

# Temas especiales asociados con los tratados internacionales para evitar la doble tributación y el sector financiero

MARIO ANDRADE-PERILLA\*

En todos los países el sector financiero es, a diferencia de otros, el que está sujeto al mayor número de regulaciones de industria. Los *policy-makers* y en general las entidades regulatorias tienen particular cuidado de fijar un número importante de limitaciones a la actividad bancaria, que van desde la fijación de los precios a los que es posible convenir sus operaciones activas y concretamente las tasas de interés, hasta prohibiciones concretas sobre lo que pueden o no pueden desarrollar los banqueros al ejecutar operaciones activas, pasivas y neutras.

Una explicación lógica que me permite razonar respecto de la carga regulatoria que deben soportar las instituciones financieras, posiblemente sea que los usuarios del sistema financiero no tienen suficiente información en tiempo real sobre la solvencia, la liquidez y la solidez del conjunto de instituciones financieras y, por lo tanto, el Estado debe cumplir un rol protagónico periódico no solamente para reducir la asimetría de la información financiera que puede existir en-

tre el banquero y el cliente, sino además para calificar la gestión y calidad de las instituciones financieras, de forma que los usuarios del sistema financiero tomen decisiones con fundamento en información de calidad.

Cuando las operaciones bancarias trascienden la frontera de un país, generalmente aparecen algunas preguntas que los reguladores exponen con el pretexto de que algo debe andar mal. Estas preguntas son:

- ¿Están las instituciones financieras sirviendo de instrumento para lavar activos, o para esconder operaciones consideradas contrarias al sistema legal?
- ¿Las operaciones internacionales que desarrollan las instituciones financieras son conocidas por los respectivos órganos de administración de impuestos de los países en donde comienzan y terminan las operaciones? o ¿se cuenta con instrumentos para que las operaciones puedan ser conocidas?
- ¿Cómo se podrían sujetar a impuestos las transacciones financieras internacionales?

\* Socio de Deloitte Colombia, abogado de la Universidad Javeriana con estudios de posgrado en la Universidad Nacional Autónoma de México –UNAM–, el Instituto Tecnológico de Massachusetts –MIT– y la Universidad de Harvard. Expresidente de la International Fiscal Association –IFA–, Capítulo Colombia y actual miembro del Consejo Académico. Expreso mis sinceros agradecimientos a mi socio DIEGO FRANCO, NATACHA VAUGHAN y LUZ CUÉLLAR, por los comentarios y correcciones elaborados a este escrito. La responsabilidad por los errores que todavía subsisten sigue siendo mía.

Las dos primeras preguntas planteadas, en sentido estricto, no tienen mucho que ver con asuntos tributarios, sino más bien con *el secreto bancario*. Es un hecho bien conocido que los bancos están obligados a mantener una estricta confidencialidad respecto de las operaciones financieras que desarrollen con los clientes. La expresión banco en mayor o menor medida es sinónimo de secreto y, en general, se ha entendido que los bancos no deben revelar información de sus clientes a terceros, salvo que los gobiernos directamente lo soliciten en desarrollo de investigaciones asociadas con el lavado de activos, prueba en juicios y, en los últimos años, como instrumento de antievasión impositiva<sup>1</sup> (OECD, 2000).

Aun cuando en 1985, Austria, Luxemburgo, Portugal y Suiza se negaron a adherirse a una directriz preparada por la OECD sobre el tema del acceso a la información bancaria, son cada vez menores los grados de libertad que tienen los países para negarse a permitir el acceso a la información.

La tercera pregunta no ha tenido un desarrollo más allá del elaborado por JAMES TOBIN (premio Nobel en Economía) en los años noventa, el cual tenía el propósito de desestimular las operaciones especulativas internacionales, más que regular o recaudar recursos de carácter fiscal por operaciones internacionales que se calificaran de especulativas<sup>2</sup>. Como es prácticamente imposible aislar las operaciones especulativas de las no especulativas, como por ejemplo las transferencias que tuvieron lugar cuando GEORGE

SOROS se enfrentó al Bank of England con efectos devastadores para la libra esterlina, o el caso de las transferencias de fondos para mitigar la hambruna de los países que hacen parte del África del Sahara, la propuesta de TOBIN afortunadamente no dejó de ser eso, una mera propuesta, y no tuvo por lo tanto aplicación práctica.

Revisado el marco general asociado con las transacciones internacionales, la actividad financiera y los efectos impositivos, nos vamos a concentrar durante el desarrollo de este trabajo en dos asuntos en particular. Por un lado, revisaremos los efectos tributarios que se desprenden de las operaciones bancarias internacionales en lo que tiene que ver con el dilema entre residencia y fuente, con base en los tratados internacionales suscritos por Colombia con otros países; y, por otra parte, haremos una revisión de los principales problemas que tienen que ver con el intercambio de información y los objetivos que subyacen detrás de estos planteamientos, los cuales, según se revisó, son los temas que trasnochan a los reguladores, a los organismos internacionales y a los centros de pensamiento (*think-tanks*).

## **I. Las actividades financieras internacionales y los temas de tributación**

La manera general como un banco o una institución financiera obtiene utilidades deriva de la diferencia entre: (i) el valor recibido por la colocación de los recursos; (ii) el valor

<sup>1</sup> OECD. *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*, Cedex, France. OECD Publication Services, 2000.

<sup>2</sup> T. C. JOHANNES KAISER. *The Tobin Tax: a Game-Theoretical and an Experimental Approach*, 2007. Disponible en: [<http://papers.ssrn.com>]. Consultado el 23 de agosto de 2009.

recibido por las operaciones de tesorería y el manejo de portafolio; menos (iii) el valor pagado por la obtención de los recursos, más (iv) las sumas que recauda por concepto de honorarios y comisiones derivadas de las operaciones neutras, en donde sus actividades se limitan a desarrollar negocios o actos jurídicos a favor de terceros.

Aun cuando simplista, la definición anterior permite distinguir con claridad las transacciones que un banco lleva a cabo en desarrollo de su objeto social. Estas son<sup>3</sup>:

- *Operaciones activas*, como el mutuo, el descuento, el crédito documentario, el reporto, el *leasing* o arrendamiento financiero, el *factoring* o venta de cartera. En la línea simplista se puede llegar a la conclusión que lo que hace realmente un banco no es nada diferente a desarrollar contratos de mutuo que se empaquetan en diferentes productos o servicios para suministrar fondos a los clientes, pero de una manera en que el retorno del crédito y de sus correspondientes intereses estén razonablemente garantizados.

- El mayor volumen de fondos para otorgar los préstamos proviene de las *operaciones pasivas*, como la cuenta corriente, los depósitos de ahorro, los depósitos a término, la emisión de títulos y bonos para captar el ahorro del público y las operaciones de redescuento con el Banco Central (en Colombia, el Banco de la República). Al igual que en el caso anterior, salvo por la denominación y el juicioso análisis de algunos colegas tratadistas para encontrar diferencias específicas y estructurales respecto de

las modalidades de captación, el banco en las operaciones pasivas no hace otra cosa distinta a solicitar un préstamo de terceros a cambio del pago de unos intereses que están en función del mercado, la reputación del banco y el plazo que tiene para devolver los recursos captados.

- Finalmente, y por antecedentes históricos originados en la confianza y en la presencia de los bancos en distintos lugares, los clientes a veces encargan a estos el desarrollo de actividades que no tienen que ver con la colocación o captación de fondos, sino con el desarrollo de actividades como la custodia y seguridad de bienes muebles depositables en cajillas de seguridad; el cumplimiento de una obligación en representación de un cliente (mandato); la compra y venta de divisas, títulos, acciones, metales preciosos, chequeras, formularios, etc., y el desarrollo de negocios fiduciarios. Estas se conocen como *operaciones neutras* porque en ellas no intervienen transacciones de colocación ni de captación de recursos.

#### A. *Operaciones activas*

Los tratados internacionales suscritos por Colombia y en proceso de suscripción siguen dos modalidades: (i) el contexto muy particular de la Comunidad Andina (CAN), y (ii) el contexto de la OECD. Por lo tanto, para estudiar el tratamiento tributario al que se sujetan las operaciones activas de los bancos con residencia en Colombia en operaciones con clientes fuera de Colombia, es indispensable hacer la siguiente distinción:

<sup>3</sup> SERGIO AZUERO. *Contratos Bancarios*, Bogotá, Biblioteca Felaban, Editorial ABC, 1990.

## 1. Operaciones con los miembros de la CAN

Cuando los bancos ubicados en Colombia desarrollan operaciones de crédito con clientes o usuarios ubicados en Ecuador, Perú o Bolivia, es preciso revisar el alcance de las disposiciones contenidas en la Decisión 578 de 2004, conocida como “Régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal”<sup>4</sup>.

La Decisión 578 prevé dos criterios para establecer *la residencia* de los contribuyentes: (i) el lugar del país que señala su instrumento de constitución. En caso de que no fuera posible utilizar esta regla, el tratado entiende que (ii) la empresa se considera domiciliada en el lugar en donde se encuentre su administración. Si no existe instrumento de constitución o éste no señala domicilio, la empresa se considerará domiciliada en el lugar donde se encuentre su administración efectiva.

Ahora bien, si el uso de los dos criterios anteriores no permite delimitar el domicilio de la institución, se acordó que los países miembros interesados resolverán el caso de común acuerdo.

*La materia imponible objeto del tratado*, en este caso los intereses fueron definidos por la decisión en los siguientes términos:

- 1) El término “intereses” significa los rendimientos de cualquier naturaleza, incluidos los rendimientos financieros de créditos, depósitos y captaciones realizados por entida-

des 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<sup>5</sup>.

Vale la pena resaltar que los intereses de mora no deben considerarse como intereses para propósitos del tratado y, por lo tanto, su situación impositiva debe ser diferente a la contemplada para los intereses corrientes.

El tercer elemento del tratado es el reconocimiento del *principio de la fuente*, según el cual las rentas que se obtengan dentro de la región solamente serán gravadas en el sitio donde estas rentas hayan tenido su fuente u origen. Bajo este contexto, los países donde no se hayan generado los ingresos se abstendrán de ejercer su jurisdicción tributaria y calificarán el ingreso como exonerado de los impuestos de renta y patrimonio, salvo por las excepciones particulares. En línea con el planteamiento anterior, la decisión para calificar el lugar de la fuente de los intereses corrientes es el lugar donde se *impute y registre el pago*<sup>6</sup>.

En los tratados revisados hasta la fecha nunca había visto una redacción tan compleja y llena de interpretaciones como la que escogieron los legisladores o los asesores de la CAN para la elaboración de la Decisión

<sup>4</sup> Comunidad Andina –CAN–. *Régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal. Decisión 578 de 2004.*

<sup>5</sup> *Ibíd.*

<sup>6</sup> *Ibíd.*

578. Mi práctica profesional como asesor de compañías que operan en la región de la CAN ha demostrado que esta disposición nunca fue discutida con las partes interesadas (en este caso los bancos y las instituciones financieras), para descifrar los efectos intencionales y no intencionales de quien la propuso o la redactó.

La inocente y posiblemente bien intencionada expresión alusiva *al lugar en donde se registre y se impute el pago*, ha dado pie en la práctica, cuanto menos, a las siguientes preguntas cuando se interpreta el régimen de la Comunidad Andina: ¿la imputación del pago se refiere a la parte acreedora o a la parte deudora? ¿El registro del pago corresponde a quien lo otorga? ¿A quién se registra la cancelación de una cuenta por cobrar? O ¿quien lo recibe? ¿Quién registra la cancelación de una cuenta por pagar? Si el pago lo hace un tercero a nombre y por cuenta o en representación de otro, ¿dónde se considera que los intereses deben pagar el impuesto de renta? ¿En el domicilio del lugar desde donde el mandatario cumplió el encargo? ¿Desde el lugar en donde está ubicado el deudor efectivo? ¿Desde el país donde está ubicada la institución financiera? ¿Todas las anteriores? ¿Ninguna de las anteriores?

Si las autoridades de impuestos deben pasar un *testing* de esta naturaleza, por disposiciones que contienen falacias de interpretación, se abre la puerta para que estas autoridades en la CAN se vuelvan activas en la interpretación de las normas del Tratado, con efectos no muy claros respecto del objetivo de la Decisión, que no es otro que el de evitar la doble tributación por las operaciones financieras internacionales.

Ahora, en cuanto a los intereses de mora, como no pueden considerarse parte de los intereses, también se pueden ensayar algu-

nas posibilidades respecto del tratamiento al que deben someterse estos ingresos. Estas posibilidades siempre que se consulte una bola de cristal podrían ser las siguientes: al ser los intereses moratorios obligaciones accesorias de las obligaciones principales, ¿deberían seguir su suerte? Es decir, si se originan en el incumplimiento de obligaciones derivadas de contratos o vínculos jurídicos que dan lugar a renta de bienes inmuebles, de pensiones y anualidades o del pago de regalías, ¿los intereses de mora deberían estar sujetos entonces al régimen tributario de los conceptos que lo originaron (principio de la fuente o principio de la residencia)? ¿Tienen los intereses moratorios una entidad propia y, en este sentido, deben tratarse en el cuerpo del convenio como beneficios empresariales y por lo tanto gravarse en el país donde se hayan realizado las actividades que dieron lugar a su generación (principio de la residencia)?

Para zanjar las alternativas soy de la posición que por lo menos respecto de la actividad bancaria *los intereses moratorios deben seguir la suerte, en términos de tributación internacional, de los intereses corrientes*, y no veo un planteamiento de lógica jurídica que pueda conducir a una interpretación distinta. Me parece que por unidad de materia y resultados simétricos, no podría concluirse que mientras que los intereses corrientes están sujetos al criterio de la fuente, si finalmente esa fuera la respuesta, los intereses de mora que tienen origen en un mismo crédito, deban tratarse como beneficios empresariales bajo el prurito de que al definirse la noción de intereses se excluyeron los intereses de mora del llamado régimen general.

La determinación de *lugar donde se encuentra ubicado el crédito*, en este caso la cuenta por cobrar que da origen a los inte-

reses, en los términos del Tratado, tampoco ofrece reglas claras. La Decisión se limita a enunciar que el patrimonio ubicado en un país miembro solamente será gravado por ese país miembro<sup>7</sup>.

De la misma manera como se hicieron algunos cuestionamientos respecto de los temas anteriores, en este caso también cabe preguntarse cuáles son los pivotes que sirven de base para establecer el lugar de posesión del activo: ¿debe ser el lugar de residencia del acreedor?, ¿el lugar desde donde se originó el contrato y donde se tienen los derechos de ejecución?, o ¿debe ser el lugar de residencia del deudor? ¿El lugar desde donde se utiliza el préstamo o donde se debe cumplir la obligación de pagar el crédito principal?

Como la Decisión no fija las pautas para contestar estas preguntas de manera certera, el derecho interno de cada país debe contestarlas bajo el afanoso dilema de que en su respuesta se enfrenten las jurisdicciones tributarias de los países miembros. No está por demás advertir que la respuesta a estas preguntas origina efectos tributarios colaterales en temas tales como impuesto al patrimonio, impuesto de activos, régimen de presunción de ingresos sobre la base patrimonial, etc.

Finalmente, respecto del modelo de la CAN, conviene destacar que los esfuerzos hermenéuticos y de aplicación de la Decisión se deben realizar con el propósito fundamental de evitar la doble tributación de unas mismas rentas o patrimonios a nivel comunitario. En ese sentido, aclara la Decisión que

no serán válidas aquellas interpretaciones o aplicaciones que permitan como resultado

la evasión fiscal correspondiente a rentas o patrimonios sujetos a impuestos de acuerdo con la legislación de los países miembros. Nada de lo dispuesto en esta Decisión impedirá la aplicación de las legislaciones de los países miembros para evitar el fraude y la evasión fiscal.

## 2. Operaciones con los miembros de la CAN

### a. Operaciones con España

El tratado con España comienza por fijar los criterios para determinar la *residencia* de los contribuyentes con base en el domicilio, la sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga (Ley 1082 de 2006).

El Tratado introduce la noción de establecimiento permanente y califica esta institución como un lugar fijo de negocios, en el que la empresa realiza sus operaciones. En línea con este parámetro, el convenio fija criterios como las oficinas, las sucursales y las sedes de dirección. El convenio de todas maneras aclara que

el hecho de que una sociedad residente de un Estado contratante controle o sea controlada por una sociedad residente del otro Estado contratante, o que realice actividades empresariales en ese otro Estado (ya sea por medio de establecimiento permanente o de otra manera), no convierte por sí solo a cualquiera de estas sociedades en establecimiento permanente de la otra (Ley 1082, 2006).

En relación con las rentas originadas por la percepción de intereses se acordaron las

<sup>7</sup> *Ibíd.*

siguientes reglas entre Colombia y España para someter a imposición las rentas que tengan origen en intereses:

El término “intereses” 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.

La primera conclusión que se puede extraer de esta definición es que se orienta a asimilar los intereses como el resultado de operaciones de mutuo o préstamo de consumo y no tiene una connotación tan amplia como la que le asigna el artículo 395 del Estatuto Tributario, el cual entiende por rendimientos financieros los intereses, descuentos, beneficios, ganancias, utilidades y, en general, las diferencias entre el valor presente y el valor futuro del capital, sin importar la definición o denominación que se le otorgue a la operación. En buena hora, la remisión que se hace a la legislación fiscal para definir la naturaleza de los intereses zanja la posible diferencia que pudiera exis-

tir sobre la definición de intereses, ya que de otro modo se podría presentar un choque de interpretaciones entre los países suscriptores alrededor de la aplicación del asunto de la imposición sobre el tema de los intereses<sup>8</sup>.

La segunda conclusión importante es que los intereses de mora no se consideran intereses para propósitos del tratado y en este sentido las normas relacionadas con las rentas por intereses no le son aplicables. La pregunta que nace de inmediato es ¿cuáles serían las reglas que le aplicarían a los intereses de mora? La respuesta se presenta por la vía de la exclusión, es decir, al no poderse equiparar los intereses de mora con las rentas inmobiliarias, o con las regalías o los dividendos, sería preciso aplicar las disposiciones descritas en los casos de los beneficios empresariales; lo que se traduce en que los intereses de mora solamente pueden someterse a imposición en ese Estado (país de la fuente), a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado (país de la residencia) contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él.

Los intereses que se hubieren generado en un Estado contratante y se hayan pagado a un residente de otro Estado pueden someterse a imposición en ese otro Estado. Con esta disposición los dos países mantienen *jurisdicción* para establecer un impuesto sobre los intereses generados tanto en el país de la residencia como en el país de la fuente.

La *tarifa máxima* que el país de la fuente puede determinar para los intereses genera-

<sup>8</sup> Por ejemplo, mientras Colombia puede entender que una operación de venta de títulos internacionales origina intereses o rendimiento financieros y que le son aplicables las reglas del artículo 11 del Convenio, España podría interpretar que las reglas aplicables son las del artículo 7.º del Convenio, que esta operación podría no calificar como una operación de crédito sino más bien como un actividad que origina beneficios empresariales.

dos no puede ser superior al 10%, calculada sobre el valor bruto de los intereses. Vale la pena hacer una reflexión en el sentido de que si la tarifa de imposición en un convenio con un tercer país distinto de Colombia y España fuera inferior al 10%, esa nueva tarifa o exoneración se aplicaría inmediatamente. De esta manera se incorporó respecto de este tema la cláusula de la nación mas favorecida.

El país de la residencia podrá disponer el establecimiento de impuestos sobre *las rentas originadas en los intereses generados* en el país de la fuente, siempre que: (i) el beneficiario efectivo de los intereses sea un Estado contratante; (ii) los intereses se paguen respecto de la venta a crédito de mercancías o equipos a un Estado contratante; o (iii) los intereses se paguen por créditos concedidos por un banco o por una institución de crédito residente en un Estado contratante.

En relación con este tema, vale la pena considerar que el convenio incluyó dentro de la potestad para gravar los intereses en el país de la residencia los siguientes eventos adicionales: (i) los intereses derivados de los créditos a corto plazo originados en la importación de mercancías y en sobregiros o descubiertos bancarios; (ii) los intereses derivados de créditos destinados a la financiación o prefinanciación de exportaciones; (iii) los intereses de los créditos para operaciones de comercio exterior, realizados por intermedio de las corporaciones financieras y los bancos constituidos conforme a las leyes colombianas vigentes.

La consecuencia inmediata de este acuerdo origina asimetrías que en el futuro deberían

corregirse. En efecto, en el sistema tributario colombiano la generación de intereses en los eventos considerados anteriormente y se califica por medio de una ficción como un ingreso de fuente extranjera, de modo que la jurisdicción impositiva sobre estos intereses generados cuando son originados en créditos desde territorio español estarían sujetos al impuesto sobre la renta y patrimonio solamente en España y no en Colombia mientras que permanezca vigente la exoneración contemplada (Estatuto Tributario colombiano)<sup>9</sup>.

Las reglas asociadas con los intereses respecto del país de la residencia no se aplican en aquellos casos en los cuales quien provee el crédito desarrolla la actividad empresarial en el país desde donde se otorga el crédito, en este evento *la actividad bancaria mediante un establecimiento permanente*. En ese caso, como lo prevé el Convenio, la imposición de los intereses solamente aplicaría en el lugar donde está ubicado el establecimiento permanente desde donde se desarrolla la actividad empresarial. Para ser textual, los términos del convenio en este sentido son los siguientes:

Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no se aplican si el beneficiario efectivo de los intereses, residente de un Estado contratante, realiza en el otro Estado contratante, del que proceden los intereses, una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado en ese otro Estado, y el crédito que genera los intereses está vinculado efectivamente a dicho estableci-

<sup>9</sup> En el tratado Colombia-España no se acordó el uso del *tax sparing* o crédito tributario sombra.

miento permanente. En tal caso se aplicarán las disposiciones del artículo 7.º.

La interpretación general que desde la óptica tributaria colombiana se hace en relación con esta excepción a la regla de tributación de los intereses aplicable a Colombia y España, en mi opinión, tiene dos connotaciones: (i) que el tratado no se extiende a créditos locales, es decir, que no se puede exigir la aplicación del tratado cuando una banco español haga un crédito a un residente colombiano en Colombia por medio de un establecimiento permanente en Colombia (sucursal o subsidiaria); y (ii) que si el crédito es internacional y se concede por un banco español con establecimiento permanente en Colombia, los intereses generados en el crédito internacional se atribuyen al establecimiento permanente que tenga el banco en Colombia y estarían sujetos a impuestos en Colombia y no en España, por la regla de los beneficios empresariales.

El tratado en el asunto de los intereses fija un mecanismo para evitar el *treaty shopping* o el abuso de las formas para desestimular el tratamiento de los intereses acordados entre las partes que operen en los países suscriptores. La regla dispone que si en virtud de relaciones especiales entre el deudor y el beneficiario efectivo, la tasa de interés acordada excede la que normalmente se hubiera pactado entre las partes si no existieran esas condiciones especiales, el interés causado y generado en exceso no se regiría por el

artículo 11 del Tratado, sino que la jurisdicción impositiva la conserva cada país conforme, pero teniendo presente, desde luego, las demás reglas del convenio.

Finalmente, en relación con las reglas de patrimonio alusivas al lugar en donde se entiende poseído el crédito, el convenio entre España y Colombia dispone que los bienes muebles que hagan parte de un establecimiento permanente ubicado en el país de la fuente, pueden someterse a impuestos en el país de la residencia. Hay relativo consenso en la comunidad académica de que las cuentas por cobrar originadas se deben calificar como un bien mueble<sup>10</sup>.

#### b. Operaciones con Chile, México y Suiza

Para adelantar el estudio del tratamiento de los intereses en relación con la imposición sobre la actividad bancaria y evitar ser repetitivo especialmente en los tratados que siguen el modelo de la OECD, proponemos solamente tratar los temas especiales que no se hayan desarrollado cuando se estudió el Convenio entre España y Colombia, y obviar algunas interpretaciones y posiciones que perfectamente se ajustan a los discutidos antes.

#### **Convenio con Chile (Ley 1261 de 2008).**

Frente al tratado con España, el convenio con Chile, para evitar la doble tributación tiene las siguientes particularidades: (i) uno de los criterios para establecer la residencia

<sup>10</sup> El Código Civil colombiano distingue entre bienes corporales e incorporales y bienes muebles e inmuebles. A los bienes muebles los describe como los que se pueden mover de un lugar a otro y casuísticamente enuncia dentro de los bienes incorporales los meros derechos como los créditos y las servidumbres activas. Bajo este criterio los créditos internacionales podrían calificarse como bienes muebles incorporales. Para una discusión extensa sobre el tema remito a: ERNESTO PEÑA QUIÑONES. *El derecho de bienes*, Librería Wilches, Bogotá, 1995.

de las sociedades o personas jurídicas es el lugar de su constitución. La tarifa aplicable es del 5% si quien interviene como acreedor es un banco o una compañía de seguros y el 10% en todos los demás casos; (ii) por el principio de la cláusula de la nación más favorecida, la tarifa para los intereses que podría aplicar el país de la fuente en el convenio entre Colombia y España sería el 5%; y (iii) el convenio prevé el principio de sustancia sobre forma para reducir el uso del tratado con el propósito de crear beneficios o derechos ilegítimos en relación con las desgravaciones establecidas para los dividendos, los intereses y las regalías.

**Convenio con México.** Los temas particulares en el caso del tratado para evitar la doble tributación entre Colombia y México son los siguientes: (i) al igual que en el caso chileno, uno de los criterios para establecer la residencia de las sociedades o personas jurídicas es el lugar de su constitución; (ii) la tarifa aplicable es del 5% si quien interviene como acreedor es un banco o una compañía de seguros y el 10% en todos los demás casos. De aprobarse el convenio, por principio de la cláusula de la nación más favorecida, la tarifa para los intereses que podría aplicar el país de la fuente en el convenio entre Colombia y España sería el 5%; (iii) el convenio no establece un tratamiento diferencial para los intereses de mora como sucede en el caso del tratado entre Colombia y España. En este sentido, el reconocimiento de

intereses considerados moratorios recibe el tratamiento del régimen de intereses y no el de beneficios empresariales; (iv) de manera novedosa, el tratado establece que “los intereses pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante son deducibles, para determinar los beneficios sujetos a imposición de esta empresa, en las mismas condiciones que si hubieran sido pagados a un residente del Estado mencionado en primer lugar. Igualmente, las deudas de una empresa de un Estado contratante contraídas con un residente del otro Estado contratante serán deducibles para la determinación del patrimonio sometido a imposición de dicha empresa en las mismas condiciones que si se hubieran contraído con un residente del Estado mencionado en primer lugar; (v) el convenio establece normas antiabuso, según las cuales solamente las personas calificadas como residentes o que coticen en bolsa o que sean empresas de gobierno podrían hacer uso de los beneficios del tratado, en lo que tiene que ver con los temas de dividendos, intereses y regalías. De esta manera se eliminaría la posibilidad de que Colombia pudiera ser el puente para el desarrollo de sociedades *holding* mexicanas o controladoras administrativas, a partir de las cuales se puede dirigir un conjunto de operaciones regionales<sup>11</sup>.

**Convenio con Suiza (Ley 1344 de 2009).** El tratado con Suiza presenta las siguientes particularidades: (i) la tarifa aplicable es del

<sup>11</sup> El texto de la disposición es el siguiente: “Artículo 26. Normas antiabuso / 1. Los residentes de cualquiera de los Estados Contratantes tienen derecho a los beneficios de este Convenio. En el caso de una persona (distinta de una persona natural o física) que aplique los beneficios del Convenio tendrá que cumplir con cualquiera de las condiciones previstas en los apartados a) o b): / a) (i) que más del 50 por ciento de las participaciones en dicha persona (o en el caso de una sociedad, más del 50 por ciento del número de acciones de cada clase de las acciones de la sociedad) esté detenida, directa o indirectamente, por cualquier combinación de una o más: / (A)

10%; (ii) las reglas antiabuso previstas en el convenio son claras y restringen el beneficio del tratado si los intereses se reconocen en un porcentaje mayor al 50% del valor de los mismos, a un no residente colombiano o suizo.

### **B. Operaciones pasivas**

Las disposiciones de los tratados estudiados no hacen distinción alguna especial respecto de las operaciones pasivas. Posiblemente porque las reglas que rodean la generación de inversiones derivadas del reconocimiento de rendimientos financieros en las transacciones con depositarios de las instituciones del sector bancario en nada difieren de las operaciones activas.

La percepción de intereses por parte de los clientes o usuarios derivada del contrato de depósitos con bancos localizados en el exte-

rior origina eventos gravables en Colombia en función de la condición de residente o domiciliado que tenga el cliente o usuario del sistema financiero en Colombia y de los criterios de tributación sobre rentas de fuente colombiana o mundial.

En este orden de ideas, un nacional colombiano con residencia en Colombia que perciba rendimientos de una institución financiera ubicada en algunos de los países con los cuales Colombia ha suscrito o está en proceso de suscribir convenios para evitar la doble tributación, estaría sujeto al impuesto en el país donde se originan estos intereses (país de la fuente) y podría considerar como renta exenta (en el caso de los países miembros de la Comunidad Andina –CAN–) los intereses percibidos, o tomar como crédito tributario el impuesto pagado en el país de la fuente, a la hora de establecer el impuesto definitivo en Colombia.

Personas naturales o físicas que sean residentes de uno o de ambos Estados Contratantes; / (B) Sociedades a que se refiere el apartado b) de este párrafo; / (C) Uno de los Estados Contratantes, sus subdivisiones políticas o autoridades locales; y / (ii) En el caso de los beneficios previstos por los artículos 10.º (dividendos), 11 (intereses) y 12 (regalías), no más del 50 por ciento del ingreso bruto de dicha persona sea utilizado para efectuar pagos, directa o indirectamente, de dividendos, intereses o regalías a personas distintas de las descritas en las cláusulas (A) a (C) anteriores; o / b) Sea una sociedad residente de un Estado contratante cuya clase principal de acciones se cotice sustancial y regularmente en un mercado de valores reconocido. // 2. En caso de que la persona no cumpla con las condiciones previstas en el párrafo 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. // 3. Para los efectos del apartado b) del párrafo 1, la expresión “mercado de valores reconocido” significa: / a) La Bolsa Mexicana de Valores, en el caso de México; / b) La Bolsa de Valores de Colombia, en el caso de Colombia; / c) Cualquier otro mercado de valores acordado por las autoridades competentes de los Estados Contratantes. // 4. Antes de que a un residente de un Estado contratante se le nieguen los beneficios del Convenio debido a lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, las autoridades competentes de los Estados Contratantes se consultarán mutuamente. // 5. En el evento de que las disposiciones del Convenio sean usadas en forma tal que otorguen beneficios no contemplados ni pretendidos por él, las autoridades competentes de los Estados Contratantes deberán, en conformidad al procedimiento de acuerdo mutuo del artículo 24, recomendar modificaciones específicas al Convenio. Los Estados Contratantes además acuerdan que cualquiera de dichas recomendaciones será considerada y discutida de manera expedita con miras a modificar el Convenio en la medida en que sea necesario.

### *C. Operaciones neutras*

Para estudiar lo que acontece con las operaciones neutras es indispensable revisar el grado de cercanía que puede tener una institución financiera en el territorio donde tiene domicilio o residencia el cliente. Pueril sería ignorar que los efectos de los convenios de doble tributación no se aplican en aquellos casos en los cuales el desarrollo de las transacciones tiene lugar en el territorio de la fuente. Por eso la distinción a partir de la cercanía territorial comienza a tener sentido.

#### *1. Operaciones con una institución ubicada en Colombia*

Desde la perspectiva colombiana, el tratamiento que conceden los tratados a las operaciones neutras parte de la base de que para adelantar negocios en Colombia, como mandatos a favor de clientes, depósitos en cajillas de seguridad, compraventa de divisas y valores, fiducias, etc., es indispensable que la institución financiera esté desarrollando actividades empresariales con la presencia de un vehículo legal en Colombia, es decir, por medio de una subsidiaria o filial sujeta en pleno al régimen regulatorio de la industria financiera.

En ese orden de ideas, las operaciones neutras que desarrollen las instituciones financieras en el territorio colombiano, con colombianos, están sujetas a imposición en Colombia bajo el criterio de la fuente, puesto que el vehículo de negocio es una sociedad especial, sujeta a reglas regulatorias en Colombia y a la vigilancia de los órganos del Estado, también en Colombia (la Superintendencia Financiera). En efecto, los tratados internacionales para mitigar la doble tributación no tienen aplicación sobre

los valores asociados con las comisiones, los honorarios y cargos por servicios especiales que la entidad local cobra al cliente en Colombia como resultado de la ejecución de las labores encomendadas.

#### *2. Operaciones con una institución ubicada fuera de Colombia*

Desde la óptica de los tratados internacionales de tributación, la pregunta fundamental deriva de si existe potestad tributaria en cabeza del país de la fuente sobre las operaciones neutras que tengan lugar por parte de instituciones financieras con asiento fuera del territorio nacional. Por ejemplo, si un nacional colombiano encomienda a un banco en el exterior la diligencia de algunos asuntos a favor suyo, o destina unos recursos para que esa institución ejecute operaciones de fiducia en su favor o a favor de un tercero íntegramente fuera de Colombia, ¿quién tiene la potestad tributaria? ¿El país de la fuente o el país de la residencia? La respuesta general supone que el país de la residencia, dado que la institución financiera no tiene en Colombia un establecimiento permanente al cual pueda atribuir los beneficios originados en la relación con el cliente ubicado en Colombia. Tanto el modelo de la CAN como los modelos de la OECD permiten llegar razonablemente a esa conclusión.

#### *3. Operaciones con instituciones ubicadas fuera de Colombia, pero con oficina de representación en Colombia*

La regulación financiera colombiana establece la obligación para los bancos sin licencia de operación en Colombia que deseen promocionar sus productos de establecer una oficina de representación con sujeción

a ciertas disposiciones de registro e información<sup>12</sup>.

En línea con la regulación de sus operaciones, el sistema financiero colombiano prohíbe a las oficinas de representación de los bancos extranjeros el ejercicio de suscripción de contratos en representación de la entidad financiera del exterior y especialmente la posibilidad de obligarse directamente frente a los clientes en Colombia.

Con los pivotes de reglamentación citados, uno se pregunta si la oficina de representación constituye un establecimiento permanente en Colombia, el cual, conforme a las reglas de los tratados internacionales, habilita para que la potestad tributaria colombiana determine impuestos sobre la base de los beneficios que esas oficinas obtengan en virtud de su actividad promocional.

Hay claro consenso en el sentido de que la noción material del establecimiento permanente supone, como mínimo, los siguientes elementos<sup>13</sup>: (i) la existencia de un sitio físico; (ii) la permanencia de la instalación; (iii) una conexión entre la actividad bancaria y la instalación; (iv) idoneidad para producir la renta; (v) el establecimiento permanente *personal* supone la capacidad para que un tercero pueda concluir contratos en nombre y por cuenta de su representado de manera repetida y habitual respecto, por supuesto, de las actividades propias de la empresa.

Tengo el convencimiento de que estos elementos del establecimiento material se hacen presentes en estos casos y de que, por lo tanto, existen argumentos para atribuir a

las oficinas de representación rentas, ingresos o beneficios, asociados con su labor de intermediación de la entidad extranjera en Colombia. Seguramente, utilizando alguno de los métodos definidos por las reglas de precios de transferencia en Colombia se podría usar el principio de tercero independiente, para calcular cuál debería ser el ingreso atribuible a la oficina de representación de la entidad financiera extranjera, por su labor de corretaje o intermediación, entre la entidad del exterior y los clientes ubicados en el mercado colombiano, para propósitos de la determinación del impuesto sobre la renta en Colombia.

## II. Actividad financiera e intercambio de información

El tema del intercambio de información ha evolucionado, como resultado de los esfuerzos e iniciativas desarrolladas en los últimos tiempos por la OECD. Cada vez es más frecuente el consenso en la comunidad de naciones desarrolladas y en los mercados emergentes como Chile, Suráfrica, Rusia y China, de permitir el acceso a la información bancaria, siempre que la solicitud se adecue a ciertos procedimientos y tenga como propósito cumplir con tareas como la persecución de evasores, el resarcimiento de daños civiles o la persecución de criminales.

La evolución más importante en el tema del intercambio de información se refiere a la obligación de incluir en los tratados internacionales cláusulas que faciliten el

<sup>12</sup> Ver capítulo 5.º de la Circular Básica Jurídica. Superintendencia Financiera. Colombia. [<http://supernet.superfinanciera.gov.co/portal/page/portal/Repositorio%20Normatividad/Conceptos/SuperFinanciera/2008/Oficinas%20de%20representacion.pdf>]

<sup>13</sup> VÍCTOR UKMAR. *Curso de Derecho Tributario Internacional*, Bogotá, Temis, 2003.

intercambio de información entre las administraciones de impuestos de los Estados contratantes sin que se tenga que demostrar intereses económicos reales<sup>14</sup>.

Para resumir las principales propuestas acordadas para su ulterior incorporación en los ordenamientos legales de los miembros de la OECD, se podría precisar que estas giran alrededor de tres principios rectores: (i) la prohibición de permitir la apertura de cuentas anónimas; (ii) la necesidad de crear procesos que le permitan a las instituciones financieras conocer a sus clientes y el origen

de sus fondos y patrimonio; y (iii) permitir el acceso de la información tributaria para determinar efectos civiles o criminales.

Frente a estas exigencias de cumplimiento, Colombia cuenta con un conjunto de normas muy severas adoptadas de las recomendaciones de Basilea y de varias prácticas internacionales que le permiten tener suficiencia por los menos respecto de los tres principios rectores a los que debe sujetarse el sistema financiero para acceder a la información bancaria de sus clientes con propósitos de fiscalidad<sup>15</sup>.

## Bibliografía

AZUERO, S. R. *Contratos Bancarios*. Bogotá. Biblioteca Felaban. Editorial ABC, 1990.

JOHANNES KAISER, T. C. *The Tobin Tax-a Game-Theoretical and an Experimental Approach*, 2007. Disponible en: [<http://papers.ssrn.com>]. Consultado el 23 de agosto de 2009,

UKMAR, VÍCTOR. *Curso de Derecho Tributario Internacional*. Bogotá. Temis, 2003.

## Normativa

Comunidad Andina –CAN–. *Régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal. Decision 578* de 2004.

OECD. *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*. Cedex, France. OECD Publication Services, 2000.

<sup>14</sup> 9. La propuesta, que ha tenido la aceptación en la OECD, parte del siguiente principio : “The new paragraph clarifies that Contracting States should obtain and exchange information irrespective of whether they also need the information for their own tax purposes”. OECD, *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*, 2007, p. 9.

<sup>15</sup> Los artículos 621, 622 y 623 del Estatuto Tributario colombiano obligan a los bancos a transferir vía electrónica los saldos y movimientos de sus clientes a la DIAN para propósitos de que esta última adelante libremente procesos de fiscalización.