

Tratamiento tributario de los intereses derivados de operaciones de crédito internacional*

MARTÍN ACERO SALAZAR*

I. Introducción

Hasta finales de la década de los años 80, el endeudamiento externo privado era muy escaso en Colombia. Los créditos debían ser aprobados por el Banco Central y sólo podían destinarse a propósitos específicos. No obstante, a partir de la década de los años 90, la afluencia de capital privado en Colombia observó un incremento importante y, por consiguiente, la regulación cambiaria permitió la disponibilidad de capitales internacionales para incrementar la eficiencia en la financiación de las actividades productivas¹.

A pesar de la existencia de beneficios derivados del crédito externo, la evidencia económica ha demostrado que el ingreso de flujos de capital a las economías en desarrollo puede incrementar la volatilidad macroeconómica. Por esta razón, recién

temente la política de regulación de flujos extranjeros se ha hecho más estricta y, como se verá, las medidas cambiarias introducidas a partir de mayo de 2007 pretenden restringir el endeudamiento externo privado; esto en aras de controlar diversos problemas macroeconómicos.

El presente reporte pretende presentar los elementos esenciales de la regulación tributaria de los intereses derivados de créditos internacionales, desde la perspectiva del deudor residente, analizando las particularidades de la deducibilidad de dichos intereses; así como, desde la perspectiva del acreedor no residente y residente en el país, para analizar el régimen tributario aplicable de acuerdo con las normas de derecho tributario interno; igualmente se estudian los actos supranacionales y los tratados celebrados por Colombia para evitar la doble imposición internacional².

* El presente documento corresponde a la versión en español del Reporte de Colombia para el Congreso de la International Fiscal Association, celebrado en Bruselas en septiembre de 2008, dentro del tema: "New Tendencies in Tax Treatment of Cross-Border Interest of Corporations". Dicho documento fue enviado para publicación en octubre de 2007. La versión en inglés de dicho reporte fue publicada en el volumen 93b de los Cahiers de Droit Fiscal International para el año 2008.

* Socio de Prieto & Carrizosa Abogados. Director del área Corporate Tax. Conferencista en Derecho Tributario.

¹ Con respecto a la evolución del endeudamiento externo privado, Véase Villar Gómez, Leonardo. "Flujos de Capital Privado en Colombia: 1970-2004". Junta Directiva del Banco de la República, 2005.

² Las implicaciones tributarias de las operaciones de comercio exterior no son objeto del presente reporte.

Debe tenerse en cuenta que, el tratamiento tributario de las operaciones de crédito internacional debe analizarse partiendo de las operaciones activas y pasivas de endeudamiento externo autorizadas por la normatividad cambiaria, así como la regulación cambiaria que ha sido determinante en la formulación de estructuras de financiación para que alcancen niveles de eficiencia. En consecuencia, antes de analizar el tratamiento tributario, deben mencionarse dos temas de regulación cambiaria que resultan esenciales para el entendimiento de los capítulos integrantes del presente reporte:

(i) De acuerdo con la normatividad cambiaria³, los créditos en moneda extranjera obtenidos por residentes en Colombia corresponden a créditos *pasivos*, los cuales únicamente pueden ser contratados con los intermediarios del mercado cambiario⁴ o con entidades financieras del exterior que cumplan con alguno de los siguientes requisitos: (i) La entidad debe tener una oficina de representación en Colombia o debe corresponder a una entidad re-aseguradora del exterior debidamente registrada ante la Superintendencia Financiera y (ii) la entidad debe estar incluida en la lista de entidades financieras autorizadas expedida por el Banco de la República⁵.

Debe tenerse en cuenta que los recursos que efectivamente ingresen o salgan del país por concepto del crédito, deberán canalizarse obligatoriamente a través de un intermediario del mercado cambiario.

Esta limitación cambiaria, implica que cuando en el presente trabajo se hace referencia al acreedor del crédito no domiciliado en el país, se está haciendo referencia a entidades financieras del exterior y no a compañías del sector real, bajo el entendido de que las operaciones de endeudamiento de carácter pasivo, como se ha expuesto, sólo pueden efectuarse con entidades financieras.

(ii) Con el propósito de aumentar el costo del endeudamiento externo para nivelarlo con el crédito doméstico y reducir la oferta de divisas para moderar la tendencia de apreciación del peso frente al dólar, el Banco Central Colombiano, dispuso, en mayo de 2007, que los residentes colombianos que obtengan créditos en moneda extranjera deberán constituir en el Banco Central un depósito en moneda legal, no remunerado, equivalente al 40% del valor del desembolso respectivo, liquidado a la tasa representativa del mercado vigente en la fecha de consignación del depósito.

El depósito cuenta con un término de restitución de seis (6) meses, aunque puede ser restituido antes de su vencimiento, con suje-

3 La Resolución 8 de 2000 expedida por la Junta Directiva del Banco de la República y la Circular Reglamentaria Externa –DCIN– 83 del 16 de diciembre de 2004 expedida por el Banco de la República reglamentan todos los aspectos relativos al endeudamiento externo.

4 De conformidad con el artículo 58 de la Resolución 8 de 2000, son intermediarios del mercado cambiario los bancos comerciales, los bancos hipotecarios, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento comercial, la FEN, Bancoldex, las cooperativas financieras, las sociedades comisionistas de bolsa y las casas de cambio.

5 Si se pretende la obtención de un crédito con una entidad del exterior que no cumpla con alguno de los anteriores requisitos, podrá pedir, bajo el cumplimiento de determinados requisitos, su inclusión en la lista de entidades autorizadas al Departamento de Cambios Internacionales del Banco de la República.

ción a determinados descuentos porcentuales. Adicionalmente, también se establece la obligación del depósito como requisito para el desembolso de créditos para la financiación de exportaciones y algunas importaciones de bienes⁶.

El depósito en mención ha desestimulado el crédito y ha obligado a acudir a nuevas estructuras de financiación, tales como: aportes de capital directo a las compañías nacionales. Estas capitalizaciones han implicado un alto impacto tributario, en detrimento de los beneficios tributarios de que goza el endeudamiento externo.

No obstante las limitaciones cambiarias, dichas medidas no han impedido un desarrollo incipiente de las estructuras financieras de créditos ordinarios, sindicados e incluso de mercados de operaciones de derivados. Como será expuesto en los capítulos subsiguientes, la normatividad de derecho tributario interno no ha regulado el avance de los productos financieros y, con excepción de algunas disposiciones en materia de operaciones de derivados a nivel interno, no existen normas tributarias a tono con las nuevas tendencias financieras internacionales de sujeción de intereses o de deducibilidad de los mismos, ni herramientas de fiscalización eficaces que permitan el control del fraude fiscal.

II. Síntesis de los principios tributarios esenciales en Colombia, aplicables al tratamiento tributario de los intereses derivados de créditos internacionales

A. Sujeción al impuesto sobre la renta con fundamento en el criterio de residencia y de la fuente

Como se verá en los capítulos subsiguientes, la legislación tributaria interna adoptó un criterio dual para la sujeción del impuesto sobre la renta. Por una parte, las sociedades colombianas tributan en el país bajo el criterio de renta mundial o residencia, según el cual están sometidas a imposición todas las rentas obtenidas en Colombia y en el extranjero.

Por su parte, con respecto a las sociedades no domiciliadas en Colombia, se adoptó internamente el criterio de la fuente, de acuerdo con el cual, sólo se encuentran sometidas a impuesto sobre la renta en el país, las rentas de fuente nacional colombiana.

La determinación de las rentas consideradas de fuente nacional colombiana es efectuada en la legislación tributaria interna a través de un pormenorizado listado no taxativo de ingresos, derivados de diversas actividades o servicios realizados en Colombia⁷.

6 No se exigirá la constitución del depósito, entre otros, en los siguientes casos: en las importaciones de bienes de capital; en los créditos para prefinanciar exportaciones de bienes de capital; en la financiación de compras de los usuarios de las zonas francas; en los créditos destinados a financiar inversiones colombianas en el exterior; en los créditos para atender pagos de tarjetas de crédito internacionales; en los créditos concesionales con componente de ayuda otorgados por gobiernos extranjeros; entre otros supuestos.

7 Artículo 24 del E.T. La normatividad colombiana regula igualmente los casos de servicios que incluso prestados desde el exterior, generan rentas de fuente nacional colombiana y por ende, la obligación de practicar retención en la fuente.

En el caso específico de los intereses, se consideran de fuente nacional colombiana los intereses derivados de créditos poseídos en el país o vinculados económicamente a él⁸. Como se expondrá en detalle en el capítulo referido a la tributación del acreedor no domiciliado en Colombia, el criterio para determinar la posesión de un crédito, radica en que el deudor tenga domicilio en el país.

La atribución de competencias tributarias de conformidad con el criterio de la residencia o de renta mundial, supone que en el caso de las sociedades colombianas, la base gravable del impuesto sobre la renta estará integrada por todos los ingresos de fuente nacional y extranjera. En este caso, los ingresos por intereses de fuente extranjera percibidos por sociedades colombianas, integrarán la base gravable para liquidar el impuesto en Colombia. La tarifa general del impuesto sobre la renta para las sociedades corresponde al 34% por el año gravable 2007 y a 33% a partir de 2008.

Si se trata de una compañía no domiciliada en Colombia que perciba intereses respecto de créditos cuyo deudor se encuentra domiciliado en el país, dichos intereses estarán sometidos a retención en la fuente a la tarifa de 34% en 2007 y 33% a partir del año gravable 2008.

Debe tenerse en cuenta que tal como será expuesto, el régimen de crédito externo goza de beneficios tributarios importantes, incluyendo la no sujeción al impuesto de los intereses derivados del mismo, si los recursos se destinan para determinadas finalidades extrafiscales, que serán objeto de estudio en el capítulo respectivo.

Con respecto a la realización del ingreso por concepto de intereses, para efectos de la aplicación de la retención en la fuente en el caso de los acreedores no domiciliados en el país, las normas tributarias de derecho interno, establecen la obligación de practicar dicha retención en la fuente, cuando se efectúe el pago o el abono en cuenta por concepto de intereses. En este sentido, si bien el pago se refiere a la extinción de la obligación mediante la realización de la prestación debida, el abono en cuenta atiende al reconocimiento contable de una obligación independientemente del pago.

B. Tratamiento tributario de las sucursales de sociedades extranjeras

Un punto, que ha resultado de problemática interpretación para la atribución de competencias tributarias, está constituido por la tributación de las sucursales de sociedades extranjeras. A continuación se analiza brevemente.

De conformidad con la normatividad comercial, se consideran sociedades extranjeras, aquellas constituidas de acuerdo con la ley de otro país y cuyo domicilio principal se encuentra en el exterior⁹. Exigen las normas de derecho privado que si las sociedades extranjeras realizan actividades permanentes en el país, deberán constituir una sucursal, noción que exclusivamente se refiere a un establecimiento de comercio para el desarrollo de las actividades calificadas por la Ley como permanentes. Por lo tanto, desde el punto de vista del derecho privado, las sucursales de sociedades extranjeras no constituyen una persona jurídica independiente.

8 Numeral 4 del artículo 24 del E.T.

9 Artículo del Código de Comercio.

A pesar de la claridad de la normatividad comercial, las normas tributarias de derecho interno son ambiguas en cuanto al tratamiento de las sucursales y parecieran considerarse como contribuyentes independientes del impuesto sobre la renta. En efecto, diversas normas de carácter interno consideran a las sucursales como sujetos pasivos tributarios independientes:

(i) El artículo 12 del Decreto 2579 de 1983 establece una diferencia entre el tratamiento tributario de los ingresos obtenidos por la sucursal en desarrollo de sus actividades y los ingresos obtenidos en Colombia “directamente” por la sociedad extranjera. De conformidad con dicha disposición, las rentas sometidas a impuestos en Colombia, que no correspondan a las operaciones desarrolladas en el país por su sucursal, estarán sometidas a la retención en la fuente de acuerdo con las reglas de imposición sobre pagos al exterior¹⁰.

(ii) Los artículos 124 y siguientes del Estatuto Tributario permiten la deducción de costos y gastos por sumas pagadas directa o indirectamente por las sucursales a sus casas matrices u oficinas del exterior, por concepto de administración, regalías, explotación o adquisición de cualquier clase de intangi-

bles, así como los *gastos financieros por deudas* y operaciones a corto plazo.

(iii) La Administración tributaria ha afirmado la separación para efectos tributarios entre las sociedades extranjeras domiciliadas en el exterior y las sucursales que éstas hayan constituido en Colombia. Así lo ratificó al considerar que las operaciones celebradas entre una sociedad colombiana y una sucursal de una sociedad extranjera no estaban sometidas al régimen de precios de transferencia, el cual es de aplicación exclusiva para las operaciones celebradas con vinculados económicos del exterior, bajo el entendido de que “*las sucursales de sociedades extranjeras que se establezcan en el país son consideradas como sujetos pasivos de los tributos en forma independiente de la sociedad extranjera domiciliada en el exterior*”¹¹.

No obstante, lo expuesto y desde el punto de vista formal, las normas internas igualmente exigen que sean las sucursales de sociedades extranjeras las que presenten la declaración de los contribuyentes con domicilio o residencia en el exterior¹².

En consecuencia y de conformidad con los argumentos expuestos, puede concluirse que en principio la norma tributaria interna ha

10 En relación con este punto el Consejo de Estado en sentencia de 18 de julio de 1997 Expediente 8117 citó lo siguiente: “Es claro, entonces que el artículo 12 del Decreto 2579 de 1983, al decir que las sociedades u otras entidades extranjeras que “sean beneficiarias de rentas sujetas a impuestos en Colombia, que no correspondan a las operaciones desarrolladas en el país por su sucursal”, están sometidas a retención en la fuente, se acomoda plenamente a las disposiciones del precepto superior que pretende reglamentar y no hace más que reiterar o reproducir el contenido de la norma superior; si las rentas que aquéllas reciban, así éstas no correspondan a operaciones desarrolladas en el país por sus sucursales, están sujetas al impuesto, debe hacerse la retención, pues se cumple la condición prevista por el artículo 406, numeral 1, del E.T., esto es, se repite, tales rentas están sometidas al impuesto. “No existe, pues, ninguna contradicción entre el precepto reglamentario y la norma superior”.

11 Concepto N° 072132 de 2004.

12 Artículo 576 del E.T.

efectuado la ficción de que las sucursales son contribuyentes del impuesto sobre la renta en Colombia de forma independiente.

III. Deducción de los Gastos por concepto de Intereses incurridos por los Deudores

A. Definición de Gastos por concepto de Intereses Deducibles

El concepto de “intereses” no se encuentra expresamente definido, ni en la legislación tributaria nacional¹³, ni en la jurisprudencia, ni en los conceptos emitidos por la Administración de Impuestos sobre la materia.

En ausencia de una definición expresa del término “intereses” en la legislación tributaria, se puede acudir (i) a las definiciones contenidas en otras legislaciones, tales como la civil o la comercial, e incluso (ii) al sentido que comúnmente se le da al término en el tráfico de los negocios.

Según el Código Civil, los intereses son “*los frutos civiles de los capitales exigibles*”¹⁴, mientras que el Código de Comercio se refiere a ellos como “*los réditos de un capital*”¹⁵.

A pesar de no estar definido expresamente el término “intereses” en el ordenamiento tributario, son numerosas las disposiciones fiscales que se refieren a ellos. Sin embargo, teniendo en cuenta el objetivo que fue señalado por el *General Reporter* en las Directivas, sólo me referiré a aquellos gastos por concepto de intereses incurridos en relación

con el financiamiento de participaciones o de actividades económicas transnacionales (“*cross-border*”). Es así como, no trataré en este reporte temas como el de los intereses originados en operaciones de comercio exterior, a los cuales se aplican normas especiales, en particular cuando dichas operaciones tienen lugar entre partes relacionadas.

Ahora bien, ni la legislación, ni la jurisprudencia, ni la doctrina oficial de la Administración de Impuestos han fijado criterios especiales para distinguir los intereses causados o pagados.

Así las cosas, mientras se entienda que las erogaciones hechas por el deudor corresponden a “*réditos de un capital*”, en principio, recibirán el calificativo y el tratamiento de intereses. La única excepción consagrada expresamente en la legislación tributaria a esta afirmación se encuentra consignada en el artículo 287 del E.T., al cual se hace referencia en el punto relativo a las *Thin Capitalization Rules*.

En lo que respecta a los casos distintos a los contemplados en el artículo 287 del E.T., es preciso anotar que la calificación/reclasificación para efectos fiscales de ciertos pagos por concepto de intereses en otra clase de erogaciones sería eventualmente posible en el futuro, a luz de la doctrina oficial de la Administración de Impuestos y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En efecto, mediante un concepto emitido por la Administración Tributaria en 2005, el cual será objeto de mayor análisis más

13 Como se explica en detalle más adelante, las únicas definiciones del término “intereses” en materia tributaria en Colombia son las contenidas en los convenios para evitar la doble imposición (CDI) suscritos hasta el momento por Colombia (vr.g. Decisión 578 de la Comunidad Andina de Naciones – CAN-, y CDI suscritos con España y Chile).

14 Código Civil, artículo 717.

15 Código de Comercio, artículo 884.

adelante, y en el que se recogen ciertas tesis adoptadas por la Corte Constitucional, la Administración señala que deberá analizar las operaciones y actuaciones de los contribuyentes atendiendo a la realidad o incidencia económica de las mismas, y no a la forma que revistan o que el contribuyente pretenda darles¹⁶. No obstante, repito, a la fecha no existen antecedentes de reclasificación, por parte de la Administración Tributaria o de los tribunales, de operaciones de financiamiento de entes o actividades económicas en otras figuras, para efectos de darle a los intereses el tratamiento de otra clase de erogaciones en materia fiscal.

B. Monto/limitación de la Deducción de Gastos por concepto de Intereses

En términos generales, los gastos por intereses a los que se refiere este reporte son deducibles de la renta bruta de los contribuyentes para efectos de la determinación de su impuesto sobre la renta, en las mismas condiciones y de acuerdo con las disposiciones que consagran la deducción de los gastos en general.

El artículo 117 del Estatuto Tributario colombiano (E.T.) consagra de forma general la deducibilidad de los intereses para efectos

de calcular la renta líquida de los contribuyentes¹⁷. Sin embargo, para ser deducibles, los intereses deben cumplir con los requisitos generales establecidos en la ley para la procedencia de la deducción de gastos, a saber: (i) guardar una relación de causalidad con la actividad productora de renta del contribuyente, (ii) ser necesarios para el desarrollo de esa actividad, y (iii) ser proporcionales a la renta real o potencial¹⁸.

La definición y el alcance de los mencionados requisitos han sido establecidos mediante decisiones judiciales y a través de la doctrina oficial de la Administración de Impuestos. Es así como, el requisito de la causalidad se refiere a la relación causa-efecto que debe existir entre los gastos en los que incurre el contribuyente y su actividad generadora de renta, y no, como hasta hace poco lo había señalado la Administración Tributaria, a la relación existente entre el gasto y el ingreso obtenido por el contribuyente¹⁹. Así mismo, la Administración de Impuestos ha establecido que los requisitos de necesidad y proporcionalidad de los gastos deben medirse con criterio comercial, de tal suerte que los gastos cumplen con dichos requisitos si son de aquellos normalmente acostumbrados en la realización de la actividad productora de renta del contribuyente²⁰.

16 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Concepto 051977 de agosto 2 de 2005.

17 El Artículo 117 del E.T establece lo siguiente: "*Los intereses que se causen a entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) son deducibles en su totalidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente. Los intereses que se causen a otras personas o entidades, únicamente son deducibles en la parte que no exceda la parte más alta que se haya autorizado cobrar a los establecimientos bancarios, durante el respectivo año o período gravable, la cual será certificada anualmente por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), por vía general*".

18 E.T., Artículo 107.

19 Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 13 de junio de 2005. Expediente 13631. Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio.

20 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Concepto 74532 de 2 de noviembre de 2004.

En adición a los mencionados requisitos generales, la legislación tributaria consagra ciertas limitaciones a la deducibilidad de gastos incurridos en el exterior, que resultan aplicables a los gastos por concepto de intereses. Así mismo, recientemente se han incorporado al ordenamiento tributario disposiciones que restringen la deducibilidad de los gastos incurridos para la generación de ingresos no sujetos y de ingresos exentos del impuesto sobre la renta, así como de aquellos realizados en virtud o con ocasión de operaciones con vinculados económicos (vr.g. legislación en materia de precios de transferencia).

Dichas limitaciones son, de acuerdo con los parámetros señalados por el *General Reporter*, las que se enuncian a continuación:

C. Objeto/uso de los recursos producto del crédito

La ley tributaria sólo consagra limitaciones para la deducibilidad de gastos por concepto de intereses pagados/causados a favor de entidades extranjeras, atendiendo a este criterio en los siguientes casos:

1. Desarrollo de actividades productoras de renta

Como se mencionó anteriormente, uno de los requisitos generales, que deben cumplir los gastos por concepto de intereses para efectos de su deducibilidad, es guardar una

relación de causalidad con la actividad productora de renta del deudor. Así las cosas, la deducción de los gastos por concepto de intereses sólo es procedente cuando los recursos provenientes del crédito son usados para el desarrollo del negocio o del objeto social del deudor.

2. Obtención de ingresos no sujetos o exentos del impuesto sobre la renta

En 2002, se introdujo a la legislación colombiana la prohibición de deducir los costos y gastos en los que incurren los contribuyentes para la obtención de ingresos no sujetos o de ingresos exentos del impuesto sobre la renta²¹.

Como se explica de forma más detallada en el capítulo relativo a la tributación efectiva de los acreedores, por regla general, el mecanismo para aliviar la doble tributación adoptado por Colombia ha sido el del descuento o crédito tributario²². Hasta el momento, la única excepción a esa regla general se refiere a las rentas cuya fuente se encuentra en alguno de los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), las cuales tienen el carácter de rentas exentas²³, de acuerdo con lo establecido en la Decisión 578 de ese organismo.

Se tiene entonces que, los intereses pagados/causados por concepto de deudas adquiridas con el propósito de financiar operaciones o actividades que generan rentas cuya fuente es alguno de los países

21 E.T., artículo 177-1. Este artículo fue introducido por la reforma tributaria de 2002, la cual entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2003.

22 E.T., artículo 254.

23 La Decisión 578 de 2004 establece que las rentas obtenidas por un residente de alguno de los países miembros de la CAN que, de acuerdo con dicha Decisión, tienen su fuente en otro país miembro de la CAN, tienen el carácter de rentas *exoneradas*. En Colombia, las autoridades fis-

miembros de la CAN, no podrán ser deducidos de la renta bruta de los contribuyentes colombianos. Lo anterior, toda vez que dichas rentas tienen el carácter de rentas exentas.

3. Gastos por concepto de intereses pagados/causados en el exterior para la producción de renta de fuente territorial colombiana

La legislación tributaria limita la deducibilidad de los gastos incurridos en el exterior (incluidos los intereses) por los residentes colombianos para la producción de su renta de fuente dentro del país, al 15% de su renta líquida, calculada antes de descontar tales gastos. En otras palabras, los residentes sólo podrán deducir de su renta bruta los gastos en los que incurran en el exterior, que tengan una relación de causalidad con su renta de fuente territorial colombiana, en cuantía que no supere el mencionado 15%²⁴.

Se excluyen de dicha limitación, entre otros, los gastos respecto de los cuales se haya practicado retención en la fuente en Colombia, por ser ésta última obligatoria, y aquellos contemplados en el Artículo 25 del E.T., relativo a los intereses que no se encuentran gravados en Colombia por haberse generado en virtud de créditos obtenidos en el extranjero para el desarrollo de actividades que “*se consideren de interés para el desarrollo económico y social del país, de*

acuerdo con las políticas de gastos por intereses incurridos en el exterior adoptadas por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes”, y al que me refiero más adelante.

Así las cosas, en la actualidad, la limitación del 15% tiene poca aplicación con respecto a los gastos incurridos por los residentes en el exterior por concepto de intereses, toda vez que, como se explicará más detalladamente en el capítulo relativo a la tributación del acreedor extranjero, dichos gastos por intereses o (i) están excluidos de tributación en virtud del mencionado artículo 25 del E.T., o (ii) están obligatoriamente sometidos a retención en la fuente del 34% (33% a partir del año gravable 2008), por no haber cumplido con los requisitos consagrados en el artículo 25.

La anterior afirmación es cierta, máxime si además se tiene en cuenta lo siguiente:

(i) Que la limitación está consagrada únicamente en relación con los gastos incurridos en el extranjero para la obtención de renta de fuente territorial colombiana, estando excluidos de dicha limitación aquellos gastos incurridos por los residentes para la producción de su renta de fuente extranjera, la cual se encuentra igualmente gravada en Colombia en virtud del principio de renta mundial²⁵; y

(ii) Que la limitación no es aplicable en relación con las operaciones que hayan es-

24 Estatuto Tributario, artículo 122.

25 La limitación pretende, pues, evitar la erosión exagerada de la base tributaria, mediante la deducción de gastos que no hayan sido sometidos a tributación en el país en cabeza de quien los percibió. Sin embargo, aparentemente dicho objetivo se cumple de forma parcial, puesto que ni se aplica a las rentas de fuente extranjera percibidas por los residentes, ni existe en las disposiciones relativas al crédito tributario una que obligue a tener en cuenta los gastos así incurridos por el residente para efectos del cálculo del monto máximo de los impuestos extranjeros que se pueden acreditar del impuesto sobre la renta determinado en Colombia.

tado sometidas al régimen de precios de transferencia²⁶.

D. Identidad del Deudor

En términos generales, la legislación colombiana no impone limitaciones a la deducibilidad de los gastos por concepto de intereses incurridos por los residentes en el exterior atendiendo a la identidad del Deudor, salvo en el caso de personas naturales y sucesiones ilíquidas no obligadas a llevar contabilidad.

Por estar limitado el alcance de este reporte al caso de los entes corporativos, sólo haré una breve mención a esta limitación, en virtud de la cual, las personas naturales y sucesiones ilíquidas no obligadas a llevar contabilidad no pueden deducir de su renta bruta la parte de los intereses pagados a favor de entes extranjeros que corresponda a la diferencia en cambio, determinada como la proporción que existe entre la inflación certificada por el Gobierno respecto de un período gravable y la tasa más representativa del costo promedio del endeudamiento externo vigente para ése mismo período²⁷.

E. Identidad de Acreedor

La legislación tributaria consagra varias limitaciones a la deducibilidad de los gastos por intereses incurridos en el exterior por parte de los residentes atendiendo a este criterio, la gran mayoría de las cuales se derivan de la calidad de vinculados económicos que tienen los acreedores o del hecho de estar éstos últimos ubicados en una jurisdicción

calificada como *paraíso fiscal* por el Gobierno colombiano. No existe en la legislación colombiana limitaciones a la deducibilidad de los mencionados intereses derivadas de hechos, tales como la condición que tenga el acreedor de residente en un país con el que Colombia haya celebrado un CDI, o la naturaleza del acreedor como entidad transparente fiscalmente, o de ser el acreedor parte en un *back-to-back loan*.

Tenemos entonces que, las limitaciones a la deducibilidad de los intereses en razón a la identidad de su acreedor se dividen en dos subgrupos, así:

1. Limitaciones que se derivan del carácter que tiene el acreedor como vinculado del deudor

a) La primera, más que una limitación es una prohibición, y se encuentra consagrada en el artículo 124 del E.T. De acuerdo con dicha disposición, no son deducibles los intereses y demás costos y gastos financieros originados en deudas contraídas por las agencias, sucursales, filiales o compañías que funcionen en el país, con sus casas matrices extranjeras, o agencias, sucursales o filiales de éstas últimas en el exterior.

La anterior prohibición guarda una estrecha relación con la disposición sobre *patrimonio propio* a la que se hace referencia el punto relativo a los *Thin Capitalization Rules*, no cobija (i) ni los intereses y gastos financieros originados en deudas de las entidades del sector financiero sometidas a vigilancia de la Superintendencia Financiera, (ii) ni aquellos generados con ocasión de

²⁶ E.T., artículo 260-7.

²⁷ E.T., artículos 41, 81-1 y 118.

deudas de corto plazo relacionadas con la adquisición de materia prima y mercancías, (iii) ni las operaciones que están sometidas al régimen de precios de transferencia. Es así como, los intereses generados con ocasión de las mencionadas operaciones sí serán deducibles de la renta bruta de los residentes, a pesar de haberse originado en deudas contraídas con partes relacionadas.

b) La segunda limitación comprendida en este subgrupo se refiere precisamente a la aplicación del régimen de precios de transferencia, el cual fue adoptado en Colombia atendiendo, en términos generales, los parámetros y directrices diseñados por la OCDE sobre la materia. En efecto, de acuerdo con dicho régimen, la deducibilidad de los gastos por concepto de intereses, en los que incurran los residentes en virtud de operaciones de endeudamiento con sus vinculados o partes relacionadas del exterior, estará limitada a que dichos intereses se hayan fijado de acuerdo con precios de mercado. En desarrollo de lo anterior, la Administración Tributaria podrá rechazar la deducción de aquella parte de los intereses que hayan sido fijados en contravía del régimen de precios de transferencia²⁸.

2. Limitación relativa a la ubicación del acreedor en una jurisdicción calificada como paraíso fiscal

La legislación tributaria prohíbe la deducción de gastos, incluidos los intereses,

en los que incurran los residentes a favor de individuos o entes jurídicos ubicados en jurisdicciones que hayan sido calificadas por el Gobierno Nacional como *paraísos fiscales*²⁹. La legislación establece expresamente que dicha prohibición no se aplica a los pagos o abonos en cuenta que hayan estado sometidos a retención en la fuente en Colombia³⁰.

Ahora bien, a pesar de que la disposición que consagra esta prohibición se encuentra vigente desde 2004, la misma no ha tenido aplicación hasta el momento, debido a que el Gobierno Nacional no ha expedido la lista de las jurisdicciones que calificarían para Colombia como *paraísos fiscales*.

F. Términos Contractuales

Ni la legislación tributaria, ni la jurisprudencia, ni la doctrina oficial han establecido criterios específicos que, aplicados al análisis de los documentos que instrumentan los créditos entre residentes colombianos y acreedores extranjeros, sirvan para calificar un gasto por concepto de intereses como otra clase de erogación. Los únicos criterios que podrían ser utilizados para los fines antes mencionados son los contenidos en la doctrina y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de fraude fiscal, a los que haré referencia en el punto relativo al “*Effective Taxation of the Interest Income*”.

28 E.T., artículos 260-1 a 260-10.

29 E.T., artículo 124-2.

30 En relación con este último, la Administración de Impuestos ha señalado, a mi juicio en forma equivocada, que si el pago o abono en cuenta no se encuentra sometido a retención en la fuente por tratarse de una renta que no es de fuente territorial colombiana para quien la percibe, persiste la prohibición para el residente de no deducir los gastos así incurridos.

G. Thin Capitalization Rules in Particular

La legislación colombiana no consagra *thin capitalization rules* como tales, en las que se establezcan parámetros que permitan darle a los créditos otorgados a un ente por sus socios o partícipes el carácter de aportes de capital, dándole en consecuencia a los intereses originados en dichos créditos el tratamiento de dividendos o utilidades para efectos fiscales.

No obstante, existe en el ordenamiento tributario una disposición en virtud de la cual los pagos o abonos en cuenta por concepto de intereses originados en deudas contraídas con entes extranjeros podrían recibir el tratamiento de dividendos o de utilidades, según el caso. Esa disposición es la contenida en el artículo 287 del E.T, según el cual *“las deudas que por cualquier concepto tengan las agencias, sucursales, filiales o compañías que funcionen en el país, para con sus casas matrices extranjeras o agencias, sucursales, o filiales de las mismas con domicilio en el exterior, se considerarán para efectos tributarios como patrimonio de las agencias, sucursales, filiales o compañías con negocios en Colombia”*.

La mencionada disposición, que, por lo demás, se aplica a los principales casos de subordinación, salvo al de las sociedades subsidiarias, exceptúa del tratamiento como *“patrimonio propio”* a (i) las deudas contraídas por las entidades del sector financiero que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, (ii) las deudas a plazos no mayores a doce (12) meses provenientes de la adquisición de materias primas o de

mercancías en las que la entidad relacionada del exterior actúa como proveedor, y (iii) aquellas operaciones de endeudamiento que se encuentran sometidas al régimen de precios de transferencia³¹.

Es así como, los pagos o abonos en cuenta que tienen su origen en deudas que califiquen como *“patrimonio propio”* de las sucursales, agencias, filiales o compañías en Colombia, en los términos antes señalados, recibirán un tratamiento tributario distinto al de los intereses. Al respecto, y aunque no existen antecedentes jurisprudenciales relativos a la recalificación de dichos pagos o abonos en cuenta, la misma disposición parece sugerir que dichos pagos o abonos en cuenta deben recibir el calificativo de dividendos, utilidades o reembolsos del capital de la entidad, según el caso.

H. Realización y momento en que se deben reconocer los gastos por concepto de intereses

La regla aplicable en materia de realización y momento de reconocimiento de los intereses es la misma que se aplica a los gastos deducibles en general. De acuerdo con dicha regla, los gastos deducibles en los que incurren los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación (que, en Colombia, es el caso de todos los entes jurídicos) se entienden realizados en el momento en que se causan, esto es, cuando nace la obligación en cabeza del contribuyente de pagar el gasto³². De acuerdo con la legislación colombiana, la obligación de pagar nace (i) en el momento mismo en el

31 E.T., artículos 287, 124-1 y 260-7.

32 E.T., artículo 105.

que se perfecciona, en el caso de las obligaciones que no están sometidas a plazo, o (ii) una vez vencido el plazo, en el caso de las obligaciones sometidas a plazo.

De otro lado, la legislación colombiana dispone que los gastos deducibles, incluidos los intereses, deben ser reconocidos y, por lo tanto, deducidos de la renta bruta de los contribuyentes, en el mismo año gravable en el que se causaron³³.

Dichas disposiciones son aplicables a los casos de todos los gastos que califiquen como intereses, independientemente del carácter que revistan las operaciones o los instrumentos en los que se originen, o del momento en el que el acreedor debe realizar y reconocer el ingreso correspondiente a dicho interés.

Debido al enfoque de simplicidad con que el sistema tributario colombiano ha abordado el tema de la realización y reconocimiento de los intereses deducibles, y a las restricciones cambiarias en materia de endeudamiento pasivo que fueron reseñadas en el capítulo de Introducción, las técnicas de planeación tributaria consistentes en aprovechar las discrepancias en el tiempo en materia de realización y reconocimiento de los intereses, de un lado, y de los ingresos correlativos, por el otro, han sido poco utilizadas.

I. Gravamen efectivo de los ingresos por concepto de intereses

La legislación tributaria colombiana no es abundante en *anti-abuse provisions*, tal y como han sido concebidas y consagradas dichas disposiciones en otras legislaciones. Sin embargo, en materia de gastos incurridos por

residentes en el exterior, tales como los intereses, el ordenamiento tributario nacional ha consagrado algunas disposiciones, cuyo objetivo sí ha sido prevenir abusos.

Es así como, mediante disposiciones, tales como aquellas que prohíben la deducción de los gastos incurridos en el exterior que no han sido sometidos a retención en la fuente en Colombia, o las que limitan la deducción de dichos gastos al 15% de la renta líquida del contribuyente, cuando se trata de pagos o abonos en cuenta que legalmente no están sometidos a retención en la fuente, buscan limitar el beneficio de la deducibilidad de los gastos cuando los mismos no tienen su correspondencia con recursos que han sido sometidos a tributación en Colombia. De igual forma, las limitaciones impuestas a la deducción de gastos incurridos por residentes, generados en operaciones con partes relacionadas del exterior o con entes ubicados en jurisdicciones de baja imposición, buscan evitar la erosión de la base de tributación en Colombia.

Además de las mencionadas disposiciones, la legislación colombiana consagra una disposición especial aplicable al caso de deudas contraídas entre las sociedades y sus socios, mediante la cual se busca desincentivar (i) la financiación de las operaciones sociales mediante el endeudamiento de las sociedades con sus socios, y (ii) el reparto de los resultados de las sociedades a sus socios a través de deuda. Según la mencionada disposición, *“Para efectos del impuesto sobre la renta, se presume de derecho que todo préstamo en dinero, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, que otorguen las sociedades a sus socios o accionistas o éstos a la socie-*

33 E.T., artículo 104.

dad, generan un rendimiento mínimo anual y proporcional al tiempo de posesión, equivalente a la tasa para DTF vigente a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al gravable”³⁴. Adicionalmente, la mencionada disposición señala que lo consagrado en ella no limita a la Administración Tributaria para determinar un ingreso mayor por concepto de intereses generados en las operaciones de préstamo de dinero entre las sociedades y sus socios, cuando ellos hubieran sido pactados por las partes.

Si bien, la tasa a la que se calculan los intereses presuntos es inferior a la tarifa del impuesto sobre la renta aplicable a las sociedades, la figura de los intereses presuntos sí incide negativamente en la planeación tributaria integral de las sociedades y de sus socios, debido (i) a que por tratarse de una erogación presunta y no real, los intereses presuntos no pueden ser deducidos de la renta bruta del deudor, en los términos de los artículos 104 y 105 del E.T, y (ii) a que, como se explicó, la procedencia de la presunción de intereses no le impide a la Administración Tributaria ejercer su facultad de fiscalización para intentar determinar un interés mayor al presunto, si fuera del caso.

Además de las disposiciones antes mencionadas, como ya se anotó, la Administración Tributaria podría eventualmente acudir a las teorías consignadas en el Concepto 53001038 del 2 de agosto de 2005 y en las sentencias C-015 de 1993 y SU 1122 de 2001 de la Corte Constitucional, para adoptar medidas que busquen prevenir o evitar abusos en relación con la deducción de los

gastos por intereses en los que incurran los residentes.

Según la doctrina oficial consignada en el mencionado Concepto, a pesar de no encontrarse consagrado en la legislación tributaria, la Administración de Impuestos puede aplicar el concepto del *fraude fiscal* en el cumplimiento de sus funciones. Es así como, según la Administración, al analizar las operaciones o transacciones de los contribuyentes, deberá tener en cuenta los siguientes aspectos:

(i) que dichas operaciones o transacciones no necesariamente implican la violación directa de la ley;

(ii) que la realidad económica de dichas operaciones o transacciones no siempre coincide con la realidad formal de las mismas;

(iii) que los contribuyentes pueden haber incurrido en abuso de las formas jurídicas, con el fin de disfrazar la realidad económica de una transacción; y

(iv) que con su actuación los contribuyentes pudieron haberse desviado de los objetivos perseguidos por el legislador con la norma invocada por ellos.

Es por ello que, basada en el concepto de *fraude fiscal*, la Administración Tributaria podría eventualmente buscar recharacterizar las operaciones de endeudamiento de los residentes, como medida para combatir o prevenir abusos en materia fiscal. No obstante, como lo anotamos anteriormente, no existen antecedentes del uso del concepto de *fraude fiscal* con el propósito anotado.

34 E.T., artículo 35.

1. Aspectos Procedimentales

Al igual que con los demás actos que inciden en la determinación del impuesto sobre la renta, los gastos por concepto de intereses deducibles deben estar debidamente soportados en la contabilidad de los contribuyentes y en los documentos anexos a la misma. Además de los mencionados soportes, la legislación colombiana no les exige a los contribuyentes residentes cumplir con otras formalidades para efectos de poder deducir los gastos por intereses incurridos en el exterior.

De otro lado, las Autoridades Tributarias colombianas no expiden *advanced tax rulings* sobre casos particulares, aunque sí están facultadas para suscribir *advance pricing agreements*.

IV. Régimen del impuesto sobre la renta aplicable al acreedor no domiciliado en Colombia

A. Régimen General

Como se ha expuesto, en el caso de las compañías domiciliadas en el país, con fundamento en el principio de capacidad contributiva global y bajo el criterio de domicilio o de renta mundial, se someten a imposición las rentas obtenidas por dichas compañías en Colombia y en el exterior. Por oposición, en el caso de las compañías no domiciliadas en

el país, la legislación tributaria interna adoptó el criterio de territorialidad, para gravar exclusivamente las rentas cuya fuente productora sea el territorio colombiano, bajo el entendido de que en el caso de las compañías no domiciliadas en Colombia, su capacidad contributiva se encuentra localizada exclusivamente en el país³⁵.

Bajo el principio de territorialidad o de la fuente productora y en el caso específico de los intereses, los mismos se consideran ingresos de fuente nacional colombiana y por ende sometidos al impuesto sobre la renta en Colombia, si se trata de intereses producidos por créditos *poseídos en el país* o vinculados económicamente a él³⁶.

Siguiendo las reglas patrimoniales de derecho interno³⁷, se entienden “poseídos” en el país los derechos de crédito cuyo deudor tiene residencia o domicilio en Colombia. Con respecto a la noción de créditos vinculados económicamente al país, la Administración Tributaria ha considerado que dicha noción se refiere a aquellos créditos otorgados por una persona cuyos ingresos provenientes del mismo (intereses), son considerados de fuente nacional³⁸. Por lo tanto, se concluye que el criterio utilizado por la legislación interna para la sujeción al impuesto sobre la renta de los intereses derivados de créditos, se funda en que el deudor se encuentre domiciliado en Colombia.

Por el contrario, las normas internas son exhaustivas con respecto a los créditos que

35 En este sentido, el artículo 12 del Estatuto Tributario Colombiano dispone que “*Las sociedades y entidades extranjeras son gravadas únicamente sobre sus rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional*”. Con respecto a las manifestaciones de capacidad contributiva vinculadas a un territorio, véase Kingston, *Internacional Taxation*, New York, 1998. p. 15 y ss.

36 Artículo 24 del E.T. numeral 4.

37 Se hace referencia a las reglas para determinar el valor por el cual deben ser declarados los activos de propiedad del contribuyente para efectos patrimoniales.

38 Al respecto, se encuentra el Concepto 102630 de 2001.

no se entienden poseídos en Colombia, a pesar de que el deudor pueda tener residencia o domicilio en el país, como se verá en el capítulo siguiente.

La aplicación del criterio de territorialidad o de la fuente, implica que respecto de los pagos o abonos en cuenta efectuados por concepto de intereses en favor de sociedades extranjeras sin domicilio en Colombia, está consagrada la obligación de efectuar la retención en la fuente a la tarifa respectiva, es decir, 34% en el año gravable 2007 y 33% a partir del año gravable 2008. Adicionalmente, los beneficiarios de intereses a quienes haya sido practicada la retención en la fuente respectiva, no están obligados a presentar declaración del impuesto sobre la renta en Colombia por este concepto y por lo tanto, dicha retención en la fuente constituye su impuesto definitivo³⁹.

La tarifa de retención aplicable a los intereses pagados al exterior ha sufrido diversas modificaciones legislativas, las cuales, progresivamente han reducido su cuantía. No obstante, sin el concurso de Tratados para evitar la doble tributación internacional dicha tarifa puede ser considerada aún muy elevada, bajo el supuesto general de que la tributación en la fuente puede implicar situaciones de doble tributación⁴⁰.

Debe tenerse en cuenta que, dado que los acreedores sometidos a retención en la fuente no están obligados a presentar declaración

del impuesto sobre la renta en el país, ello no solo implica consecuencias de tipo formal. En efecto, al carecer de la calidad de declarantes, los acreedores no domiciliados no estarán obligados a reflejar la titularidad de un patrimonio en Colombia representado en el crédito y en consecuencia, tampoco estarán sometidos a liquidar renta presuntiva por dicho patrimonio⁴¹. Una posición contraria, desconocería que la renta presuntiva no constituye un impuesto sustituto sobre el patrimonio, sino un método de determinación de la renta de carácter subsidiario, el cual es exclusivo de los contribuyentes declarantes del impuesto⁴².

B. Régimen exceptivo o de exención

El régimen colombiano es exhaustivo al regular los casos en los cuales, a pesar de que el deudor de los créditos se encuentre domiciliado en Colombia, por excepción, los intereses derivados de los mismos no constituyen ingresos gravados con el impuesto sobre la renta y en consecuencia, no se encuentran sometidos a retención en la fuente. En este caso, la no sujeción de los intereses percibidos por acreedores no domiciliados se funda en un criterio extrafiscal, de acuerdo a la utilización de los recursos provenientes del crédito. Según este criterio, si los recursos provenientes del crédito son utilizados para la financiación de determinadas activi-

39 Artículo 592-2 del E.T.

40 A favor de la reducción de las tarifas de retención en los sistemas que acogen el criterio de la fuente, se pronunció la Ponencia General de IFA "The Tax Treatment of Interest in International Economic Transactions", 1982.

41 La renta presuntiva consiste en un método alternativo para la determinación del impuesto sobre la renta, que supone que si las rentas líquidas ordinarias del contribuyente son inferiores al rendimiento presunto de su patrimonio, la base gravable del impuesto sobre la renta será equivalente al rendimiento presunto sobre su patrimonio líquido.

42 En este entendido debe interpretarse el alcance del Concepto DIAN 102630 de 2001.

dades consideradas del interés para el desarrollo del país, los intereses no se someten a retención en la fuente en Colombia.

Los supuestos de no sujeción o exención de los intereses pagados a acreedores del exterior, no constituyen casos aislados o de escasa aplicación en nuestro ordenamiento. Por el contrario, la experiencia ha demostrado que se trata de una herramienta fundamental de planeación tributaria, y la calificación de los créditos como de interés para el desarrollo del país se ha constituido en el eje de la implementación de estructuras de financiación en Colombia. Por lo tanto, y debido a su importancia, a continuación se analizarán en detalle el alcance y los supuestos para considerar los ingresos no sujetos al impuesto, bajo el entendido de que los créditos se utilizarán para actividades de interés para el desarrollo de Colombia.

En efecto, la legislación tributaria interna ha establecido que los intereses derivados de créditos obtenidos en el exterior por empresas nacionales, extranjeras o mixtas establecidas en Colombia o patrimonios autónomos administrados por sociedades fiduciarias en el país, cuyas actividades “*se consideren de interés para el desarrollo económico y social del país, de acuerdo con las políticas de adoptadas por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes*”, no se encuentran sometidos a impuesto sobre la renta en Colombia y por ende, no están sujetos a retención en la fuente en el país⁴³.

Evidentemente, el elemento esencial para la no sujeción tributaria radica en la calificación de las actividades consideradas para

el desarrollo económico y social del país y en dicha interpretación se han centrado las discusiones en torno a este punto.

En virtud de la norma reglamentaria, dentro de la calificación de actividades de interés quedan incluidas las actividades pertenecientes a los sectores primario, manufacturero, actividades de comercio, construcción de vivienda y de prestación de servicios, dentro de los cuales, se incluyen de manera enunciativa y no taxativa, actividades tales como transporte, ingeniería, hotelería, turismo y salud⁴⁴. Adicionalmente, también se consideran actividades para el interés del país, aquellas relacionadas con inversiones colombianas en el exterior debidamente registradas, así como la adquisición de participación accionaria en procesos de privatización o capitalización de empresas privatizadas⁴⁵.

En consecuencia, la calificación de las actividades de interés para el desarrollo económico y social del país fue recogida por el legislador tributario de forma amplia. Ante la ausencia de (i) normas restrictivas en cuanto a dicho alcance, (ii) interpretaciones jurisprudenciales o doctrinales sobre la definición, y de (iii) antecedentes legislativos respecto de la norma, debe concluirse que se trata de una medida extrafiscal de incentivo a la financiación extranjera de todas las actividades económicas desarrolladas en Colombia, la cual se explica por sí misma en un contexto de importación de capitales y en este sentido, no resulta legítimo restringirla.

No obstante, la Administración Tributaria en una reciente interpretación consideró que,

43 Artículo 25 del E.T., numeral 5.

44 Artículo 1.º Decreto Reglamentario 2105 de 1995.

45 Artículo 2.º ibidem.

de acuerdo con la redacción de la norma, las actividades de comercio y construcción de vivienda a las cuales se refería el Decreto, comprendían aquellas relacionadas exclusivamente con actividades de infraestructura, con fundamento en que el antecedente de dicha disposición reglamentaria, fue un documento emitido por el Consejo Nacional de Política Económica (CONPES), según el cual, resultaba prioritario fomentar los proyectos de infraestructura⁴⁶.

De manera contraria a la posición sostenida por la Administración de Impuestos y revisado el Documento CONPES en el que afirma fundar su interpretación, dicho documento exclusivamente incluye las razones por las cuales debe extenderse la aplicación del incentivo tributario en cuestión a las actividades relacionadas con procesos de privatización. Por lo tanto, si la intención del Gobierno Nacional se hubiera dirigido a excluir de las actividades beneficiarias del tratamiento preferencial a alguna de las actividades de comercio, o a limitar el beneficio a las actividades de construcción, simplemente no se habría incluido una descripción genérica dentro del Decreto analizado.

La posición de la Administración Tributaria sigue la tendencia de la tesis actualmente imperante en materia de interpretación de exenciones y no sujeciones tributarias, sostenida igualmente por el máximo Tribunal en materia tributaria, según la cual, no son admitidas interpretaciones amplias de las disposiciones que consagran supuestos de no sujeción o beneficios tributarios. Dicha posición es discutible, pues los beneficios tributarios son normas que admiten todas las formas de interpretación y en este caso fue el

propio legislador tributario el que consagró el beneficio fiscal en términos amplios con propósitos no recaudatorios o extrafiscales y en este sentido, la interpretación de la norma expuesta por las autoridades tributarias pareciera carecer de fundamento.

De lo expuesto se deduce que, para que los ingresos derivados de créditos califiquen como ingresos no constitutivos de renta de conformidad con lo expuesto, y siguiendo la norma aplicable, deben cumplirse dos requisitos: (i) el acreedor no debe estar domiciliado en Colombia y (ii) los recursos derivados del crédito deben destinarse para la realización de las actividades a las cuales se ha hecho referencia. Ello supone que el origen de los recursos no constituye un requisito para obtener el beneficio tributario y en consecuencia, aunque el origen de los recursos sea local, de cumplirse con los dos requisitos expuestos, el acreedor puede gozar del beneficio y por ende, los intereses que perciba no estarán sometidos a retención en la fuente en Colombia.

Este es el caso de estructuras de financiación que involucran un crédito jurídicamente otorgado por un Banco no domiciliado en el país, (el acreedor del crédito es una compañía no domiciliada en Colombia) aunque el desembolso de los recursos se efectúe localmente a través de un banco filial o relacionado con el acreedor extranjero. A nuestro juicio, incluso en este caso, los intereses derivados del crédito pueden gozar del beneficio fiscal con el cumplimiento de los demás requisitos anotados.

Debe tenerse en cuenta finalmente que, dentro del concepto de no sujeción al impuesto se encuentran igualmente las rentas

46 Concepto 031632 de 2007.

derivadas de los contratos de leasing para financiar inversiones en maquinaria y equipos vinculados a procesos de exportación o a actividades consideradas para el desarrollo económico y social del país, de acuerdo con los criterios expuestos, entre otros supuestos⁴⁷.

C. Régimen de tributación de conformidad con los Tratados celebrados por Colombia para evitar la doble imposición

Colombia no goza de una red importante de Convenios para evitar la doble imposición internacional (CDI), siguiendo una tendencia proteccionista del principio de la fuente o criterio territorial, el cual, en principio no es compatible con la celebración de los CDI, especialmente aquellos que se fundan en el Modelo OCDE, cuyo principio esencial para la atribución de la jurisdicción con la competencia para gravar los ingresos, es el principio de domicilio o residencia.

La protección del criterio de la fuente se ha fundado en la tendencia local a no renunciar a la recaudación de impuestos sobre rentas de carácter temporal, es decir, no obtenidas a través de establecimientos permanentes, que generalmente corresponden a tarifas de retención en la fuente más elevadas que las estipuladas en los CDI. Este argumento ha impedido el abandono del criterio de territorialidad y ha contribuido a que Colombia no tenga una tradición de relevancia en materia de CDI⁴⁸.

A pesar de lo expuesto, la tendencia se ha modificado en los últimos años, a partir de la conciencia generalizada de (i) la imposibilidad de fomentar la inversión extranjera sin la consagración de seguridad y estabilidad jurídica para los inversionistas extranjeros y (ii) las oportunidades en materia de fiscalización e intercambio de información con las diversas autoridades tributarias. En consecuencia, actualmente existen tres (3) casos relativos a mecanismos para evitar la doble tributación internacional en los cuales Colombia es partícipe: (i) la Decisión 578 de 2004 expedida por la Comunidad Andina de Naciones CAN, (ii) el Tratado para evitar la doble imposición suscrito con España y (iii) el Tratado para evitar la doble imposición suscrito con Chile.

1. Régimen de la Decisión 578 de 2004 emitida por la CAN, para evitar la doble imposición

a. Principios rectores de la Decisión⁴⁹:

La Decisión 578 de 2004 no constituye un CDI. Es un acto supranacional emitido por la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, el cual, subroga el régimen tributario interno de los países miembros. El desplazamiento del derecho tributario interno, supone la aplicación preferente de las disposiciones contenidas en el acto supranacional.

En este sentido, la *supremacía* de la Decisión 578 frente a las disposiciones tributarias

47 Artículo 25 del E.T., numeral 5, literal c). El presente trabajo no se ocupa del tema de Leasing, por haber sido tratado en otras oportunidades en la *International Fiscal Association* (IFA).

48 Estos argumentos se encuentran recogidos en Byrne, Peter. "Los Convenios Internacionales para evitar la doble Tributación". Memorias XXII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario. ICDT. Cartagena. 1998.

49 La Decisión entró en vigencia en el caso colombiano, el 1º de enero de 2005.

internas, se traduce en el *desplazamiento* de las normas tributarias de carácter local, las cuales son *inaplicables* en cuanto resulten incompatibles con el ordenamiento supranacional⁵⁰.

El principio acogido por la Decisión 578 de 2004 para atribuir la competencia tributaria, es el criterio de la fuente o principio de territorialidad al cual se ha hecho referencia. En efecto, el artículo 3.º de la Decisión dispone que independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas, las rentas de cualquier naturaleza que éstas obtuvieren, sólo serán gravables, por regla general, en el País Miembro en el que tales rentas tengan su fuente productora.

Adicionalmente, la Decisión exige del país de la residencia la exoneración total de las rentas. Dicha exención se constituye en el mecanismo mediante el cual se evita la doble tributación internacional entre los países miembros, omitiendo la alternativa del crédito fiscal.

Debe tenerse en cuenta que la Decisión en estudio no define la noción de rentas “exoneradas”, lo cual puede implicar problemas de interpretación, teniendo en cuenta que al interior de la Comunidad Andina no existe uniformidad en cuanto a los tratamientos de exención o no sujeción.

En el caso colombiano, la exención supone que la renta no puede gravarse por motivos extrafiscales de promoción de determinadas conductas o de incentivo. En consecuencia, la aplicación de la exención de las rentas en el país de la residencia, implica una renuncia

al crédito fiscal, con el propósito de evitar un doble beneficio tributario derivado de la norma supranacional. En este sentido, la legislación colombiana dispone que el monto del crédito fiscal admisible no puede exceder el impuesto sobre la renta que en teoría debería pagar el contribuyente⁵¹. Por lo tanto y, teniendo en cuenta que la renta debe considerarse como exenta en el país de la residencia, no procede ningún descuento tributario en Colombia respecto de rentas cuya fuente productora sea la CAN.

En este sentido se ha pronunciado la Administración Tributaria, la cual, con fundamento en el principio contenido en la Decisión, según el cual, el acto supranacional no puede constituirse en un mecanismo de elusión o de evasión tributaria, ha negado la posibilidad de tomar un crédito tributario adicional a la exoneración de la renta⁵².

En cuanto a los principios que determinan la interpretación de las disposiciones contenidas en la Decisión, se consagran tres principios fundamentales: (i) toda interpretación debe fundarse en que el propósito fundamental de la Decisión es evitar doble tributación de unas mismas rentas o patrimonios a nivel comunitario; ii) no son válidas interpretaciones que permitan como resultado la evasión fiscal correspondiente a rentas o patrimonios sujetos a impuestos de acuerdo con la legislación de los Países Miembros y (iii) las disposiciones de la Decisión no impedirán la aplicación de las legislaciones de los Países Miembros para evitar el fraude y la evasión fiscal⁵³.

50 Al respecto véase entre otros, UCKMAR, V. “Tratados internacionales en materia tributaria”. En: Derecho Tributario. Tomo. I. Bogotá, Temis. 2000.

51 Artículo 254 del E.T.

52 Concepto 65075 de 2005.

53 Artículo 20 de la Decisión.

b. Regulación específica de los intereses en la Decisión 578

La Decisión incluye una definición específica de la noción intereses, en los siguientes términos:

“El término “intereses” significa los rendimientos de cualquier naturaleza, incluidos los rendimientos financieros de créditos, depósitos y captaciones realizados por entidades financieras privadas, con o sin garantía hipotecaria, o cláusula de participación en los beneficios del deudor, y especialmente, las rentas provenientes de fondos públicos (títulos emitidos por entidades del Estado) y bonos u obligaciones, incluidas las primas y premios relacionados con esos títulos. Las penalizaciones por mora en el pago atrasado no se considerarán intereses a efecto del presente articulado”⁵⁴.

La definición de intereses a nivel Andino, resulta mucho más específica y casuística que la definición contenida en el Modelo OCDE, esta última, referida a rentas producidas por diversos negocios que tienen por causa la imposición de capitales y por lo tanto, no se derivan necesariamente de una posición acreedora⁵⁵.

Siguiendo la Decisión, los intereses y demás rendimientos financieros sólo serán gravables en el País Miembro en cuyo territorio “se impute y registre su pago”⁵⁶.

No obstante, la imputación y el pago de los intereses no implican necesariamente la

consagración automática del principio de la fuente o del criterio de territorialidad. En efecto, aunque la “imputación y registro del pago” pueden efectuarse en el lugar de la fuente, en últimas se trata de un aspecto de índole formal y por ello, el país de la imputación y registro de los intereses puede ser perfectamente una jurisdicción diversa a la jurisdicción de la fuente.

En este contexto, la disposición supranacional resulta ambigua y pareciera estar ligada a una noción contable, ajena a la capacidad contributiva territorial que pretende gravar el criterio de la fuente. En efecto, la disposición que atribuye competencia para gravar los intereses a la jurisdicción de imputación del pago, podría implicar un desconocimiento del principio de capacidad contributiva territorial, puesto que el aprovechamiento real de los intereses derivados de un crédito puede efectuarse en una jurisdicción diversa a la de su imputación y registro.

En este punto, deben analizarse las implicaciones que podrían derivarse si los intereses son imputados y registrados en Colombia, y los mismos son el resultado de créditos considerados para el desarrollo económico y social del país y, por lo tanto, no se encuentran sometidos a impuesto sobre la renta en Colombia. Siguiendo el principio de sujeción de los intereses, el estado de la residencia o domicilio tampoco podría gravar los intereses en su jurisdicción.

A nuestro juicio, en este caso, no debe aplicarse impuesto sobre la renta alguno, puesto que de lo contrario, se haría nuga-

54 Artículo 2° de la Decisión.

55 En efecto el artículo 2° del Modelo OCDE define intereses como “los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantías hipotecarias o cláusulas de participación en los beneficios del deudor”.

56 Artículo 10 de la Decisión.

toria la función extrafiscal consagrada en la legislación interna colombiana, que propugna por el incentivo al crédito externo y la importación de capitales para el fomento de las actividades trascendentales para el país. Siguiendo los criterios de interpretación de la Decisión expuestos, y teniendo en cuenta la ausencia de un ánimo defraudatorio, en este caso no deberá aplicarse retención en la fuente alguna.

Por lo tanto, y en virtud de las normas de derecho interno con funciones extrafiscales a las que se ha hecho referencia, (créditos para el desarrollo económico y social del país) Colombia puede constituirse en una jurisdicción interesante para el diseño de estructuras legítimas de financiación que permitan obtener niveles importantes de eficiencia tributaria, respetando el principio de equidad, postulado sobre el cual se ha fundado la teoría del fraude fiscal en nuestro ordenamiento, de conformidad con la posición de la Administración Tributaria⁵⁷.

2 Régimen tributario aplicable a los intereses en los CDI celebrados con España y Chile

Colombia ha celebrado tratados para evitar la doble tributación internacional con España y Chile, los cuales aún no han entrado en vigor⁵⁸. Respecto del tratado con España, fue expedida la ley aprobatoria en derecho interno⁵⁹ y la misma es objeto de estudio de constitucionalidad por parte de la Corte

Constitucional. A partir de la fecha de expedición de la sentencia de constitucionalidad de la Ley aprobatoria del tratado, el mismo entrará en vigencia a partir 1° de enero del año siguiente, en aras del respeto por el principio de irretroactividad de los impuestos de período, consagrado en la Constitución Política.

Por su parte, el Tratado celebrado con Chile requiere para su entrada en vigor de la aprobación por parte del Congreso de la República de la Ley aprobatoria del Tratado y posteriormente debe surtir el trámite de revisión por parte de la Corte Constitucional.

Dichos tratados se fundan en el Modelo OCDE y por lo tanto, la regla general para la atribución de competencias tributarias se funda en el principio de la residencia, salvo la tributación del establecimiento permanente en la jurisdicción de la fuente. En el caso de los intereses, se consagra una distribución de competencias que implica que está estipulado el principio de la residencia, con la posibilidad de someterlos a retención en la fuente en el país de la fuente.

En efecto, de conformidad con los convenios, los intereses pueden gravarse en el país del domicilio, aunque también pueden gravarse en el Estado de la fuente, caso en el cual, la retención en la fuente por este concepto no podrá exceder del 10% en el caso del tratado celebrado con España. En cuanto al tratado celebrado con Chile, dicha retención en la fuente corresponde al 5% en caso de que el beneficiario efectivo de los in-

57 Al respecto véase Concepto 51977 de 2005.

58 En adición a los tratados expuestos, Colombia ha celebrado convenios para evitar la doble tributación de las rentas derivadas de transporte internacional.

59 Ley 1082 de 2006. La Corte Constitucional devolvió la Ley aprobatoria al Congreso para subsanar un vicio de trámite. A la fecha dicho vicio no ha sido subsanado.

tereses sea un banco o compañía de seguros y al 15% en todos los demás casos⁶⁰.

En los convenios en estudio, se encuentra una definición específica de la noción intereses, muy similar a la regulada en la Decisión 578 de 2004 a nivel andino. En el caso español, la misma se consagra en los siguientes términos:

“El término “intereses” en el sentido de este artículo significa los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en los beneficios del deudor y, en particular, los rendimientos de valores públicos y los rendimientos de bonos u obligaciones, incluidas las primas y lotes unidos a esos títulos, así como cualesquiera otras rentas que se sometan al mismo régimen que los rendimientos de los capitales prestados por la legislación fiscal del Estado del que procedan las rentas. Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran intereses a efectos del presente artículo”.

Por su parte, la definición contenida en el Tratado celebrado con Chile es más breve:

“El término intereses, en el sentido de este artículo significa las rentas de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria, y en particular, las rentas de valores públicos y las rentas de bonos, así como cualquiera otra renta que la legislación del Estado de donde procedan los intereses

asimile a las rentas de las cantidades dadas en préstamo”.

En estos casos, los tratados otorgan competencia residual a la legislación interna para la aplicación de ficciones tributarias, de acuerdo con las cuales y en determinadas circunstancias, se asimilan los intereses a otro tipo de rentas tales como dividendos. En el caso colombiano, no existen estas asimilaciones y en consecuencia, las autoridades tributarias no cuentan con herramientas para la recalificación de las rentas en principio denominadas intereses como dividendos o cánones de otra naturaleza.

En este sentido, no existen en Colombia antecedentes de los cuales se concluya que las autoridades administrativas o jurisdiccionales hayan recalificado los pagos efectuados por concepto de intereses como dividendos u otro tipo de rentas.

No obstante y con fundamento en el principio de equidad, a partir del cual se ha construido la teoría del fraude fiscal por parte de las autoridades tributarias colombianas, en principio la facultad para recharacterizar los pagos por intereses como dividendos o regalías podría ser ejercida por la Administración Tributaria local. En consecuencia, a pesar de que no se encuentran reguladas expresamente reglas de recharacterización o recalificación de los intereses, en aras de evitar el fraude fiscal, las autoridades podrían ejercer su potestad fiscalizadora, acudiendo a este tipo de elementos.

60 Artículos 11 de los respectivos convenios. En el caso del Tratado celebrado con España, se aplica de manera exclusiva el principio de la residencia, si: a) El beneficiario efectivo es un Estado contratante, una de sus subdivisiones políticas o una de sus entidades locales; o b) Los intereses se pagan en relación con la venta a crédito de mercancía o equipos a una empresa de un Estado contratante; o c) Los intereses se pagan por razón de créditos concedidos por un banco o por otra institución de crédito residente de un Estado contratante.

V. Régimen del impuesto sobre la renta aplicable al acreedor residente en Colombia

A. Régimen en el derecho interno

Como se ha expuesto, en el caso de las compañías domiciliadas en Colombia, se aplica el criterio de residencia o renta mundial. En consecuencia, los intereses percibidos por compañías colombianas hacen parte de su base gravable, incluso si se trata de intereses respecto de créditos obtenidos en el exterior.

Como mecanismo para evitar la doble tributación internacional, el derecho interno permite el descuento de los impuestos pagados en el exterior, respecto de rentas de fuente extranjera, aunque el descuento no puede exceder el monto del impuesto que deba pagar el contribuyente en Colombia por las mismas rentas⁶¹.

En cuanto al análisis de la norma *versus* el principio de no discriminación, debe tenerse en cuenta que dicha disposición fue acusada de violar el principio de igualdad consagrado en la Constitución Política, por estar referida únicamente a los contribuyentes nacionales. Mediante la Sentencia C-485 de 2000, la Corte Constitucional consideró que la norma no violaba el precepto constitucional, puesto que el legislador, dentro de la teoría de la “libre configuración” de las normas tributarias, hizo uso de una atribución propia

de la soberanía para limitar este beneficio a los nacionales.

El presupuesto para la aplicación del descuento es un supuesto efectivo de doble tributación. En este sentido se ha pronunciado la Administración Tributaria, afirmando la improcedencia del descuento tributario si el contribuyente ha arrojado pérdidas en el respectivo año gravable. Este mismo razonamiento se hace extensivo a los casos en los cuales el contribuyente liquide su impuesto con base en el sistema de renta presuntiva⁶².

B. Régimen de acuerdo con los CDI

1. Decisión 578 de 2004 emitida por la CAN

Como se expuso, los intereses son gravados en la jurisdicción en la que se registre e impute el pago respectivo y el mecanismo recogido en la Decisión para evitar la doble tributación es la exoneración de las rentas. En consecuencia, respecto de los acreedores domiciliados en el país, Colombia deberá considerar como exentos los intereses que resultaren gravados en las jurisdicciones en las que se impute o registre el pago.

2. Tratados celebrados con España y Chile

Como se explicó, aunque la regla general implica la aplicación del principio de resi-

61 Artículo 254 del E.T. Esta norma fue acusada de violar el principio de igualdad consagrado en la Constitución Política por estar referida únicamente a los contribuyentes nacionales. Mediante la Sentencia C-485 de 2000, la Corte Constitucional consideró que la norma no violaba el precepto constitucional.

62 Este sistema como se ha expuesto, supone que si la renta líquidas ordinarias del contribuyente son inferiores al rendimiento presunto de su patrimonio, la base gravable del impuesto sobre la renta será equivalente al rendimiento presunto sobre su patrimonio líquido.

dencia o domicilio, los estados de la fuente igualmente pueden gravar los intereses pagados al acreedor, con retenciones en la fuente limitadas. No obstante, el mecanismo para eliminar la doble tributación consagrado en los convenios es el descuento del impuesto sobre la renta pagado en el estado de la fuente, el cual, no podrá exceder del impuesto sobre la renta calculado antes del descuento, correspondiente a las rentas que puedan someterse a imposición en el otro Estado contratante⁶³.

63 Según los convenios, cuando las rentas obtenidas por un residente de un Estado contratante estén exentas de impuestos en dicho Estado contratante, este podrá, no obstante, tomar en consideración las rentas exentas para calcular el impuesto sobre el resto de las rentas de ese residente.

