedad holding, y si existen herederos cuyos

intereses son los de obtener un beneficio económico de su cuota de participación, estos pueden venderlos a la sociedad holding constituida. (Cárdenas, Cárdenas 2012)

- ❖ **Servir de puente de flujos de capital entre grupos de empresas (*Participation Exemption*):** Se trataría de rentas que pueden provenir libres de tributación en la fuente, (exención de *withholding tax*) y cuando el beneficio con cargo a esas rentas exentas sea repartido a sus accionistas extranjeros, en algunas legislaciones, como el caso español, la renta estará exenta de tributación²⁰. En este caso la sociedad holding ha sido utilizada para repatriar un flujo de paso. (Cárdenas, Cárdenas 2012)

- ❖ **Seguridad jurídica:** Este es el caso de la constitución de sociedades holding por parte de inversores extranjeros con la finalidad de crear una estructura empresarial que dote de seguridad jurídica al grupo, en caso de una expropiación sin un legal y legítimo justiprecio²¹. La sociedad holding actúa con una finalidad de protección de la inversión. (Cárdenas, Cárdenas 2012)

Frente a esta cuestión, el convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estado (Convenio de CIADI o

²⁰ Este tipo de beneficios tributarios sobre los dividendos y las plusvalías está basado en el principio de participation exemption que se encuentra recogido en muchas legislaciones tributarias europeas, como es el caso de la legislación holandesa, luxemburguesa, austríaca o española. La participation exemption “es la exención de tributación de los dividendos provenientes de las filiales extranjeras y de ganancias de capital obtenidos por enajenación de participaciones de dichas filiales” (Fuster, 2000, p.101).

²¹ Dentro de esta situación podemos mencionar el caso venezolano . Las empresas venezolanas están constituyendo sociedades holding en España, con la finalidad de obligar al gobierno venezolano de acudir a un acuerdo de arbitraje internacional, en caso de expropiación sin el justiprecio legal establecido para estos casos.

ICSID²² o Convenio de Washington)²³ del Banco Mundial, obliga a los firmantes a un arbitraje y conciliación de diferencias relativas a inversiones internacionales.²⁴ (Cárdenas, Cárdenas 2012)

Para efectos de nuestro análisis, resulta importante comentar que habiéndose dado un acercamiento a los objetivos que se pueden perseguir con los modelos de sociedades holding; es preciso referirse a los denominados *Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI)* que son aquellos “(...) tratados bilaterales basados fundamentalmente en la voluntad de los Estados que deciden de mutuo acuerdo y partiendo del ejercicio de su carácter soberano, establecer condiciones generales que sirvan de estímulo y de garantía para los intereses económicos y jurídicos de los inversionistas de cada uno de ellos cuando invierten en el territorio de la otra Parte Contratante”(Paneque 2016)²⁵

En Colombia, “con el objetivo de crear y mantener condiciones favorables para los inversionistas de otros estados dentro del territorio colombiano, se ha implementado una política de negociación y celebración de acuerdos internacionales de inversión (AI) de los cuales hacen parte los acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI), así como los tratados

²² Siglas en inglés de “International Centre for Settlement of Investment Disputes”.

²³ Este Convenio está firmado por 140 Estados, entre los que se encuentran, por ejemplo: España (Convenio en vigor desde 17 de septiembre de 1994), Venezuela (Convenio firmado el 1 de junio de 1995), Suiza (Convenio en vigor desde el 14 de junio de 1968). El Convenio del CIADI es un tratado multilateral formulado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial). Se abrió a la firma el 18 de marzo de 1965 y entró en vigor el 14 de octubre de 1966. Según su página web, “hoy en día, el CIADI es considerado como la principal institución de arbitraje internacional dedicada a la solución de controversias inversionista-Estado”. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

²⁴ A partir del 25 de julio de 2012 Venezuela dejó de pertenecer al CIADI. No obstante, los procedimientos continúan, y se siguen recibiendo denuncias contra la República Bolivariana de Venezuela.)

de libre comercio (TLC) que contienen capítulos de inversión” (Procolombia 2016, Pág.8)

Este tipo de acuerdos pretenden la creación de un marco jurídico justo y transparente con reglas claras y previsibles de protección a la IED para inversionistas extranjeros en Colombia y para inversionistas colombianos en el exterior. Con ellos se reducen los riesgos no comercial del inversionista, es decir, el riesgo político. Es importante tener en cuenta que un AI no constituye un compromiso por parte del Estado de no ejercer su potestad regulatoria o de mantener estático su ordenamiento jurídico a lo largo del tiempo. Un AI representa un importante compromiso por parte del Estado de tratar de manera adecuada y respetuosa las inversiones extranjeras en su territorio bajo estándares internacionalmente aceptados. (Procolombia 2016, pág. 8)

Sin embargo, a pesar de lo beneficioso que puedan llegar a ser estos acuerdos de protección de inversión que justifiquen la existencia del llamado a proteger la inversión extranjera garantizando seguridad jurídica a las sociedades holding, también es cierto que estos podrían ser un motivo no tributario que permita argumentar la existencia de un propósito económico válido, que justifique defender la posición de un contribuyente ante la posible aplicación de la cláusula de propósito principal presente en los CDI, amparando situaciones de *treaty shopping* cuando quiera que una empresa residente fiscal en un estado con el cual el otro estado no tenga suscrito un CDI, pueda preferir realizar sus negocios allí amparado en un APPRI, para de esta forma acceder a los derechos del CDI,

Y si esto es así, para el caso analizado ¿Podría SpanCo y PeruCo por el hecho de haber incorporado un CHC en Colombia con ocasión a los beneficios fiscales que el régimen ofrece argumentar jurídicamente la procedencia de aplicar los CDIs (España y la CAN) suscrito entre las partes, bajo el argumento de la

existencia de una propósito no tributario amparado en el APPRI suscrito por Colombia con estos dos países, y como consecuencia de ello impedir la aplicación de la cláusulas antiabuso presentes en el los convenios de doble imposición?

Pues bien, lo cierto es que tal y como lo indica Ibarra Pardo y Castro Arango el ámbito subjetivo de los convenios de protección de inversión no suelen estar muy limitado frente al fenómeno de la compra de tratados, ya que la incorporación de una entidad jurídica en un país puede dar acceso a la red de convenios de una jurisdicción sin que efectivamente exista una razón o motivo de negocio distinto fiscal, y este tipo de acuerdo podrían generar situaciones de no imposición amparadas en los CDI desactivando las reglas antiabuso como lo son la Cláusula de Propósito Principal que será desarrollada en capítulos posteriores.

B. Ámbito de aplicación del régimen holding para efectos tributarios

1. Análisis desde la perspectiva colombiana

a. Espíritu y racionalidad de la CHC

El nuevo régimen tributario de compañías holding en Colombia (CHC), que se introdujo con la Ley de Financiamiento, tal y como se exhibió en su exposición de motivos, se presenta como una alternativa en búsqueda de la atracción de capitales en razón a la competitividad fiscal de los países, donde las personas (naturales y jurídicas) ubican sus rentas principalmente en jurisdicciones más favorables y con mayores índices de movilidad.

Al respecto, Colombia a través de este régimen tributario, busca un impacto positivo en la economía debido a la atracción de capitales extranjeros, al ofrecerle a las compañías con operaciones transnacionales, estructuras corporativas con beneficios tributarios, tal y como lo han venido haciendo jurisdicciones como

España, Suiza, Luxemburgo y hasta el mismo Estados Unidos a través de su más reciente reforma tributaria.

Por su parte, Estados Unidos adoptó la tendencia internacional en materia de tributación con relación a las distribuciones corporativas, del principio de la territorialidad en la renta, con el objetivo de incrementar el atractivo para los capitales que en las últimas décadas habían migrado a lugares de menor tributación como Irlanda o Bermuda (Ministerio de Hacienda 2018)²⁶.

Así las cosas, “(...) La reforma tributaria aprobada en Estados Unidos el 23 de diciembre de 2017 mediante el Tax Cuts and Jobs Act (TCJA) es un claro ejemplo de la reciente tendencia de introducir regímenes y normas para incentivar la repatriación de capitales y casas matrices. La reducción de la tarifa general del Impuesto de Renta al 21%, así como el régimen GILTY para los intangibles, son algunas de las opciones adoptadas por Estados Unidos, medidas que le restan capacidad de atraer inversión.” (Ministerio de Hacienda 2018)

Otro de los casos similares es el de los holdings ETVE en España, que son aquellas sociedades cuyo objeto social consiste en la tenencia de participaciones de otras empresas extranjeras. Se reconoce a nivel internacional que el caso de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros más conocidas como ETVEs en España ha sido muy positivo para la inversión en dicho país. En enero de 1996 entró en vigor en España la Ley de Impuesto de Sociedades, que contempló el régimen en mención que tenía como propósito principal desarrollar las inversiones españolas en el exterior y atraer capitales del resto de Europa. Para el 2005, las ETVE representaron un 80% de la inversión extranjera en ese país. (Economía y Negocios 2006).

Razón de lo anterior puede ser su configuración jurídica que se desarrolla en el Real Decreto Legislativo No. 4/2004 en sus Artículos 116 y siguientes. Así pues, las ETVEs exigen sólo 6% de porcentaje de participación en las otras sociedades, a diferencia de las Sociedades Plataforma de Negocios (SPN) de Chile que exigen 75% de participación. (En Colombia 10%)

En España, las inversiones canalizadas a través de las ETVEs representaron en los años 2010 y 2017 un flujo general muy positivo, alcanzando en el último año €12.408,49 millones de euros . A su vez, para el 2018 y de enero a marzo de 2019 las operaciones de ETVEs medida por los flujos de inversión bruta reflejaron un total de €6.372.689,02 millones de euros para el 2018 y de €807.587,33 millones de euros para el periodo mencionado del 2019, una clara tendencia a la baja.

No obstante lo anterior, merece importante atención analizar el régimen ETVE desde otra perspectiva, en cuanto a que sus detractores establecen que si bien la inversión extranjera en España en 2010 alcanzó los 23.415 millones, un 41,5% más que el año anterior; sin embargo, la mitad de este importe fueron operaciones financieras con el único objetivo de optimizar la factura fiscal y no generaron puestos de trabajo. De hecho, la inversión productiva cayó un 4,9%.(El País España, 2011)

Los últimos datos publicados por el Ministerio de Industria muestran un crecimiento notable de la inversión extranjera que, sin embargo, no tienen ningún efecto sobre el PIB de España ni en la creación de empleo. La mayor parte de la inversión fueron las denominadas operaciones ETVE, cuya única finalidad es recalar en España para reducir la factura fiscal.(El País España, 2011)

En Chile, durante el mandato de Ricardo Froilán Lagos Escobar en el 2002 en el marco de su "Agenda Pro Crecimiento" bajo el propósito de conseguir los mismos resultados que las ETVs en España relacionado a incentivar la inversión por parte de capitales extranjeros, se creó un régimen Holding denominado Sociedades Plataforma de Negocios (SPN)²⁷. Sin embargo, en noviembre de 2006 sólo 14 empresas se han constituido bajo esta norma (Economía y Negocios 2006). Por lo cual se dice que el caso Chileno no es tan afortunado como el español²⁸, debido principalmente a su configuración legal, toda vez que de acuerdo con la Ley Sobre Impuesto a la Renta (Artículo 41D), se presentan varios problemas que son identificados por Molina Rios Abogados así:

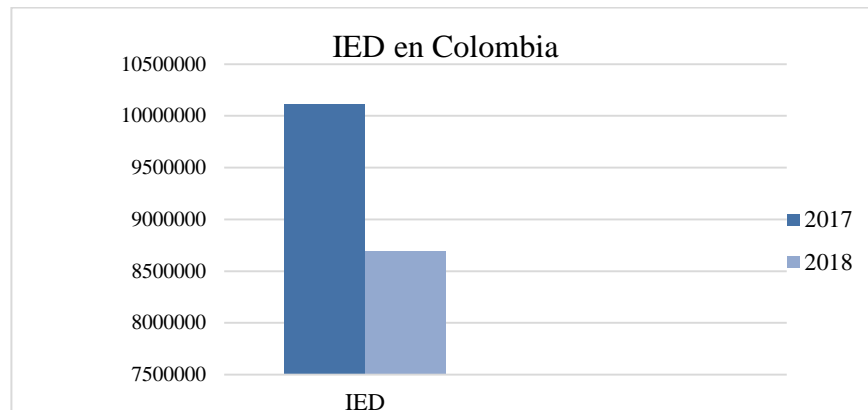
- ❖ La Holding se entiende sin domicilio en Chile, por lo que no puede acceder a los beneficios de los CDIs
- ❖ Costos administrativos: se encarecen "enormemente", ya que deben sujetarse a las normas aplicadas a las S.A. abiertas. (Requisitos de número de directores mínimos y reuniones de accionistas en Chile)
- ❖ Deben someterse a las normas de la Ley de Mercado de Valores en todos los aspectos de entrega de información, lo que a su juicio no se justifica, pues no hacen oferta pública de valores.
- ❖ Deben llevar doble contabilidad
- ❖ Sólo puede tener como ingreso la utilidad que le distribuyan o la ganancia por la venta de sus inversiones en acciones o en derechos sociales.

²⁷ Ley de Plataforma de Inversión Ley 19.840

²⁸ Por lo disímiles que son los efectos en estas dos jurisdicciones, a pesar de que, claramente los casos no son totalmente comparables con Colombia por las particularidades de cada país y la configuración particular de cada régimen, sí es posible concluir que son mayores las dudas que las certezas del futuro del régimen en Colombia, así como de los efectos que el Gobierno espera. Sin duda alguna, el Gobierno tuvo que hacer un ejercicio económico más juicioso tomando esta decisión, por sentido común y por el mandato legal del ya mencionado artículo 7 de la Ley 819 de 2003

Para el caso particular de Colombia, y debido a que la economía presentó una tendencia a la baja, en lo que respecta a las Inversiones Extranjeras Directas (en adelante “IED”) para el año 2018; tal y como lo demuestran cifras del Banco de la República, se reportó que para 2018, la IED en el país cayó 14,1% frente al mismo período del año anterior. De acuerdo con el reporte del Emisor, mientras que en 2018 el país recibió US\$8.679,2 millones, en 2017 la cifra fue de US\$10.109 millones. (La República 2018).

Gráfica 2
Inversión Extranjera Directa en Colombia



Al respecto, y en aras de buscar un incremento en la IED, el Gobierno introdujo como una de sus estrategias para reducir la baja de estos índices, la figura de las CHC motivada por las experiencias que con éxito resultaron de esquemas similares en otras jurisdicciones, tal y como se expuso en los casos descritos.

Como fuere antes mencionado, el régimen de CHC resulta ser una opción competitiva que busca además generar empleos, generar un crecimiento en la IED, en la medida en que se exigen como requisitos la contratación de al menos tres empleados, la obligación de contar con una dirección corporativa propia en

Colombia y la necesidad de ubicar la toma de decisiones estratégicas del holding en el país. Lo anterior sumado al hecho de brindar seguridad jurídica al contribuyente que desee aplicar a dicho régimen, de manera tal que se alinea con los estándares internacionales más recientes de sustancia y prevención del abuso en materia fiscal, evitando así la creación de compañías de papel por la mera conveniencia fiscal y garantizando un beneficio en empleos e inversión para el país (Ministerio de Hacienda, 2018).

En este orden de ideas, el Régimen de Compañías Holding Colombianas surge como una respuesta cuando menos teórica, para que los vehículos jurídicos colombianos sean vistos como un canal de inversión a través de los cuales, sociedades extranjeras puedan invertir en el país o puedan usar a Colombia como una plataforma económica por medio de la cual se realicen inversiones en otros países. Estos regímenes han sido replicados en algunos casos, por países como: España a través de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE), en Holanda y Luxemburgo con las empresas holding y en Panamá con el Régimen de *Headquarters*.

Según Zarama Martínez y Galeano (2018) la experiencia internacional ha demostrado que los beneficios de este régimen en la mayoría de sistemas con régimen de tributación territorial, no presuponen un impacto significativo en términos de recaudo, ya que dentro de sus políticas de gobierno existía como medida la exención de los dividendos y plusvalías derivadas de participaciones en el extranjero.

Ahora bien, para el caso Colombiano pareciera que las reglas juegan de forma distinta toda vez que una exención general de dividendos provenientes de entidades colombianas y del exterior; sí constituyen una beneficio tributario tanto para extranjeros y supuestamente también para empresas locales, las cuales de

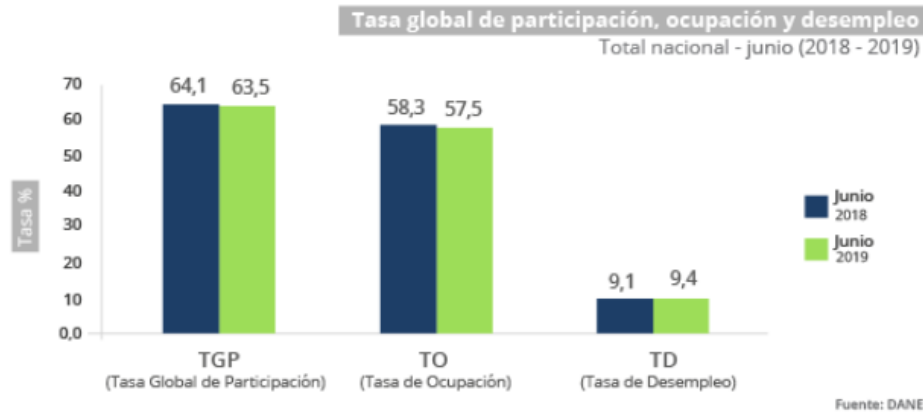
forma extraña terminaron cobijadas por una norma cuya arquitectura jurídica y económica pareciera haber perdido su rumbo en el trámite legislativo del Congreso, pues sorpresivamente empresas colombianas sin participación en empresas del exterior también pueden hacer parte del régimen CHC. (Martínez y Galeano, 2018).

En este sentido, la exposición de motivos del proyecto de ley *“por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto nacional y se dictan otras disposiciones”* esboza una serie de argumentos que justifican la viabilidad de implementar un régimen holding desde la perspectiva tributaria, los cuales desde nuestra óptica no obedecen a un estudio con los suficientes fundamentos económicos y jurídicos, que permitan justificar la viabilidad o inviabilidad en términos de política fiscal de un régimen para incentivar la repatriación de capitales mediante la creación de incentivos tributarios.

De la lectura la exposición de motivos de la ley, se permite apreciar la intención del legislador, quien encontró en esta estrategia de “recaptura” de capital extranjero fundado en un régimen de inversión ficticio, la perfecta excusa para implementar un sistema territorial para rentas de capital y dividendos, bajo la premisa de que dichas medidas aumentarían el empleo en el país, mediante la exigencia de que la sociedad aspirante al régimen posea recursos humanos, es decir: 3 empleados como un requisito de presencia sustancial en el país, siendo esto una respuesta ineficaz para contrarrestar las cifras de desempleo que respecto el año 2018 han aumentado para el mes de junio de un 9,1% a un 9,4% de 2019.

Gráfica 3²⁹

Tasa Global de participación, ocupación y desempleo Colombia



La gráfica según cifras del DANE muestra para el mes de junio de 2019, la tasa de desempleo fue 9,4%, la tasa global de participación 63,5% y la tasa de ocupación 57,5%. En el mismo mes del año anterior estas tasas fueron 9,1%, 64,1% y 58,3%, respectivamente³⁰.

La conclusión acotada por el legislador para fomentar la internacionalización de la economía Colombiana se funda en el *Tax Cuts and Jobs Act* (TCJA) como una tendencia para incentivar la repatriación de capitales, la reducción de la tarifa general del Impuesto de Renta al 21% en USA y el régimen de tributación de intangibles para atraer inversión (por su cifras en ingles “GILTY”), son algunos de los ejemplo que justifican la adopción del principio de territorialidad para

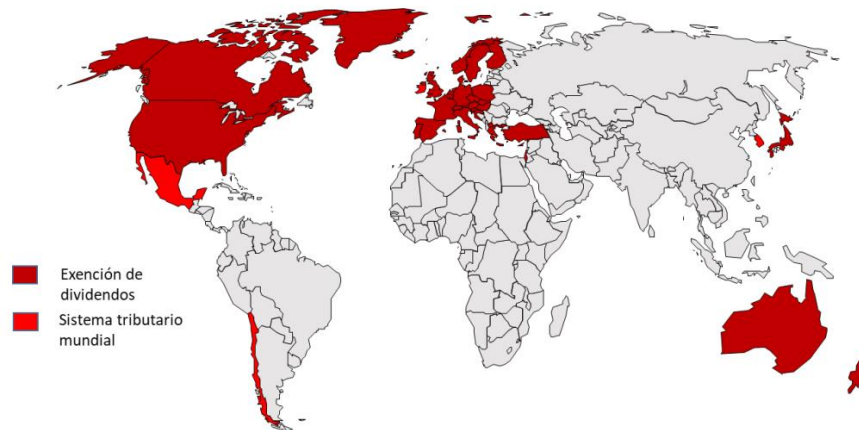
²⁹ Tomado del Departamento Administrativo Nacional de Estadística-DANE
<https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo>

³⁰ Tomado del Departamento Administrativo Nacional de Estadística-DANE
<https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo>

dividendos y ganancias de capital a nivel internacional, tal y como se presenta a continuación:³¹

Gráfica 4³²

Países con régimen territorial en dividendos



En este sentido, este documento no pretende llegar a una conclusión respecto de si el régimen de CHC es bueno o malo, simplemente este trabajo obedece a un análisis teórico respecto del cual nos preguntamos si ¿efectivamente el país se vería impactado en términos de recaudo con esta medida y si existen datos económicos que soporten esta iniciativa del legislador?, o si ¿La relación cuantitativa del incremento del empleo versus el impacto en el recaudo es equivalente en términos económicos y sociales para el país?³³

³¹ Proyecto de ley “por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto nacional y se dictan otras disposiciones” página 83 y 84. Ministerio de Hacienda de la República de Colombia

³² Gráfica tomada de la exposición de motivos del proyecto de ley “por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto nacional y se dictan otras disposiciones” página 83 y 84. Ministerio de Hacienda de la República de Colombia.

³³ El Régimen de Compañías Holding en Colombia (CHC), a través de un tratamiento tributario preferencial (los ingresos devengados por CHC por dividendos o venta de acciones en sociedades extranjeras estarían exentos del impuesto sobre la renta y complementarios en Colombia y no estarían sujetos a impuesto de industria y comercio.), se busca que grupos multinacionales establezcan sus matrices de inversión en Colombia, mediante la constitución de una sociedad Holding. Para ello, se requiere que la sociedad desarrolle en Colombia algunos de los siguientes objetos principales: la tenencia de valores, inversión o Holding de acciones o participaciones del

Indudablemente, plantearse estas preguntas nos lleva a analizar si efectivamente la Ley de Financiamiento dio cumplimiento taxativo al artículo 7 de la Ley 819 de 2003.³⁴

Todo pareciera indicar que la legislación colombiana en materia de CHC, consiste en el establecimiento de un régimen tributario, basado en una presunción que el legislador formuló a partir de un juicio que él mismo realizó, el cual cumple su efecto cuando su alcance y características son resultado de un criterio; la experiencia de los demás países, tal y como se aprecia de la lectura de la exposición de motivos de la ley.

Siendo esto así, la Corte ha precisado que cuando el legislador se vale de un fundamento empírico para formular alguna regla, si en sede de control de constitucionalidad se demuestra fehacientemente que ese fundamento empírico

exterior o la administración de dichas inversiones. Adicionalmente, la ley exige que la sociedad Holding debe tener participación directa o indirecta en al menos 10% del capital de cada sociedad o entidad extranjera por un período mínimo de 12 meses, y por último, se exige la contratación laboral de 3 empleados.

³⁴ Ley 819 de 2003, Artículo 7°. *“Análisis del impacto fiscal de las normas. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.*

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso.

Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces.”

falla, puede verse comprometida la validez del precepto que contiene la regla³⁵ pues de no ser así podría estar en juego la seguridad de los contribuyentes.

Según Perez y Torres (2015), el establecimiento de presunciones que obedecen a *índices externos y globales de actividades económicas o de frecuencia en la verificación de un hecho, socialmente consolidado* los cuales según la naturaleza de la presunción y de la política fiscal que la anime, puede o no admitir prueba en contrario. Sin embargo, según Corte Constitucional en muchas ocasiones las presunciones han demostrado ser efectivas “*para abarcar en el universo de contribuyentes y rentas, categorías de contribuyentes y tipos de rentas esquivas a su inclusión con grave desmedro de la equidad tributaria*”.

Por tanto, si el sistema adoptado por el legislador fue el de índole objetivo, y no uno subjetivo, lo cierto es que el sistema o los medios en los que el legislador fundamente la razonabilidad de su política fiscal, deben ceñirse a los parámetros que trae consigo el concepto de seguridad jurídica³⁶.

Cerramos este aparatado con otro cuestionamiento que también abre un debate interesante en materia impositiva, y es si: ¿Efectivamente los requisitos de sustancias exigidos por la norma cumple con los estándares internacionales de sustancia y prevención del abuso en materia fiscal?³⁷, pues bien como lo veremos a lo largo de este estudio los beneficios otorgados por la norma colombiana pueden llegar a generar incompatibilidades con el sistema de convenios suscritos

³⁵ Sentencia C-015 de 1993.

³⁶ Sentencia C- 665 de 2014 pag. 30

³⁷ Proyecto de ley “*por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto nacional y se dictan otras disposiciones*” página 84. Ministerio de Hacienda de la República de Colombia. Extracto “Esto, además de brindar seguridad jurídica al contribuyente que desee aplicar al régimen, se alinea con los estándares internacionales más recientes de sustancia y prevención del abuso en materia fiscal, evitando así la creación de compañías de papel por la mera conveniencia fiscal y garantizando un beneficio en empleos e inversión para el país”.

por Colombia, precisamente por la aplicación de disposiciones anti-abuso del Convenio (cláusulas de PPT o LOB) que podrían generar como consecuencia la inaplicación de los CDIs.

En conclusión, si el propósito que persigue el Gobierno Nacional es estimular las inversiones desde Colombia, atraer capital, estimular la creación de nuevos empleos y estar a la vanguardia con las tendencias mundiales en materia de tributación de la inversión internacional en el país, intentando comparar lo que no es comparable dadas las condiciones económicas y de movimiento de capitales, el resultado no debería ser distinto a afirmar que nuestro sistema tributario no es equiparable ni comparable a muchos de los países que sirvieron como parámetro de referencia para la estructuración del régimen CHC colombiano. Pues del análisis puede inferirse la existencia de imprecisiones en el fundamento empírico utilizado por el gobierno para justificar la exposición de motivos de ley, y como consecuencia de ello subiste la pregunta de si efectivamente se estaría violando el artículo 7 de la Ley 819 de 2003 por causa de la CHC.

b. Artículo 69 de la Ley 1943 de 2018. Tributación del régimen holding colombiano

El Régimen Holding Colombiano fue incorporado por el legislador en el artículo 69 de la Ley 1943 de 2018 y posteriormente incluido en los artículos 894, 895, 896, 897 y 898 del Estatuto Tributario. Es importante anotar que, para la fecha de redacción de este documento de investigación, aún sigue pendiente la expedición del Decreto Reglamentario que regularía varios cuestionamientos que han surgido en cabeza de académicos y profesionales del derecho como consecuencia de la redacción de norma.

Lo cierto es que de acuerdo con la versión 17 de la Agenda Regulatoria del Ministerio de Hacienda el 30 de julio de 2019³⁸ se estableció que el proyecto de Decreto se remitirá el proyecto a Secretaría Jurídica de Presidencia cuestión esta que aun pareciera estar pendiente de trámite.

i. ¿Cuáles son los requisitos para incorporarse en el Régimen de CHC?

De conformidad con el artículo 894 del E.T, las sociedades nacionales que tengan como objeto social la tenencia de valores, la inversión y/o administración de acciones o participaciones en sociedades (nacionales o extranjeras) podrán acogerse al régimen CHC cuando cumplan los siguientes requisitos:

- ❖ Participación directa o indirecta en al menos el 10% del capital de dos o más sociedades (nacionales o extranjeras) por un período de al menos 12 meses.
- ❖ Tener al menos 3 empleados.
- ❖ Tener dirección propia en Colombia donde se tomen las decisiones estratégicas.
- ❖ Cumplir con la formalidad de solicitar su inclusión en el Régimen a la Dirección de Impuestos y Aduana Nacionales (DIAN). En este punto, quedarán sujetos al visto bueno de la DIAN del cumplimiento de los requisitos.

Por otro lado, toda vez que las empresas industriales y comerciales del Estado como las sociedades de economía mixta son contribuyentes del impuesto

³⁸ Ver en:

http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/faces/normativa2018/proyectosdecretos/PDecreto2019;jsessionid=43NbwvtvOPXpqRG7wjoWJpk11p7y_lf8M_Pf4v2MnMnHrwYCC14W!1917821580?_afLoop=6451270502048430&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#!%40%40%3F_afWindowId%3Dnull%26_afLoop%3D6451270502048430%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D5llptzunr_4

sobre la renta de conformidad con el artículo 16 del E.T, parecería que al incluirseles en el régimen de CHC a las entidades públicas descentralizadas, es evidente la intención del Gobierno Nacional para aprovechar estos beneficios, en cabeza de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Empresas de Economía mixta.

Adicional a lo anterior, vale la pena resaltar que de acuerdo con la interpretación de la norma, no se requiere la constitución de un tipo societario específico, por el contrario, cualquier tipo o clase de sociedad sin importar el momento en que se hubiera constituido puede incluirse en este régimen preferencial para dividendos y ganancias de capital.

ii. **¿Cuáles son los beneficios de pertenecer al Régimen CHC?**

De acuerdo con lo establecido en los artículos 895 y 896 del E.T, a continuación se enuncian los beneficios que expresamente trae la ley, veamos:

- ❖ Los dividendos o participaciones y la prima en colocación de acciones distribuidos por entidades no residentes (extranjeros) en Colombia a una CHC estarán exentos del impuesto sobre la renta y se declararán como rentas exentas de capital.
- ❖ Los dividendos que distribuya una CHC a una persona natural o jurídica no residente en Colombia (extranjera) se entenderán rentas de fuente extranjera, es decir que al no ser rente de fuente nacional, no tributa en Colombia.
- ❖ Las rentas derivadas de la venta o transmisión de la participación que es del 10% o más que la CHC tenga en entidades no residentes en Colombia (extranjera) estarán exentas del impuesto sobre la renta y deberán declararse como ganancias ocasionales exentas. Esto implica informar, pero no pagar.

- ❖ Las rentas derivadas de la venta o transmisión de las acciones o participaciones que se tengan de la CHC estarán exentas excepto por el valor correspondiente a las utilidades obtenidas por actividades realizadas en Colombia. En caso de socios o accionistas no residentes se entenderán rentas de fuente extranjera.

Es importante resaltar que la norma contempla una restricción para el acceso a los beneficios anteriormente referidos, cuando quiera que los perceptores de las rentas a ser distribuidas por una CHC se localicen o tengan su domicilio o residencia en una jurisdicción no cooperante o de baja o nula imposición y/o se trate de un régimen tributario preferencial.

De otro lado, de la lectura de la norma resulta interesante preguntarse ¿cuál es la razón para que puedan beneficiarse de este régimen sociedades colombianas? siendo que la justificación que trajo la exposición de motivos era aparte de la modernización del sistema tributario, impulsar la atracción de capital extranjero.

Pues bien, no pareciera muy claro cómo operó el raciocinio jurídico y económico de la norma al permitirle a sociedades nacionales poseedoras de participación en CHC acceder al régimen a efectos de obtener los beneficios del régimen, si es que se puede concluir que existe para residentes, pues de la literalidad de la norma objeto de análisis, aunque residentes o no residentes puedan ser accionistas en compañías colombianas lo cierto es que los beneficios están dados para los no residentes y no para los nacionales colombianos a quienes la CHC distribuya los dividendos, pues estos últimos por expresa disposición de la norma encontrarán sujetos a tributación esta renta a la tarifa del impuesto sobre la renta para de dividendos de acuerdo al artículo 242 y 242-1, mientras que cuando se trate de dividendos distribuidos a no residentes el

tratamiento será el de rentas de fuente extranjera, generando serias inquietudes entorno a si hay una discriminación en favor del contribuyente nacional sobre el extranjero en lo que se refiere a dividendos. A continuación, realizamos un análisis respecto de la carga efectiva de tributación que soportaría un residente fiscal en aplicación del régimen de CHC, veamos:

Tabla 1
Tarifa efectiva de tributación sobre dividendos bajo el régimen CHC³⁹

	CHC	SIN CHC
Renta sociedad extranjera	\$ 150.000.000	\$ 150.000.000
Impuesto (30%)	-\$ 45.000.000	-\$ 45.000.000
Utilidad después de impuestos	\$ 105.000.000	\$ 105.000.000
Monto a distribuir por dividendos	\$ 105.000.000	\$ 105.000.000
<i>Distribución de dividendos a sociedad colombiana</i>		
Ingresos por Dividendos	\$ 105.000.000	\$ 105.000.000
Dividendos gravados (Art 49 ET)	\$ 105.000.000	\$ -
Dividendos no gravados	\$ -	\$ 105.000.000
Impuesto de renta 33%	\$ 34.650.000	\$ -
Utilidad después de impuestos	\$ 70.350.000	\$ 105.000.000
<i>Impuestos pagados en operación</i>		
Ingresos percibidos	\$ 150.000.000	\$ 150.000.000
Impuesto 30% sociedad extranjera	\$ 45.000.000	\$ 45.000.000
Impuesto 33% por dividendos percibidos	\$ 34.650.000	\$ -
Total impuestos pagados	\$ 79.650.000	\$ 45.000.000
Tasa efectiva de tributación	53.1%	30.0%

³⁹ Análisis extraído de la 43 Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, Derecho Aduanero y Comercio Exterior, ponente Gustavo Pardo.

iii. ¿Cuáles son las obligaciones de una CHC? (Artículo 897 E.T.)

De conformidad con el artículo 897 las entidades cubiertas bajo el régimen CHC deberán:

- ❖ Mantener la documentación que acredite el importe de las rentas exentas y los impuestos pagados en el extranjero correspondientes a estas.
- ❖ Facilitar a sus socios o accionistas la información necesaria y que requieran para que cumplan sus obligaciones.
- ❖ Mantener los estudios, documentos y comunicaciones, que justifiquen que la toma de decisiones estratégicas respecto de las inversiones se verifica en Colombia.

iv. Concordancia con otros regímenes (Artículo 898 E.T.)

Según lo establecido en el artículo 898 del E.T las actividades realizadas por la CHC y sus accionistas en el territorio nacional y en el extranjero a través de establecimientos permanentes, estarán sometidos al régimen general del impuesto sobre la renta.

Adicionalmente, este artículo también determina que las CHC se consideran residentes fiscales colombianos para efectos de los convenios de doble imposición suscritos por Colombia, situación que en principio se sale de su alcance, pues son las disposiciones del convenio las que permitan establecer si efectivamente se puede considerar la CHC como residente para efectos de un convenio, y no las normas internas. Ahora bien, cabe señalar que la versión del artículo 4 del MCOUDE 2017 remite a la normativa interna a efectos de calificar el sujeto como residente, con lo cual, bajo esta interpretación las CHC no encontrarían dificultades en ser consideradas como como residente fiscal para efectos de Colombia.

En lo que respecta al régimen de las Entidades Controladas en el Exterior (“ECE”) es un límite a los beneficios de las CHC puesto que, no tendrán los beneficios del régimen. en efecto, los dividendos o ganancias ocasionales distribuidas por la CHC no tendrían la calidad de exentas y le aplicarían las reglas de determinación de rentas pasivas y descuentos tributarios.

Por lo tanto, para que los dividendos que distribuya una sociedad extranjera a una CHC no se entiendan sometidos al régimen ECE, resultara determinante que: i. Tanto la entidad distribuidora y como la CHC tengan por objeto o como actividad principal la tenencia de valores o participaciones en sociedades; ii. Se pueda probar la sustancia económica de la entidad productora de la renta; iii. Los dividendos sean productos de rentas activas; iv. Que cuando la ECE sea poseída por residentes colombianos puede probarse que las rentas provenientes de su actividad son activas (Ortegón Sánchez y Delgado Moreno, 2018).

En este sentido, obsérvese el ejemplo en el cual la CHC posee directamente una filial (ECE) e indirectamente una subsidiaria (subordinada), así pues en el momento que la subsidiaria procede a distribuir dividendos, este será considerado como renta pasiva⁴⁰ sujeto a imposición en Colombia en cabeza de la CHC. De acuerdo con Cabrera (Ley de Financiamiento, 2019), lo importante en los análisis que involucren el régimen CHC y ECE será determinar si los dividendos (o la renta a tratar) se consideran rentas pasivas o no.

⁴⁰ Los dividendos pueden no considerarse renta pasiva en los eventos en que las rentas provengan de actividades reales de filiales y/o subordinadas de la ECE que tengan su residencia fiscal en el mismo país que dicha ECE.

Finalmente, cuando se indica que las CHC se encuentran sometidas al impuesto de industria y comercio en la medida en que realicen el hecho generador dentro del territorio de un municipio colombiano, se establece también que los dividendos recibidos por las inversiones en entidades extranjeras y cubiertos por el régimen CHC no estarán sujetos al impuesto de industria y comercio, y por lo tanto con la redacción de la norma: ¿Se estaría violando la autonomía de los entes territoriales?

Pues bien, para los efectos de este trabajo no nos referiremos a este asunto, dado el objeto y alcance de este documento de investigación, sin embargo este es un tema que por la importancia de sus efectos prácticos será analizado en otro trabajo.

2. Régimenes especial de tributación en la región suramericana

Claro lo anterior, para los efectos de esta investigación y en aras de abordar conceptualmente el significado, alcance e importancia que Colombia hubiera incorporado en la Ley 1943 de 2018 un régimen holding en su legislación, resulta determinante establecer sí realmente se puede concluir que el mismo es innovador por lo que se refiere al diseño legal del presupuesto de aplicación de las normas generales que lo regulan, o si por el contrario solo se trata de una medida de atracción de capital extranjero a Colombia, que busca que el país se alinee con lo que viene sucediendo en los ordenamientos internos de los demás países (miembros y no miembros de la OCDE) de la región.

Pues bien, toda vez que las compañías Holding son entendidas tradicionalmente como aquellos vehículos jurídicos mediante los cuales se canalicen inversiones y se ejerce control (según sea el caso) sobre las compañías que los integran, su regulación ha sido de especial interés por parte de los

países latinoamericanos, que como veremos más adelante parecieran sugerir que la tendencia es establecer regímenes más beneficiosos para aquellos grupos multinacionales que quieran utilizarlos como plataformas de inversión, sin que ello por lo menos en principio, desconozca las políticas de transparencia fiscal que trata el informe final de BEPS para afrontar el fenómeno del abuso de convenio en sus dos modalidades esenciales el *Treaty Shopping* (compra de tratados) y el *Rule Shopping* (compra de reglas de distribución), lo anterior bajo la premisa de que los convenios de doble imposición (CDI en adelante) no tienen como finalidad la generación de la no imposición, situación esta que ha generado múltiples controversias alrededor del mundo pues a pesar de generar una ventaja económica, no está prohibida en tanto no se simulen operaciones o se actúe de forma artificiosa con el objetivo de obviar otros supuestos normativos.

Por tal razón, a continuación analizamos el régimen holding de algunos países de América Latina para comprobar si efectivamente se cumple con el propósito de los convenios, y si efectivamente no habilitan el ejercicio del fenómeno de abuso. Para ello, identificamos la estructura de sus normas y la racionalidad legislativa detrás de la misma.

Con esto queremos verificar si el fundamento del cual se parte para fijar la regla en Colombia, es consecuente con la experiencia latinoamericana, toda vez que en la exposición de motivos de la ley 1943 de 2018, el legislador define el régimen de CHC como una opción competitiva que no reduce el recaudo de manera significativa toda vez que el impuesto de dividendos ha sido recaudado únicamente por los años 2017 y 2018, y por lo tanto esta iniciativa lo que propone es adoptar la tendencia mundial de territorialidad para las inversiones que se canalicen a través de Colombia, veamos:

a. Uruguay: Sociedades anónimas financieras de inversión

Uno de los países que ha merecido particular atención frente a este respecto es Uruguay, pues este cuenta con el régimen de Sociedades Anónimas Financieras de Inversión (SAFI) las cuales se encuentran reguladas en la Ley 11073 de 1948. Estas sociedades son conocidas por ser vehículos jurídicos cuya actividad principal consistía en *“realizar, directa o indirectamente, por cuenta propio o de terceros o para estos, inversiones fuera de Uruguay en títulos, bonos, acciones, créditos a largo plazo, letras, bienes muebles o inmuebles, operaciones que eran compatibles con la realización de actividades comerciales en el exterior.”*⁴¹. (Rojas, J. N.,2011).

De acuerdo a lo anterior, esta tipología de sociedades venían siendo usadas para el desarrollo de actividades comerciales y de inversión en el ámbito internacional, sin embargo en el marco del III Encuentro Regional Latinoamericano de Tributación Internacional IFA 2011, Eliana Sartori experta en asuntos tributarios de Uruguay, indicó que el sistema uruguayo tuvo una reforma legislativa en 2006 y 2007 que llevo a la eliminación del régimen de sociedades anónimas financieras de inversión (SAFI), toda vez que estos vehículos de inversión hacia el extranjero no eran bien visto por la comunidad internacional, pues era cuestionable que los mismos ofrecieran un régimen tributario de excepción el cual tenía un único impuesto de tres por mil (3x1000) sobre el monto de su capital, y adicionalmente tuvieran como propósito exclusivo su actuación fuera de Uruguay (offshore), según lo indica J. Rojas, 2011.

⁴¹ Esta definición es consecuente con el concepto de holding que hemos venido analizando, sin embargo Uruguay este concepto de organización holding no cuenta con una connotación jurídica en el ordenamiento jurídico uruguayo. La alusión a una organización holding debe entenderse como “una entidad cuya actividad principal es la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades”.

No obstante lo anterior, a efectos de adaptar su sistema tributario a la buenas prácticas internacionales, Uruguay introdujo normas de precios de transferencia de acuerdo a los lineamientos (*Arm's Length Principle*) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); y creo un impuesto de renta bajo el criterio de renta mundial sobre las rentas de fuente uruguaya obtenidas por no residentes (IRNR) a una tarifa de hasta 12%.

Lo anterior no significa que Uruguay mediante este tipo de políticas hubiera desincentivado la inversión, sino por el contrario, adecuó su sistema en términos de transparencia fiscal, pero ahora mediante el uso de otras figuras societarias, como la sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada o sociedad en comandita, las cuales también permiten realizar y administrar inversiones dentro del país (J. Rojas, 2011), lo que conllevó a que mediante la Ley 16.906 de 1998 reglamentada por los Decretos 002 de 2012, 299 de 2015 y 143 de 2018, se crearan incentivos tributarios⁴² similares tanto para el inversionista extranjero como para el local.

A día de hoy, Uruguay aún mantiene un modelo de tributación territorial, donde se *“(...) entienden rentas de fuente uruguaya las provenientes de actividades desarrolladas, bienes situados o derechos utilizados económicamente en la República, con independencia de la nacionalidad, domicilio o residencia de quienes intervengan en las operaciones y del lugar de celebración de los negocios*

⁴² Instituto Nacional de Logística (2018). *Régimen de Promoción de Inversiones*. Uruguay. Uruguay Logístico. Recuperado de: <http://www.inalog.org.uy/es/regimen-de-promocion-de-inversiones/>. Estos beneficios tributarios específicos se otorgan a contribuyentes del impuesto a las Rentas de las Actividades Económicas (IRAE) y del Impuesto a la Enajenación de Bienes Agropecuarios (IMEBA), que realicen actividades industriales o agropecuarias y las cooperativas, a bienes inmateriales como marcas, patentes, modelos industriales, derecho de autor, concesiones para la extracción o explotación de recursos naturales, y en general bienes o creaciones que incorporen innovación tecnológica y que supongan transferencia de tecnología, y a empresas de cualquier sector de actividad que sean sujetos pasivos de IRAE y que presenten un proyecto de inversión y que el mismo sea promovido por el Poder Ejecutivo, sin que haya un tratamiento diferencial para inversiones extranjeras.

jurídicos”(Fernandez Secco y Asociados) mediante el cual las rentas obtenidas por inversiones fuera de su territorio, no estarían gravadas. (J. Rojas, 2011)

b. Panamá: *Headquarters Regime*

Panamá tiene un régimen de impuesto sobre la renta cuyas características son asimilables a los beneficios que otorga un régimen Holding, en el sentido que Panamá es un régimen territorial puro, que en forma general no está gravado por las rentas que dentro de su legislación se consideren de fuente extranjera, tal y como lo establece el artículo 694 del código fiscal panameño (en adelante “CFP”):

“Es objeto de este impuesto la renta gravable que se produzca, de cualquier fuente, dentro del territorio de la República de Panamá sea cual fuere el lugar donde se perciba. Contribuyente, tal como se usa el término en este Título, es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que perciba la renta gravable objeto del impuesto.”

A pesar de que la posibilidad de obtener beneficios tributarios por esta vía no está ligado a ningún tipo de “*entidad holding*”, las sociedades anónimas panameñas⁴³ son las sociedades utilizadas por excelencia, debido a que a diferencia de las sociedades de responsabilidad limitada⁴⁴ permiten una libertad en las condiciones de suscripción del pacto social, como la emisión de acciones sin valor nominal, acciones al portador y libertad en la clasificación de acciones.

Fuera de las ventajas corporativas que Panamá pueda ofrecer a un grupo multinacional, posee normas tributarias que benefician particularmente la constitución de sociedades con funciones de holding, debido a que la mayoría de

⁴³ Ley 32 de 1927 (Gaceta oficial 5,067 de 16 de marzo de 1927)

⁴⁴ Ley 4 de 2009

operaciones que realiza una sociedad de este tipo, como lo es la administración de inversiones, pueden ser realizadas desde Panamá sin que se considere que la sociedad genera renta gravable en Panamá.

Sobre el particular el Parágrafo 2 del artículo 694 CFP considera renta de fuente extranjera entre otros, las siguientes rentas:

1. Facturar desde Panamá la venta de mercancías en el exterior.
2. Dirigir desde Panamá transacciones que se consuman en el exterior
3. Distribuir dividendos y participaciones a extranjeros, cuando los ingresos que originaron los dividendos no se consideren de fuente panameña

Adicionalmente el último inciso del Parágrafo 1 del artículo 694 del CFP establece una excepción a los ingresos por servicios:

“Las personas naturales o jurídicas que, por razón de sus actividades de negocios, desarrollen operaciones fuera del territorio nacional que les sean requeridas para la generación de renta declarada en la República de Panamá no estarán sujetas a efectuar la retención sobre los pagos que efectúen por aquellos bienes y servicios que se financien, contraten o ejecuten totalmente fuera del territorio nacional, los cuales no deberán considerarse como renta gravable.”

A pesar de que para realizar actividades comerciales y/o industriales en Panamá se requiere cumplir con los requisitos de la ley 5 de 2007, entre ellos registrarse y obtener el aviso de operaciones, el obtener el aviso de operaciones no excluye la posibilidad de obtener rentas de fuente extranjera no gravadas, si la sociedad presenta operaciones tanto en Panamá como en el exterior, debe deducir estas rentas de su ingreso gravable como lo establece el artículo 695 del CFP.

En el mismo sentido, Panamá no considera gravables bajo impuesto de dividendos, renta o ITBM la ejecución de fusiones que se ciñan a los requisitos del decreto ejecutivo 18 de 1994 y las liquidaciones de sociedades que a cambio de su participación en la sociedad extinguida reciban exclusivamente acciones de las subsidiarias.⁴⁵

Dentro de los pocos gravámenes disponibles en la legislación panameña para sociedades tipo Holding se encuentra la tasa de registro, para sociedades y otras entidades, quienes deberán inscribirse en el registro público panameño y pagar la “*Tasa Única*”⁴⁶ por cada año subsiguiente.

Fuera de lo anterior, Panamá mantiene un régimen Holding con beneficios adicionales, más conocido como “*Headquarters Regime*”, este régimen creado bajo la ley 41 de 2007 es un régimen especial para el establecimiento y la operación de empresas multinacionales, donde la empresas poseedoras de la licencia se encuentran totalmente exentas por el pago de impuesto de renta e ITBMS en Panamá, por los servicios brindados a sus vinculadas del exterior, a su vez la retención aplicable por los servicios autorizados para estas sociedades se encuentra limitado a un 50% de la tarifa normal de retención, sin perjuicio de los acuerdos sobre consolidación de impuestos del exterior, que la empresa multinacional pueda realizar con el Ministro de Economía y Finanzas de Panamá .

Para participar del régimen Holding se debe contar con una licencia emitida por la secretaria técnica de la comisión de licencias que, fuera de los requisitos de la ley y la limitación de servicios y actividades que pueden realizar estas

⁴⁵ Nota No. 201-01-1074 al 31 de enero de 2012. Concepto de la Dirección General de Impuestos de Panamá.

⁴⁶ Artículo 318-A Código Fiscal de Panamá

empresas, puede exigir requisitos adicionales, es así como en 2017, mediante resolución 20-17 se exige un valor en activos superior a los 200 USD, presencia en al menos 40 países y la remisión de los estados financieros consolidados del grupo multinacional.

La jurisdicción panameña permite también que los socios o accionistas de una compañía en Panamá sean extranjeros, los directores no tienen que tener nacionalidad panameña e incluso pueden ser residentes de otra jurisdicción. Las reuniones de la junta directiva pueden llevarse a cabo tanto en otros países como por medios no tradicionales de comunicación, e incluso todos los bienes, activos y capital de la sociedad pueden encontrarse en el exterior, y no se exige tampoco establecer con precisión el objeto social de la compañía.

c. Chile: Sociedades Plataforma de Negocios (SPN)

Con el objetivo fomentar las inversiones en Chile, el 23 de noviembre de 2002 se publicó la Ley 19.840, en la cual se incorporó un nuevo artículo a la Ley de Impuesto a la Renta, suscrito como 41° D, donde se establecen las normas y su tributación a las que quedarán sujetas las SPN que se constituyan en territorio nacional chileno, y que deseen invertir en terceros países desde Chile, sin tener que soportar el Impuesto a la Renta que originen dichas inversiones, pero sí aprovechar las ventajas que ofrece Chile para canalizar y administrar estas inversiones en terceros países (Zuñiga y Romero 2008).

Debido a que su conformación, debe tener por objeto exclusivo la realización de inversiones en el país y en el exterior, los accionistas de la sociedad y los socios o accionistas de aquellos, que sean personas jurídicas y que tengan el 10% o más de participación en el capital o en las utilidades de los primeros, no deberán estar domiciliados ni ser residentes en Chile, ni en países o en territorios que sean considerados como paraísos fiscales o regímenes fiscales preferenciales nocivos por la OCDE (Servicio de Impuestos Interno SII).

Así mismo, el capital aportado por el inversionista extranjero deberá tener su fuente de origen en el exterior y deberá efectuarse en moneda extranjera de libre convertibilidad a través de alguno de los mecanismos que la legislación chilena establece para el ingreso de capitales desde el exterior (Servicio de Impuestos Interno SII).

								socios		
Uruguay 47		x ⁴⁸	Renta territorial		NO ⁴⁹	Depende ⁵⁰		Depende ⁵¹	SI ⁵²	SI ⁵³
Panamá 54	X		Renta territorial	SI		SI ⁵⁵		SI	SI	SI ⁵⁶
Chile ⁵⁷	X		Renta mundial ⁵⁸	SI		SI		SI ⁵⁹	SI	NO

⁴⁷ Ley N° 18.083 Sistema tributario.

⁴⁸ Las Sociedades Anónimas Financieras de Inversión - SAFIs - (Ley 11073) dejaron de existir en la legislación uruguaya. Sin embargo, la actividad financiera de inversión en activos en el exterior, y toda otra clase de actividad económica fuera del territorio nacional puede ser realizada por sociedades anónimas uruguayas regidas por la ley 16060, siempre que dichos cometidos se encuentren comprendidos dentro de su objeto social.

⁴⁹ El resultado por tenencia como la ganancia derivada de los dividendos recibidos de las sociedades (ya sean locales o del exterior), se encuentran no gravados por el Impuesto a las Rentas de las Actividades Económicas (IRAE).

⁵⁰ La distribución de dividendos por parte de una sociedad anónima a un accionista se encuentra gravada por un 7% siempre que la ganancia que genero el dividendo haya sido sujeto de tributación del impuesto a la renta en Uruguay. Si no estuvo sujeto a imposición local el dividendo de distribuye sin retención.

⁵¹ El tratamiento a otorgar dependerá del país de residencia de las sociedades cuyas acciones se enajenan:

a. Uruguay: El resultado se encuentra gravado por IRAE a la tasa del 25%

b. Exterior: - Domiciliadas en países "NO BONT no se encuentra gravado por IRAE, por tratarse de rentas de fuente extranjera. - Domiciliadas en países de bajo o nula tributación ("BONT"): En este caso se amplía el concepto de fuente uruguaya, por lo que el resultado derivado de la enajenación de las acciones se encuentra gravado por IRAE, siempre que más del 50% del activo de la sociedad del exterior se integre, directa o indirectamente, por bienes situados en la República.

⁵² El capital gain por la venta de las participaciones en el exterior sigue siendo considerado una renta de fuente extranjera, y por ende no comprendida en el hecho generador del Impuesto a la Renta en Uruguay.

⁵³ La tenencia de acciones de otras sociedades, sean locales o del exterior no se encuentran gravadas por el impuesto, restándose del activo fiscalmente ajustado (las primeras por considerarse activos expresamente exonerados del impuesto, y las segundas por tratarse de activos en el exterior del país).

⁵⁴ Código fiscal panameño y ley 41 de 2007 (*Headquarters Regime*).

⁵⁵ Parágrafo 2 del artículo 694 Código Fiscal Panameño. Siempre que cuando los ingresos que originaron los dividendos no se consideren de fuente panameña.

⁵⁶ Todos los ingresos de fuente extranjera.

⁵⁷ Ley sobre impuesto a la renta - contenida en el artículo 1º del decreto ley N° 824.- Artículo 92.

⁵⁸ Las Sociedades Plataforma de Negocios no se consideran domiciliadas en Chile y tributan por rentas de fuente en ese país. Por lo cual, no son beneficiarias de los CDI.

⁵⁹ Excepción en el caso de ganancia de capital provenga de una sociedad ubicada en jurisdicción no cooperante o de baja o nula tributación o paraíso fiscal.

Colombi a⁶⁰	X	Renta mundial	SI	SI		SÍ	SI	SÍ
-----------------------------------	---	------------------	----	----	--	----	----	----

⁶⁰ Art. 894 y ss. Estatuto Tributario

Capítulo II

Ámbito de aplicación de las CHC en el contexto de los Convenios para Evitar la Doble Imposición

A. Ámbito de aplicación subjetivo en los CDIs

Para efectos de aplicar un CDI y atribuir el tratamiento tributario que de allí se deriva a una CHC, debemos partir de la siguiente pregunta: ¿Las compañías holding colombianas son “persona”?

De acuerdo con el artículo 3(1) (a) del Modelo de Convenio de la OCDE (“MCOODE”), el alcance del término “persona” comprende a las personas naturales, sociedades y cualquier otra colectividad o agrupación de personas (Cardoba Arce, 2017, Pág.211).

Según los comentarios al MCOODE esta definición tiene un amplio significado el cual debe interpretarse de forma amplia, pues comprende a las personas físicas o naturales, las sociedades y las agrupaciones de personas.

Los comentarios al MCOODE no han señalado precisiones con relación a si el término “persona” comprende en sus alcances el concepto de Holding para los efectos del objeto de estudio aquí analizado. Sin embargo, el término “sociedad” contenido en la letra b) comprende la definición de “persona” cuando quiera que se trate de una entidad formalmente constituida, a la cual se le atribuyan los efectos impositivos de un CDI.

En este sentido, el profesor Arce Escobar (Cardoba Arce, 2017, Pág. 209) parafraseando el MCOODE indica que:

“La definición del término “persona” contenida en la letra a) no es en absoluto exhaustiva y deberá interpretarse en un sentido muy amplio (véanse en particular los artículos 1° y 4°). La definición menciona expresamente a las personas físicas o naturales, las sociedades y las agrupaciones de personas. Del significado atribuido al término “sociedad” en la definición contenida en la letra b) se deduce que el término “persona” comprende, además, cualquier otra entidad que, aun cuando no esté constituida formalmente, sea tratada como tal a efectos impositivos”⁶¹

Así las cosas, en el caso de las CHC en principio parecieran no existir problemas en cuanto a su calificación como persona para efectos del MCOCDE y al ser esto así, sí resultaría ser considerada como persona para efectos de la aplicación del convenio. En este sentido, a pesar de que el concepto de holding no está definido en Colombia como un tipo societario para efectos corporativos, las CHC son tratadas como tales para efectos de las normas tributarias domésticas, toda vez que son un tipo societario especial el cual tiene como objeto la administración de actividades de inversión.

Una vez clasificadas las compañías holdings colombianas como persona, la pregunta que sigue a continuación es si la CHC se deben entender o calificar dentro del concepto de residente para propósitos del tratado (Salcedo y Castro, 2017, Pág. 262). Para tales efectos, al respecto Vogel (2015) menciona que para efectos del Modelo de Convenio de la OCDE, el término “residente de un estado contratante” significa: cualquier persona, que bajo las leyes de dicho Estado, está sujeto a impuestos en virtud de su domicilio, residencia, lugar de administración o dirección, o cualquier otro criterio de naturaleza similar. También incluye aquí

⁶¹ OCDE. Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio: Versión abreviada. Instituto de Estudios Fiscales. Septiembre 20 de 2012. At. 81.

cualquier subdivisión política o autoridad local, del mismo. El mencionado término no incluye cualquier persona que es sujeta a impuestos en dicho Estado, se refiere únicamente a los ingresos de fuente en dicho estado, o al capital allí situado.

Con ocasión a lo anterior, en aquellos eventos donde un individuo resulte residente en dos estados contratantes, existen unos criterios de desempate, o también denominados *tie-breaker* (en inglés), que sirven para determinar o dirimir dicho concepto, de manera que el mismo no resulte residente en dos estados, y se predique su residencia únicamente en el lugar de la sede de administración efectiva, según sea el caso.

Por su parte, Vogel (2015) en su análisis al Modelo de Convenio de las Naciones Unidas (United Nations – UN, por sus siglas en inglés), define residente como cualquier persona que, conforme a las leyes de ese estado, esté sujeta a impuestos en el mismo por razón de su domicilio, residencia, ciudadanía, lugar de administración, lugar de incorporación o cualquier otro criterio de naturaleza similar. En este orden de ideas, las definiciones que traen el Modelo de Convenio de la OCDE y el de Naciones Unidas (UN), son similares, salvo que en UN se introdujeron los aspectos de ciudadanía y lugar de incorporación.

Los criterios de residente son utilizados en diferentes casos, no obstante cobran importancia relevante en lo que se refiere a: (i) Determinar el ámbito de aplicación personal de un Convenio; (ii) resolver aquellos casos de doble imposición, como consecuencia de un criterio de residencia; (iii) resolver los casos de doble imposición, en razón al Estado de la residencia o al Estado de la fuente. (Vogel, 2015, Pág. 222)

Así las cosas, a efectos del tratado un residente de un Estado contratante es:

- ❖ Una persona que, de conformidad con el derecho interno de un Estado contratante, sea residente de ese Estado sin ser también residente del otro Estado contratante de conformidad con el derecho interno de ese otro Estado.
- ❖ O una persona que, según el artículo 4 del MCOODE, se considere residente de uno de los dos Estados contratantes.

De otro lado, el párrafo 1 de los comentarios al Modelo de Convenio proporciona una definición de la expresión residente de un Estado contratante, definición que se refiere al concepto de residencia adoptado en las legislaciones locales.

De conformidad con la normativa estadounidense, en lo que se refiere a compañías, no se utiliza el término residencia, sino que se distingue entre compañías domésticas y extranjeras (Vogel, 2015, Pág. 232). Por su parte, algunos Convenios de Doble Imposición (en adelante “CDIs”) vinculan la residencia de las compañías, al lugar de dirección o a aquel lugar determinado estatutariamente. (Vogel, 2015, Pág. 242). Al respecto el Modelo de Convenio en su artículo 4(1) establece 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 a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén 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”

De ahí, que tal y como lo indica Córdova Arce (2017, Pag.214) para que una entidad se entienda residente para los efectos de un tratado, deba “ser gravada por la totalidad de sus rentas (locales y extranjeras) a fin de poder calificar como residente en uno o ambos Estados contratantes” (Lang, 2010, Pág. 71)

Frente a este punto conviene citar comentarios del MCOUDE en el siguiente sentido:

“El apartado 1° se refiere a las personas que están “sujetas al impuesto” en un Estado contratante en virtud de su legislación interna, en aplicación de diversos criterios. En muchos Estados se considera que una persona está sujeta a imposición tributaria plena incluso si el Estado contratante, de hecho, no establece el impuesto. Por ejemplo, los fondos de pensiones, las entidades de beneficencia y otras organizaciones pueden estar exentos de impuesto, pero solo están exentos si cumplen todos los requisitos para la exención especificados en la legislación tributaria. Están pues sujetos a las leyes tributarias del Estado contratante. Además, si no cumplen dichos requisitos, también tendrán que pagar el impuesto. La mayoría de los Estados considera tales entidades residentes a efectos del Convenio (véanse, por ejemplo, el apartado 1° del artículo 10 y el apartado 5° del artículo 11).

*“No obstante, en algunos Estados, **estas entidades no se consideran sujetas al impuesto si están exentas en virtud de su legislación tributaria nacional. Estos Estados pueden no considerar tales***

entidades residentes a efectos de un convenio, a menos que dichas entidades estén explícitamente comprendidas en dicho convenio. Los Estados contratantes que adopten esta posición pueden resolver este tema en sus negociaciones bilaterales⁶²

En aplicación de los beneficios del tratado se requiere del cumplimiento de ciertas condiciones. Así las cosas, el MCOCDE establece en el artículo 1 el alcance subjetivo del tratado fiscal, exigiendo el cumplimiento del requisito de ser residentes de uno o ambos Estados contratantes. Ahora bien, tratándose ingresos pasivos tales como los dividendos el requisito del beneficiario efectivo se convierte en la condición sine qua non (siempre que el tratado contenga esta cláusula) para determinar que el contribuyente es residente, y en consecuencia establecer si es o no procedente la aplicación de determinado convenio (Castro Arango, 2016, Pag.273)

En este sentido, el artículo 4 MCOCDE hace una remisión al derecho interno para definir el concepto de residente, bajo tres elementos tal y como lo establece Castro Arango:

1. Estar sujeto a imposición;
2. Ser vinculado por un criterio de sujeción (elementos de vinculación subjetiva, es decir domicilio, residencia, sede de dirección efectiva) y;
3. No estar sujeto exclusivamente por sus rentas de fuente territorial.

El concepto de residencia para los efectos de la aplicación del artículo 10 del MCOCDE supone que en caso de conflicto entre dos estados, el mismo sea resultado por el artículo 4.3, es decir mediante la sede de dirección efectiva.

⁶² OCDE. Op. cit. At. 88 - 89.

El requisito “sujeto a imposición” ha generado muchos debates en la doctrina y la jurisprudencia pues supone un vínculo entre la sociedad y el estado, que puede generar problemas de interpretación pues puede suceder que en la práctica se esté en un escenario en el cual se haya concedido una exención objetiva o subjetiva, y como consecuencia de ello no se den las condiciones objetivas para gravar. Ahora, existen estados que han asumido una posición restrictiva tal y como lo afirma Castro Arango, y exigen una imposición efectiva para considerar al contribuyente como residente a efectos del convenio.

De ahí, que la doctrina ha justificado que se entienden como residente *“cualquier entidad que tenga un vínculo personal con un estado y que no tiene sentido diferenciar el aspecto subjetivo del hecho imponible entre entidades numeradas y no numeradas, pues no hay ninguna diferencia entre las que no aparecen ahí y las que aparecen pero son inmediatamente exentas”* (Castro Arango, 2016)

Cabe recalcar que a pesar de que CHC sea previamente calificado como “persona” para propósitos del MCOUDE, se requiere tal y como lo señala el modelo, que la persona sea además “residente” de uno de los Estados contratantes. Por consiguiente, debemos preguntarnos si la CHC podría perder su calidad de residente para efectos del convenio, en razón a que tal y como está estructurado el régimen colombiano cuando quiera que la CHC reciba por ejemplo rentas por concepto de dividendos provenientes de entidades del exterior, dichas rentas: i. están exentas del impuesto sobre la renta; ii. y cuando sean distribuidas a favor de un no residente estos dividendos no recibirán el tratamiento de ingresos de fuente colombiana, y por lo mismo no estarán sometidos a imposición en Colombia.

Con todo lo anterior, toda vez que la CHC no tributa por los dividendos que recibe del exterior ni tampoco impone gravamen alguno cuando quiera que los mismo son distribuidos a un no residente: ¿Podríamos concluir que no debería calificarse a los holdings colombianos como residente de un CDI y por lo tanto otorgar el tratamiento tributario asignado a esa renta en el convenio específico, pues de hacerlo se estaría amparando una situación de no imposición sobre dividendos en virtud del régimen holding? y cuando quiera que los dividendos percibidos por la CHC sean distribuidos a beneficiario residente en un tercer estado ¿Se estaría incumpliendo con la cláusula de beneficiario efectivo?

Frente a este punto, a continuación se plantean algunos problemas respecto del concepto de residencia, pues nos encontramos en una dificultad interpretativa para entender a la CHC como residente en los términos del convenio, en la medida en que dos los elementos de la definición de residencia pudieran llegar a excluirla, pues la CHC no está sujeta a imposición respecto de dividendos y ganancias de capital (pero si respecto de las demás rentas) o estando gravada tienen exenciones objetivas que impiden imposición sobre dividendos y ganancias de capital.

Esta última afirmación puede ser cuestionadas bajo el entendimiento más generalizado de que las exenciones se conceden bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, y la CHC no cumple los requisitos y tampoco está contenida en una exclusión directa del convenio, sin embargo, en caso de recibir otro tipo de rentas, estas si estarían sujetas a imposición y respecto de estas se le podría considerar residente.

Así las cosas, la tercera parte de la definición de residencia también pudiera llegar a excluirla la CHC y no estaría sujeta al convenio, por el hecho de estar sujeta a una renta territorial respecto de dividendos y ganancias de capital, y

aquí podría haber otro problema en la definición. Así las cosas, del análisis realizado se podría concluir que la CHC podría generar problemas de eficacia cuando quiera que el otro estado contratante quien, asumiendo una posición estricta sobre residencia, cuestione si efectivamente estos vehículos cumple con los requisitos para ser calificados como residentes, a pesar de que para efectos de Colombia si lo sea.

Dado lo anterior, bajo nuestro análisis podríamos concluir que cuando quiera que CanCo le distribuya los dividendos a la CHC aplicando el CDI suscrito entre Colombia y Canadá sin ningún tipo de gravamen en aplicación del artículo 10 del Convenio, podría dar lugar a que la Autoridad Tributaria bajo una interpretación estricta del concepto de residencia, desconozca la aplicación del convenio argumentando que la CHC no entiende como residente para efectos del CDI suscrito entre estos dos países.

B. Concepto de Beneficiario Efectivo. La CHC como sujetos destinatarios de los CDI's

Toda vez que este concepto ha sido objeto de constantes interpretaciones por parte de los distintos aplicadores del derecho, en el presente capítulo vamos a revisar el alcance del mismo a la luz del régimen de entidades holding colombianas, con el objetivo de establecer si efectivamente cumplen con los requisitos exigidos por el test de beneficiario efectivo, y en esa medida se puede predicar la aplicación del CDI entre Colombia y la filial de la CHC.

1. Antecedentes

Desde sus inicios en el año 1977, momento a partir del cual se introdujo por primera vez el concepto de Beneficiario Efectivo en el Modelo de Convenio de la OCDE, el mismo ha estado rodeado de gran incertidumbre (Da Silva, 2017).

El concepto de Beneficiario Efectivo o *Beneficial Owner* tiene su origen en el derecho anglosajón, específicamente en la Corte de Cancillería de Inglaterra, alrededor de los siglos XIII y XIV, como derecho concedido por el monarca en situaciones en que las leyes ordinarias no protegían determinadas situaciones que, en equidad, se consideraban merecedoras de salvaguarda jurídica (Hernández 2018). En tal sentido, el monarca tenía la potestad de conceder el derecho de propiedad a una persona por razones de equidad, ajenos a la Ley.

Para hacerse una mejor idea, dicho concepto aplicaría a una persona que regaló determinado bien con específicas condiciones y vio traicionado su propósito, en ese sentido, esa persona no tenía acciones jurídicas posibles y el monarca intervenía para salvaguardarlo fallando en equidad a su favor. Lo anterior, evidencia que el concepto tiene un origen claro en el derecho privado para re balancear situaciones entre particulares.

Posteriormente, en los años 30 en Estados Unidos encontramos un antecedente importante, donde un grupo de personas naturales interesadas en desarrollar actividades inmobiliarias se ven limitadas por la imposibilidad de acceder a los montos que requerían a través del crédito financiero, en tal sentido, deciden constituir una sociedad para acceder a los préstamos y superar dicha limitación. De esta manera, el concepto de beneficiario efectivo tomó importancia cuando se pregunta en cabeza de quién está la operación porque pareciera que parte está en cabeza de la sociedad y otra en cabeza de las personas naturales, si es respecto de quiénes manifiesta la capacidad económica y de quiénes tiene

la titularidad, es decir si es la sociedad o el sujeto que está detrás. En definitiva, el beneficiario efectivo acababa siendo el propietario económico.

En consecuencia, se fue consolidando reglas de protección a estas situaciones manteniendo un carácter jurisprudencial y casuístico, su uso se fue generalizando en jurisdicciones basadas en el derecho inglés como Inglaterra y Estados Unidos, como instrumento dúctil para organizar y planificar la titularidad de activos y patrimonios mediante la transmisión de la propiedad a terceros sin necesidad de renunciar de forma completa a los derechos sobre los mismos. (Langbein, 1997, Pág.188 y 189)

En materia fiscal, el término apareció por primera vez en el artículo 17(6) del Finance Act (UK) de 1956, aplicándose específicamente a reorganizaciones corporativas (Barrera, 2013).

Inclusive los tribunales ingleses se pronunciaron sobre el significado de este término, señalando expresamente que el término “beneficiario efectivo” designa un tipo de propietario distinto al propietario legal, pues este último sólo aparece para efectos del registro como propietario, pero un beneficiario efectivo puede ejecutar actos sobre el bien en su carácter de propietario “real”.⁶³

La “generalización” del término ocurrió en 1977 con las modificaciones al Modelo de Convenio de la OCDE (Da Silva, 2017). Como fuere ya mencionado, el concepto fue introducido a la OCDE por iniciativa del Reino Unido con la finalidad de incluirlo en los convenios de doble imposición y limitar algún beneficio. Lo anterior fue posible mediante el reconocimiento del problema de conocer la

⁶³ Propiedad en beneficio (Beneficial Ownership). Es una propiedad que no es simplemente la propiedad legal por el mero hecho de estar en el registro sino más bien como el derecho, al menos hasta cierto punto, de actuar frente a la propiedad precisamente como propietario (Wood Preservation Ltd. V. prior, 54 Tax Cases. 112,133)

titularidad de las rentas, dado que, es necesario atribuir las a un sujeto susceptible de contribuir en determinado estado. Es así, como fue incluido el concepto bajo las anteriores premisas, de forma muy diferente a su concepción original y más bien de forma más apropiada para aplicar en los negocios o figuras de derecho continental como la agencia, fiducia, mandato y demás.

Sin embargo, en el Modelo de Convenio de la OCDE 1977, la actualización introdujo también una segunda oración al Art. 4. 1 que establece que el término *residente de un Estado Contratante* no incluye a ninguna persona que esté sujeta a impuestos en ese Estado con respecto solo a los ingresos de fuentes en ese Estado o capital situado en el mismo. En este sentido, una persona considerada residente de acuerdo con las leyes nacionales, pero sujeta solo a un impuesto limitado a los ingresos de fuentes en ese Estado o al capital situado en ese Estado, ya no calificaría como residente del tratado a los efectos de reclamar los beneficios del tratado⁶⁴.

En 1986, con el reporte de empresas conducto (*Conduit Company*) la OCDE explica el propósito de incluir el requisito de beneficiario efectivo, donde se establece que la función principal de una empresa es mantener activos o derechos, de ahí que por sí solo no es suficiente para clasificarlo como un mero intermediario, ya que lo mismo requerirá y hace necesario un examen más detallado. En última instancia, la conclusión que se debe extraer de este informe, fue que el Beneficiario Efectivo no era en realidad el mecanismo apropiado para dirigirse a las empresas conductoras (*conduit companies* en inglés) (Da Silva, 2017).

⁶⁴ Al respecto y tal y como lo concluye Da Silva Bruno en su artículo *The beneficial ownership requirement in Tax Treaties, Evolution of its meaning and the experience in Iberoamerica (and beyond)*, La inclusión del beneficiario efectivo en el Modelo, en su intención original, surgió en un momento en que ya no era necesario, teniendo en cuenta la segunda oración del art. 4 (1). Toda vez que se incluyó cuando ya no era necesario, y que más de medio siglo después la confusión sobre su significado aún persiste, probablemente sería preferible simplemente eliminarlo.

Años después en 1999, con el *Partnership Report*, el significado de beneficiario efectivo difiere de los analizados previamente; lo anterior, toda vez que en lugar de centrarse en los atributos sobre los ingresos del destinatario, el requisito de titularidad real surge aquí como vinculado a la obligación tributaria. (Da Silva, 2017)

Posteriormente, el concepto fue evolucionado en la OCDE de forma inconsistente, por ejemplo, con los fondos no es claro cómo aplicarlo, ya que, es difícil determinar el titular. Finalmente, el último comentario del Modelo de Convenio de la OCDE del año 2014 es el texto final y más consistente, el cual dispone en otras palabras: que el beneficiario efectivo es quién tiene el derecho a usar y disfrutar de los rendimientos, sin tener la obligación jurídica o económica de transferirlo a un tercero, siempre para efectos de Convenio.

En razón a lo anterior, el requisito de beneficiario efectivo se puede encontrar en los artículos sobre dividendos, intereses y regalías. Dicha disposición parece estar destinada a limitar el alivio del tratado, únicamente a un beneficiario efectivo que sea residente del país del tratado. (Da Silva, 2017)

En la actualidad, el término de beneficiario efectivo no se encuentra definido en el Modelo Convenio de la OCDE, ni en la mayoría de Convenios de doble tributación, y mucho menos en la legislación interna de cada Estado. (Barrera, 2013, Pág) En tal razón, se discute si es mejor acoger una definición a nivel internacional o si se debe desarrollar una definición local⁶⁵.

⁶⁵ El Artículo 3(2) del Modelo Convenio de la OCDE señala que cualquier término o expresión no definida en el propio Tratado tendrá, salvo que del contexto se infiera una interpretación distinta, el significado que le atribuya la legislación de ese Estado.

Cabe mencionar, que debido a que dicho concepto se extiende naturalmente a países no pertenecientes a la OCDE y, en particular, a países Iberoamericanos; algunos, a lo largo de los años, han intentado introducir la definición de Beneficiario Efectivo bien sea en su legislación interna o mediante directrices administrativas (Da Silva, 2017).

Por su parte, un ejemplo que resulta interesante citar a efectos del concepto de Beneficiario Efectivo, es China quien a través de su Circular 601, introduce 4 criterios o condiciones que permiten definir lo que allí se entiende por Beneficiario Efectivo. En este sentido las condiciones resultan ser las siguientes: (i) La persona no es un agente; (ii) la persona no es una empresa conducto (*Conduit Company*); (iii) a persona tiene derecho a poseer o disponer de los ingresos y derechos o propiedad sobre los ingresos; (iv) la persona se dedica (generalmente) a una actividad comercial sustancial. En conclusión, puede decirse que dicha definición de beneficiario efectivo es un híbrido, entre la combinación tanto de la evaluación legal de los derechos de propiedad sobre los ingresos, con una evaluación sustancial de la actividad comercial del receptor de los ingresos.(Da Silva, 2017)

2. Concepto General De Beneficiario Efectivo

Como lo mencionamos anteriormente, si bien el concepto de Beneficiario Efectivo implica diferentes definiciones y alcances según cada jurisdicción, es necesario desarrollar un concepto general que pueda ser aplicable a todos los ámbitos. “A este respecto, se ha reconocido ampliamente que el concepto de beneficiario efectivo es un ejemplo típico de un término que requiere una interpretación autónoma, ya sea porque el contexto así lo requiere o porque es un significado fiscal internacional claro.” (Da Silva, 2017)

En este sentido, el beneficiario efectivo es la persona a quien se le puede atribuir un beneficio porque realmente lo detenta, independientemente de la persona que parece o aparenta recibir dicho beneficio. Benjamín Cubides Pinto, afirma que dicho concepto ha sido entendido como la persona con los mayores atributos en relación con el derecho de propiedad, lo cual incluye el derecho de posesión, uso, administración, derecho a los ingresos y el capital, incluido el derecho de enajenar y libertad de consumir, desechar o destruir, más el riesgo de la depreciación y la expectativa de apreciación.

No obstante lo anterior, es importante mencionar que dicho concepto ha estado rodeado de mucha incertidumbre, por lo que al determinar su significado suscitan distintos interrogantes, entre ellos: ¿Debería este término referirse al atributo completo de propiedad?, ¿O debería entenderse más bien como vinculado a la obligación y responsable tributario?, ¿O debe interpretarse la titularidad real como una prueba de compra general contra el tratado con interpretación basada en la economía? (prueba de sustancia sobre forma)? O su vez ¿debe interpretarse con un significado muy limitado a agentes y nominados?

Lo cierto es, que en la actualidad, las decisiones adoptadas por los tribunales nacionales de todo el mundo revelan que se han adoptado diferentes significados en la interpretación de este término. (Da Silva, 2017, Pág 26)

Al mismo tiempo, algunas autoridades tributarias tienden a aplicar la prueba de beneficiario efectivo, como prueba general de compra de tratados (*Treaty shopping*) particularmente porque la mayoría de los tratados fiscales actuales (al menos antes de las regulaciones que siguen al Instrumento Multilateral) no tienen cláusulas de Limitación de Beneficios (LOB), ni proporcionan la aplicación de normas nacionales o basadas las reglas anti-abuso de los tratados.

El hecho es que una interpretación económica amplia de la propiedad del beneficiario es motivo de preocupación, ya que no concilia con el significado originalmente asignado al término, conduce a la incertidumbre y, en última instancia, conduce a la imposibilidad para el sector corporativo de beneficiarse de los CDI.

En razón a lo antes expuesto, de forma general, y para los fines del presente escrito, es preciso señalar que el concepto de beneficiario efectivo tiene dos grandes ámbitos: el primero, con propósitos de intercambio de información, y el segundo, como norma anti-abuso que permite limitar la aplicación de beneficios en el marco de CDIs⁶⁶. El presente capítulo pretende abordar los dos ámbitos del concepto, de tal forma que se pueda analizar lo que se entiende por beneficiario efectivo a nivel nacional e internacional⁶⁷, y valorar los efectos del alcance que su aplicación implica en una estructura como la de la CHC colombiana. La importancia de este concepto es significativa en la medida que, es la institución jurídica de la cual las Administraciones Tributarias podrían hacer uso para desconocer la aplicación del artículo 10 del CDI o para desvirtuar y recalificar operaciones a determinados contribuyentes.

3. Elementos Del Beneficiario Efectivo

⁶⁶ El concepto de beneficiario efectivo en los convenios tributarios colombianos tiene su origen en el uso del concepto en los modelos de convenio de la OCDE y de la ONU. Por lo cual, su interpretación está directamente condicionada por el desarrollo internacional del concepto. (Hernández, 2018, pp 324)

⁶⁷ La razón de ser de la extensión de otro uso del concepto de beneficiario efectivo en el Estatuto Tributario como regla antiabuso parece ser su uso en el Modelo de Convenio de la OCDE en relación con dividendos, intereses y cánones como rentas pasivas susceptibles de una alta movilidad. (Hernández 2018)

En la actualización de 2014 por primera vez se proporcionó una definición, donde es posible distinguir dos elementos de la noción de "beneficiario efectivo" de la siguiente manera: (i) el destinatario del ingreso en cuestión debe tener el "derecho a usar y disfrutar" ese elemento de ingresos, mientras que (ii) este derecho no puede estar "limitado por una obligación contractual o legal de transferir el pago recibido a otra persona". (Da Silva, 2017, Pág 31)

Por lo tanto, la característica fundamental del beneficiario efectivo es que la persona que recibe el pago (es decir, el dividendo, el interés o la regalía) y tiene derecho a usarlo y disfrutarlo, por lo que no puede estar obligado, contractual o legalmente, a transmitir el *item* de ingresos a otra persona; en otras palabras, el pago recibido no puede ser asignado legalmente, para ser transferido a otra persona. (Da Silva, 2017, Pág 31)

4. Beneficiario efectivo en el derecho colombiano

En razón de su naturaleza y origen aquí descrito, las jurisdicciones han codificado y sistematizado el concepto de forma muy distinta. En consecuencia, en Colombia el concepto de beneficiario efectivo fue introducido por la Ley 1819 de 2016 o Reforma Tributaria Estructural⁶⁸ con tres alcances diferentes; (i) Deberes de suministro de información a la Administración Tributaria para facilitar la fiscalización, (ii) Denegar la deducibilidad de pagos desde Colombia al exterior cuando su beneficiario es en un 50% o más el mismo contribuyente, y (iii) El concepto se emplea dentro de la norma general anti-abuso.

Adicionalmente, es importante señalar que además de la introducción expresa en el Estatuto Tributario mediante la mencionada reforma, el concepto

⁶⁸ Ley 1819 de 2016 "por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y alusión fiscal, y se dictan otras disposiciones"

está presente en nuestro ordenamiento jurídico en los Convenios para Evitar la Doble Imposición que Colombia ha suscrito. Es preciso señalar, que Colombia incorpora el concepto preponderantemente para el reporte de información bajo la perspectiva del control directo o indirecto que se tenga sobre una entidad o cuenta reportable, más que, para los fines anti elusivos que se busca en el derecho tributario internacional, especialmente en los convenios para evitar la doble imposición. La razón de lo anterior, puede explicarse por las obligaciones de intercambio de información que ha adquirido Colombia, producto de los desarrollos del G-20, OCDE y el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información. (Hernández, 2017)

5. Beneficiario efectivo para fines de abuso

El Concepto de Beneficiario Efectivo es usado en materia de abuso con el propósito de prevenir la elusión y evasión fiscal a través del uso de los convenios. La exclusión o limitación de la imposición en el estado de la fuente (donde se genera la renta) debe necesariamente haber sido sujeto de impuesto por la misma renta en el estado de la residencia del contribuyente. Los convenios no tiene como propósito generar escenarios de no imposición, lo que pretenden es repartir las cargas impositivas para no generar doble imposición, por lo tanto, se desvirtuaría las finalidades de un convenio cuando una persona obtenga un beneficio contemplado en el convenio sin haber tributado en el estado de la residencia en razón a su calidad de agente o intermediario.

La OCDE, en su Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio incluye el concepto de beneficiario efectivo en los artículos de las

rentas pasivas, como lo son: dividendos, intereses, cánones y regalías⁶⁹. Toda vez, que las mencionadas rentas en contraposición con las activas, presentan dificultad al querer identificar sus respectivos titulares para realizar la atribución correspondiente en el ejercicio de fiscalización y determinar la calidad de sujeto susceptible o no de aplicarse un beneficio de un convenio.

En el modelo, se pretende establecer una cualidad especial a los sujetos receptores del pago para que puedan gozar de los beneficios del Convenio de que se trate, y que consiste en ser el “beneficiario efectivo” del ingreso. Antes de 1977, cualquier persona, simplemente por ser el receptor de los pagos, tenía derecho a que se le aplicaran los beneficios del Tratado. Con la modificación hecha por la OCDE en 1977, se pretendió limitar las ventajas concedidas en los Tratados de doble tributación, que consisten en conferir exenciones o reducciones en las tasas de retención de dividendos, intereses o regalías por parte del país de fuente de riqueza, si la persona que en última instancia se beneficia con el pago es un residente en el otro Estado Contratante. Asimismo, dentro de los comentarios del Modelo de convenio del año 2014 se precisó en el sentido que el concepto de “beneficiario efectivo” no se utiliza en su sentido técnico más estricto, sino que debe más bien interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos e intenciones del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y la elusión fiscales.

Según Vogel, la ventaja o beneficio del convenio no debe otorgarse a quien tiene un título formal de dueño o poseedor, sino a quien tiene un título efectivo. Es decir, aplicando el criterio de la supremacía de la sustancia sobre la forma o substance over form approach, con lo cual, para aplicar el convenio la calidad de beneficiario efectivo como realidad fáctica y título efectivo, prevalecerá sobre la

⁶⁹ Los artículos del Modelo Convenio de la OCDE que incluyen el concepto de “beneficiario efectivo” son: 10(2), 10(4), 11(2), 11(4), 11(6), 12(1), 12(3) y 12(4)

realidad formal del dueño que sea un simple agente o intermediario. No obstante lo precedente, no es claro cómo se determina y quién es el beneficiario efectivo (VOGEL,2015).

Para Vogel, el aspecto del control es el aspecto más importante para determinar el beneficiario efectivo; para él el beneficiario efectivo es la persona que es libre o tiene el poder para decidir: (i). si el capital u otros activos serán usados o puestos a disposición para el uso por parte de otros (este es el Derecho sobre el capital) o (ii) Cómo lo que produzca el capital y demás activos se debe usar (derecho sobre el ingreso o renta) o (iii) Ambos poderes (VOGEL,2015).

Si el titular de una renta tiene restricciones para el ejercicio de los poderes que le corresponderían, su titularidad será puramente formal. Solamente estará legitimado a aplicar el convenio la persona que está legitimada a ejercer al menos uno de los poderes.

Así, el beneficiario efectivo será quien pueda decidir sin limitaciones: (i). El destino y uso del capital y otros activos o (ii). La forma en que se debe disponer de las rentas obtenidas.

En tal sentido, citando a Hernández González-Barreda, el concepto de beneficiario efectivo en los tratados fiscales sobre renta y patrimonio basados en el MC de la OCDE de 1977 y que hayan tenido en cuenta el Conduit Companies Report de 1986, o basados en el Modelo de Convenio de 2003, debe interpretarse en el sentido de limitar el acceso a los beneficios convencionales en aquellos casos en que: (i) el efecto económico de la renta es transmitido a terceros; (ii) el perceptor de la renta está obligado por contrato o por la ley, por obligación real o personal, a hacer la transmisión de esos efectos económicos; y, (iii) tiene la obligación de transmitir esa renta o cantidades equivalentes vinculada de forma

directa y en relación con la percepción o devengo del derecho a la renta, o en el mismo negocio jurídico, o en negocio jurídico distinto o norma legal que obliga a transferir la renta o los beneficios económicos por referencia a la transacción por la cual se reciben los rendimientos o se adquirió el derecho por el potencial intermediario, siendo que la transferencia depende de la percepción o adquisición de los rendimientos.(Hernández 2017)

En síntesis, como lo establece Benjamín Cúbides Pinto, el concepto de beneficiario efectivo en el ámbito internacional se utiliza en referencia a la persona que puede determinar el uso y/o usar y disfrutar de una renta, pero para definir quién es el beneficiario efectivo, se acude al concepto de control para determinar quién efectivamente puede disponer el destino de la renta en mención.

Ahora bien, en el ordenamiento Colombiano el concepto de beneficiario efectivo como norma antia-buso se evidencia en cuatro diferentes escenarios: (i) En los artículos 10,11 y 12 de los CDI suscritos por Colombia, (ii) En la Norma general anti-abuso, (iii) En la regla de denegación de deducibilidad de pagos a beneficiarios, efectivos residentes, y (iv) Modificación de la Ley de Financiamiento en el sentido que la retención en la fuente en la primera distribución de dividendos entre sociedades nacionales se acreditará al “beneficiario final”.

En los convenios, es necesario recordar que Colombia ha suscrito 14⁷⁰ convenios para evitar la doble imposición bajo lineamiento del modelo de convenio de la OCDE, por lo cual su entendimiento e interpretación debe estar atada y condicionada por la evolución internacional que tenga el concepto de beneficiario efectivo que anteriormente se desarrolló.

⁷⁰ Biblioteca Virtual de tratados, Ministerio de relaciones exteriores 2019.

Por otro lado, el abuso en materia tributaria es desarrollado por el Artículo 869 del Estatuto Tributario, conocido como norma general anti-abuso, en tal efecto, en su párrafo 3 para definir el concepto de provecho tributario hace mención del concepto de beneficiario efectivo de la siguiente forma:

PARÁGRAFO 3. *Se entiende por provecho tributario la alteración, desfiguración o modificación de los efectos tributarios que, de otra manera, se generarían en cabeza de uno o más obligados tributarios o beneficiarios efectivos, tales como la eliminación, reducción o diferimiento del tributo, el incremento del saldo a favor o de las pérdidas fiscales y la extensión de beneficios o exenciones tributarias.*

El Artículo 771-6 ET, añadido por la Ley 1819 de 2016, determina la facultad de la DIAN para desconocer la deducibilidad de costos y gastos en el exterior en los siguientes términos:

Art. 771-6. Facultad para desconocer costos y gastos.

La DIAN podrá rechazar la procedencia de costos y la deducción de gastos en el exterior cuando se verifique que:

- 1. El beneficiario efectivo, en los términos del artículo 631-5 de este Estatuto, de dichos pagos es, directa o indirectamente, en una proporción igual o superior al 50%, el mismo contribuyente;*
- 2. El pago se efectúa a una jurisdicción no cooperante o de baja o nula imposición o a entidades sometidas a un régimen tributario preferencial o no se allegue certificado de residencia fiscal del beneficiario del pago.*

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando el contribuyente demuestre que la estructura jurídica obedece a un propósito principal de negocios, diferente al ahorro tributario, lo cual podrá hacerse a través de la aplicación del régimen de precios de transferencia.

Posteriormente, en el Artículo 52 de la Ley 1943 de 2018 se modifica el artículo 246 del Estatuto Tributario y se pone de presente nuevamente el tema del beneficiario efectivo, al indicar que la retención en la fuente en la primera distribución de dividendos entre sociedades nacionales se acreditará al “beneficiario final persona natural residente o inversionista residente en el exterior”

6. Beneficiario efectivo con fines de información

El desarrollo empresarial implica la expansión de las sociedades comerciales a nivel internacional, sin embargo, la carga impositiva resulta en muchas ocasiones muy onerosa para las empresas, razón por la cual las empresas nacionales e internacionales están en una búsqueda constante de alternativas para reducir impuestos mediante la planeación fiscal. Frente a esta situación, las Administraciones Tributarias se apoyan mutuamente mediante la cooperación y el intercambio de información fiscal de importancia para cada una.

En materia de intercambio de información, Colombia es un cumplidor temprano de estas directrices. Sin embargo, el hecho que tengamos tantos convenios genera el problema que se mezclan los propósitos de cada uno. Es así como se ha mezclado el intercambio para la prevención de delitos como narcotráfico, blanqueo de capitales, tráfico de armas y demás, y el intercambio propiamente en materia fiscal. Situación lamentable, toda vez que son propósitos disímiles, pues no es lo mismo buscar un delincuente a buscar la persona que controla o que tiene la capacidad económica de una estructura corporativa.

En materia de intercambio de información, existen tres instrumentos que habilitan el intercambio de información (enabling instruments): (i) convenios

bilaterales de doble imposición (CDI) con una cláusula de intercambio de información, (ii) acuerdos de intercambio de información y (3) la Convención Multilateral sobre asistencia administrativa en material fiscal⁷¹ (MAC por sus siglas en inglés). (Corredor, 2016)

No obstante, estos instrumentos no desarrollan los detalles del intercambio; por ello, el cómo (intercambiar información), qué (información intercambiar), cuándo (intercambiar información) y los demás detalles para llevar a cabo el intercambio se encuentran en el conocido Acuerdo de Autoridades Competentes (Competent Authority Agreement). Este AAC puede ser bilateral o multilateral. Será bilateral si desarrolla un CDI o un acuerdo de intercambio de información; será multilateral si desarrolla la MAC⁷².

Frente a este respecto, Colombia firmó dicho MCAA para intercambiar información en materia financiera de manera automática en Berlín, Alemania, el 29 de octubre de 2014 y se comprometió a ser parte de la primera ola de intercambio de información bajo un estándar de reporte común (Common Reporting Standard o CRS). (Corredor, 2016)

Por su parte, la Unión Europea no estaba de acuerdo en entregarle la información financiera directamente al fisco americano mediante FATCA, es así como acudieron a CRS. FATCA tiene muchas definiciones precisas de beneficiario efectivo para cada situación particular. En cambio, los términos de

⁷¹ Ley 1661 de 2013 (julio 16) Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal”, hecha por los depositarios, el 1° de junio de 2011 y aprobada por el Consejo de Europa y los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

⁷² La MAC permite el intercambio de información en tres modalidades: por solicitud, automático o esporádico. La adopción de cualquiera de las formas de intercambio, exige firmar un Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes (Multilateral Competent Authority Agreement o MCAA).

referencia de 2016 y CRS dice que el Beneficiario es quién controla o quien tenga la propiedad lo que conlleva a una indefinición. (Corredor, 2016)

En Colombia, la Ley 1819 de 2016 incluyó el concepto de Beneficiario Efectivo (BE) en los artículos 631-1 al 631-6 del Estatuto Tributario, el cual en términos generales regula por un lado la información bajo requerimiento para determinar quién está detrás de las entidades o de determinados negocios, y por otro lado, quien es el beneficiario efectivo de cuentas financieras.

El literal n) del artículo 631 del ET, adicionado por el artículo 131 de la Ley 1819 de 2016, señala que *Las sociedades colombianas que sean subsidiarias o filiales de sociedades nacionales o del exterior, los establecimientos permanentes de empresas del exterior, patrimonios autónomos, fondos de inversión colectiva, deberán identificar a sus beneficiarios efectivos en los términos del artículo 631-5 de este estatuto, y, respecto de los mencionados beneficiarios efectivos, deberán suministrar:*

- 1. Sus nombres y apellidos;*
- 2. Su fecha de nacimiento; y,*
- 3. El número de identificación tributaria del exterior donde tienen su residencia fiscal, en caso de existir.*
- 4. Participación en el capital de las sociedades o empresas;*
- 5. País de residencia fiscal;*
- 6. País del que son nacionales.*

Se exceptúan de esta obligación las sociedades nacionales cuyas acciones se encuentren listadas en la Bolsa de Valores de Colombia y aquellos fondos y patrimonios autónomos cuyas participaciones o derechos fiduciarios sean valores y se encuentren listados en la Bolsa de Valores de Colombia.

Adicionalmente, el mismo artículo adiciona el literal O, en el cual se le da potestad al Gobierno Nacional de señalar mediante reglamento información adicional a la señalada anteriormente para ser suministrada a la DIAN.

Como ya se mencionó, el artículo 132 de la Ley 1819 de 2016 que adicionó el artículo 631-4 al Estatuto Tributario, incorpora el concepto de beneficiario efectivo para efectos de intercambio de información automática de cuentas financieras, predominando el criterio de control para determinar el beneficiario efectivo y remite al artículo 631-5 para la comprensión del concepto de beneficiario efectivo y al artículo 651 para efectos sancionatorios.

Por otro lado, la Ley 1819 de 2016 incluyó el concepto de Beneficiario Efectivo (BE) mediante el Artículo 133, que modificó el Artículo 631-5 del Estatuto Tributario (E.T.), y estableció que se entenderá por beneficiario efectivo a la personas natural que cumplas con alguno de los siguiente requisitos:

a) Tener control efectivo, directa o indirectamente, de una sociedad nacional, de un mandatario, de un patrimonio autónomo, de un encargo fiduciario, de un fondo de inversión colectiva o de un establecimiento permanente de una sociedad del exterior.

b) Ser beneficiaria directa o indirecta de las operaciones y actividades que lleve a cabo la sociedad nacional, el mandatario, el patrimonio autónomo, el encargo fiduciario, el fondo de inversión colectiva o de una sociedad del exterior con un establecimiento permanente en Colombia.

PARÁGRAFO 1. *El régimen sancionatorio por no cumplir con la obligación de identificar al beneficiario efectivo, será el previsto para el incumplimiento del artículo 631 de este Estatuto.*

De la lectura de los artículos en mención, se denota una mezcla de conceptos de forma incongruente, que deja como resultado que las normas de intercambio de información en materia tributaria se confundan con las normas de intercambio de información con propósitos distintos, lo que deriva en errores técnicos al atribuir sus efectos a propósitos distintos, que dejan como consecuencia un sin sabor de inseguridad jurídica como consecuencia de la trasposición de figuras de instituciones ajenas a nuestra tradición jurídica, que incluyen y regulan el concepto de beneficiario efectivo en el ordenamiento jurídico de forma poco precisa queriendo abarcar diferentes alcances.

En ese sentido, para establecer si una CHC es beneficiario efectivo en la recepción de dividendos, el análisis dependerá de cada caso concreto. Toda vez que, si la CHC tiene la obligación legal o contractual de distribuir los dividendos podría ser calificada como una *conduct company* que no tiene disponibilidad y control de las rentas y precisamente por ese hecho no podría calificar como beneficiario efectivo. Ahora bien, si por el contrario se trata de un caso en el cual la CHC no está actuando en calidad de agente o por cuenta y nombre de un tercero, sin que tiene la disposición sobre la redistribución de los dividendos y puede probarse por la decisión autónoma de sus socios, podrá afirmarse que cumple con el espíritu del concepto de beneficiario efectivo por el hecho de detentar la propiedad de la renta y no tener la obligación legal o contractual de entregarla.

Así las cosas, como se ha podido validar a lo largo de este capítulo, existen varias interpretaciones sobre el alcance del concepto, sin embargo no fue sino hasta las aclaraciones que trajeron los comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE del 2014 en donde se definió al beneficiario efectivo como aquel que tiene el derecho a usar y disfrutar de los rendimientos, sin tener la obligación jurídica o económica de transferirlo a un tercero, siempre para efectos de Convenio.

En la actualidad el término sigue suscitando dificultades toda vez que supone un espectro de interpretación todavía amplio para algunos aplicadores del derecho, tal y como se evidenció en la doctrina de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷³, conocida como la sentencia de las sociedades danesas en la cual se fijan una posición basada en la interpretación de determinadas cláusulas y principios antiabuso recogidos en las Directivas 2003/123/CE, matriz-filial, y 2003/49/CE, de intereses y cánones (García Novoa, 2019). En este fallo la Gran Sala invoca el principio de prohibición de prácticas fiscales abusivas, que funciona como un principio general de derecho de la Unión Europea, para deducir la existencia de una especie de regla de beneficiario efectivo implícita en la directiva matriz-filial

Lo cual, según el profesor García Novoa no es acorde con las exigencias de seguridad jurídica bajo el entendido que la política antielusiva que permite al fisco desconsiderar negocios válidos por entender que son abusivos, "*debe llevarse a cabo a través de cláusulas generales o especiales, claramente previstas y definidas en el ordenamiento jurídico*".

En consecuencia, negar el no gravamen en la fuente cuando se considere que la holding es una sociedad instrumental sin facultades reales o sin la posibilidad de adoptar decisiones en cuanto a la disposición de los importes transferidos, no sería otra cosa que negar la condición de beneficiario efectivo a partir de consideraciones muy similares a las que formuló en su momento la clásica sentencia *Prévost* de 2008 del Tribunal Fiscal Canadiense, según la cual una *holding* es instrumental cuando no recibe los dividendos para su propio disfrute y no asume el riesgo y el control de las rentas. En ese caso no debe ser

⁷³ Sentencias de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16

beneficiario efectivo y no debe disfrutar de las ventajas de un convenio. (García Novoa, 2019)

En razón a lo anterior, para establecer si el régimen holding colombiano cumple con el test del beneficiario efectivo deberá analizarse caso a caso, y establecer si superado el test del beneficiario efectivo se puede aplicar el artículo 10 del CDI entre Colombia y el país de la filial de la CHC. Así las cosas, para el caso que nos ocupa toda vez que la CHC no tiene obligación legal ni contractual de retransmitir los dividendos a sus socios españoles y peruanos, sino que por el contrario dicha distribución corresponde a una decisión de los socios quienes en asamblea decidan decretar la distribución de dividendos, en principio no se desdibujaría la figura del beneficiario efectivo para los efectos del convenio entre Canadá y Colombia.

Así las cosas, dependerá de la interpretación que la autoridad de este último país tenga sobre el concepto de beneficiario efectivo, que si bien quedo claro bajo MCOUDE 2014, siempre que no haya obligación legal o contractual de redistribuir los rendimientos a un tercero, subsiste el riesgo de las demás interpretaciones amplias.

En conclusión, tanto las administraciones tributarias como las altas cortes, deberían reevaluar la posibilidad de seguir inclinando sus juicios de valor jurídicos en el concepto de sustancia general o en consideraciones antiabuso soportadas en el concepto de beneficiario efectivo. (Fort, 2017, Pág. 683). Sin que ello quiera decir, que la erosión de las bases imponibles deba quedar suelta al azar, por el contrario, el llamado es a que el análisis se forje en la sustancia específica, y se haga uso de reglas antiabuso específicas que sean aplicables a casos concretos, con fundamentos jurídicos y factico específicos. La finalidad de este ejercicio no deber ser otro que brindarles seguridad jurídica a los contribuyentes, pues tal y

como está concebido el concepto de beneficiario efectivo para efectos de la aplicación de un tratado, este concepto desde nuestra óptica no cuenta con claridad pues su interpretación aun es incierta.

Capítulo III

Cláusulas antiabuso de tratados y las CHC

A. Antecedentes de la Acción 6 y el estado de la cuestión en la red colombiana de CDI's

Este trabajo tiene como finalidad enunciar los distintos problemas que por lo menos desde la perspectiva teórica, trae el fenómeno de la globalización como sinónimo de cambio en el paradigma empresarial.

Los modelos operativos clásicos comienzan a perder vigencia para darle lugar a modelos globalizados basados en organizaciones de gestión y suministros centralizados a nivel mundial, y la creciente demanda del sector de servicios en la economía digitalizada le abre la puerta a las empresas multinacionales para que localicen muchas de sus actividades en jurisdicciones distintas, tanto a la de sus clientes como de sus accionistas.

Dicha situación, según el Yacolca Estares (2017) ha exacerbado la creciente sofisticación de los planificadores tributarios, quienes constantemente están en una búsqueda jurídica y económica para identificar oportunidades legítimas de

arbitraje internacional, con el objeto de brindar a los grupos transnacionales confianza a la hora de adoptar posiciones fiscales más agresivas a efectos de optimizar sus cargas tributarias. (Pág. 183)

Esto, ha motivado una suerte de tensión entre gobiernos, autoridades tributarias, grupos económicos y profesionales del derecho, que deja como resultado un sistema normativo en constante evolución con ocasión a: tecnicismos jurídicos, sistematizaciones normativas y dificultades de interpretación, que hacen de la fiscalidad internacional un valle intelectual difícil de transitar para cada uno de sus actores.

Así las cosas, el acceso a los CDI's se ha convertido en un factor determinante para que los grupos multinacionales decidan incorporar sus estructuras holding, y del mismo modo para que las autoridades tributarias accionen sus alarmas frente a potenciales situaciones de *treaty shopping* en el marco del Plan de Acción BEPS. Es por esta razón, que tanto la actual versión del Modelo de Convenio de la OCDE (MCOCDE 2017) y sus comentarios, han incluido normas específicas que limitan el acceso a los beneficios del convenio, con el objetivo de evitar los distintos fenómenos de abuso existente. (Silvestry, Andrea, 2017, Pag. 570)

Para tales efectos, la acción 6 del BEPS trae consigo una serie de herramientas que bajo las circunstancias apropiadas cumplen con el objeto de limitar el acceso a los beneficios del tratado, a través de la inclusión de Cláusulas de Limitación de Beneficios (LOB) y Clausulas de Propósito Principal (PPT), que de acuerdo con los comentarios de la OCDE puede ser incluidas así: i. Adopción conjunta tanto del PPT como de la cláusula LOB, permitiéndose en este caso adoptar una versión simplificada de la cláusula LOB; ii. Adopción únicamente de la cláusula PPT o; iii. Incluir únicamente la cláusula LOB, junto con otras normas

específicas para evitar la utilización de sociedades instrumentales en acuerdos financieros (anti-conduit arrangement rules) (Fundación Impuestos y Competitividad, Acción 6, Pág. 4).

En la práctica, lo importante a efectos de controlar el acceso indebido a los beneficios de los CDI por parte de las estructuras holding, es que los estados dispongan de mecanismos para combatir el abuso de los mismo y que dichos mecanismos respeten un standard mínimo, el cual consiste en declarar que los convenios no tiene como finalidad amparar situaciones de no imposición, situación esta que como ya se indico ha sido sujeta de diversos debates por las complejas variables que rodean su legalidad.

Así las cosas, este capítulo tiene por propósito identificar si el régimen CHC cumple con todos los requisitos de sustancia para ser acreedor de los beneficios de los CDI's suscritos por Colombia. O si por el contrario con ocasión a los objetivos perseguidos por la Acción 6 de BEPS y la entrada en vigencia del Convenio Multilateral (Acción 15), debe limitarse su aplicación como consecuencia de concluir que dicho régimen es contrario al estándar mínimo por el hecho de ser un régimen territorial de exención para ganancias de capital y dividendos, mediante el cual se habiliten situaciones de no imposición para el receptor de dichas rentas bajo el tipo legal de la CHC.

De ser esto así ¿Resultaría necesario la aplicación de cláusulas anti-abuso tales como la LOB o la PPT para frenar la utilización indebida de los Convenios, y por esta via podrían desconocerse los beneficios a los que en principio podrían acceder las CHC al considerarse como residentes fiscales de los CDI?

El presente capítulo pretende desarrollar el alcance de las herramientas jurídicas que tiene una Administración Tributaria para desconocer los beneficios

fiscales de un tratado por considerar una práctica como abusiva. El análisis está enfocado en establecer si resultan inaplicables beneficios fiscales a las sociedades que se constituyan en el Régimen de Compañías Holdings, una vez surtido el estudio de residencia y beneficiario efectivo, y responder a la pregunta de si ¿La Administración Tributaria de un estado contratante puede desconocer la aplicación de un CDI a una CHC con arreglo a disposiciones anti-abuso como la PPT?

En desarrollo de esta pregunta, la Acción 5 del Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (BEPS por sus siglas en inglés), busca “*Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia*”, esta acción se centra en dos ámbitos que la OCDE ha detectado como prácticas fiscales que pueden considerarse perniciosas: en primer lugar, los regímenes fiscales preferenciales, que son aquellos que ofrecen condiciones fiscales ventajosas para las sociedades que desarrollen determinadas actividades, y que por lo tanto suponen un incentivo de deslocalización de las actividades empresariales. En segundo lugar, los acuerdos con las administraciones tributarias o *tax rulings*⁷⁴, y sus potenciales efectos fiscales negativos que a nivel global pueden causar. (Fundación Impuestos y Competitividad, Acción 5)

A continuación, nos enfocamos en la Acción 6 haciendo una breve mención de la Acción 5, en este sentido, el propósito perseguido con las recomendaciones de BEPS referidas a las Acción 5 no implican la prohibición de regímenes preferenciales, sino la limitación de las condiciones mínimas en las que se

⁷⁴ Según la OCDE define las tax rulings como “cualquier asesoramiento, información y compromiso garantía proporcionado por una autoridad fiscal a un contribuyente o grupo de contribuyentes con respecto a su situación fiscal, en la que tiene derecho a confiar” *Consolidated Application Note: Guidance in Applying the 1998 Report to Preferential Tax Regimes, 2004, párrafo 161.*
<http://www.oecd.org/ctp/harmful/30901132.pdf>

otorgan, para evitar las malas prácticas fiscales y acepta su aplicación únicamente cuando la entidad en cuestión lleve a cabo en el territorio específico una actividad sustancial que lo justifique.

Es por ello que, la Acción 5 se basa en dos grandes postulados para lograr su cometido. El primero, hace referencia a la actividad económica sustancial como premisa que justifica la aplicación de un régimen fiscal preferencial, controlando que las bases imponibles no puedan ser artificialmente trasladadas desde aquellos países de donde se crea el valor a otros con una presión fiscal menor. El segundo postulado, establece la necesidad de incrementar la transparencia de los acuerdos alcanzados entre las administraciones fiscales y las empresas⁷⁵. (Fundación Impuestos y Competitividad, Acción 6, Pág. 38)

En este sentido, esta acción cobra relevancia cuando nos cuestionamos si ¿El régimen de CHC puede considerarse un régimen preferencial para dividendos y ganancias de capital en los términos de la Acción 5 de BEPS? Si es así, ¿Estaría Colombia yendo en contravía de BEPS cuando incluye en su ordenamiento jurídico el régimen CHC? A pesar de ser muy interesante estos planteamientos, esta tesis no pretende abordar la Acción 5 sino revisar en este capítulo, el problema de aplicar los beneficios del régimen CHC en el marco de las disposiciones anti-abuso de la Acción 6.

De esta forma, la Acción 6 de BEPS, tiene como propósito impedir la utilización abusiva de convenios fiscales, en el entendido que, una de las principales fuentes de preocupación a nivel mundial es el abuso por parte de los contribuyentes en el uso de los beneficios de los convenios en materia tributaria y en especial, el *treaty shopping*, que es un estrategia a través de las cuales una

persona no residente de un Estado trata de obtener los beneficios que un convenio suscrito por dicho Estado concede a sus residentes, por ejemplo, constituyendo una sociedad pantalla *letterbox company*⁷⁶ en dicho Estado⁷⁷.

Con el objetivo de combatir dicha situación, la Acción 6 desarrolla tres puntos claves para que los estados implementen en su ordenamiento jurídico: i) Incorporar en los convenios tributarios la disposición clara y expresa que el convenio tiene como propósito evitar la generación de oportunidades para la no imposición o la imposición reducida a través de la elusión, la evasión fiscal o las prácticas *treaty shopping*. ii) Integrar en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE una norma anti-abuso específica, denominada cláusula de limitación de beneficios (en adelante “LOB” por sus siglas en inglés), encargada de reservar la concesión de los beneficios del convenio a aquellas entidades que reúnan ciertas condiciones basadas en la naturaleza jurídica de la entidad, sus propietarios y sus actividades generales, con el objetivo de garantizar una vinculación suficiente entre la entidad y su Estado de residencia, y iii) la inclusión en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de una norma anti-abuso más general basada en los propósitos principales de una operación (Test de Propósito Principal, en adelante “PPT” por sus siglas en inglés).⁷⁸

76 A paper company, shell company or money box company, i.e. a company which has compiled only with the bare essentials for organization and registration in a particular country. The actual commercial activities are carried out in another country, Glosario de términos fiscales.

<https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>

77 Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios Acción 6 – Informe final 2015, Página 9, Versión digital

<https://www.oecdilibrary.org/docserver/9789264257085-es.pdf?expires=1564617226&id=id&accname=quest&checksum=A23FA8BA23804B8E81CB66017C60B71A>

78 Para tales efectos, el apartado A de la Acción 6 identifica dos tipos de situaciones de abuso: a) Casos en que un contribuyente trata de eludir las limitaciones previstas en el propio Convenio, es decir, situaciones que tienen que ver con la aplicación del Convenio en sí mismo; y b) Situaciones de elusión de la normativa interna mediante la utilización de los beneficios del Convenio.

Aunado a lo anterior, la Acción 15 de BEPS contempla el llamado Instrumento Multilateral (en adelante "IML"), que básicamente recoge la aplicación de algunas de las acciones de BEPS, con el objetivo de modificar e incluir dichas disposiciones en la red de Convenios a nivel mundial sin la necesidad de modificar convenio por convenio. Es decir que una vez sea aplicable el IML, se entenderá que en cada ordenamiento jurídico coexistirá el contenido del IML y las disposiciones de cada CDI. Para que el IML sea aplicable se requiere que ambos estados hayan surtido las etapas de ratificación de acuerdo a las exigencias propias de cada ordenamiento jurídico en particular, que para el caso Colombia, requerirá la aprobación por parte del Congreso de la República y el control por parte de la Corte Constitucional.

Es relevante el IML debido a que en los artículos 6 y 7 se desarrollan las disposiciones de abuso acá mencionadas. En primera medida, el artículo 6 introduce un nuevo preámbulo que amplía el propósito e interpretación de los convenios de manera que estos eviten las oportunidades de no imposición. De otra parte, el artículo 7 del IML, incluye las cláusulas dirigidas a combatir el abuso de los tratados; LOB y PPT.

Ahora bien, es preciso señalar que cada jurisdicción en particular validará la aplicación e implementación de estas medidas teniendo en cuenta su regulación en particular y su política en materia tributaria y de convenios tributarios, sobre todo, porque, las cláusulas antiabuso anteriormente mencionadas presentan ventajas y desventajas que pueden ser más o menos favorables para cada país en su aplicación en concreto. No obstante, dado el reconocimiento del impacto económico negativo que produce el *treaty shopping* en el recaudo del fisco a nivel mundial, los países se han comprometido en cumplir al menos un estándar mínimo para combatirlo.

Es por ello que, el estándar mínimo es un compromiso que exigirá que los países incluyan en sus convenios una declaración expresa que manifieste su intención común de eliminar la doble imposición sin que ello conlleve la creación de oportunidades para la no imposición o la imposición reducida a través de la elusión, evasión fiscal o las estrategias *treaty shopping*.

Para el caso colombiano, vale la pena mencionar que, en nuestro ordenamiento jurídico confluyen las cláusulas antiabuso contenidas en los CDI's suscritos por Colombia, lo establecido en el Instrumento Multilateral y las cláusulas antiabuso internas. Para tales efectos, a continuación se relacionan aquellos suscritos por Colombia con especial referencia en la incorporación de las disposiciones en contra del abuso en los términos de la Acción 6:

Tabla 3 ⁷⁹

CDIs suscritos por Colombia

Jurisdicción	Ratificación	Vigencia	Disposición expresa en el preámbulo	Inclusión de una cláusula PPT	Inclusión de una cláusula LOB
España	Ley 1082 de 2006	23/10/2008	No como lo exige el estándar mínimo	No	No
Chile	Ley 1261 de	22/12/2009	No como lo	Sí	Sí

⁷⁹ Tabla de elaboración de Jorge Leonardo Rodríguez Piñeros, realizada con base en la información del sitio web de la Cancillería (<http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/SitePages/BuscadorTratados.aspx?Temald=41&Tipo=B>) ver en [https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/1744/1/GAA-spa-2019-La aplicación de la cláusula PPT del plan de acción BEPS](https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/1744/1/GAA-spa-2019-La%20aplicacion%20de%20la%20clausula%20PPT%20del%20plan%20de%20accion%20BEPS)

	2008		exige el estándar mínimo		
Suiza	Ley 1344 de 2009	1/01/2012	No tiene	Sí	No
Canadá	Ley 1459 de 2011	12/06/2012	No como lo exige el estándar mínimo	Sí	No
México	Ley 1568 de 2012	11/07/2013	No como lo exige el estándar mínimo	Sí	Sí
República de Corea	Ley 1667 de 2013	3/07/2014	No como lo exige el estándar mínimo	Sí	No
Portugal	Ley 1692 de 2013	30/01/2015	No como lo exige el estándar mínimo	Sí	No
India	Ley 1668 de 2013	7/07/2014	No como lo exige el estándar mínimo	Sí	No
República Checa	Ley 1690 de 2013	6/05/2015	No como lo exige el estándar mínimo	Sí	No

Francia	En proceso de ratificación	No	No	Sí	No
Reino Unido e Irlanda de Norte	Ley 1939 de 2018	No	No	No	No
Emiratos Árabes	En proceso de ratificación	No	No	Sí	Sí
Italia	En proceso de ratificación	No	No	Sí	No
Japón	En proceso de ratificación	No	No	Sí	Sí

Así pues, bajo el entendido que la Administración Tributaria cuenta con herramientas jurídicas para combatir el abuso, en este trabajo de tesis nos enfocaremos específicamente la cláusula PPT presentes en los CDIs suscritos por Colombia, con el objetivo de analizar su alcance y aplicación⁸⁰ en relación con el régimen de CHC, tal y como se explicara en los siguientes acápites:

B. Cláusula de Propósito Principal (PPT)

⁸⁰ la acción 6 establece que deben combinarse las siguientes estratégicas: a) Introducción de cambios al Modelo de Convenio de la OCDE y a los Comentarios; b) Desarrollo de un instrumento multilateral que produciría los mismos efectos que una renegociación simultánea de los instrumentos bilaterales, con el fin de agilizar y simplificar la implementación de medidas BEPS previstas en los Convenios. c) Compromiso de los Estados para introducir estas cláusulas en futuros Convenios o para modificar los vigentes (Fundación Impuestos y Competitividad, Acción 6, Pág. 4)

Como se dijo anteriormente, la cláusula de test de propósito principal o PPT, fue incluida en el Modelo de Convenio de la OCDE del 2017 (en adelante “MC OCDE 2017”), en la Acción 6 y en el Instrumento Multilateral como una medida para combatir el abuso de los tratados en materia fiscal.

A continuación, analizaremos conceptualmente este instrumento normativo en los convenios de doble imposición, y su interacción con el régimen holding colombiano, veamos:

1. Análisis crítico de la PPT en el Régimen de las CHC

Como no podía ser diferente, comenzaremos por analizar la nueva cláusula general antiabuso propuesta en el informe en el artículo 29(9) del MC OCDE 2017, cuyo contexto conviene reproducir literalmente como punto de partida del análisis:

“Sin perjuicio de las demás disposiciones de este Convenio, no se otorgará un beneficio en virtud de esta con respecto a un elemento, de ingresos o de capital si es razonable concluir, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias relevantes, que obtener ese beneficio era uno de los propósitos principales de cualquier acuerdo o operación en la que resulte directa o indirectamente beneficiado, a menos que, se establezca que la obtención de ese beneficio está en concordancia con el objeto y los propósitos de las disposiciones pertinentes de este Convenio”.

Por otro lado, la redacción de la cláusula en la Acción 6⁸¹ dispone lo siguiente:

⁸¹ Acción 6 proyecto final Pag 58 <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264257085-es.pdf?expires=1564617226&id=id&accname=quest&checksum=A23FA8BA23804B8E81CB66017C60B71A>

“No obstante las restantes disposiciones de este Convenio, no se concederá un beneficio en virtud de este Convenio respecto de un elemento de renta o patrimonio si resulta razonable concluir, a la vista de todos los hechos y circunstancias pertinentes, que la obtención de ese beneficio era uno de los propósitos principales de cualquier acuerdo u operación que tuviera como resultado, directa o indirectamente, la obtención de ese beneficio, a menos que se determine que la concesión de dicho beneficio en tales circunstancias sería conforme con el objeto y finalidad de las disposiciones en cuestión del presente Convenio”

De la lectura de la cláusula se infiere de forma general que, está redactada para aplicarse de forma diferente a cada “hecho o circunstancia pertinente” es decir, que su análisis será cuando menos casuístico y específico. Adicionalmente, se resalta el uso de expresiones que denotan el carácter subjetivo como “resulta razonable determinar”. Este es el punto más problemático de la cláusula dado que, lo que se pretende analizar es el propósito de una operación, y el propósito se predica de un sujeto. En ese sentido, si el objeto de estudio es el propósito de un sujeto para realizar determinada operación, pues el análisis será complementemente incierto e inseguro, toda vez que el propósito hace parte del móvil y el fuero interno de cada quien, es un elemento que no se exterioriza o que si se exterioriza no se puede deducir fehacientemente cuál era la razón de ser.

La regla del propósito principal contenida en el artículo 7(1) del MLI, aunque no es una copia exacta de la disposición en la Acción 6, es sustancialmente idéntica como lo apreciamos a continuación:⁸²

⁸²IML versión en español, Página 8 <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-spanish.pdf>

“No obstante las disposiciones de un Convenio fiscal comprendido, los beneficios concedidos en virtud del mismo no se otorgarán respecto de un elemento de renta o de patrimonio cuando sea razonable concluir, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes, que el acuerdo u operación que directa o indirectamente genera el derecho a percibir ese beneficio tiene entre sus objetivos principales la obtención del mismo, excepto cuando se determine que la concesión del beneficio en esas circunstancias es conforme con el objeto y propósito de las disposiciones pertinentes del Convenio fiscal comprendido”.

Realmente, la redacción de la cláusula genera más dudas que certezas, porque utiliza conceptos muy amplios que requieren más detalle para ser aplicadas. Bajo nuestro objeto de estudio, las dudas se multiplican, ya que la aplicación de la cláusula en un escenario que incluye una CHC requiere mayor concreción y especificidad por tratarse de un régimen especial. En este sentido, nos preguntamos ¿Cuáles son los hechos o circunstancias que se analizan cuando el acuerdo u operación es la constitución de una sociedad bajo el régimen CHC?

Pues bien, no se podría entender que por el hecho de que el gobierno colombiano incorpore e incentive en el ordenamiento jurídico con tratamiento preferencial para dividendos y rentas de capital, y que este sea aplicado por un contribuyente, suponga per se el aprovechamiento económico con el único fin de alocarse en una situación de no imposición, de ahí los notables problemas prácticos que se empiezan a dilucidar para definir si se está ante un abuso del convenio.

Es algo paradójico que coexistan los regímenes holding y las cláusulas antia-buso, toda vez que precisamente este tipo de regímenes, tienen como

característica intrínseca incorporarse en jurisdicciones atractivas en materia fiscal, y en ese sentido sería aplicable la PPT para desconocer beneficios a cualquier tipo de estructura, lo cual parecería ir en contra de la economía de opción, en donde resulta potestativo elegir cuando, como y donde incorporar estos vehículos jurídicos.

Toda vez que bajo el entendimiento que la cláusula 29 MCOUDE, se contemplan conceptos amplios, es necesario acudir a los comentarios del MC OCDE 2017 para comprender la interpretación, alcance y entendimiento de sus elementos. Así las cosas, para comprender el alcance del término “beneficios” en relación con el régimen de CHC resulta necesario acudir al parágrafo 175 de los comentarios al artículo 29(9) del MC OCDE 2017, el cual establece que este término incluye todas las limitaciones (reducción del impuesto, exención, diferimiento o devolución) a la potestad impositiva del país de la fuente previstas en las normas distributivas del CDI (artículos 6 a 22), los mecanismos para evitar la doble imposición (artículo 23), las medidas sobre no discriminación (artículo 24) y cualquier otra limitación similar⁸³.

Así las cosas, bajo el entendido de que el régimen de renta territorial que trae la CHC implica que los ingresos devengados por CHC por dividendos o venta de acciones en sociedades extranjeras estén exentos del impuesto sobre la renta y complementarios en Colombia, es preciso señalar que el parágrafo 175 dispone que dentro del concepto de “beneficio” de la cláusula PPT se entiende por ejemplo, las limitaciones a los derechos fiscales de un Estado Contratante con respecto de dividendos, intereses o regalías que surjan en ese Estado y deban ser pagados a un residente del otro Estado (quién es el beneficiario efectivo) de conformidad con los artículos 10, 11 o 12. Si esto es así, los beneficios que recibe

⁸³ Pag 278 <http://www.oecd.org/ctp/treaties/2017-update-model-tax-convention.pdf>. Traducción de Bocachica.

una CHC podrían verse en discusión cuando quiera que un estado contratante decida inaplicar el convenio en virtud de la cláusula PPT.

Para los efectos de este análisis, si la CHC es persona calificada como beneficiario efectivo y que pueda obtener los beneficios del tratado respecto del artículo 10 de los CDI's suscritos por Colombia con los países en los cuales se encuentre la filial que distribuye los dividendos y las ganancias de capital, debe analizarse cuidadosamente el alcance de la cláusula PPT para que no existan incompatibilidades entre el sistema convencional y el régimen CHC, en aplicación del test de abuso de la PPT, y que de esta forma el recipiente de los dividendos pueda beneficiarse del CDI (Fort, 2017, Pág. 682). De todas maneras deben tenerse en cuenta que existen otras cláusulas que deben ser analizadas como las cláusulas LOB, respecto de las cuales no nos referiremos en este trabajo.

Por su parte, el parágrafo 176 con mucha razón dispone que el término "directa o indirectamente" al referirse al recibimiento del beneficio, es deliberadamente amplio y busca incluir muchas situaciones posibles. Por su parte, el parágrafo 177 de los comentarios al artículo 29(9) del MC OCDE 2017 indica que los términos "transacción o acuerdo" deben ser interpretados de manera amplia e incluyen cualquier acuerdo, entendimiento, esquema, transacción o serie de transacciones.

2. Análisis de los elementos de la Cláusula de PPT

Una cláusula general antiabuso como la PPT, cuya construcción se fundamenta en un test puramente subjetivo puede conducir a la administración tributaria a múltiples y desafortunados escenarios en los que se puede calificar una operación como abusiva cuando en realidad no lo es, y por lo tanto privar de los beneficios de un convenio a un negocio jurídico con efectos jurídicos y

económicos mayores a un ahorro fiscal. Para ello, a continuación analizaremos tanto el elemento subjetivo como el elemento objetivo de este instrumento jurídico, a fin de establecer si es compatible o no con el propósito del régimen holding.

a. Primer test o elemento subjetivo

De acuerdo con BAEZ (2016, Pag.15) la pura literalidad de la PPT parece requerir la concurrencia de un elemento esencialmente subjetivo como primer requisito para concluir que se está ante un abuso del convenio. En efecto, el uso del término “propósito” remite más a la intención subjetiva del contribuyente que a los efectos objetivos del negocio.

En esencia, el elemento subjetivo de la cláusula busca determinar si uno de los principales propósitos de la operación es la obtención de un beneficio fiscal, la referencia a "uno de los principales propósitos" significa que la obtención de un beneficio convencional no precisa ser el propósito único o dominante del negocio. Es suficiente con que, al menos, la obtención de tal beneficio fuese uno de los principales propósitos de la transacción.⁸⁴

Así las cosas, para el caso que nos ocupa, a efectos de comprobar el elemento volitivo de la PPT, la Autoridad tributaria debería hacer un análisis global de todas las circunstancias fácticas que rodean la operación, a fin de concluir si las razones que movieron la intensión de los socios de determinada sociedad para pertenecer al régimen CHC colombiano, corresponde a un propósito de ahorro fiscal o no. Para ello resultaría relevante que la autoridad tributaria del estado en el que la entidad tenga su residencia pruebe que la única finalidad para

⁸⁴ Parágrafo 12 de los comentarios. Citado por Baez (2016) página 17

la incorporación de la CHC correspondería al traslado de beneficios y la elusión de tributación.

De acuerdo con algunos autores, este análisis no debe quedar agotado con una simple comparación de la transacción ejecutada con otra transacción que hubiere resultado en una carga impositiva más alta⁸⁵, pues el análisis debe ser integral considerando todas las circunstancias que rodearon la transacción. En todo caso, el contribuyente debe tener la oportunidad procesal para argumentar su posición que en este caso, debe estar enfocada en evidenciar que su operación se ajusta a las intenciones y propósito del CDI del cual esté siendo beneficiado.

Frente a este punto, pareciera que la cláusula de PPT podría resultar gravosa para un contribuyente, toda vez que se exige por parte de la autoridad simplemente “razonabilidad” sin mayores elementos que permitan al operador jurídico tener elementos de juicio objetivos los cuales no se desvanezcan cuando se trate de una interpretación favorable para los intereses del contribuyente.

En este sentido, a parte del hecho que la administración tenga amplias facultades se suma que la redacción de la norma parte de la base que una operación puede no tener un propósito principal, sino muchos propósitos principales, ampliando discrecionalmente la potestad de la autoridad. Si hay un solo propósito y es fiscal, debe probarse, pero ¿Que pasa cuando existen múltiples propósitos?, pues bien esta es otra razón que hace de difícil aplicación la cláusula de PPT desde la óptica del régimen holding colombiano, pues el hecho de ser un régimen preferente respecto de dividendos y ganancias de capital ya implica per se la materialización de un propósito tributario.

⁸⁵ Ibidem

En síntesis, y como ya se explicó, el problema de la subjetividad reposa en la dificultad probatoria de determinar el propósito del contribuyente, así las cosas BAEZ (2016) pone de presente una crítica que resulta muy valiosa al analizar la aplicación de esta norma, veamos:

“la PPT hace depender su aplicación de un requisito de carácter subjetivo, puede desembocar en un gravamen distinto de dos negocios objetivamente idénticos desde la perspectiva de la capacidad económica que los mismos demuestran. Llevando este argumento al extremo, una cláusula general anti-abuso construida sobre la base de un presupuesto de hecho de carácter subjetivo podría resultar contraria a los principios constitucionales de igualdad y capacidad económica pues, como antes indicamos, puede desembocar en que dos contribuyentes que manifiestan exactamente la misma riqueza sean gravados de forma diametralmente distinta por el simple hecho de que solo respecto a uno de ellos la Administración ha logrado probar que la obtención de un ahorro fiscal (beneficio de un convenio) constituía uno de los principales propósitos del negocio realizado. ”

Dado lo anterior, el elemento subjetivo de la PPT no debería incorporarse al MCOCDE tal y como se encuentra redactado actualmente de acuerdo con el informe final de la acción 6 de BEPS; y en caso de que así fuera, mal harían los estados al negociar sus nuevos CDI, incorporando el elemento subjetivo, pues este necesariamente llevara a una (re)interpretación en términos objetivos de la misma situación la cual se resolverá de acuerdo al acervo probatorio de cada caso en concreto. En todo caso, y como hemos tenido ocasión de señalar, dicha (re)interpretación no deja de plantear muy serios problemas (Baez, 2016).

b. Segundo test o elemento objetivo

Superado el elemento subjetivo, el elemento objetivo estudia si la obtención del beneficio otorgado por el convenio es o no contraria al objeto y propósito del CDI, en este punto se distinguen dos situaciones, y estas son si el beneficio es: i) acorde con una disposición en particular del convenio, o ii) acorde con el objetivo del CDI en su conjunto.

Para el caso que nos ocupa, resulta importante analizar si el presupuesto objetivo del que trata el artículo 10 del MC OCDE 2017 resulta posible de materializar, pues bien toda vez que el propósito que persigue el CDI es distribuir los derechos impositivos entre los estados contratantes, cumplir con el porcentaje de propiedad que tenga el contribuyente resulta muy fácil a efectos de cumplir con las disposiciones de acceso al tratado⁸⁶

En la segunda situación, toda vez que se revisa el objetivo general del CDI, se entiende que debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y propósito de acuerdo con el artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)⁸⁷. Pero ¿Cuál es el contexto?, para ello, nos remitimos al artículo 31(2) que prevé que el contexto comprende, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos, todo acuerdo y/o instrumento referido al tratado concertados por todas las partes.

De otro lado, una característica del test objetivo, es que el contribuyente tiene una alta exigencia en lo que respecta a su derecho defensa, explicada esta, por la carga de la prueba que debe asumir ya que debe demostrar con suficiencia

⁸⁶ Citado por Bocachcia. Chand, Vikram. The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis, Intertax. Vol. 46, Issue 1, pág. 24.

⁸⁷ Pág 9 de la Convención de Viena. Ver en https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3718_documento.pdf

que actuó de forma legítima para obtener el beneficio del CDI de conformidad con el objeto y propósito de las disposiciones relevantes del mismo (elemento objetivo).

En opinión de algunos autores, esta asimetría en la carga de la prueba, conlleva el riesgo de que las autoridades tributarias nieguen los beneficios del CDI de manera prácticamente discrecional⁸⁸. En consecuencia, la defensa del contribuyente está dada por: i) Alegar la inexistencia del beneficio o/y ii) Alegar que la obtención del beneficio no hacía parte de sus propósitos principales. y en última instancia, debería demostrar que la configuración del beneficio se alinea con el objeto y propósito de las disposiciones relevantes del convenio.

De acuerdo con BAEZ (2016) el test objetivo de la PPT puede resultar inmanejable si se refiere a la finalidad de la norma convencional eludida, o cuya aplicación provoca artificialmente el contribuyente. Si, por el contrario, se interpreta el elemento objetivo de manera amplia, referido a las finalidades globales de los CDI, su funcionamiento será circular, fusionará *de facto* los elementos subjetivo y objetivo de la PPT conduciendo, además, a reputar abusivas operaciones de lícita planificación fiscal internacional (Baez, 2016, Pág.21).

3. Compatibilidad entre la cláusula PPT en un CDI y el IML: Caso Colombiano

⁸⁸ Citado por BOCACHICA. De Broe, Luc. Fighting Treaty Shopping After the Multilateral Instrument, *en* Tax Treaties after the BEPS Project: A tribute to Jacques Sasseville, Canadian Tax Foundation, 2008, pág. 101.

Colombia firmó el Instrumento Multilateral el 7 de junio de 2017⁸⁹, para que las disposiciones del IML apliquen es necesario que el Convenio de Doble Imposición esté en vigor y que cada uno de los estados contratantes haya notificado su inclusión como un convenio que quiere ser modificado por el IML. Así pues, de conformidad con el Documento de Reservas y Notificaciones de Colombia al momento de su suscripción⁹⁰, Colombia expresó en relación con la PPT⁹¹, que se decidió aplicar la PPT de manera provisional mientras adelanta la negociación directa tendiente a implementar una LOB detallada que reemplace o complemente la PPT.

Por lo anterior, es preciso nuestras referencias al IML por ser aplicable en Colombia. En desarrollo de lo anterior, de forma seguida al desarrollo de la cláusula en el artículo 7(1), el artículo 7(2) del IML establece la cláusula de compatibilidad⁹² para el PPT, en esta se define la relación entre las disposiciones de la Convención Multilateral y los convenios existentes, y el efecto de tales disposiciones sobre los Convenios Cubiertos. Según la cláusula de compatibilidad, el PPT debe aplicarse “en sustitución o en ausencia de” disposiciones similares en un Convenio Cubierto. Esto significa que el PPT reemplaza las normas generales anti-abuso en los CDIs vigentes, y en los CDIs

⁸⁹ Signatarios del Convenio Multilateral, ver más en <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>

⁹⁰ Documento de reservas y notificaciones <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-colombia.pdf>

⁹¹ Traducción propia de: Pursuant to Article 7(17)(a) of the Convention, Colombia hereby expresses a statement that while Colombia accepts the application of Article 7(1) alone as an interim measure, it intends where possible to adopt a limitation on benefits provision, in addition to or in replacement of Article 7(1), through bilateral negotiation.

⁹² Ver más en OCDE, Frequently asked questions on the Multilateral Instrument (MLI), pág. 11. <https://www.oecd.org/tax/treaties/MLI-frequently-asked-questions.pdf>

que no contengan ninguna norma general anti-abuso, el PPT se entiende añadido a los mismos⁹³.

No obstante lo anterior, el artículo 7(15) del IML, establece una cláusula de reserva, que permite al país parte, apartarse de o reservarse la aplicación (“*Opt out*”) del PPT cuando (Bocachica, 2019)

1. Tiene la intención de cumplir el estándar mínimo mediante la adopción de una LOB detallada junto con normas que prevengan la utilización de sociedades instrumentales en acuerdos financieros (“*anti-conduit arrangement rules*”), o un PPT; o

2. Los Convenios fiscales comprendidos ya contienen disposiciones similares al PPT.

Ahora bien, en lo que a Colombia respecta, de acuerdo con los CDI vigentes⁹⁴ se deben distinguir las relaciones con cada país teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso, esto es, si el CDI incluye una cláusula PPT, la redacción de la cláusula para determinar su alcance y la relación con las disposiciones del IML bajo el entendido que a quienes le aplique el instrumento, la cláusula PPT aplica en sustitución o en ausencia de una norma que cumpla la misma función.

De esta forma, se evidenciarán las diferencias en cada caso. Aunado a lo anterior, la fecha de suscripción del CDI cobra mucha relevancia dado que se distinguen los CDI suscritos después del IML con las disposiciones de abuso y el

⁹³ Citado por Bocachica en página 4: Chand, Vikram. The interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules, *Intertax*. Vol. 46, Issue 2, pág. 115.

estándar mínimo de la Acción 6, y los CDI suscrito con anterioridad al IML, este último caso el más frecuente para Colombia.

Por otro lado, vale la pena recalcar que Colombia y España incluyeron su CDI como un convenio renegociado con las disposiciones por el MLI, de esta forma se entiende comprendida la cláusula PPT. Mientras que en el caso de Reino Unido, toda vez que no se ha cumplido con el trámite para que entre en vigencia, puede tener los mismos efectos que con España si al depositar el convenio, ambos países manifiestan su inclusión en el IML, esto mismo sucede con los Emiratos Árabes e Italia que se encuentran en proceso de ratificación.

Otros convenios como lo son el suscritos con Francia (Artículo 26), Emiratos Árabes (Artículo 22), Italia. (Artículo 29) y Japón 28(8) contienen una cláusula de PPT con la misma redacción del IML. Mientas que Chile (Artículo 27(3))⁹⁵, Canadá (Artículo 26(1))⁹⁶, Corea (Artículo 26(1))⁹⁷ limitaron la aplicación de la PPT entre otros al artículo de dividendos.

El CDI con República Checa (Artículo 25(1))⁹⁸ y con India (Artículo 28(2))⁹⁹ se encuentra en este grupo porque tienen en común dos situaciones que difieren de la cláusula PPT de la Acción 6. En primer lugar, limitan la aplicación a sociedades en el caso de República Checa y a empresas en lo referido a India. Situación que no resulta relevante para nuestro caso dado que, las CHC se

⁹⁵ CDI Colombia y Chile Pág. 17, se puede consultar de forma digital en:
<https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/ConveniosBilaterales/B138.pdf>

⁹⁶ CDI Colombia y Canadá Pág. 19, se puede consultar de forma digital en:
<https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/ConveniosTributacionInternacional/B142.pdf>

⁹⁷ CDI Colombia y Corea Pág. 20, se puede consultar de forma digital en:
<https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/ConveniosTributacionInternacional/B144.pdf>

⁹⁸ CDI Colombia y República Checa Pág. 16, se puede consultar de forma digital en:
<https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/ConveniosBilaterales/B148.pdf>

⁹⁹ CDI Colombia e India Pág.20, se puede consultar de forma digital en
<https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/ConveniosBilaterales/B145.pdf>

entienden comprendidas en ambos conceptos. En segundo lugar, es que en su redacción singularizan el propósito de la empresa o sociedad, ya que no hablan de plural de muchos propósitos, es decir que parten de la base que la empresa o sociedad debe tener como principal propósito el fiscal y no uno de los principales propósitos como se contempla en otros CDIs. En este caso, sí es relevante para las CHC toda vez que su operación confluyen propósitos fiscales con comerciales, económicos, geográficos y demás.

Ahora bien, los CDI anteriores fueron incluidos como convenios comprendidos por las disposiciones del MLI, y por ello se entiende que surtirán plenos efectos cuando el MLI entre en vigor y reemplazará los PPT de los CDIs referidos anteriormente,

En relación con el CDI con México¹⁰⁰ en el Artículo 26(2) hay una disposición que se refiere a lo que podría ser el contenido de una cláusula PPT dado que apela al propósito de la operación, no obstante, este no se incluye de la forma tradicional sino que, funciona a favor del contribuyente puesto que, si éste demuestra que su propósito no fue fiscal puede contrariar o frenar la aplicación de la cláusula LOB, para mayor claridad a continuación refiero el apartado correspondiente:

- 1. ... podrá aplicar los beneficios previstos en el Convenio siempre que demuestre que la constitución, adquisición y mantenimiento de esta persona y el desarrollo de sus operaciones, no tuvieron como principal objeto el obtener los beneficios del mismo...*

¹⁰⁰ CDI Colombia y México Pág. 18 , se puede consultar de forma digital en: <https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/ConveniosBilaterales/B143.pdf>

Vale mencionar que Colombia y México incluyeron este CDI como comprendido por las modificaciones del IML y que al respecto de la PPT no realizaron ninguna reserva.

De la misma forma que en el CDI con México, el Artículo 21(2) del CDI con Suiza¹⁰¹ está concebido también como excepción a la aplicación de la LOB. Sin embargo, la diferencia está dada porque Suiza no incluyó este convenio como comprendido por las disposiciones del IML.

A continuación, presentamos una graficas mediante la cual se ilustra la incorporación de la cláusula de PPT con ocasión a la inclusión del IML:

Tabla 4
Compatibilidad entre la cláusula PPT en un CDI y en el IML

Compatibilidad entre la cláusula PPT en un CDI y en el IML	País	Relación con el MLI
CDI que no incluyen cláusula PPT	España	Incluyeron el Convenio como convenio renegociado con las disposiciones por el MLI
	Reino Unido	En proceso de ratificación
CDI que incluyen una cláusula PPT en	Francia (Artículo 26)	No interesa este análisis
	Emiratos Árabes	En proceso de

¹⁰¹ CDI Colombia y Suiza Pág. 12, se puede consultar de forma digital en:
<https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/ConveniosTributacionInternacional/B140.pdf>

los mismos términos del IML	(Artículo 22)	ratificación
	Italia. (Artículo 29)	En proceso de ratificación
	Japón 28(8)	No interesa este análisis
CDI que incluyen una cláusula PPT en términos diferentes al IML	Chile (Artículo 27(3))	Incluyeron el Convenio como convenio renegociado con las disposiciones por el MLI
	Canadá (Artículo 26(1))	
	Corea (Artículo 26(1))	
	República Checa (Artículo 25(1))	
	India (Artículo 28(2))	
	México en el Artículo 26(2)	
	Suiza (Artículo 21(2))	No se incluyó este convenio como comprendido por las disposiciones del IML. La PPT está concebida también como excepción a la aplicación de la LOB

En razón a lo que expuesto, cuando quiera que SpanCo hubiera incorporado la CHC como parte de su estrategia de expansión amparado en la existencia de un APPRI con Colombia y que le fueran interesantes los beneficios fiscales del régimen CHC, aquí ya existen muchos propósitos principales, los cuales no son solo fiscales, por lo tanto la aplicación de la cláusula PPT por parte de la Autoridad Tributaria presenta varios inconvenientes de aplicación práctica, y deberá ser analizado caso a caso para que efectivamente se puede probar de forma objetiva la existencia de abuso.

De esta forma, puede concluirse que el régimen de CHC no se encuentra en el mejor de los mundos, al encontrarse al arbitrio de una PPT que plantea una serie de problemas prácticos y teóricos de muy hondo calado esencialmente por su carácter subjetivo fundado en la dificultad probatoria de establecer la idoneidad de un propósito, motivo o intención.

Capítulo IV

Conclusiones

1. Si bien la definición de holding tiene un origen en las normas mercantiles, no se puede desconocer que a través de los años y la evolución del concepto, el objetivo de este tipo de estructuras ha trascendido el ámbito de control acogido por el derecho mercantil, para incluir propósitos fiscales y tributarios en su concepción.

En este sentido, con ocasión a este trabajo hemos verificado que para la aplicación del artículo 69 de la Ley 1943 de 2018, a pesar de que no existe una tipificación del concepto de holding en el derecho de sociedades colombiano, dicha situación resulta irrelevante al momento de atribuir los efectos propios del régimen CHC en aplicación del régimen tributario especial sobre dividendos y ganancias de capital, pues la existencia de una estructura de este tipo, existiendo o no grupo empresarial o subordinación, producirá sus efectos en el ámbito fiscal; siempre que se cumpla con el requisito de participación directa o indirecta en al menos el 10% del capital de dos o más sociedades nacionales o extranjeras por un

período mínimo de 12 meses, y que cuente con recursos humanos y materiales para la realización de su objeto social.

La razón de ser de las entidades holding no solo construyen el propósito tradicional unívoco de control como se ha concebido por el derecho mercantil, sino que existen otro tipo de razones que justifican su existencia y finalidad como lo son las de tipo económico e impositivo. Cuestión esta que desencadena múltiples problemas tanto para las autoridades tributarias como para los contribuyentes como se puede colegir del análisis aquí realizado. El amplio alcance de este concepto y los objetivos que se persiguen con el mismo, han suscitado diversos problemas tales como el abuso de tratados por la vía del treaty shopping o el uso de ropajes corporativos apalancados en inversiones a través de estructuras holding para que en aplicación de los APPRI se habilite el acceso a la red de convenios de un estado al que no se tendría acceso en ausencia de razones de negocio legítimas que representen beneficios sustanciales para los estados que pretenden proteger la inversión extranjera.

2. Como se indicó a lo largo de esta investigación, en este trabajo no se pretende concluir si el régimen de CHC es bueno o malo, pero si resulta importante dejar planteadas en el marco académico algunas cuestiones que permitan concluir sí: ¿efectivamente el país se vería impactado en términos de recaudo con esta medida y si existen datos económicos que soporten esta iniciativa del legislador?, o si ¿La relación cuantitativa del incremento del empleo vs el impacto en el recaudo es equivalente en términos económicos y sociales para el país?

En este sentido, a pesar de que el Régimen de CHC surge como una respuesta cuando menos teórica, para que Colombia sea vista como

una plataforma económica para negocios internacionales, parecería que la justificación del Gobierno Nacional no obedece a un estudio con los suficientes fundamentos económicos y jurídicos, que permitan justificar la viabilidad o inviabilidad en términos de política fiscal de un régimen para incentivar la repatriación de capitales mediante la creación de incentivos tributarios, pues como resultado de esta investigación, la legislación colombiana en materia de CHC, consiste más en el establecimiento de un régimen tributario único y general basado en una presunción que el legislador formuló a partir de un juicio que él mismo realizó, el cual cumple su efecto cuando su alcance y características son resultado de un criterio; la experiencia de los demás países, tal y como se aprecia de la lectura de la exposición de motivos de la ley.

Así las cosas, la experiencia internacional ha demostrado que los beneficios de este régimen en la mayoría de sistemas con régimen de tributación territorial, no presuponen un impacto significativo en términos de recaudo, ya que dentro de sus políticas de gobierno ya existía como medida la exención sobre dividendos, que no es el caso de Colombia.

Por lo tanto, si el propósito que persigue el Gobierno Nacional es estimular las inversiones desde Colombia, atraer capital, estimular la creación de nuevos empleos y estar a la vanguardia con las tendencias mundiales en materia de tributación de la inversión internacional en el país, intentando comparar lo que no es comparable dadas las condiciones económicas y de movimiento de capitales, el resultado no debería ser distinto a afirmar que nuestro sistema tributario no es equiparable ni comparable a muchos de los países que sirvieron como parámetro de referencia para la estructuración del régimen CHC colombiano. Pues del análisis puede inferirse la existencia de imprecisiones en el fundamento

empírico utilizado por el gobierno para fundamentar la exposición de motivos de ley, y como consecuencia de ello podría concluirse la violación al artículo 7 de la Ley 819 de 2003.

3. Para efectos determinar si la CHC debe calificarse como residente para los efectos de un CDI y recibir el tratamiento tributario que allí corresponda tratándose de dividendos y rentas de capital, no cabe duda que este tipo de vehículos al tener por objeto la administración de actividades de inversión y estar constituido formalmente en Colombia, se entiende como persona para efectos de la aplicación del convenio.

Sin embargo, esta simple afirmación no resulta suficiente para poder concluir si debería calificarse a los holdings colombianos como residente de un CDI y por lo tanto otorgar el tratamiento tributario asignado a las rentas por concepto dividendos, pues para ello resulta determinante la remisión a la norma interna que hace el artículo 4 MCOCDE, y establecer si efectivamente las CHC cumplen con los siguientes requisitos: i. Estar sujeto a imposición; ii. Ser vinculado por un criterio de sujeción (elementos de vinculación subjetiva, es decir domicilio, residencia, sede de dirección efectiva) y; iii. No estar sujeto a imposición exclusivamente por sus rentas de fuente territorial.

Pues bien, toda vez que la CHC no tributa por los dividendos que recibe del exterior ni tampoco impone gravamen alguno cuando quiera que los mismo son distribuidos a un no residente, se podría concluir que podría resultar cuestionable si debiera calificárseles como residente de un CDI y por lo tanto otorgar el tratamiento tributario asignado a este tipo de rentas en los convenios suscritos por Colombia.

Esto en razón a que la CHC podría perder su calidad de residente para efectos del convenio, ya que tal y como está estructurado el régimen, cuando quiera que reciba rentas por concepto de dividendos provenientes de entidades del exterior dichas rentas: i. están exentas del impuesto sobre la renta; ii. y cuando sean distribuidas a favor de un no residente recibirán el tratamiento de ingresos de fuente extranjera, y por lo mismo no estarán sometidos a imposición en Colombia.

Esta última afirmación puede ser cuestionadas bajo el entendimiento más generalizado de que las exenciones establecidas en el norma, se conceden bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, y la CHC no cumpliría la totalidad de los mismos ni tampoco estaría contenida en una exclusión directa del convenio, a pesar de que cuando quiera que perciba otro tipo de rentas diferentes a dividendos y ganancias de capital, estas si estarían sujetas a imposición y podrían atribuírsele las ventajas del convenio y considerársele como residente exclusivamente para estos efectos.

Por otro lado, cuando quiera que las CHC está sujeta a un régimen de renta territorial respecto de dividendos y ganancias de capital, aquí podría haber otro problema de interpretación respecto del marco del concepto de residencia y la forma en la que está concebido el régimen holding.

Así las cosas, del análisis realizado se podría concluir la que la CHC podría generar problemas de eficacia cuando quiera que el otro estado contratante cuestione si efectivamente estos vehículos cumplen con los requisitos para ser calificados como residentes, a pesar de que para efectos de Colombia si lo sea, y en consecuencia negar la aplicación del CDI.

4. Para que una CHC se entienda como beneficiaria de una CDI, es necesario que a la luz del convenio se cumpla con el elemento subjetivo del mismo, y efectivamente se trate de un sujeto calificado como beneficiario efectivo en los términos del artículo 10.

En este sentido, después de realizar un análisis respecto del alcance y la evolución que ha tenido este concepto doctrinalmente, es posible deducir que el mismo no debe ser entendido en su sentido técnico más estricto, sino que debe más bien interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos e intenciones del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y la elusión fiscal.

Sin embargo, cuando se analiza el concepto a la luz de la normatividad colombiana el análisis evidencia que la forma en la que se acogió el concepto es incongruente, en el sentido en que se confunden las normas de intercambio de información en materia tributaria con normas de propósitos distintos. Lo cual genera como resultado imprecisiones técnicas al atribuir sus efectos a propósitos distintos a los fiscales, y en consecuencia deja un sin sabor de inseguridad jurídica por efecto de la transposición de figuras de instituciones ajenas a nuestra tradición jurídica, que incluyen y regulan el concepto de beneficiario efectivo en el ordenamiento jurídico de forma poco precisa queriendo abarcar diferentes alcances.

Así pues, para establecer si una CHC es beneficiario efectivo en la recepción de dividendos, el análisis dependerá de cada caso concreto. En efecto, si la CHC tiene la obligación legal o contractual de distribuir los dividendos podría ser calificada como una conduct company, pues no

tendría disponibilidad y control de sus rentas por concepto de dividendos y precisamente por ese hecho no podría calificar como beneficiario efectivo.

Ahora bien, si por el contrario se trata de un caso en el cual la CHC no está actuando en calidad de agente o por cuenta y nombre de un tercero, sin que tiene la disposición sobre la redistribución de los dividendos y puede esto probarse por la decisión autónoma de sus socios, será posible afirmar que efectivamente cumple con el espíritu del concepto de beneficiario efectivo, al detentar la propiedad de la renta y no tener la obligación legal o contractual de distribuirla.

En línea con lo anterior, si la CHC es persona calificada como beneficiario efectivo y que pueda obtener los beneficios del tratado respecto del artículo 10 de los CDI's suscritos por Colombia con los países en los cuales se encuentre la filial que distribuye los dividendos y las ganancias de capital, debe analizarse cuidadosamente el alcance de la cláusula PPT para que no existan incompatibilidades entre el sistema convencional y el régimen CHC, en aplicación del test de abuso de la PPT. Pues con ocasión a los trabajos realizados por la OCDE en 2014, los comentarios y el reporte final de la acción 6 de BEPS pareciera que la suerte de la CHC pudiera verse en entredicho.

Finalmente, tanto las administraciones tributarias como las altas cortes, deberían reevaluar la posibilidad de seguir inclinando sus juicios de valor jurídicos en el concepto de sustancia general o en consideraciones antiabuso soportadas en el concepto de beneficiario efectivo. Sin que ello quiera decir, que la erosión de las bases imponibles deba quedar suelta al azar, por el contrario, el llamado es a que el análisis se forje en la sustancia específica, y se haga uso de reglas antiabuso específicas que sean

aplicables a casos concretos, con fundamentos jurídicos y factico concretos.

La finalidad de este ejercicio no deber ser otro que brindarles seguridad jurídica a los contribuyentes, pues tal y como está concebido el concepto de beneficiario efectivo para efectos de la aplicación de un tratado, este concepto desde nuestra óptica no cuenta con claridad pues su interpretación aun es incierta.

5. Dada la creciente sofisticación de los planificadores tributarios, quienes constantemente están en una búsqueda jurídica y económica para identificar oportunidades legítimas de arbitraje internacional, debemos analizar si la Administración Tributaria de un estado contratante puede desconocer la aplicación de un CDI a una CHC por efectos de la aplicación la regla de PPT, al considerar que este régimen contrario a las directrices de la Acción 5 y 6 de BEPS.

Pues bien, de nuestro investigación hemos podido concluir que la clausula de PPT resulta bastante problemática en su aplicación, pues al pretender analizar el propósito de una operación, siendo que este propósito se predica de un sujeto, su el análisis se reduce a interpretaciones inciertas e inseguras toda vez que el propósito hace parte del fuero interno de cada quien, sin que sea posible su exteriorización, o aun exteriorizándose no se puede deducir fehacientemente su razón de ser.

En ese sentido, la aplicación de la PPT en un escenario que incluye una CHC requiere mayor concreción y especificidad por tratarse de un régimen especial, y nos hace llegar nuevamente a preguntarnos respecto de: ¿Cuáles son los hechos o circunstancias que se analizan cuando el

acuerdo u operación es la constitución de una sociedad bajo el régimen CHC?

Pues bien, no se podría entender que por el hecho de que el gobierno colombiano incorpore e incentive en el ordenamiento jurídico con tratamiento preferencial para dividendos y rentas de capital, y que este sea aplicado por un contribuyente, suponga per se el aprovechamiento económico con el único fin hacerse acreedor de una situación de no imposición, de ahí los notables problemas prácticos que se empiezan a dilucidar para definir si se esta ante un abuso del convenio.

Es algo paradójico que coexistan los regímenes holding y este tipo de cláusulas antia-buso, toda vez que precisamente este tipo de regímenes, tienen como característica intrínseca incorporarse en jurisdicciones atractivas en materia fiscal, y en ese sentido pueden ser susceptibles de ser constantemente cuestionados por la aplicación de la cláusula de PPT. Pues, el alcance del término “beneficios” a la luz del régimen de CHC tendría que ser interpretado de conformidad con el parágrafo 175 de los comentarios al artículo 29(9) del MCOCDE 2017 que establece que este término incluye todas las limitaciones (reducción del impuesto, exención, diferimiento o devolución) a la potestad impositiva del país de la fuente previstas en las normas distributivas del CDI, por lo que los beneficios que recibe la CHC podrían verse en discusión cuando quiera que un estado contratante decida inaplicar el convenio en virtud de la cláusula PPT.

En este sentido pareciera que la cláusula de PPT podría resultar gravosa para un contribuyente, toda vez que se exige por parte de a la autoridad simplemente “razonabilidad” sin mayores elementos que permitan al operador jurídico tener elementos de juicio objetivos los cuales no se

desvanezcan cuando se trate de una interpretación favorable para los intereses del contribuyente.

De otro lado, pudimos establecer del estudio realizado que, la redacción de la norma parte de la base que una operación puede no tener un propósito principal, sino muchos propósitos principales, ampliando discrecionalmente la potestad de la autoridad. Si hay un solo propósito y es fiscal, debe probarse, pero ¿Que pasa cuando existen múltiples propósitos?, pues bien esta es otra razón que hace de difícil aplicación la cláusula de PPT desde la óptica del régimen holding colombiano, pues el hecho de ser un régimen territorial respecto de dividendos y ganancias de capital ya implica per se la materialización de un propósito tributario.

Por tal razón, puede concluirse que el régimen de CHC no se encuentra en el mejor de los mundos, al encontrarse al arbitrio de una PPT que plantea una serie de problemas prácticos y teóricos de muy hondo calado esencialmente por su carácter subjetivo fundado en la dificultad probatoria de establecer la idoneidad de un propósito, motivo o intención.

Bibliografía

Baez, (2016) *La cláusula del propósito principal (principal purpose test). un análisis crítico de la acción 6 del proyecto BEPS.*

Bocachica, *Las medidas anti-abuso en el marco de la Convención Multilateral para implementar las medidas del proyecto BEPS relacionadas con convenios.*

Barrera Fernández, A. (2013) *Concepto de beneficiario efectivo.* Colegio de Contadores Públicos de México Pág. 83

Cárdenas Cárdenas, G. (2012) Tesis doctoral Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales Departamento de Economía y Hacienda Pública *La incidencia de la fiscalidad en la localización de las sociedades holding en españa y suiza: una aproximación teórico-empírica.* Recuperado el 10 de junio de 2019, de https://repositorio.uam.es/xmlui/bitstream/handle/10486/13928/65232_C%C3%A1rdenas%20C%C3%A1rdenas%20Gilberto.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Castro Arango, Jose M. (2016) *El concepto de dividendo en los convenios de doble imposición.* Bogotá. Serie de Derecho Tributario Internacional, Universidad Externado.

CIAT: Centro Interamericano de Administraciones Tributarios (2019) *El Test de Propósito Principal (PPT), el Marco Inclusivo de BEPS y el MLI* URL <https://www.ciat.org/el-test-de-proposito-principal-ppt-el-marco-inclusivo-de-beps-y-el-ml/>

Couret, A y Martin, D. (1991) *Les societes holdings (Que sais-je)* (Francés) Presses Universitaires de France - PUF; Edición: 2e édition Pág. 3.

Córdoba Acosta, Pablo Andrés (2006) *Derecho de sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad holding. Levantamiento del velo corporativo. Responsabilidad contractual y aquiliana*. Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado Número 10.

Economía y Negocios (2006), *Escaso uso de la ley de plataforma de inversiones*. Recuperado el 9 de septiembre de 2019, de <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=15046>

El País España (2011), *La mitad de la inversión extranjera en España no genera ni un empleo*. Recuperado el 29 de junio de 2019, de https://cincodias.elpais.com/cincodias/2011/03/25/economia/1301036183_850215.html

Estudio de abogados establecido en Santiago de Chile, *Los Defectos de la Fórmula Chilena de Plataforma de Inversiones*. Recuperado el 15 de agosto de 2019, de <https://molinaros.cl/web2019/wp-content/uploads/2019/05/1.pdf>

Fernández, C (2019), *Llegó el momento para las Holding en Colombia*. Asuntos Legales. Recuperado el 26 de septiembre de 2019 de <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/carlos-fernandez-2848275/llego-el-momento-para-las-holding-en-colombia-2848272>.

Fernández Secco & Asociados, Sistema Tributario Uruguayo. Recuperado el 5 de agosto de 2019 URL <http://www.fernandezsecco.com/contabilidad-impuestos/sistema-tributario-uruguayo/>

Ferri, G y Angelici, C. (2003,) *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, Utet, 1997, 253 ss.; M. CELIA MARSILI. *Sociedades comerciales. El problema de la tipicidad*, Buenos Aires, Rubinzal y Culzoni, Pag 25.

Fort, Eric (2017), *Estudios en homenaje a Jacques Malherbe; The beneficial ownership concept in light of the BEPS Project*. Pág. 671-684

Fundación Impuestos y Competitividad; *Plan De Acción Beps - Acción 6: Impedir La Utilización Abusiva De Convenios Para Evitar La Doble Imposición*, Pag 4.

Fundación de Impuestos y competitividad, *Plan de Acción Beps - Acción 5, Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia*.

García Novoa, C. (2019) *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las sociedades danesas ¿las ETVE en el punto de mira? Taxlandia blog fiscal y de opinion tributaria*. Recuperado el 5 de agosto de 2019 <https://www.politicafiscal.es/cesar-garcia-novoa/sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-sobre-las-sociedades-danesas-las-etve-en-el-punto-de-mira>

Gómez Cifuentes, Santiago Eduardo (2018), *el test de propósito principal: de la incertidumbre a la seguridad jurídica* LEGIS. Recuperado el 5 de agosto de 2019, de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rimpuestos&document=rimpuestos_b16d5e0d841e402e8a129871250e1734

Harper, D. (2001-2010). Online Etymology Dictionary. Recuperado el 10 de julio de 2019, de <http://www.etymonline.com/>

Hernández González-Barreda, Pablo (2017), *El concepto de beneficiario efectivo en la reforma tributaria: intercambio de información y normas antiabuso*

J Langbein, "the secret life of the trust: the trust as an instrument of commerce", Yale Law Journal, vol 107, 1997, Pág. 188-189.

J. Orlando Corredor (2016), *Reforma Tributaria en dimensión internacional: Intercambio automático de información. Accounter*. Recuperado el 5 de agosto de 2019, de <https://www.accounter.co/boletines/j-orlando-corredor-alejo-reforma-tributaria-en-dimension-internacional-intercambio-automatico-de-informacion.html>

Lang, Michael (2010), *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*. Pág. 71. Obtenido de Alex Córdova Arce » « El régimen fiscal de los fideicomisos, / mercado de valores Pág. 214

La República (2018) *La Inversión Extranjera Directa en Colombia cayó 14,1% en 2018 según el Emisor*. Recuperado el 29 de junio de 2019, de <https://www.larepublica.co/economia/la-inversion-extranjera-directa-en-colombia-cayo-141-en-2018-segun-el-emisor-2814901>

Lawants Lawyers & Accountants (2016) *Ventajas fiscales de una Holding (ETVE) en España*. Recuperado el 7 de septiembre de 2019 de <https://lawants.com/es/ventajas-fiscales-de-una-holding-etve-en-espana/>

Ministerio de Hacienda (2018), *Exposición de motivos del proyecto de ley "por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del*

equilibrio del presupuesto nacional y se dictan otras disposiciones". Recuperado el 10 de agosto de 2019, de http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty?nodeId=%2FOCS%2FP_MHCP_WCC-130987%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

NACE Rev.2 presentado al Grupo de Expertos de Clasificación de Estadísticas Internacionales de la ONU. (2015) *Classification of Holding Companies and Head Offices* New York, 19-22 Mayo.

P&A Consultores Abogados y Economistas *Guía de negocios en Chile*. Recuperado el 14 de septiembre de 2019, de <http://www.pyaconsultores.com/contenido/publicaciones/guias/Chile.pdf>

Procolombia (2016), *Protección a la Inversión Extranjera Capítulo 1, Guía Legal 2016*, Recuperado el 10 de agosto de 2019, de "https://www.inviertaencolombia.com.co/CAP1Proteccion_a_la_Inversion_Extranjera.pdf

Roberto A. Paneque Fonseca, (2016) *Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI)*, Recuperado el 21 de julio de 2019, <https://cubatravelcorp.wordpress.com/2016/01/03/acuerdos-de-promocion-y-proteccion-reciproca-de-inversiones-appri/>.

Rojas, J. N. (2011). *¿La Tributación de un grupo Holding es equitativa en Latinoamérica?* Especial para la Revista Impuestos. Revista Impuestos No. 166.LEGIS. Recuperado el 5 de agosto de 2019 http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rimpuestos&document=rimpuestos_aaa23040cb500102e0430a0101510102

Romero Flor, Luis María y Zúñiga Olivares, Wilson Ernesto (2008), *Sociedades Plataforma De Negocios chilenas Y Entidades De Tenencia De valores Extranjeros Españolas, Comparabilidad En El Tratamiento De La Inversión Extranjera*. Recuperado el 15 de agosto de 2019, de https://www.researchgate.net/publication/314096552_Sociedades_Plataforma_de_Negocios_Chilenas_y_Entidades_de_Tenencias_de_Valores_Extranjeros_Espanolas_Comparabilidad_en_el_tratamiento_de_la_inversion_extranjera

Salcedo Younes, Ruth Yamile y Castro Arango, José Manuel (2017) *Tax Treatment of Collective Investment Vehicles*. Pág. 262. Bogotá. Editorial Instituto Colombiano de Derecho Tributario.

SII *Obligaciones Especiales De Sociedades Plataforma De Inversiones*. Recuperado el 5 de agosto de 2019, de URL http://www.sii.gov.cl/portales/investors/casos_especiales/obligaciones_especiales.htm

Silvestry, Andrea, *Nueva Fiscalidad (2017) estudios en homenaje a Jacques Malherbe; Holding Companies in the BEPS Area*, Pág. 570

Superintendencia de Sociedades de Colombia, Oficio 125-036406 del 31 de agosto de 2001.

Torres, Juan S y Pérez, Pablo A (2015), *Hipertrofia de la norma de subcapitalización colombiana. Reflexiones acerca de su construcción y análisis de sus objetivos desde el Derecho Tributario*. (Pág. 31). Recuperado el 01 de agosto de 2019, de https://www.icdt.co/publicaciones/revistas/revista74/Articulo6/PUB_ICDT_ART_TORRESRICHOUXJuanSebasti%E2%80%A0nyPerezGarciaPabloAndres_Hipertro

fiadelanormadesubcapitalizacioncolombianaReflexiones_RevistaICDT74_Bogota
16..pdf

Vérgez Calvo, J. (2016), *El Régimen Fiscal Especial De Las Entidades De Tenencia De Valores Extranjeros en La Ley 27/2014 de 27 de noviembre, Reguladora Del Impuesto De Sociedades*, Gaceta Tributaria del País Vasco.

Vogel, Klaus (2015), *Double Taxation Conventions*, Cuarta Edición, Kluwer Law International, Edición 4 Revisada el 26 de febrero de 2015.

Yacolca Estares Daniel (2017), *Nueva Fiscalidad (2017) estudios en homenaje a Jacques Malherbe; Desafíos del derecho constitucional en la criminalización de ilícitos tributarios internacionales (post BEPS)*, Nueva Fiscalidad (2017) estudios en homenaje a Jacques Malherbe, Pág. 183

Zarama Martínez, C y Galeano Daza, L (2018), *Reforma tributaria comentada, Ley de financiamiento (L. 1943/2018)* LEGIS.