



Cláusula de limitación de beneficios y régimen de compañías *holding* colombianas a la luz del instrumento multilateral y el Convenio de Doble Imposición entre Colombia y Japón

The LOB clause ant the CHC regime according the MLI and the double taxation convention concluded between Colombia and Japan

Cláusula de limitação do benefício e o regime do CHC à luz do IML e do CDI entre colômbia o japão

RICARDO CAMPOS CIRO*

* Abogado, Universidad Libre Seccional Pereira; especialista en Legislación Tributaria, Universidad de Caldas; magíster en Derecho de los Negocios, Université de Poitiers (Francia); magíster en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Tributario, Universidad Externado. Exfuncionario Subdirección de Gestión de Fiscalización Tributaria DIAN. ricardocamposc14@gmail.com / <https://orcid.org/0000-0002-4960-9920>
DOI: <https://doi.org/10.18601/16926722.n21.08>

Resumen

Con la expedición de las leyes 1943 de 2018 y 2010 de 2019 se creó el régimen de compañías *holding* colombianas (CHC), vehículo tributario de origen europeo, como un instrumento atractivo que incentivaría la inversión extranjera. Al convertirse Colombia en el miembro 37 de la OCDE, era de esperarse la suscripción del instrumento multilateral (IML), documento de suscripción abierta que busca la modificación del contenido de los CDI ya firmados por los distintos Estados. Con la suscripción de dicho instrumento, los Estados escogerían la o las medidas antiabuso tales como la cláusula de limitación de beneficios (LOB) o la PPT, que afectarían los CDI incluidos en la suscripción, resultando parcialmente compatible la cláusula LOB del IML con el régimen CHC. Por su parte, la suscripción del CDI con Japón corresponde a un convenio que se encuentra por fuera de los efectos del IML; sin embargo, su articulado contiene una cláusula LOB con la cual el régimen CHC puede llegar a ser afectado.

Palabras clave: compañías *holding* colombianas; abuso de utilización de tratados; limitación de beneficios; test de propósito principal; convenio para evitar la doble imposición entre Colombia y Japón; instrumento multilateral.

Abstract

With the issuance of the Laws 1943 of 2018 and 2010 of 2019, the Colombian holding regime (CHC) was created as an attractive foreign investment instrument, these kinds of regimes were made in Europe. As Colombia became the 37th member of the OECD, the signature of the multilateral instrument, an open subscription document, was expected, which seeks to modify the content of the different double taxation conventions already signed by the different states. With the signing of this instrument, the different states would choose the anti-abuse clause as the LOB and / or the PPT, which would affect the double taxation conventions included in the subscription, the lob clause of the IML being partially compatible with the CHC Regime. For its part, the signature of the double taxation convention with Japan corresponds to an agreement that is outside the effects of the IML; however, its articles contain a lob clause with which the CHC regime may be affected.

Key words: CHC; Treaty shopping; limitation on benefits; principal purpose test; double taxation convention; multilateral instruments.

Resumo

Com a edição das Leis 1943 de 2018 e 2010 de 2019, o regime de holding colombiana (CHC) foi criado como um instrumento atraente que incentivaria o investimento

estrangeiro; veículo fiscal de origem europeia. Como a Colômbia se tornou o 37º membro da OCDE, era de se esperar a assinatura do instrumento multilateral, um documento de assinatura aberta, que visa modificar o conteúdo dos diferentes CDIs já assinados pelos diferentes estados. Com a assinatura do referido instrumento, os diferentes estados escolheriam a medida antiabuso ou medidas como LOB e / ou PPT, que afetariam os CDIs incluídos na assinatura, sendo a cláusula lob do IML parcialmente compatível com o Regime CHC. Por sua vez, a assinatura do CDI com o Japão corresponde a um acordo que foge aos efeitos do IML; no entanto, seus artigos contêm uma cláusula lob com a qual o regime de CHC pode ser afetado

Palavras chave: Holdings colombianas; abuso de tratados; limitação de benefícios; teste de objetivo principal; acordo para evitar bitributação entre Colômbia e Japão; instrumento multilatera.

Introducción

A partir de las leyes 1819 de 2016, 1943 de 2018 y 2010 de 2019, se le otorgó al derecho internacional un papel relevante en los aportes que realiza a las modificaciones tributarias, que se ratificó el 28 de abril de 2020 con la entrada de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en cuanto tuvo que realizar reformas significativas para adaptar su legislación, sus políticas y sus prácticas a los estándares exigidos por la Organización.

La Ley de Financiamiento de 2018, declarada inconstitucional, y posteriormente la Ley de Crecimiento Económico de 2019, fueron las encargadas de dar nacimiento al denominado “Régimen de compañías *holding* colombianas (CHC) en el impuesto sobre la renta y ganancias ocasionales”, añadiendo el título II al libro séptimo del Estatuto Tributario.

El régimen de compañías *holding* en Colombia señala un avance en el derecho internacional tributario del país, dado que promueve la inversión de capital extranjero en el territorio nacional; es pertinente resaltar que en el ámbito internacional, la soberanía de cada Estado se pone en duda, siendo los tratados internacionales los encargados de determinar el alcance del poder soberano de cada una de estas naciones en un ámbito mundial; por su parte, en materia tributaria internacional y al no haber una homogeneidad en la forma de gravar a los contribuyentes, existiendo relaciones tributarias que vinculan a más de un Estado, la soberanía estatal se pone en discusión frente a qué nación le corresponde obtener el ingreso ocasionado con el pago de impuestos. En este escenario, los tratados internacionales son los llamados a dar respuesta a este interrogante para evitar la doble imposición.

Sin embargo, a partir del manejo tributario dado por los profesionales del derecho internacional tributario, se han otorgado concesiones de los beneficios de los convenios en circunstancias inapropiadas las cuales, según la OCDE, se clasifican en: casos en los que una persona intenta eludir las limitaciones previstas en el propio convenio, donde se

destaca el *treaty shopping* o la inequidad en la aplicación de los tratados, y casos en los que una persona trata de abusar de disposiciones de la legislación tributaria interna utilizando beneficios del convenio (OCDE, 2015, p. 17).

Ante estos eventos, la OCDE optó por expedir una serie de acciones incorporadas en un plan denominado BEPS, que corresponde a la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios tendientes a obtener una utilización objetiva de los tratados internacionales; plan de acción que culminó con la redacción e implementación de un documento denominado Instrumento Multilateral (IML), con el cual se pretende la implementación automática de las acciones BEPS en los tratados de doble imposición suscritos por los distintos países miembros. Ahora, con la incorporación del régimen de compañías *holding* colombianas, surge la necesidad de precisar su alcance, contradicción o congruencia frente a los lineamientos señalados por la OCDE en el instrumento multilateral.

Como se mencionó, el IML corresponde a la implementación del Plan de Acción BEPS de la OCDE; al tratarse de un documento que abarca las múltiples dificultades de la tributación internacional, el presente trabajo abordará únicamente parte de lo tratado en la Acción 6, que desarrolla los lineamientos con los cuales se pretende disminuir el abuso en el uso de tratados internacionales, práctica denominada *treaty shopping*, equivalente a la compra de tratados internacionales con el fin de obtener un provecho tributario injustificado. Dentro de dicha acción, se propuso como una solución la cláusula de limitación de beneficios, entendida como la necesidad de que se cumplan ciertos requisitos previos para lograr la obtención del tratamiento tributario contenido en un convenio de doble imposición, cláusula sobre la cual se desarrolló el presente trabajo.

Considerando lo mencionado, el trabajo de investigación se dividirá en tres partes. En la primera se abordará el concepto de régimen *holding*, para lo cual se contextualizará dicha figura jurídica y se llevará a cabo un análisis de derecho comparado entre España, Chile y Luxemburgo, y el nuevo régimen de compañías *holding* colombianas.

En la segunda parte, se expondrá la cláusula de limitación de beneficios contenida en el IML definiendo en detalles los requisitos allí establecidos; posteriormente, se analizará la situación de los tratados suscritos por Colombia frente a la cláusula de limitación de beneficios, allí se detallará la situación del país antes y después de la suscripción del IML y, finalmente, se estudiará la compatibilidad del régimen CHC y la cláusula de limitación de beneficios contenida en dicho instrumento.

Finalmente, en la tercera parte, teniendo en cuenta los contratos de doble imposición suscritos por Colombia, se desarrollará la compatibilidad del régimen CHC y el convenio de doble imposición suscrito con Japón, detallando con ejemplos prácticos la aplicación del convenio con el régimen de CHC.

I. Naturaleza jurídica del régimen *holding*

La palabra *holding*, de origen inglés, significa participación, tenencia o posesión; ahora bien, según la Real Academia Española, *holding* significa: “Sociedad *financiera* que

posee o controla la mayoría de las acciones de un grupo de empresas”. Jurídicamente se puede entender como *holding* aquellos grupos de sociedades que se encuentran relacionados entre sí y que guardan un vínculo de dependencia con una sociedad matriz o sociedad principal, lo cual se traduce en grupos empresariales y en multinacionales.

De manera general, los grupos empresariales encuentran atractiva la implementación de *holdings* en los diferentes países en los que ubican sus actividades por temas políticos como son los beneficios por generar empleos, mercantiles al tener una mejor reputación comercial y un reconocimiento internacional; temas legales en la medida de existencia de leyes que favorezcan la creación de estos regímenes y, sobre todo, en sistemas que tengan una estabilidad jurídica confiable, pues de nada vale la inversión en un territorio extranjero con la aplicación de determinadas normas que pueden sufrir cambios futuros de manera significativa y así afectar la inversión realizada (Gupta, 2015).

En materia fiscal internacional, se consideran *holdings* los distintos tipos jurídicos que promueven la inversión de capital extranjero en determinado territorio, por ello se denominan vehículos tributarios, pues su función principal es el transporte de capital extranjero; ahora bien, los grupos empresariales optan por la creación de *holdings* con la intención de obtener beneficios fiscales, bien sea por lograr aplicar los convenios para evitar la doble imposición firmados por los países en donde se encuentran ubicadas las distintas filiales con la sociedad *holding* o bien sea por los beneficios propios de cada régimen *holding*.

Al tratarse de grupos económicos internacionales, es ineludible tener consideración sobre el tratamiento de los dividendos en materia internacional, toda vez que, ante la existencia de accionistas o titulares de participación de otras sociedades, es de esperarse que las utilidades obtenidas por los controlados sean objeto de una repartición, la cual se denomina repartición de dividendos. Como se trata de una repartición internacional de dividendos, podría llegar a pensarse que se está frente a una doble imposición económica, la cual, según Falcón y Pulido, tiene lugar cuando una misma renta se grava por dos tributos similares en el mismo periodo de tiempo, pero en cabeza de sujetos distintos (Gupta, 2015, p. 92), donde la renta en primer lugar se grava en cabeza de la sociedad y, posteriormente, se grava en cabeza del socio que se beneficia de la repartición de dividendos.

Por regla general, dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados existen medidas internas tendentes a evitar esa doble imposición, bien sea por el método de exención, donde “el estado de residencia no tiene en cuenta la renta de fuente extranjera al determinar la base imponible de su propio impuesto”, o el sistema de imputación o crédito fiscal, en el que “el país de residencia acepta la deducción en la cuota del impuesto pagado en el país de fuente, con o sin límites” o el sistema de deducción “permitir la deducción en la base del impuesto satisfecho en el extranjero, como si fuera un gasto más necesario para obtener la renta” (Pulido *et al.*, 2018).

Sin embargo, es común que entre las distintas naciones se hayan celebrado convenios tendentes a evitar la doble imposición (CDI), convenios en los cuales se llevan a cabo negociaciones inclinadas a promover las relaciones comerciales entre ambas naciones; así,

“el objetivo principal de los convenios de doble imposición es promover el intercambio de bienes, servicios y el movimiento de capitales y de personas, por medio de la eliminación de la doble imposición internacional” (Ibáñez, 2020, p. 310).

De esta manera, dentro de las reglas de juego que se establecen en los CDI se encuentra la potestad de los Estados contratantes para gravar la repartición de dividendos, y dentro del modelo de convenio OCDE se establecen posibles soluciones a la doble imposición, tratándose estas de los artículos 23A Método de exención y 23B Método de imputación o de crédito fiscal (Castro, 2016).

Así, la implementación de regímenes *holding* se encuentra respaldada por la obtención de beneficios tributarios adicionales, tales como la exención total de dividendos recibidos, o la no tributación de los dividendos repartidos que no se encuentran contemplados en los distintos CDI. Sin embargo, como lo menciona Silvestri (2017, p. 565), el ambiente para los regímenes *holdings* durante la última década se ha tornado difícil, toda vez que son concebidos por las administraciones tributarias como herramientas que permiten la obtención de beneficios fiscales y constituyen prácticas abusivas para obtener tales beneficios.

Con la implementación de los convenios para evitar la doble imposición, y debido al abuso de los derechos en materia de derecho fiscal internacional, la OCDE tuvo la necesidad de plantear acciones que limitaran este tipo de tratamientos; dichas acciones se encuentran en el denominado Plan de acción BEPS; por su parte Parra *et al.* (2019) afirman: “Algunas acciones BEPS desarrollaron el tema de los CDI, sosteniendo que su articulado permite en muchos casos que sean utilizados para erosionar la base imponible de los países que los suscriben”.

El abuso en la implementación de los convenios para evitar la doble imposición es visto en materia internacional como una falta a las normas que pretenden regular el mercado internacional, de allí que la Acción 6 del Plan BEPS se centre en corregir esta práctica internacional; como señala Rozo (2016, p. 127),

... la Acción 6 tiene como objetivo principal evitar que se otorguen los beneficios establecidos en los TDT en circunstancias “inapropiadas”. En particular, pretende evitar la práctica del *treaty shopping*, en la cual una persona pretende obtener beneficios derivados de un TDT sin tener derecho a ello, mediante la adopción de una estrategia abusiva. (Castro, 2019)

Los regímenes *holdings* que resultan beneficiosos en materia de impuestos para sus participantes tienen sus orígenes en el derecho europeo. Debido a la integración económica existente en la Unión Europea el desarrollo de este tipo de figuras se facilita y permite un mejor desenvolvimiento del mismo; sin embargo, este tipo de vehículo tributario se ha expandido a lo largo del territorio internacional como medida que toman los países para ser atractivos a la luz de la inversión extranjera, y América Latina no sería la excepción.

A. Regímenes analizados

Con la aparición de nuevos mercados y el desarrollo de nuevas industrias, el fenómeno de la globalización y la alta competitividad entre las naciones, surge la necesidad de crear un modelo jurídico-económico que permitiera la realización de nuevas inversiones en países cuya economía no se desarrollaba en paralelo con los grandes cambios, o que por cuestiones políticas o geográficas se encontraban en desventaja (Gupta, 2015).

1. CASO ESPAÑA

En España, el régimen *holding* comprende aquellas entidades tenedoras de valores extranjeros mejor conocidas como entidades de tenencia de valores extranjeros (ETVE) y tienen su origen en los años noventa con la Ley 43 de 1995, y actualmente se encuentran reguladas en la Ley del Impuesto de las Sociedades, Ley 27 de 2014.

a) Requisitos

La norma española las define como entidades que tienen dentro de su objeto social la gestión y administración de valores de entidades no residentes, con lo cual permite que estas entidades desarrollen además actividades comerciales diferentes (Ley 27 de 2014, impuesto sobre sociedades, España).

Inicialmente, al establecer que las ETVE son “entidades”, permitiría inferir que cualquier tipo societario español podría pertenecer a este régimen, sin embargo, la ley en su articulado dispone que no pueden ser ETVE las entidades sometidas a los regímenes especiales de las agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y de uniones temporales de empresas, ni las entidades consideradas como patrimoniales que corresponden a aquellas en las que más de la mitad del activo está constituido por valores o que no disponga de una actividad económica (Ley 27 de 2014, Impuesto sobre Sociedades, España).

Para las ETVE es obligación disponer de una organización de medios materiales y personales que permita el desarrollo de su actividad, requisito que se cumple con contratar al menos un trabajador, el cual puede realizar más trabajos en empresas del grupo ETVE. (Ley 27 de 2014, Impuesto sobre Sociedades, España)

Para pertenecer al régimen ETVE es necesario que la entidad tenga de sus filiales un porcentaje de participación de al menos 5%, o una participación superior a € 20.000.000 sin importar el porcentaje que retenga; esta participación debe perdurar por al menos un año sin interrupciones, y la sociedad participada deberá desarrollar una actividad mercantil y estar gravada por un impuesto equivalente al impuesto de sociedades en España (Ley 27 de 2014, Impuesto sobre Sociedades, España).

Finalmente, para pertenecer al régimen ETVE es necesario que la entidad beneficiaria comunique al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (Ley 27 de 2014, Impuesto sobre Sociedades, España).

b) *Aplicabilidad*

En materia fiscal, las ETVE cuentan con régimen llamativo para la inversión extranjera y para la planeación tributaria internacional, en el sentido de disponer beneficios especiales para la percepción y distribución de dividendos y plusvalías.

En primer momento, al cumplir con los requisitos señalados en la ley española para gozar de beneficios frente a la percepción de dividendos (art. 21, Ley Impuesto Sociedades), se entienden como dividendos exentos los recibidos por una ETVE provenientes de sus filiales no residentes, de esta manera esta percepción de ingresos no se encuentra sujeta a tributación.

Frente al tratamiento dado al momento de realizar la ETVE una distribución, resulta necesario distinguir el origen y la destinación de lo que será objeto de reparto; sea lo primero distinguir que las rentas provenientes de la percepción de dividendos con tratamiento de exento tendrán un trato diferencial, pues al ser el perceptor de estas una entidad o una persona física no residente de España, sin establecimiento permanente, serán tratadas como un ingreso no obtenido en territorio español, lo cual significa que no serán objeto de una carga impositiva (Ley 27 de 2014, Impuesto sobre Sociedades, España).

Por su parte, cuando una ETVE tenga una filial extranjera y cumpla los requisitos señalados con anterioridad, se entenderá como renta exenta la plusvalía derivada de la transmisión o de la liquidación de la sociedad no residente (Ley 27 de 2014, impuesto sobre sociedades, España).

Los distintos beneficios del régimen ETVE están condicionados a que los participantes no se encuentren en países que España haya catalogado como paraísos fiscales (Ley 27 de 2014, Impuesto sobre Sociedades, España).

En cuanto a la aplicación de los convenios internacionales firmados por España, para evitar la doble imposición resulta necesario señalar que sus convenios se adaptan en su gran medida al modelo de convenio señalado por la OCDE, por lo cual su aplicación se encuentra limitada al concepto de residencia, toda vez que su ámbito de aplicación está sujeto a que el que pretende utilizarlo sea considerado residente.

Por su parte, la normatividad española indica que una sociedad tendrá residencia fiscal cuando: se haya constituido conforme las leyes españolas, o tenga su domicilio social en España o tenga su sede de dirección efectiva en el territorio español (Ley 27 de 2014, Impuesto sobre Sociedades, España). De esta manera, las sociedades ETVE, al ser constituidas en España y tener su domicilio social en este país. serán consideradas como residentes fiscales para efectos de los convenios internacionales, con lo cual la aplicación de los tratamientos establecidos en dichos convenios se encuentran avalados por la normatividad interna.

2. CASO CHILE

En América Latina, Chile fue un promotor del régimen *holding* –en su caso denominado Plataformas de Negocios– introducido en el ordenamiento chileno en el año 2002 con la Ley 19.840, que introdujo modificaciones a la Ley sobre el impuesto sobre la renta; de esta

manera nacieron las denominadas Plataformas de Negocios como un incentivo para que Chile se convirtiera en un atractivo de inversión en América Latina.

a) Requisitos

La normatividad chilena indica que, para efectos fiscales, estas plataformas no son consideradas como sociedades domiciliadas ni residentes en Chile; sin embargo, a pesar de este tratamiento, deben ser constituidas bajo la normatividad chilena (Ley 19.840 de 2002, Chile)

Señala la norma que las plataformas de negocios deberán ser sociedades anónimas abiertas, o anónimas cerradas sometidas al régimen de las abiertas (Ley 19.840 de 2002, Chile), ahora bien, la Ley 18.046 indica que las sociedades anónimas abiertas son aquellas que realizan ofertas públicas de sus acciones, cuentan con 500 o más accionistas, tienen al menos 10% de su capital suscrito en cabeza de mínimo 100 accionistas y son fiscalizadas por la superintendencia de valores.

En el mismo sentido, la norma chilena limita la participación de residentes chilenos en la composición accionaria de las Plataformas de Negocios, toda vez que esta no puede ser superior al 75%, garantizando una participación extranjera en la sociedad de un mínimo de 25%; adicional a ello, limita la actividad que puede desarrollar la plataforma de negocio al establecer como objeto social exclusivo de la sociedad la realización de inversiones en el país y en el exterior, sin embargo, permite que la plataforma brinde servicios adicionales únicamente si son prestados a sociedades pertenecientes al grupo (Ley 19.840 de 2002, Chile).

Las plataformas de negocios pueden realizar inversiones dentro del territorio chileno o por fuera de este. Así, cuando se realiza la inversión dentro del territorio, esta únicamente se puede ejecutar con sociedades domiciliadas en Chile; por su parte, cuando se trata de inversiones en el extranjero, se hace alusión a aportes accionarios y tiene aplicación la Ley 18.046 correspondiente a las sociedades coligadas, lo cual quiere decir que deberá acreditar poseer directa o indirectamente el 10% o más de la empresa del exterior, con derecho a voto o capital o, en casos en que se trate de sociedades de personas, la plataforma de negocio deberá tener la facultad de designar por lo menos un miembro de la administración de la sociedad (Ley 19.840 de 2002, Chile).

b) Aplicabilidad

En materia fiscal, las plataformas de negocio no son consideradas residentes chilenas ni con domicilio en este territorio, de manera que por regla general solo están obligadas a tributar por las rentas obtenidas en ese país y no por la renta mundial (Vanina, 2010).

Las particularidades de este régimen especial consisten en que las rentas con origen extranjero provenientes de sus inversiones en el exterior no se encuentran sujetas al impuesto de renta, y, en el mismo sentido, los dividendos decretados a un accionista que es no residente de Chile no se encuentran afectados por el impuesto sobre la renta (Ley 19.840 de 2002, Chile).

Ahora bien, las rentas provenientes de actividades realizadas en Chile se encuentran gravadas a la tarifa general y, en el mismo sentido, los dividendos distribuidos a residentes chilenos se encuentran sujetos al impuesto sobre la renta con tarifa normal.

Frente a la posibilidad de vender las acciones de las plataformas de negocios, la regla general es que no se encuentran sujetas al impuesto sobre la renta; sin embargo, sí lo estarán cuando se trate de la proporción de las acciones que correspondan a inversiones que se encuentren en Chile (Ley 19.840 de 2002, Chile).

En cuanto a la aplicación de los convenios internacionales firmados por Chile, para evitar la doble imposición resulta necesario señalar que estos se adaptan en gran medida al modelo de convenio señalado por la OCDE, por lo cual su aplicación se encuentra limitada al concepto de residencia, toda vez que su ámbito de aplicación está sujeto a que el que pretende utilizarlo sea considerado residente. De esta manera, y como se mencionó, las plataformas de negocios, a pesar de ser constituidas como sociedades chilenas para efectos del derecho comercial, en el ámbito fiscal son consideradas como no residentes, por lo cual los efectos de los convenios firmados por el país no le son aplicables, lo que limita los beneficios a los cuales acceden los participantes de este tipo de régimen *holding*.

3. CASO LUXEMBURGO

Luxemburgo es conocido internacionalmente por ser un país que presenta grandes gabelas en materia fiscal, lo cual encuentra su razón de ser en su ubicación geográfica y su tamaño reducido en comparación con otras naciones europeas.

En lo particular, Luxemburgo cuenta con un régimen *holding* desde el año 1929, lo cual implica una amplia experiencia en el manejo de este tipo de vehículos de inversión; sin embargo, dicho régimen ha sufrido cambios a lo largo de la historia.

a) *Regímenes holdings en Luxemburgo*

Luxemburgo inició el régimen *holding* con su implementación en el año 1929. Posterior a ello, en 2007 creó el régimen de sociedad de gestión de patrimonio de familia (SPF–Société de Gestion Patrimoine Familial) y, finalmente, las denominadas sociedades de participaciones financieras (Soparfi–Société de Participation Financière) (Ulrika, 2007).

b) *Régimen holding*

El primer régimen *holding* de Luxemburgo corresponde al creado por la Ley del 31 de julio de 1929, posteriormente reglamentado el 27 de diciembre de 1937, derogado en 2007 y finalmente sin efectos a partir de 2010 (Ulrika, 2007).

En este régimen se encontraban las sociedades de derecho cuyo objeto social exclusivo era la tenencia y participación de otras sociedades, tenían un régimen fiscal especial muy beneficioso que inicialmente eximía a los *holdings* del pago de impuestos (Ley de 31 de julio de 1929, Luxemburgo) y tenían como característica particular que las sociedades

pertenecientes a este tipo de régimen no podían ser beneficiarias de la aplicación de los convenios firmados por Luxemburgo para evitar la doble imposición, toda vez que en los mismos convenios se establecía de manera específica su inaplicación cuando se tratara de entidades cobijadas por la Ley 31 de julio de 1929 (Caso Luxemburgo- Bélgica). A partir de las directrices otorgadas por la Unión Europea, este tipo de regímenes tuvo que ser eliminado del ordenamiento fiscal de Luxemburgo.

c) Régimen de sociedad de gestión de patrimonio de familia

El denominado régimen SPF fue creado por la Ley de 11 de mayo de 2007, y modificado por la Ley del 18 de febrero de 2012.

Este régimen tiene por objeto optimizar el manejo fiscal de la gestión de patrimonios de particulares, aplica de manera exclusiva para las personas naturales, es decir que la SPF no puede tener como accionistas personas jurídicas (Ley 18 de febrero de 2012, Luxemburgo).

Por su parte, la SPF creada debe corresponder bien sea a una sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima o a una sociedad en comandita por acciones, y debe contener objeto social exclusivo de adquisición, tenencia, gestión y realización de activos financieros, presentando la imposibilidad de desarrollar actividades comerciales o industriales (Ley 18 de febrero de 2012, Luxemburgo)

Así mismo, la SPF no se beneficia ni de los convenios de doble imposición firmados por Luxemburgo ni de la directiva de sociedades matriz filial de la Unión Europea.

d) Régimen de sociedades de participaciones financieras

Denominado Soparfi (Société de Participation Financière), corresponden a sociedades que además de tener en su objeto social la tenencia de valores, pueden desarrollar otro tipo de actividades. Las Soparfi pueden ser sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada o sociedad en comandita por acciones; este tipo de sociedades *holding* pueden ser beneficiarias de la aplicación de los convenios de doble imposición firmados por Luxemburgo y de las directivas de la Unión Europea.

En materia fiscal, este tipo de sociedades se encuentran gravadas a la tarifa ordinaria, sin embargo, gozan de una exención en materia de ingresos por concepto de dividendos y plusvalía sobre la enajenación de acciones, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos.

B. Régimen de compañías holding colombianas

A partir de la Ley 1943 de 2018 (declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-481 de 2019), y posteriormente con la Ley 2100 de 2019, en el ordenamiento tributario se creó el Régimen de Compañías Holding Colombianas (CHC). En su exposición de motivos el gobierno de Colombia, representado por el ministro de Hacienda y Crédito Público, argumentó la conveniencia de implementar este régimen debido a la alta competitividad fiscal existente en los países y la reciente reforma fiscal del gobierno de

Estados Unidos. Igualmente, se indicó que con la implementación de este régimen se generarían nuevos empleos y crecería la inversión extranjera en el país.

Sin embargo, dada la implementación de las acciones BEPS por la OCDE, la puesta en marcha de este vehículo tributario ha sido objeto de críticas por cuanto su aplicación puede verse restringida.

El régimen CHC es un gran paso, pero tiene importantes cuestionamientos. De un lado, debe enfrentar muchos límites tras la incorporación de las recomendaciones del Plan BEPS, pues es un modelo desueto, quizá razonable hace quince años, pero que tendría dificultades para sortear las cláusulas de propósito de negocios y limitación de beneficios del instrumento multilateral.

1. REQUISITOS DE COMPAÑÍAS *HOLDING* COLOMBIANAS

Las CHC corresponden a sociedades que, además de tener dentro de su objeto social la inversión o *holding* de acciones o participaciones en sociedades o entidades colombianas o del exterior, pueden desarrollar otro tipo de actividades (Ley 2010 de 2019, Colombia).

La normatividad colombiana señala que pueden acogerse a este régimen las sociedades nacionales, con lo cual dejó abierta la posibilidad de que cualquier tipo societario existente en Colombia pueda pertenecer al régimen CHC (Ley 2010 de 2019, Colombia).

Además de contar con la actividad de tenencia de valores en su objeto social, la sociedad que pretenda pertenecer al régimen CHC deberá tener una participación directa o indirecta de al menos el 10% del capital de dos o más sociedades por un tiempo mínimo de 12 meses, y contar con al menos tres empleados, una dirección propia y demostrar que la toma de decisiones estratégicas respecto de las inversiones y los activos de la CHC se toma en Colombia (Ley 2010 de 2019, Colombia).

Finalmente, para acceder a los beneficios del régimen CHC es necesario que la sociedad comuniqué a la Administración Tributaria su intención acogerse a este régimen (Ley 2010 de 2019, Colombia).

El régimen CHC fue reglamentado en el año 2020 a través del Decreto 598 de 26 de abril, en dicho decreto se encuentran desarrollados los elementos que enunció la ley, tales como: las definiciones de participación directa, indirecta, recursos humanos, dirección propia, decisiones estratégicas; se establece cómo se debe determinar el porcentaje de participación; procedimiento por seguir ante la DIAN para acogerse al régimen y la exigencia de la conservación documental.

2. APLICACIÓN

En materia fiscal, las CHC cuentan con un régimen atractivo para la inversión extranjera, toda vez que los dividendos o participaciones que estas reciban y sean provenientes de

entidades no residentes en Colombia tendrán el tratamiento de renta exenta y, a su vez, los dividendos que la CHC distribuya a personas naturales o jurídicas no residentes en Colombia serán considerados como rentas de fuente extranjera, con lo cual no estarán sometidos a imposición en el territorio colombiano.

Asimismo, las CHC cuentan con una particularidad en cuanto a las rentas que surjan de las ventas o transmisión de acciones, donde se presentan dos escenarios.

- Cuando la venta o transmisión de las acciones correspondan a participaciones o acciones que detenta la CHC en entidades no residentes en Colombia, serán consideradas como rentas exentas y serán declaradas como ganancias ocasionales exentas.
- Cuando la venta o transmisión de las acciones correspondan a participaciones o acciones en una CHC, serán consideradas rentas exentas excepto por el valor correspondiente a las utilidades obtenidas por actividades realizadas en Colombia.

Lo anterior aplica siempre y cuando el beneficiario de la venta o transmisión de acciones de o en la CHC no se encuentre domiciliado o sea residente en una jurisdicción no cooperante de baja o nula imposición, o de un régimen tributario preferencial de conformidad con el artículo 260-7 del Estatuto Tributario (Cabrera, 2020).

En cuanto a la aplicación de los convenios internacionales firmados por Colombia, para evitar la doble imposición resulta necesario señalar que sus convenios se adaptan en su gran medida al modelo de convenio señalado por la OCDE, por lo cual la aplicación de estos se encuentra limitada al concepto de residencia, toda vez que su ámbito de aplicación está sujeto a que el que pretende utilizarlo sea considerado residente.

La normatividad colombiana indica que una sociedad es considerada residente cuando tiene su sede efectiva de administración en el territorio colombiano, o cuando tiene su domicilio principal en el país o cuando es constituida en Colombia de acuerdo con las leyes vigentes (Decreto 624 de 1989). De esta manera se entendería que la CHC, al ser una sociedad constituida de conformidad con las normas colombianas, es considerada residente fiscal y como tal contará con los tratamientos fiscales otorgados en los diferentes tratados; sin embargo, llama la atención la redacción de lo dispuesto en la Ley 2010 de 2019, pues indica de manera expresa (art. 898 del Estatuto Tributario) que las CHC se consideran residentes fiscales para efectos de los convenios de doble imposición (García, 2018).

De conformidad con lo establecido en los convenios firmados por Colombia, su aplicación se encuentra sujeta al criterio de residencia, y cada tratado señala que para efectos de residencia se tendrá en cuenta lo consignado en las disposiciones domésticas de cada Estado; de esta manera, la expresión contenida en la norma podría llegar incluso a interpretarse como un *treaty dodging*, práctica que consiste en la elusión por parte de los Estados contratantes de las obligaciones de los tratados a través de acciones u omisiones posteriores a su firma (Arruda, 2021, p. 18).

3. ASPECTOS PRINCIPALES

TABLA 1. ASPECTOS PRINCIPALES DEL RÉGIMEN DE COMPAÑÍAS HOLDING COLOMBIANAS

| Régimen | Objeto social | | Tipo societario | Medios materiales | Participación | Entrada al régimen | Residentes fiscales | | Aplica convenios | |
|----------------------|---|-------|--|--|--|---|---------------------|----|------------------|----|
| | Exclusivo | Libre | | | | | Sí | No | Sí | No |
| ETVE | | X | No pueden ser ETVE las entidades sometidas a los regímenes especiales de las agrupaciones de interés económico, españolas y europeas y de uniones temporales de empresas, ni las entidades consideradas como patrimoniales | Obligados a contar con al menos 1 empleado, el cual puede desarrollar actividades para las demás entidades de las ETVE | La ETVE deberá tener de sus filiales al menos un 5% del capital o una participación superior a € 20.000.000 sin importar el porcentaje. Tenencia mínima de un año | Envío comunicación al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas | x | | x | |
| Plataformas Negocios | X- Pero la plataforma puede prestar servicios a los pertenecientes al grupo | | Tienen que ser sociedades anónimas abiertas o anónimas cerradas sometidas al régimen de las abiertas (vigiladas por la Superintendencia de valores) | N.A. | La composición accionaria de la plataforma debe tener como mínimo un 25% de participación extranjera por lo cual la participación máxima por parte de nacionales en Chile es de un 75%. Para la aplicación de la Ley de Sociedades Coligadas es necesario que la plataforma tenga directa o indirectamente el 10% de la empresa del exterior | Envío de comunicación con la cual se manifiesta el cumplimiento de los requisitos para acceder a este régimen | | x | | x |
| CHC | | x | La norma no limita el tipo societario | Obligados a contar con al menos 3 empleados, una dirección propia y demostrar la toma de decisiones estratégicas | La CHC deberá tener de sus filiales al menos el 10% de participación de manera directa o indirecta | Envío comunicación a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales | x | | x | |

Fuente: elaboración propia.

TABLA 2. CASO LUXEMBURGO

| | <i> Holding 29</i> | <i> SPF</i> | <i> SOPARFI</i> |
|-----------------|---|--|---|
| Caso Luxemburgo | Creada 1929 y con efectos hasta 2010, tenían objeto social exclusivo y no gozaban de la aplicación de lo dispuesto en los convenios ni en las directrices de la Unión Europea | Creadas en 2007 para la gestión del patrimonio de personas físicas, no permiten la participación de sociedades, cuentan con objeto social exclusivo y no les aplican convenios | Disponen de objeto social libre, se les permite desarrollar actividades comerciales si se benefician de convenios y directrices de la Unión Europea |

Fuente: elaboración propia.

II. Cláusula de limitación de beneficios y régimen CHC

El plan BEPS, en su Acción 6, incorpora dentro de su plan la lucha de la utilización abusiva de tratados (*treaty shopping*), práctica con la cual se permite la reducción de la carga fiscal global combinando un impuesto reducido en la fuente con ocasión de un tratado fiscal y un régimen fiscal favorable en el Estado de residencia de una sociedad intermediaria (Vega Borrero, 2017).

Con dicha Acción 6, se propone la implementación por parte de los Estados contratantes de cláusulas tendentes a evitar y a controlar el abuso en la utilización de convenios, abuso que en palabras de García (2018, p. 401) implica la interposición por residentes de un tercer Estado de una persona jurídica *conduit Company* en un país firmante del convenio de doble imposición con el fin de acceder a las reducciones de impuestos derivadas de dicho convenio.

Esta práctica recurrente de algunos contribuyentes tiene su origen en la utilización abusiva del ámbito de aplicación de los convenios o el alcance de este debido a que, en palabras de los convenios, estos tendrán aplicación cuando se trate de personas residentes de uno o de ambos Estados, de manera que para que aplique los efectos del convenio se deben cumplir dos requisitos fundamentales: que se trate de una persona y que sea residente de uno de los dos Estados involucrados (Morales, 2010).

De esta manera, las cláusulas contenidas en la Acción 6 de BEPS pretenden evitar la aplicación inadecuada de los efectos de los convenios, siendo estas: la denominada cláusula del test de propósito principal (PPT–Principal Purpose Test), la cual corresponde al hecho de analizar de manera individual la situación de cada Estado contratante sobre cuál es el propósito principal de la ubicación del ente jurídico en un país determinado, o una cláusula denominada limitación de beneficios (LOB–limitation of benefits) la cual pretende que la utilización de los CDI tenga fundamento real y que se encuentre más allá de la residencia fiscal. Rust *et al.* (2015) señalan que esta cláusula permite evitar que las personas que no son residentes de ninguno de los Estados contratantes accedan a los beneficios del convenio a través del uso de una entidad que tendrá la calidad de residente de uno de esos Estados.

La presente investigación abarcará de manera detallada lo correspondiente a la LOB, la cual tiene como objetivo

... limitar el acceso al régimen de los convenios de doble imposición, en camino a prevenir su aplicación en casos de treaty shopping, los tratados de doble imposición sólo deberían ser aplicados cuando el contribuyente posea un propósito real de negocio o cuando demuestre un nexo suficiente con el estado de residencia. (Vega Borrero, 2017)

Esta cláusula LOB tiene sus orígenes en los tratados de doble imposición de Estados Unidos, de esta manera, el artículo 22 de los modelos de convenios de este país, correspondientes a los años 1996, 2006 y 2016, contienen una LOB completa, mientras que en el modelo OCDE este tipo de cláusulas solamente con el plan de acción BEPS pasaron de estar incluidas solo en los comentarios, a ser propuestas como parte integral de los convenios (Vega Borrero, 2017).

De conformidad con la cláusula LOB de los convenios de Estados Unidos, los efectos del convenio de doble imposición se encuentran limitados a la preexistencia de un sujeto que sea calificado, cláusula que tiene su aplicación en sujetos que pueden modificar su residencia fácilmente, y consiste en que estos superen una especie de condiciones para poder tener el acceso a los tratamientos establecidos en los convenios, dejando la existencia de situaciones particulares en las que a pesar de no cumplir las condiciones preestablecidas, el sujeto podrá obtener el tratamiento que otorga el convenio (Ortiz, 2018). Así, la posición adoptada por Estados Unidos ha consistido en incluir, con carácter general, estas cláusulas de limitación de beneficios en los convenios que celebra, con el objetivo de que solamente se beneficien de este los sujetos que guardan un vínculo suficiente con los Estados parte del convenio o tienen motivos económicos válidos para obtener el rendimiento desde el Estado de residencia (Vega Borrero, 2017).

Por su parte, Vega organiza la cláusula de limitación de beneficios en cuatro momentos: cláusulas que otorgan la calidad de residente calificado y la aplicación completa del convenio; cláusulas que otorgan la aplicación del convenio aun cuando no se trate de una persona calificada; cláusulas que permiten el acceso parcial a determinados beneficios del convenio y, por último, cláusulas que deniegan la aplicación del convenio (Vega Borrero, 2017).

Ahora, como resultado del plan de acción BEPS, fue redactado el IML, que corresponde a un convenio de suscripción abierta, con el cual las naciones pueden adicionar o modificar a los convenios de doble imposición ya existentes las cláusulas allí determinadas; sin embargo, y de conformidad con el principio *pacta sunt servanda* establecido en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969), solo a partir de que entre en vigor el tratado deberá ser cumplido por las partes, es por ello que al ser un convenio de suscripción abierta, su aplicación se encuentra condicionada a la aceptación de los Estados contratantes.

Por tratarse de un convenio que pretende modificar otros ya existentes, su redacción –y en lo particular la redacción del artículo 7– se encuentra abierta a distintos tipos de adopción, señalando entonces que para la aplicación de la cláusula LOB allí contenida es fundamental

que los Estados contratantes hayan señalado que el IML cubre los convenios y, adicional a ello, que hayan hecho referencia a la forma de aplicar el artículo 7, “toda vez que requiere una aplicación simétrica entre las dos jurisdicciones parte del CDI” (Fernández, 2019).

Antes de analizar la cláusula LOB señalada en el IML, es necesario mencionar que, en algunos tratados ya firmados, existen cláusulas de limitación de beneficios que obstruyen la aplicación de ciertos tratamientos preferenciales de los convenios en algunas ocasiones; sin embargo, el propósito de la suscripción del IML en lo pertinente a la cláusula LOB es que todos los Estados contratantes tengan una cláusula homogénea.

A. *Cláusula Lob en el IML*

De esta manera, el IML en su artículo 7 denominado “Impedir la utilización abusiva de los Convenios”, abarca la posibilidad para los Estados contratantes de aplicar bien sea la cláusula del test de propósito principal (PPT) o la cláusula de limitación de beneficios (LOB); puntualmente, las reglas de la LOB se establecen a partir del subapartado 7 y hasta el subapartado 13.

1. PERSONA CALIFICADA

Dentro de lo establecido en el IML, fue redactada una IML LOB simplificada, es decir que corresponde a una cláusula de limitación de beneficios que abarca de manera general las situaciones, y difiere de una cláusula detallada en el entendido de que esta última se ajusta a los nuevos tipos de acuerdos o a cada CDI en específico (Gómez, 2020).

Con esta LOB simplificada, se limita la aplicación de la gran mayoría de beneficios concedidos por los convenios de doble imposición al hecho de que el contribuyente sea considerado una persona calificada.

Bajo estos presupuestos, el IML sostiene que un contribuyente es un residente calificado si es:

- a. Persona física.
- b. Jurisdicción contratante o una subdivisión política o una entidad local.
- c. Sociedad o entidad cuya clase principal de acciones se coticen en un mercado de valores reconocido, el cual debe entenderse como un mercado de valores constituido y regulado conforme a la legislación de las jurisdicciones o un mercado acordado por las autoridades de las jurisdicciones contratantes.
- d. Una persona no física pero que sea: i) una organización sin ánimo de lucro, cuya naturaleza haya sido acordada por las jurisdicciones a través de notas diplomáticas, o ii) una entidad o acuerdo que sea persona independiente y su finalidad sea única o casi únicamente la de administrar u ofrecer prestaciones de jubilación, o única o casi únicamente la de invertir en beneficio de las entidades o acuerdos considerados personas independientes que administran y ofrecen prestaciones de jubilación

iii) una persona no física en la cual las personas enunciadas en los literales a) hasta el d) tuvieran al menos el 50% de las acciones, durante al menos la mitad de los días de un periodo de 12 meses, incluido el momento en el que el CDI otorga el beneficio.

A pesar de que la LOB señala como requisito fundamental para el acceso a los beneficios que otorgan los convenios de doble imposición la calidad de persona calificada, el IML extiende los efectos de los convenios a otro tipo de personas.

2. PERSONA NO CALIFICADA

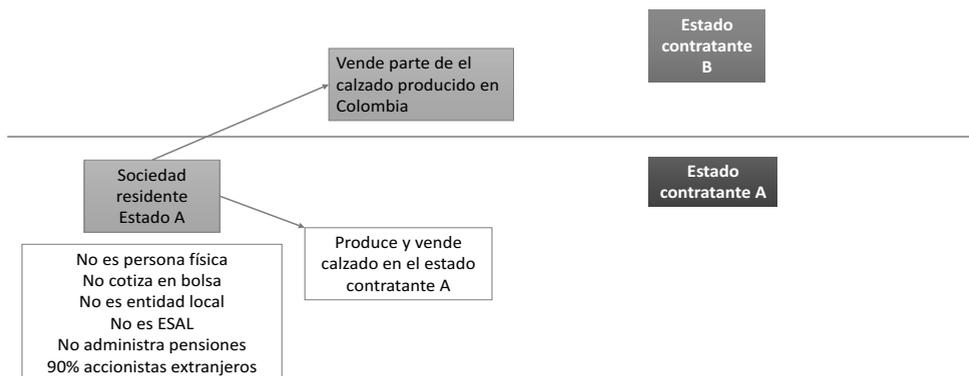
El IML, siguiendo los criterios internacionales de las cláusulas LOB, extiende la utilización de los beneficios otorgados por un CDI a contribuyentes que son considerados personas no calificadas, pero que reúnen unas características que le otorgan el acceso a los beneficios de los convenios de doble imposición, siendo estas:

a) *Actividad real*

Tiene lugar cuando un residente de una jurisdicción contratante, con independencia de que sea o no persona calificada, ejerce activamente una actividad económica en la jurisdicción contratante y la renta proveniente de la otra jurisdicción procede de esa actividad económica o es accesoria a ella, lo cual permite el acceso a los beneficios del tratado.

Sin embargo, el residente no tendrá acceso a los beneficios del convenio cuando su actividad económica se trate de: i) explotación como sociedad de tenencia de valores; ii) supervisión general o servicios de gestión de un grupo societario; iii) actividades de financiación del grupo; iv) realización o gestión de inversiones, salvo cuando sean realizadas por un banco o entidad en el curso ordinario de su actividad como tal (figura 1).

FIGURA 1. EJEMPLO ACTIVIDAD REAL



Fuente: elaboración propia.

En la figura 1 se observa que a pesar de que la sociedad residente en el Estado A no cumple los parámetros para ser considerada una persona calificada, puede acceder a los beneficios que otorga el convenio existente entre el Estado A y el Estado B, toda vez que en el Estado A realiza activamente la producción y venta de calzado, y en el exterior comercializa los productos fabricados en el Estado A, de esta manera, esa renta proveniente de la otra jurisdicción tiene sus orígenes en el territorio A.

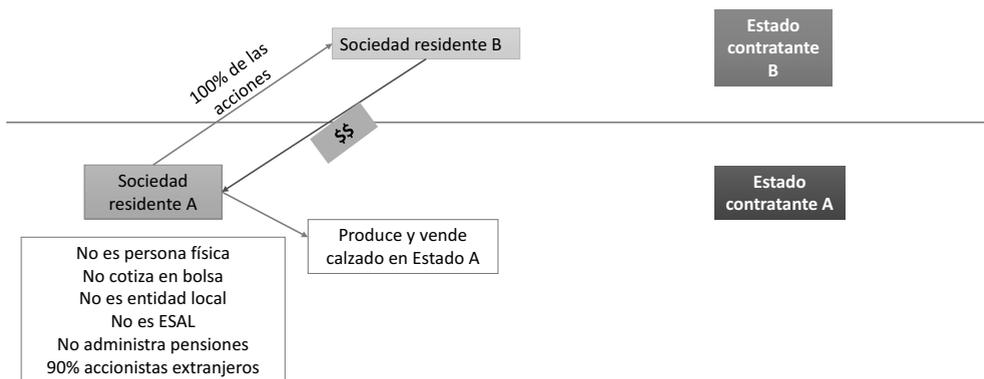
Con la aplicación de la anterior prueba, se establece una regla distinta a analizar las características del sujeto que pretende utilizar el convenio, esto en razón de que con la cláusula de actividad el criterio por ser analizado deja de ser la naturaleza del sujeto y pasa a ser la naturaleza de la actividad que realiza dicho sujeto y la relación entre el Estado, el sujeto, la actividad y la renta obtenida (Vega, 2002).

b) Actividad y persona relacionada

Se presenta cuando un residente de una jurisdicción contratante de un convenio obtiene un elemento de renta de una actividad económica realizada por él en la otra jurisdicción, u obtiene un elemento de renta de la otra jurisdicción contratante procedente de una persona relacionada, lo cual lo habilita a tener acceso a los efectos del convenio solamente si existe una relación sustancial entre estas actividades.

Para este punto es necesario precisar la definición que se le dio al criterio de persona relacionada, el cual se da cuando: una de ellas posee, directa o indirectamente, al menos el 50% del derecho de participación en la otra—en el caso de sociedades será el 50% del total de voto y valor de las acciones de la sociedad—; o cuando otra persona posee directa o indirectamente al menos el 50% del derecho de participación, en el caso de sociedades será el 50% del total de voto y valor de las acciones de la sociedad en cada una de ellas; y en todo caso si una tiene el control sobre la otra o ambas están bajo el control de una misma persona o personas.

FIGURA 2. EJEMPLO ACTIVIDAD Y PERSONA RELACIONADA



Fuente: elaboración propia.

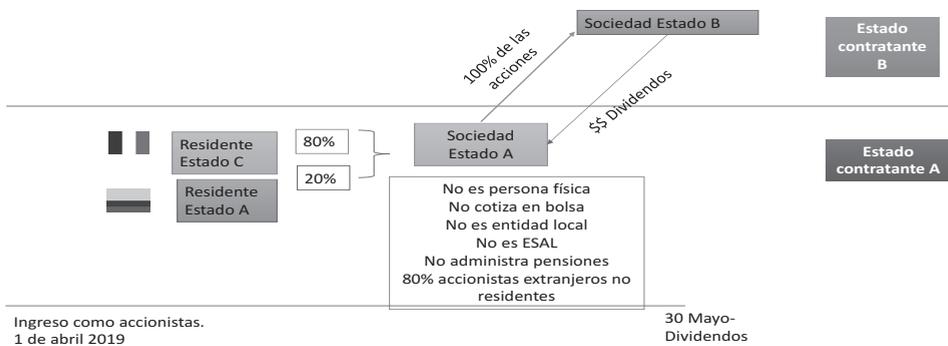
En este ejemplo, la sociedad residente en el Estado A Col S.A.S. se encarga de producir y vender calzado y, a su vez, es accionista en un 100% de la sociedad residente en el Estado B, la cual se dedica a vender en el exterior los zapatos producidos por la sociedad residente en A. De esta manera tiene acceso a los beneficios del convenio por cuanto se trata de una renta proveniente de la otra jurisdicción procedente de una persona relacionada, con la cual existe una evidente relación sustancial.

c) *Beneficiarios equivalentes*

Tiene lugar cuando un residente de una jurisdicción contratante, considerado como una persona no calificada, tiene acceso a los beneficios del convenio en la medida que durante al menos la mitad de los días de un plazo de 12 meses, incluido el momento en que es beneficiario del tratamiento diferencial del convenio, los beneficiarios equivalentes posean directa o indirectamente al menos el 75% del derecho de participación del residente.

En este escenario es relevante definir el concepto de beneficiario equivalente el cual, de conformidad con el IMI, se entiende como una persona con derecho a los beneficios respecto de un elemento de renta concedido bien sea por la normatividad interna o cualquier otro instrumento internacional que resulte más favorable; ahora bien, para determinar el beneficiario equivalente con relación a los dividendos, se creó una ficción jurídica en la cual se presume que la persona posee, en la sociedad que distribuye el dividendo, el mismo capital que tiene en la sociedad que lo reclama.

FIGURA 3. EJEMPLO BENEFICIARIOS EQUIVALENTES



Fuente: elaboración propia.

En este ejemplo, se tiene una sociedad residente en A, no es persona calificada, y a su vez es accionista en su totalidad de una sociedad residente en B, la cual reparte dividendos a su único accionista el día 30 de mayo de 2020.

En un primer momento se diría que la sociedad residente en A no podría acceder a los beneficios del convenio; sin embargo, al ser los beneficiarios equivalentes los accionistas residente A y residente C, quienes al momento de la repartición de los dividendos (30 de mayo de 2020), tenían la participación en más de un 75% de la sociedad residente y por tiempo superior a 6 meses, la sociedad residente en A podrá acceder a los beneficios del convenio.

3. BUENA FE

Ocurre cuando un residente de una jurisdicción que no es persona calificada, ni tampoco puede obtener por las condiciones adicionales el goce de los beneficios de los convenios, solicita a las autoridades competentes de los Estados contratantes le otorguen los beneficios del convenio fiscal o beneficios relativos a un elemento de una renta en concreto. Para ello, el contribuyente está en la obligación de demostrar ante dichas autoridades que ni su constitución, adquisición o mantenimiento tuvieron como uno de sus principales propósitos la obtención de beneficios fiscales. Para estos casos, deberá existir una interacción entre las autoridades administrativas con el fin de que la decisión sea tomada de manera objetiva.

Tal como lo establece Vega Borrero (2017), esta modalidad de acceso se caracteriza porque el convenio se aplica en virtud de un acto administrativo y, finalmente, le corresponde al mismo contribuyente la carga de la prueba, donde debe demostrar que su presencia en el Estado de residencia no tiene como finalidad principal el disfrute de los beneficios del convenio (p. 405).

B. Colombia y la cláusula LOB

Para que el IML tenga efectos y modifique los convenios de doble imposición –y en particular, como se mencionó, la cláusula LOB– requiere de la aplicación armoniosa de ambos Estados contratantes, de manera que si Colombia manifestó su intención de que fuera aplicada la LOB, pero el país contratante elige otro mecanismo, aplica por *default* la cláusula PPT.

Colombia suscribió el IML en París el 7 de junio de 2017, y manifestó la inclusión de esta en diez de sus catorce (14) convenios de doble imposición suscritos

1. COLOMBIA Y LOB ANTES DEL IML

A la fecha, Colombia tiene suscritos 14 convenios de doble imposición (Canadá, Chile, Corea, España, India, México, Portugal, República Checa, Suiza, Gran Bretaña, Francia, Emiratos Árabes, Japón e Italia) (tabla 3), adicionales a los que pertenecen a la Comunidad Andina (CAN) (Bolivia, Ecuador y Perú).

TABLA 3. CONVENIOS SUSCRITOS POR COLOMBIA

| | País | Fecha de suscripción | Ley que respalda el convenio | Sentencia Corte Constitucional |
|----|-----------------|----------------------|----------------------------------|--------------------------------|
| 1 | España | 31 marzo de 2005 | Ley 1082 de 31 julio de 2008 | C- 383 de 2008 |
| 2 | Chile | 19 abril de 2007 | Ley 1261 de 23 diciembre de 2008 | C-577 de 2009 |
| 3 | Suiza | 26 octubre de 2007 | Ley 1344 de 31 de julio de 2009 | C-460 de 2010 |
| 4 | Canadá | 21 noviembre de 2008 | Ley 1459 de 29 junio de 2011 | C-295 de 2012 |
| 5 | México | 13 agosto de 2009 | Ley 1568 de 2 agosto de 2012 | C-221 de 2013 |
| 6 | Corea | 27 julio de 2010 | Ley 1667 de 16 julio de 2013 | C-260 de 2014 |
| 7 | Portugal | 30 agosto de 2010 | Ley 1692 de 17 diciembre de 2013 | C- 667 de 2014 |
| 8 | India | 13 mayo de. 2011 | Ley 1668 de 16 julio de 2013 | C-238 de 2014 |
| 9 | República Checa | 22 marzo de 2012 | Ley 1690 de 17 diciembre de 2013 | C-049 de 2015 |
| 10 | Francia | 25 junio de 2015 | Ley 2061 de 22 octubre de 2020 | Pendiente |
| 11 | Reino Unido | 2 noviembre de 2016 | Ley 1939 de 4 octubre de 2018 | C-491 de 2019 |
| 12 | Emiratos Arabes | 12 noviembre de 2017 | Pendiente | Pendiente |
| 13 | Italia | 26 enero de 2018 | Ley 2004 de 28 noviembre de 2019 | Pendiente |
| 14 | Japón | 19 diciembre de 2018 | Pendiente | Pendiente |

Fuente: elaboración propia.

Al tratarse de convenios firmados en épocas distintas, es común que existan diferencias significativas dentro de la estructura de cada convenio; sin embargo, en algunos convenios existen cláusulas que tratan la limitación de beneficios, siendo estas cláusulas LOB diferentes a la LOB propuesta en el IML.

2. CLÁUSULAS LOB EN CONVENIOS SUSCRITOS POR COLOMBIA

Dentro de la red de convenios suscritos por Colombia existen siete que cuentan con una cláusula LOB propia, la cual pretende la obtención de los beneficios de cada convenio a contribuyentes que tengan un elemento adicional al criterio de residente.

a) CDI suscrito con Suiza

Colombia suscribió el CDI con Suiza el 26 de octubre de 2007, el cual en su artículo 21 contiene la denominada “Cláusula antiabuso”, que dispone:

Quando una sociedad residente en un Estado contratante recibe una renta proveniente del otro Estado contratante y transmite, directa o indirectamente, en cualquier momento y bajo cualquier forma, al menos la mitad de esta renta a una o más personas que no son residentes de este otro Estado contratante, este elemento de renta no beneficia del presente Convenio.

De esta manera, se observa cómo la intención de este fragmento del artículo 21 del CDI con Suiza pretende limitar los beneficios del convenio en cuanto a que el beneficio adquirido se materialice realmente en un residente de los Estados contratantes, toda vez que al distribuir la renta que fue beneficiaria en más de un cincuenta por ciento a personas no residentes, no habrá lugar a aplicar los beneficios del CDI.

b) CDI suscrito con Canadá

El convenio entre Colombia y Canadá fue suscrito el 21 de noviembre de 2008, el cual en su artículo 26 contiene una cláusula denominada “Antiabuso”, que indica:

El convenio no será aplicable a una sociedad, fideicomiso u otra entidad que sea residente de un estado contratante y que efectivamente pertenezca a una o varias personas no residentes de ese Estado, o que sea controlada directa o indirectamente por las mismas si el monto aplicado por dicho Estado es sustancialmente menor al monto que hubiese sido aplicado por el referido Estado.

El apartado 3 del artículo 26 del CDI suscrito con Canadá resulta entonces comparable con una cláusula de limitación de beneficios en el sentido de limitar el acceso al tratamiento diferencial de los convenios cuando se obtenga que la propiedad real de la sociedad u otras entidades está en cabeza de personas no residentes de los Estados contratantes que pretenden la obtención de un tratamiento diferencial con la implementación del vehículo jurídico intermedio.

c) CDI suscrito con México

El convenio entre Colombia y México fue suscrito el 13 de agosto de 2009, este convenio, en su artículo 26, establece la cláusula denominada “Normas antiabuso”, la cual se asemeja a lo señalado en el IML como cláusula de limitación de beneficios:

1. Los residentes de cualquiera de los estados contratantes tienen derecho a que 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% de las participaciones en dicha persona (en el caso de una sociedad, más del 50% del número de acciones de cada clase de las acciones de la sociedad) esté detentada directa o indirectamente, por cualquier combinación de una o más;
 - (A) 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 (dividendos), 11(intereses) y 12(regalías), no más del 50% 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 coticie sustancial y regularmente en un mercado de valores reconocido.

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 obtener los beneficios del mismo.

En este convenio se resalta la clara existencia de una cláusula de limitación de beneficios; por su parte, el numeral 1 extiende los efectos del convenio a todas las personas que sean personas físicas y condiciona su aplicación cuando se trate de personas distintas a las naturales, estableciendo que no es suficiente el criterio de que sean residentes de los Estados contratantes, toda vez que para acceder a los beneficios de este convenio deberán: o ser propiedad en más del 50% de sujetos calificados (personas naturales, subdivisiones políticas, o sociedades que coticen en un mercado de valores) o ser una sociedad que coticie en un mercado de valores reconocido.

El apartado 2 indica la posibilidad que tienen los contribuyentes de acceder a los beneficios del convenio, en razón al principio de buena fe, en la medida que a pesar de que no cumpla con los requisitos señalados para ser una persona calificada, podrá gozar del tratamiento dado en virtud del convenio con ocasión de que demuestre que la razón de ser de su residencia en ese Estado va más allá de la obtención de un tratamiento diferencial en materia fiscal.

d) CDI suscrito con Corea

Este convenio fue suscrito el 27 de julio de 2010, contiene en su artículo 26 una cláusula denominada “Normas antiabuso”, que dispone:

1. Respecto de los artículos 10 (dividendos), 11 (intereses), 12 (regalías), 13 (Ganancias de capital) y 21 (otras rentas), un residente de un Estado Contratante no tendrá derecho a los beneficios que de otra manera se acordaron para los residentes de un Estado Contratante por el Convenio si:
 - a) El residente es controlado directa o indirectamente por una o más personas que no son residentes de ese Estado contratante y
 - b) El propósito o uno de los principales propósitos de cualquier persona relacionada con la creación o atribución de una acción, crédito o derecho, en relación con los

cuales las rentas se pagan, fuera el de obtener beneficios de estos artículos mediante tal creación o atribución.

En este escenario, la cláusula LOB se encuentra sujeta a que efectivamente quien se beneficie de los efectos del convenio sean personas que tengan un interés y una relación directa con los Estados contratantes, toda vez que se limita su aplicación a que el control de la entidad beneficiaria esté en manos de personas residentes en los Estados contratantes.

e) CDI suscrito con India

Este convenio fue suscrito por Colombia el 13 de mayo de 2011, y contiene en su artículo 28 la cláusula denominada “Limitación de beneficios”, que indica:

1. Las disposiciones del presente acuerdo en ningún caso impedirán a un Estado Contratante aplicar las disposiciones de su legislación interna y las medidas relacionadas con la elusión y evasión de impuestos, descritas o no como tales.
2. Una empresa de un Estado Contratante no tendrá derecho a los beneficios de este acuerdo si el principal propósito de la creación de dicha empresa fue la de obtener los beneficios de este acuerdo que de otra forma no estarían disponibles.
3. En el caso de personas jurídicas que no realicen actividades o negocios de buena fe, se tendrán en cuenta para efecto de las disposiciones de este artículo.

En esta ocasión, aunque el título del artículo hace alusión a una limitación de beneficios, su contenido distingue dos escenarios: el numeral 2 establece una cláusula de propósito principal y el numeral 3 establece una especie de cláusula de limitación de beneficios, en el sentido de que, para acceder a los beneficios del convenio, el contribuyente podrá argumentar que realiza actividades o negocios dentro del lugar de residencia.

f) CDI suscrito con Emiratos Árabes Unidos

El convenio entre Colombia y Emiratos Árabes Unidos fue suscrito el 12 noviembre de 2017, este convenio tiene una cláusula antiabuso en su artículo 22 denominada “Limitación de beneficios”, la cual indica:

1. Una persona que sea residente de EAU y obtenga ingresos de Colombia tendrá derecho en Colombia a todos los beneficios de los artículos 8 (navegación y transporte aéreo), 10 (dividendos), 11 (intereses), 12 (regalías) y 13 (ganancias de capital) sólo si dicha persona es:
 - a. Emiratos Árabes Unidos
 - b. Una persona, distinta a una persona natural de EAU tal como está definida en el subpárrafo (b) (iii) del párrafo 1 del artículo 4 de este convenio.

- c. Una persona natural
 - d. Una sociedad siempre que dicha sociedad pueda probar que al menos el 51% de la participación en los beneficios de la misma propiedad, directa o indirectamente de los EAU y/o de una persona natural residente de EAU y que esa sociedad está controlada por los residentes antes señalados.
2. Un requisito adicional para la reducción del impuesto colombiano de conformidad con el párrafo 1 es que la sociedad residente en EAU demuestre que su propósito principal, o el de la realización de sus actividades o el de la adquisición o mantenimiento de la tenencia u propiedad de donde proviene el ingreso en cuestión, no es obtener ninguno de estos beneficios a favor de una persona que no sea residente de EAU. Adicionalmente, la sociedad debe demostrar que más del 50% de sus ingresos brutos no se utilizan, directa o indirectamente para cumplir obligaciones con personas que no tienen derecho a los beneficios de este acuerdo según los incisos a) a d).

En este convenio se encuentra la LOB en dos momentos, el primero de ellos al limitar el acceso a los beneficios del convenio a personas residentes que no demuestren que al menos el 51% de su participación corresponde a Emiratos Árabes Unidos o a personas allí residentes; y el segundo momento corresponde al hecho de negar la aplicación de los beneficios cuando el contribuyente destine más del 50% de sus ingresos brutos a cumplir obligaciones de personas no calificadas.

g) CDI suscrito con Japón

Este CDI fue suscrito el 19 de diciembre de 2018, y contiene una cláusula de limitación de beneficios en su artículo 28, denominada “Derecho a beneficios”; esta cláusula, junto con la contenida en el CDI suscrito con México, son las que más se asemejan a la contenida en el IML.

Asemejándose más a lo dispuesto en el IML, en su numeral 1, el CDI con Japón establece la condición de ser una persona calificada para acceder a los beneficios del CDI; en el numeral 2 se indican las situaciones en las cuales un contribuyente puede adquirir la calidad de persona calificada, en el numeral 3 se establece la posibilidad de que un contribuyente catalogado como persona no calificada acceda a los beneficios del convenio al tener una actividad en el territorio (definiendo cuáles actividades quedan excluidas de esta posibilidad, entre ellas ser empresas tenedoras de valores); en el numeral 4 se establece el acceso de personas no calificadas a los beneficios del convenio en la medida que cumplan el criterio de propiedad; en el numeral 5 se indica la posibilidad que tiene el contribuyente que no es persona calificada ni se encuentra dentro de las demás posibilidades para acceder a los beneficios del convenio de solicitar a la autoridad el acceso al mismo, neutralizando la cláusula del propósito principal; el numeral 6 establece definiciones, el numeral 7 abarca la utilización de establecimientos permanentes y el numeral 8 establece una cláusula de propósito principal.

h) Demás CDI suscritos por Colombia

Como se mencionó, Colombia tiene una red de 14 convenios suscritos para evitar la doble imposición. Los convenios suscritos con Portugal, Reino Unido, Chile, República Checa, Francia e Italia contienen dentro de su articulado cláusulas antiabuso, pero encaminadas a la aplicación del PPT.

Por su parte, el convenio celebrado con España no hace referencia a alguna cláusula antiabuso, es decir que allí no fueron incorporadas ni la PPT ni la LOB.

3. COLOMBIA Y LA LOB DESPUÉS DEL IML

Como se mencionó, los países contratantes deberán indicar cuáles de sus convenios se verán afectados por los cambios incorporados en el IML y, a su vez, para que la cláusula de LOB contenida en el IML opere es necesaria la aceptación homogénea de los Estados, por ello cobra relevancia conocer cómo serán afectados los convenios celebrados por Colombia (tabla 4).

TABLA 4. EFECTOS DEL IML

| País | | Efectos del IML |
|------|------------------------|--|
| 1 | España | Incluido, PPT rule |
| 2 | Chile | Incluido, PPT y LOB Preferente |
| 3 | Suiza | Suiza no lo incluyo |
| 4 | Canadá | Incluida, PPT rule (Colombia incluyó lob, pero Canadá NO) |
| 5 | México | Incluido, PPT rule (ambos incluyeron intencion de lob simplificada pero Mexico hizo reserva con convenio con Colombia) |
| 6 | Corea | Incluido, PPT rule |
| 7 | Portugal | Incluido, PPT rule |
| 8 | India | Incluido, PPT y LOB Preferente |
| 9 | República Checa | Incluido, PPT rule |
| 10 | Francia | Incluido, PPT rule |
| 11 | Reino Unido | No fue incluido |
| 12 | Emiratos Arabes Unidos | Colombia no lo incluyo |
| 13 | Italia | No fue incluido |
| 14 | Japón | No cubierto por ningun contratante |

Fuente: elaboración propia.

Resulta entonces particular que de los convenios que fueron incluidos dentro del acto de suscripción del IML, la cláusula LOB será aplicada únicamente en dos de ellos (Chile e India) y su aplicación tendrá lugar cuando dentro de los convenios celebrados con estos países se encuentren cláusulas de limitación de beneficios que sean contrarias a la establecida en el IML.

Por su parte, las cláusulas LOB contenidas en los convenios con Suiza, Emiratos Árabes Unidos y Japón continuarán aplicando toda vez que fueron convenios que no fueron sometidos a los cambios del IML.

C. Régimen CHC y LOB

Como se mencionó, a partir del año 2018, con la Ley 1943, se creó el régimen de compañías *holding* colombianas (CHC), el cual fue reproducido en la Ley 210 de 2019, en pro de la inversión extranjera en el territorio nacional.

Teniendo en cuenta la posición adoptada por Colombia frente a la adopción de medidas antiabuso establecidas en la Acción 6 de BEPS y materializada en el instrumento multilateral, llama la atención el posible tratamiento que tendría el régimen CHC a la luz de la cláusula de limitación de beneficios.

La norma colombiana estableció por defecto que las sociedades que se constituyan y se integren al régimen de compañías *holding* colombianas son residentes fiscales del país para efectos de los convenios de doble imposición, especificación que a la luz de la cláusula LOB no sirve para pretender ser sujetos pasivos de los convenios, toda vez que se requiere la categoría de persona calificada.

1. REGLA GENERAL DE RÉGIMENES HOLDING Y LOB

Como se dio a conocer, y como quedó instaurado en la cláusula LOB del IML, artículo 7 (8) al (13), para acceder a los beneficios del convenio de doble imposición, más allá de tener la calidad de residente de un Estado contratante, se requiere la calidad de persona calificada.

A su vez, es viable que la entidad acceda a los beneficios cuando desarrolle una actividad real en alguno de los Estados contratantes; sin embargo, de conformidad con el IML no se considerará una actividad válida el hecho de ser una entidad que tenga como objeto social exclusivo la tenencia de valores, lo cual negaría los efectos de los convenios a las entidades CHC.

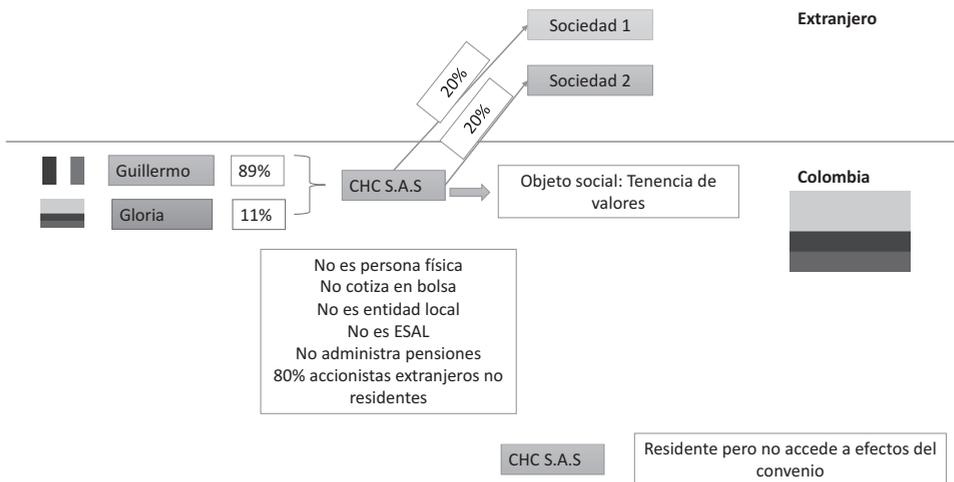
Imaginemos una sociedad colombiana que no cotice en bolsa, cuyos accionistas en su gran mayoría (89%) sean personas no residentes en el territorio colombiano, cuya única actividad es la tenencia de valores, propietaria de acciones de dos sociedades extranjeras equivalentes al 20% en cada una y perteneciente al régimen CHC.

Al realizar un análisis para determinar si la sociedad tiene acceso a los beneficios del convenio se tendría:

1. Residencia: la sociedad es constituida por extranjeros, pero bajo las normas colombianas y con domicilio en Colombia, por lo cual a efectos del artículo 12-1 del Estatuto Tributario, cumple con las disposiciones para ser considerada como una sociedad nacional.

2. Sujeto calificado: a pesar de que la sociedad es residente en territorio colombiano, al pertenecer en más de un 50% a personas no residentes, para efectos fiscales de doble imposición será considerada una persona no calificada.
3. Sujeto no calificado con derecho a beneficio: al aplicar el criterio de actividad se tendría que la sociedad, a pesar de no ser una persona calificada, se encontraría dentro de las causales de actividad para poder acceder a los beneficios del convenio; sin embargo, su actividad exclusiva se trata de la tenencia de valores, actividad que ha sido excluida de manera taxativa como criterio de acceso a los convenios de doble imposición.
4. Buena fe: Al ser un sujeto residente no calificado y con actividad de tenencia de valores, restaría que el contribuyente solicitara al Estado contratante la aplicación de los beneficios del convenio, pero al tener como su única actividad la tenencia de valores, sería evidente que no estaría en la capacidad de demostrar una actividad válida para haber seleccionado este país como residencia de la sociedad (figura 4).

FIGURA 4. REGLA GENERAL DE LOS RÉGIMENES *HOLDING*



Fuente: elaboración propia.

Del ejercicio anterior se puede concluir que, en la práctica, una sociedad que se establezca en Colombia bajo la actividad exclusiva de realizar actividades *holding*, no tendrá acceso a los beneficios de los convenios de doble imposición; sin embargo, podrá gozar de lo establecido en el propio régimen respecto a los ingresos provenientes del exterior y de los egresos con rumbo al exterior.

2. CHC Y BOLSA DE VALORES

Según el modelo de cláusula LOB del IML, es posible que sociedades residentes adquieran la calidad de personas calificadas en la medida que sus acciones principales se coticen en mercados de valores reconocidos, para el caso colombiano corresponde a sociedades cuyas acciones se coticen en la bolsa de valores de conformidad con la Ley 27 de 1990.

En Colombia, se estableció que cualquier tipo societario puede acceder al régimen CHC, en la actualidad el tipo societario de mayor uso corresponde a las sociedades por acciones simplificadas (SAS) creadas por la Ley 1258 de 2008. “En la actualidad la sociedad simplificada es el vehículo de inversión más utilizado por los empresarios colombianos” (Reyes, 2020, p. 916).

A pesar de su gran acogida, las SAS tienen la limitación legal de no inscribir sus acciones en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE) ni negociarse en bolsa (Ley 1258, 2008), por lo que las sociedades de este tipo que pretendan ser personas calificadas deben reunir alguna de las demás posibilidades existentes para poder acceder a los beneficios de los convenios.

Con ocasión de la emergencia sanitaria decretada en Colombia a raíz de la covid-19, el Gobierno nacional, por medio del Decreto Legislativo 817 de 4 de junio de 2020 estableció una modificación transitoria a la prohibición contenida en la Ley 1258 de 2008, en lo que respecta a la imposibilidad de las sociedades por acciones simplificadas SAS de participar en el RNVE. Con la expedición del mencionado Decreto y por el término de dos años, las SAS se encuentran autorizadas para emitir en el segundo mercado títulos representativos de deuda que podrán ser inscritos en el RNVE y negociarse en una bolsa de valores.

Por su parte, el Decreto 1235 de 14 de septiembre de 2020, se encargó de reglamentar lo dispuesto en el Decreto Legislativo 817 de 2020 y estableció los requisitos para que las sociedades por acciones simplificadas puedan acceder al registro en el RNVE de sus títulos representativos de deuda.

En este punto, es relevante mencionar que inicialmente se habilitó el acceso de las SAS al RNVE a través de los títulos representativos de deuda y, por tanto, como lo afirma el profesor Reyes (2020, p. 917), “se trata en efecto de la imposibilidad de emitir títulos de renta variable, es decir acciones de la S.A.S”; sin embargo, al igual que lo señala Reyes, con la reglamentación actual surge la inquietud de si es posible emitir títulos de deuda mixta, permitiendo entonces que los bonos emitidos pudiesen llegar a convertirse en acciones.

Bajo esta situación, se debe tener presente que la cláusula del IML señala como persona calificada a aquella sociedad cuya clase principal de acciones se coticen en un mercado de valores reconocido, por lo cual el hecho de que se autorice el registro en el RNVE y la negociación en la bolsa de valores de títulos representativos de deudas no otorga acceso automático a la categoría de persona calificada bajo los requisitos del IML.

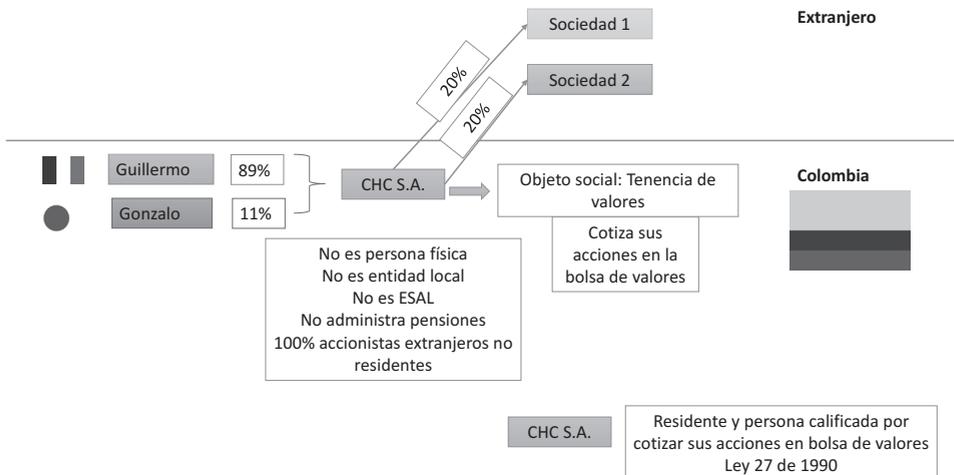
Ahora, imaginemos una sociedad cuyos accionistas son personas no residentes en Colombia, con una actividad económica exclusiva de tenencia de valores, propietaria de acciones de dos sociedades extranjeras equivalentes al 20% en cada una, perteneciente al régimen CHC, pero esta vez la sociedad corresponde a una sociedad anónima que cotiza sus acciones en la Bolsa de Valores de Colombia.

Al realizar un análisis para determinar si la sociedad tiene acceso a los beneficios del convenio se tendría:

1. Residencia: la sociedad es constituida por extranjeros, pero bajo las normas colombianas y con domicilio en Colombia, por lo cual, a efectos del artículo 12-1 del Estatuto Tributario, cumple con las disposiciones para ser considerada como una sociedad nacional.
2. Sujeto calificado: a pesar de que la sociedad es residente en territorio colombiano, al pertenecer en más de un 50% a personas no residentes, para efectos fiscales de doble imposición no podrá ser catalogada como persona calificada por esta razón.

Ahora, atendiendo a su característica de ser una sociedad anónima, que cotiza sus acciones en la Bolsa de Valores de Colombia, siendo esta una bolsa de valores reconocida bajo lo señalado en la Ley 27 de 1990, se entendería que la sociedad CHC podrá acceder a los beneficios del convenio de doble imposición (figura 5).

FIGURA 5. REQUISITOS PARA BENEFICIO DEL CONVENIO



Fuente: elaboración propia.

Del ejercicio anterior se obtiene que el régimen CHC puede acceder a los beneficios de los convenios de doble imposición en la medida que cumpla con la característica de ser una persona calificada al cotizar sus acciones en un mercado de valor reconocido, de esta manera, al catalogarse como una sociedad anónima que cotiza sus acciones en la bolsa de valores (bolsa reconocida en Colombia bajo la Ley 27 de 1990), la sociedad CHC tendrá acceso a los beneficios de los convenios.

3. CHC Y ACTIVIDAD ECONÓMICA

La normatividad colombiana estableció que las CHC deben tener como una de sus actividades principales la tenencia de valores, la inversión o *holding* de acciones o participaciones en sociedades o entidades colombianas o del exterior, o la administración de dichas inversiones (Ley 2010 de 2019), lo cual permite que estas sociedades puedan desarrollar actividades adicionales.

De conformidad con el modelo de LOB del IML, los Estados contratantes podrán acceder a los beneficios del convenio para ciertas rentas aun cuando sean considerados personas no calificadas en el momento en que la renta obtenida desde la otra jurisdicción provenga de la actividad que ejerce en el Estado de residencia, o cuando la renta del exterior provenga de una persona relacionada y esta última lleva a cabo una actividad sustancial a la que realiza la sociedad residente en el otro Estado.

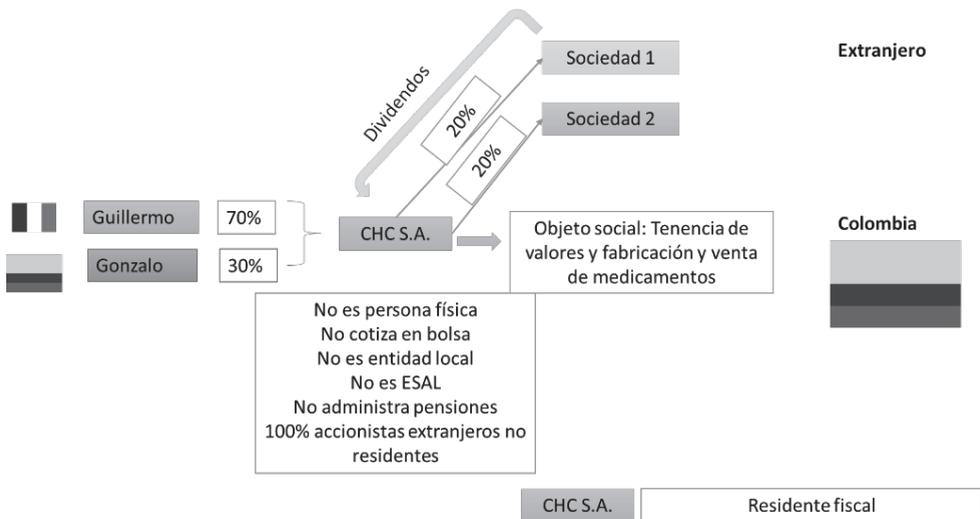
Existe en territorio colombiano una sociedad que no cotiza en bolsa, cuyos accionistas en su gran mayoría (70%) sean personas no residentes en el territorio colombiano, propietaria de acciones de dos sociedades extranjeras equivalentes al 20% en cada una, perteneciente al régimen CHC, cuyas actividades principales son la tenencia de valores, y la fabricación y venta de medicamentos; dicha CHC vende en el exterior y, precisamente, a una de las sociedades en que tiene participación, parte de los medicamentos que fabrica en Colombia y recibe a la vez ingresos provenientes del exterior por una de sus sociedades, la cual vende estos medicamentos en el exterior.

Al realizar un análisis para determinar si la sociedad tiene acceso a los beneficios del convenio se tendría:

1. Residencia: la sociedad es constituida en un 70% por extranjeros, pero bajo las normas colombianas y con domicilio en Colombia, por lo cual, a efectos del artículo 12-1 del Estatuto Tributario, cumple con las disposiciones para ser considerada como una sociedad nacional.
2. Sujeto calificado: a pesar de que la sociedad es residente en territorio colombiano, al pertenecer en más de un 50% a personas no residentes, para efectos fiscales de doble imposición será considerada una persona no calificada.
3. Sujeto no calificado con derecho a beneficio: al aplicar el criterio de actividad se tendría que la sociedad, a pesar de no ser una persona calificada, se encontraría dentro de las causales de actividad para poder acceder a los beneficios del convenio respecto de

la venta de medicamentos al exterior con una de las sociedades en las que tiene participación; ahora, a pesar de que la renta obtenida desde el exterior es conseguida por la venta de los medicamentos fabricados en Colombia por parte de una de las sociedades en que tiene participación, este ingreso no podría acceder a los beneficios del convenio debido a que la CHC solamente tiene el 20% de participación, lo cual impediría que se tratara de un ingreso proveniente de una persona relacionada (figura 6).

FIGURA 6. CHC Y ACTIVIDAD ECONÓMICA



Fuente: elaboración propia.

De la situación anterior se desprenden dos situaciones: 1) a pesar de que la CHC SAS es una sociedad residente persona no calificada, tendrá rentas que gozarán del beneficio del convenio siendo estas las percibidas por las ventas al exterior de los productos fabricados en Colombia, y 2) a su vez tendrá rentas provenientes del exterior que no gozarán de los tratamientos del convenio por no tener la participación suficiente para otorgar la categoría de persona relacionada al tercero que realiza el pago.

4. CHC Y BUENA FE

Como última alternativa para acceder a los beneficios de un convenio de conformidad con la cláusula LOB está la posibilidad de que los contribuyentes soliciten a las autoridades la aplicación de los efectos del convenio; sin embargo, en la normatividad colombiana que abarca el régimen *holding* (libro séptimo, título II) no hay precisión sobre este tema.

Lo único que es claro, según la legislación interna, es que los beneficios del régimen CHC no tendrán lugar cuando el receptor de las rentas que distribuya una CHC tenga domicilio o sea un residente en una jurisdicción no cooperante de baja o nula imposición, o de un régimen tributario preferencial.

De los postulados anteriores se tendría que es posible que llegue el caso en que una sociedad colombiana se registre en el régimen CHC y pretenda utilizar los beneficios del convenio, en cuyo caso quedará en decisión de las autoridades administrativas.

De esta manera quedó ejemplificada la compatibilidad existente entre el régimen CHC y la cláusula LOB establecida en el IML, análisis que resulta oportuno en la medida que la posición señalada por Colombia respecto a la aplicación de la cláusula LOB o PPT aún no es definitiva y puede llegar a cambiar.

Es relevante realizar el análisis de la compatibilidad existente entre el régimen CHC y el CDI con Japón, partiendo del hecho de que este último no fue incorporado por ninguno de los Estados contratantes para ser modificado por el IML, y que posee una cláusula de limitación de beneficios LOB similar a la contemplada en el IML.

III. Régimen CHC y CDI con Japón

A. Cláusula LOB en CDI con Japón

Tal como se mencionó, el convenio suscrito con entre Japón y Colombia corresponde al CDI que, aunque no fue incorporado dentro de la lista de convenios para ser modificados por parte del IML, la redacción de su cláusula restrictiva en cuanto a su aplicación se acerca a la redacción planteada en el artículo 7 del instrumento multilateral; de esta manera, el artículo 28, Derecho a beneficios, se encarga de desarrollar la materia.

1. PERSONA CALIFICADA

Dentro de su redacción se obtiene que limita de manera directa la obtención de beneficios en cuanto a los artículos 7 (utilidades empresariales), 10 (dividendos), 11 (intereses), 12 (regalías) y 13 (ganancias de capital), y utiliza la misma expresión usada en el IML de persona calificada para determinar el acceso a dicho tratamiento beneficioso.

De esta manera, el CDI suscrito con Japón sostiene que un contribuyente es un residente calificado si es:

- a. Persona física.
- b. Estado contratante, una subdivisión política o autoridad local del mismo, el banco central de ese Estado contratante, o una agencia u organismo de ese Estado contratante o subdivisión política o autoridad local.
- c. Sociedad u otra entidad, si la clase principal de sus acciones se cotizan en bolsas de valores reconocidas.

d. Fondo de pensiones reconocido, si al menos el 50% de los beneficiarios, miembros o participantes son personas naturales residentes de cualquiera de los Estados contratantes al comienzo del año fiscal.

e. Alguien que no sea persona natural, si en ese momento y en al menos la mitad de los días de un periodo de 12 meses, personas residentes y calificadas en los literales a (persona natural), b (Estado o subdivisiones, etc.), c (sociedad que cotice en bolsa sus acciones) o d (fondo de pensión con porcentaje de participación) poseen directa o indirectamente al menos el 50% de las acciones de esa persona no natural.

Al igual que en el IML, a pesar de que el convenio señala como requisito fundamental para el acceso a los beneficios que otorgan los convenios de doble imposición la calidad de persona calificada, el artículo 28 de este CDI extiende los efectos de los convenios a otro tipo de personas.

2. PERSONA NO CALIFICADA

El CDI suscrito con Japón, siguiendo los criterios internacionales de las cláusulas LOB, extiende la utilización de los beneficios otorgados por un CDI a contribuyentes que son considerados personas no calificadas, pero que reúnen unas características que le otorgan el acceso a los beneficios de los convenios de doble imposición, estas son:

a) *Actividad real*

Tiene lugar cuando un residente de una jurisdicción contratante, con independencia de que sea o no persona calificada, se dedica a un negocio empresarial activo en el primer Estado contratante y las rentas derivadas del otro Estado contratante emanan o son incidentales a esa actividad empresarial.

Sin embargo, al igual que en el IML, el CDI restringe el acceso a los beneficios del convenio cuando su negocio empresarial se trate sobre: i) explotación como sociedad de tenencia de valores (*holding Company*); ii) supervisión general o administración para un grupo de empresas; iii) financiación grupal, iv) Realización o administración de inversiones, salvo cuando sean realizadas por un banco o entidad en el curso ordinario de su actividad como tal, o v) mantenimiento o administración de propiedad intangible sin producirla o desarrollarla.

- *Actividad y persona vinculada*

Al igual que el IML, el CDI plantea la posibilidad de acceder a los beneficios otorgados, si un residente de un Estado contratante obtiene un elemento de renta de una actividad empresarial realizada por ese residente en el otro Estado contratante u obtiene un elemento de renta de la otra jurisdicción contratante procedente de una persona vinculada, siempre y cuando exista una relación sustancial entre estas actividades.

Para este punto es necesario precisar la definición dada por el CDI al criterio de persona vinculada, que es cuando una de ellas posee, directa o indirectamente, al menos el 50% del interés efectivo en la otra; en el caso de sociedades será al menos el 50% del conjunto de derechos de voto y valor de las acciones; o cuando otra persona posee directa o indirectamente al menos el 50% del derecho de participación, en el caso de sociedades será al menos el 50% del total de voto y valor de las acciones de la sociedad en cada una de ellas; y en todo caso si una tiene el control sobre la otra o ambas están bajo el control de una misma persona o personas.

b) *Beneficiarios equivalentes*

El CDI otorga el acceso a los beneficios del convenio a una persona no calificada, si:

- Corresponde a un fondo de pensiones, que al comienzo del año del cual reclama el beneficio, sus beneficiarios, miembros o partícipes eran al menos en un 75% beneficiarios equivalentes.
- Al momento de reconocer el beneficio, en al menos la mitad de los días de un periodo de 12 meses, los beneficiarios equivalentes posean directa o indirectamente al menos el 75% de las acciones del residente.

Como ocurre en el IML, el CDI desarrolla una definición del término de beneficiario equivalente, el cual se entiende como cualquier persona con derecho a los beneficios respecto de un elemento de renta concedido, bien sea por la normatividad interna o cualquier otro instrumento internacional que resulte más favorable; ahora bien, para determinar el beneficiario equivalente con relación a los dividendos, el CDI establece que la persona se considerará como una sociedad con el mismo poder de voto que tiene la sociedad que reclama el beneficio con respecto a los dividendos en la sociedad pagadora de los dividendos.

c) *Buena fe*

Como lo establece el IML, el CDI determina la posibilidad que tienen los residentes considerados como persona no calificada, y que no encaja dentro de las situaciones anteriores, de solicitar el acceso a los beneficios del convenio. Para ello, el contribuyente está en la obligación de demostrar ante dichas autoridades que ni su constitución, adquisición o mantenimiento tuvieron como uno de sus principales propósitos la obtención de beneficios fiscales. Para estos casos, antes de otorgar o negar la solicitud, la autoridad competente deberá consultar a la otra autoridad competente.

B. Aplicación práctica CHC y CDI Japón

1. REGÍMENES HOLDING CHC Y CDI JAPÓN

Resulta entonces, que la cláusula LOB establecida en el CDI con Japón presenta gran similitud con la cláusula LOB instaurada en el IML, por lo cual en el momento en que el CDI con Japón se encuentre vigente, se deberá analizar de forma detallada cada situación, toda vez que los residentes que pretendan utilizar los beneficios que otorga el convenio deberán, en primer momento, además de ser considerados residentes fiscales ser considerados personas calificadas.

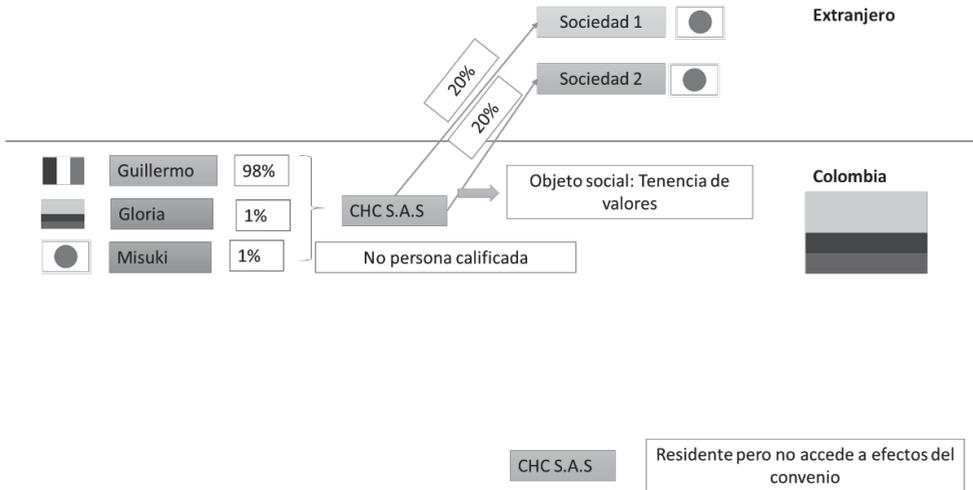
Sin embargo, el CDI otorga acceso a los beneficios incluso a residentes que no sean considerados como personas calificadas, en la medida que desarrollen actividades empresariales en alguno de los Estados; al respecto, el CDI aclara que no se podrá obtener el acceso a los beneficios cuando se tenga como actividad empresarial la tenencia de valores.

Imaginemos una sociedad colombiana que no cotice en bolsa, cuyos accionistas sean en un 98% personas no residentes en el territorio colombiano ni en Japón, cuya única actividad es la tenencia de valores, propietaria de acciones de dos sociedades domiciliadas en Japón equivalentes al 20% en cada una y perteneciente al régimen CHC.

Al realizar un análisis para determinar si la sociedad tiene acceso a los beneficios del convenio se tendría:

1. Residencia: la sociedad es constituida por extranjeros, pero bajo las normas colombianas y con domicilio en Colombia por lo cual, a efectos del artículo 12-1 del Estatuto Tributario, cumple con las disposiciones para ser considerada como una sociedad nacional.
2. Sujeto calificado: a pesar de que la sociedad es residente en territorio colombiano, al pertenecer en más de un 50% a personas no residentes ni en Colombia ni en Japón, para efectos fiscales de doble imposición será considerada una persona no calificada.
3. Sujeto no calificado con derecho a beneficio: al aplicar el criterio de actividad se tendría que la sociedad, a pesar de no ser una persona calificada, se encontraría dentro de las causales de negocio empresarial para poder acceder a los beneficios del convenio; sin embargo, su actividad exclusiva se trata de la tenencia de valores, actividad que ha sido excluida de manera taxativa como criterio de acceso a CDI.
4. Buena fe: al ser un sujeto residente no calificado y con actividad de tenencia de valores, restaría que el contribuyente solicitara al Estado contratante la aplicación de los beneficios del convenio, pero al tener como su única actividad la tenencia de valores, sería evidente que no estaría en la capacidad de demostrar una actividad válida para haber seleccionado a este país como residencia de la sociedad (figura 7).

FIGURA 7. CHC Y CDI JAPÓN



Fuente: elaboración propia.

Partiendo del ejercicio anterior, se puede observar que, aunque la sociedad CHC SAS cumple con el hecho de ser residente fiscal en Colombia, para efectos de los beneficios dados en el CDI con Japón en lo que respecta a dividendos, utilidades empresariales, intereses, regalías y ganancias de capital no será tenida en cuenta y, por tanto, no tendrán aplicación.

2. BOLSA DE VALORES Y CDI JAPÓN

De manera similar a lo establecido en el IML, el CDI suscrito con Japón permite la clasificación de persona calificada en la medida que la sociedad cotice en bolsa de valores sus acciones principales.

En este punto no se profundizará sobre el requisito de que las acciones sean cotizadas en una bolsa de valores, toda vez que fue explicado en el literal C.2.

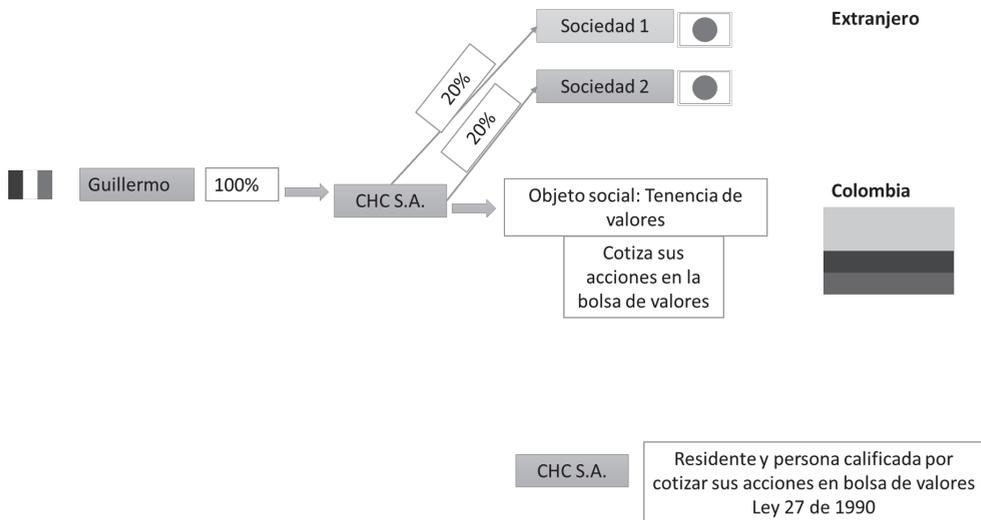
Aquí planteamos una sociedad de naturaleza anónima cuyos accionistas son personas no residentes en Colombia ni en Japón, con una actividad económica exclusiva de tenencia de valores, propietaria de acciones de dos sociedades japonesas equivalentes al 20% en cada una, perteneciente al régimen CHC, y esta sociedad anónima cotiza sus acciones en la Bolsa de Valores de Colombia cumpliendo todos los requisitos legales.

Al realizar un análisis para determinar si la sociedad tiene acceso a los beneficios del convenio se tendría:

1. Residencia: la sociedad es constituida por extranjeros, pero bajo las normas colombianas y con domicilio en Colombia, por lo cual, a efectos del artículo 12-1 del Estatuto Tributario, cumple con las disposiciones para ser considerada como una sociedad nacional.
2. Sujeto calificado: a pesar de que la sociedad es residente en territorio colombiano, al pertenecer 100% a personas no residentes, para efectos fiscales de doble imposición no podrá ser catalogada como persona calificada por esta razón.

Ahora, atendiendo su característica de ser una sociedad anónima, que cotiza sus acciones en la Bolsa de Valores de Colombia, cumpliendo con todas las exigencias legales en esta materia, se entendería que la sociedad CHC podrá acceder a los beneficios del convenio de doble imposición suscrito con Japón (figura 8).

FIGURA 8. BOLSA DE VALORES Y CDI JAPÓN



Fuente: elaboración propia.

De este ejercicio resulta que, sin importar que la sociedad CHC SAS fuera constituida en su totalidad por una persona no residente ni en el Estado de Colombia ni en el Estado de Japón, es aplicable el convenio en la medida que cumple con el requisito de cotizar en una bolsa de valores sus principales acciones.

3. ACTIVIDAD Y PERSONA VINCULADA Y CDI JAPÓN¹

Como se determinó en el literal B.1, cuando la sociedad colombiana perteneciente al régimen CHC tenga como objeto social exclusivo la tenencia de valores, no podrá acceder a los beneficios que otorgue el CDI suscrito con Japón; sin embargo, dicho CDI no prohíbe el acceso al tratamiento del convenio cuando se esté enfrente de una sociedad que pertenezca al régimen CHC y desarrolle otras actividad u objetos sociales.

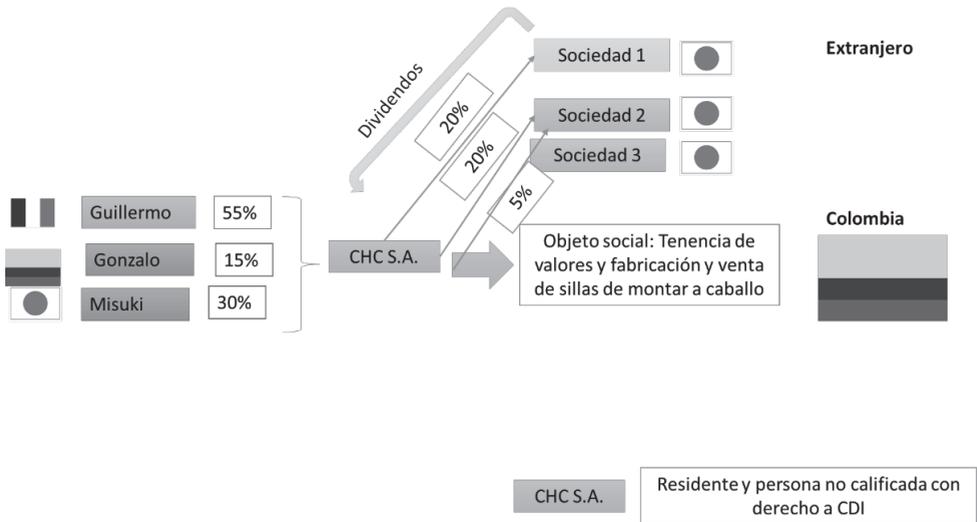
Existe en territorio colombiano una sociedad que no cotiza en bolsa, cuyos accionistas en un 30% corresponden a residentes en Japón, 15% colombianos y 55% de otras nacionalidades, propietaria de acciones de tres sociedades japonesas, perteneciente al régimen CHC, cuyas actividades principales son la tenencia de valores y la recolección y venta de café; dicha CHC vende al exterior, y precisamente a una de las sociedades en que tiene participación parte del café que es procesado en Colombia y a la vez recibe ingresos provenientes del exterior por una de sus sociedades, la cual vende ese café en el exterior.

Al realizar un análisis para determinar si la sociedad tiene acceso a los beneficios del convenio se tendría:

1. Residencia: la sociedad es constituida en un 55% por extranjeros, pero bajo las normas colombianas y con domicilio en Colombia por lo cual, a efectos del artículo 12-1 del Estatuto Tributario, cumple con las disposiciones para ser considerada como una sociedad nacional.
2. Sujeto calificado: a pesar de que la sociedad es residente en territorio colombiano, al pertenecer en más de un 50% a personas no residentes colombianos ni japoneses, para efectos fiscales de doble imposición será considerada una persona no calificada.
3. Sujeto no calificado con derecho a beneficio: al aplicar el criterio de actividad se tendría que la sociedad, a pesar de no ser una persona calificada, se encontraría dentro de las causales de actividad para poder acceder a los beneficios del convenio respecto de la venta de café al exterior con una de las sociedades en las que tiene participación. Ahora, a pesar de que la renta obtenida desde el exterior se debe a la venta del café procesado en Colombia por parte de una de las sociedades en que tiene participación, este ingreso no podría acceder a los beneficios del convenio debido a que la CHC solamente tiene el 20% de participación, lo cual impediría que se tratara de un ingreso proveniente de una persona vinculada (figura 9).

1 En el portal web de la embajada de Japón en Colombia se estableció que: “Los principales productos de exportación hacia el mercado japonés son café, flores, níquel, productos químicos y carbón. Por otra parte, los principales productos de importación provenientes de Japón son maquinaria, equipos de comunicación, automóviles y autopartes, productos químicos y alimentos”. <https://www.colombia.emb-japan.go.jp/ESP/bilateral/comercial.htm#:~:text=Las%20relaciones%20comerciales%20entre%20Colombia%20y%20Jap%C3%B3n%20son%20un%20elemento%20primordial.&text=Los%20principales%20productos%20de%20exportaci%C3%B3n,n%C3%ADquel%2C%20productos%20qu%C3%ADmicos%20y%20carb%C3%B3n.>

FIGURA 9. ACTIVIDAD Y PERSONA VINCULADA Y CDI JAPÓN



Fuente: elaboración propia.

En este escenario ocurren dos momentos. El primero de ellos corresponde al hecho de que la CHC SAS es una sociedad residente, pero corresponde a una persona no calificada, tendrá una renta que se beneficiará del tratamiento del CDI por las ventas realizadas al exterior (Japón) de café; y el segundo momento corresponde a las rentas que provendrán de la sociedad japonesa pero que como la participación es inferior a un 50% no se tratará de un ingreso de una persona vinculada y por lo tanto no aplicará el convenio.

4. BUENA FE CDI JAPÓN

El último recurso al que acude el CDI suscrito con Japón es el de realizar una solicitud a la administración de impuestos para que esta, previa consulta con la otra administración, le conceda o no los beneficios.

Finalmente, se puede observar que la cláusula contenida el CDI suscrito entre Colombia y Japón guarda una estrecha relación entre lo contenido en el IML respecto a la cláusula LOB, pudiendo entonces determinarse que, en la práctica, aunque Colombia optó en su gran mayoría por aplicar el PPT, en un futuro cercano será un país que deberá llevar a cabo análisis detallados en el cumplimiento de la calificación de los contribuyentes como personas calificadas.

Conclusiones

Con ocasión de la implementación del régimen de compañías *holding* colombianas con las leyes 1943 de 2018 y 2010 de 2019 surgió la necesidad de profundizar sobre su origen, regímenes ya existentes, su implementación en Colombia y su compatibilidad frente a los estándares internacionales, particularmente frente al problema internacional del abuso en tratados tributarios internacionales, para lo cual fue necesario ahondar sobre lo contenido en el IML en lo que respecta a su cláusula de limitación de beneficios. Como primera medida, fue necesario indagar sobre los regímenes *holding*, posterior a ello entrar a determinar de manera detallada la posición adoptada por Colombia frente a lo propuesto en el IML frente a las cláusulas antiabuso y, finalmente, se compararon los efectos prácticos que tendrá la cláusula de limitación de beneficios planteada en el convenio de doble imposición celebrado con Japón frente a una posible CHC. De esta manera, del estudio realizado se concluyó lo siguiente: la figura de régimen *holding* no corresponde a una creación del legislador colombiano, toda vez que este tipo de regímenes tiene su origen en el derecho europeo; tampoco corresponde a una novedad en el continente americano, en razón de que a la fecha de su expedición ya han existido distintos regímenes con distintos tipos de resultados en el continente.

Dentro de los regímenes *holding*, se destaca que son figuras que intentan promover la inversión extranjera, brindando facilidades a inversionistas extranjeros para que, a través de estos vehículos tributarios, gestionen el movimiento de capital. Claro está, a cambio de dicho tratamiento preferencial, en su gran mayoría condicionan el cumplimiento de condiciones particulares que benefician al país sede del *holding*.

Se destaca como principal beneficio común de estos regímenes el hecho de que otorgan un tratamiento fiscal beneficioso al momento de la percepción y distribución de dividendos recibidos o distribuidos a no residentes, con lo cual se perfecciona el flujo del capital extranjero desde y hacia el exterior; así mismo se otorga, bien sea el tratamiento de rentas exentas con lo cual su tributación en el país es equivalente a cero (0), o bien sea la calidad de ingresos de fuente extranjera, lo que determina que ese tipo de rentas no se encuentran gravadas en el país.

El régimen de compañías *holding* colombiano (CHC) se adapta a las condiciones generales establecidas en este tipo de regímenes; sin embargo, a partir de los ejemplos comparados, dicho CHC corresponde al régimen que exige una cantidad mayor de requisitos para su implementación y aplicación.

Resulta curioso que, tal y como quedó establecido en la normatividad colombiana, las CHC reciben la calidad de residentes para efectos fiscales y frente a la aplicación de los convenios de doble tributación por la misma ley.

Ante la práctica recurrente de utilizar estrategias para lograr la obtención de la aplicación de los tratamientos especiales establecidos en los CDI, fue necesario que en el plan de acción BEPS, dentro de su Acción 6 se establecieran cláusulas antiabuso conocidas como la PPT y la LOB.

La cláusula LOB condiciona la aplicación de los convenios al cumplimiento de unos requisitos especiales, que limitan el acceso de dichos convenios a un examen de la calidad del sujeto que pretende beneficiarse de estos.

Para la aplicación de las cláusulas antiabuso es necesario que los Estados contratantes hagan un acuerdo respecto a qué tipo de cláusula quieren utilizar en cada convenio, esto en razón de que el IML corresponde a un acuerdo de suscripción abierta.

Con la suscripción del IML por parte de Colombia, su red de convenios se verá afectada en lo concerniente a evitar el abuso en la utilización de los tratados; si bien en la mayoría de casos se regirá por la cláusula del test de propósito principal, existirán convenios que darán aplicación de una cláusula de limitación de beneficios muy similar a la establecida en el IML.

Una vez tenga efectos lo suscrito en el IML, en el análisis por realizar para aplicar o no un CDI, no bastará con determinar que el sujeto es un residente y que hace parte de uno de los dos Estados contratantes, ya que deberá analizarse como complemento la cláusula antiabuso que tenga lugar.

Bajo la aplicación de la cláusula LOB, a pesar de que el régimen CHC establezca como residente para efectos de los convenios de doble imposición a la entidad CHC, cuando se trate de una entidad que se dedique exclusivamente a la tenencia de valores, no pasará el examen de la LOB y, por tanto, no podrá acceder a los tratamientos preferenciales de los CDI.

Cuando se trate de una entidad CHC con dedicación exclusiva a la tenencia de valores, a pesar de que no gozará de la aplicación de los convenios bajo las reglas de la LOB, los dividendos que reciba del exterior y los que decreta hacia el exterior tendrán el tratamiento preferencial consagrado en la legislación interna, lo cual se traduce en una no imposición.

Bajo la aplicación de la LOB puede llegar a presentarse el caso de que una CHC sí acceda a los beneficios de los convenios; si bien por regla general y al ser una entidad de tenencia de valores no accedería al convenio, esta CHC puede desarrollar otro tipo de actividades que creen un lazo real entre el país donde está ubicado y sus intereses comerciales, cumpliendo así con lo establecido por la LOB. Es decir, finalmente, y bajo la aplicación de la LOB, una CHC únicamente podrá beneficiarse de los CDI cuando realice una actividad distinta a la de tenencia de valores.

Para los contribuyentes que pretendan aplicar los efectos de los convenios y deban realizar el análisis de la LOB, cuentan con la posibilidad de solicitar la intervención de las entidades administrativas, cuando a pesar de no cumplir con las condiciones establecidas por la LOB, soliciten su acceso bajo el criterio de buena fe.

De los catorce convenios que ha celebrado Colombia después de la suscripción del IML se destacan con cláusula LOB los celebrados con Chile, India y México, en el cual México hizo reserva del convenio con Colombia.

A pesar de que el convenio celebrado con Japón no fue incluido dentro de los convenios que se deben modificar por el IML, resulta ser el que cuenta con una cláusula LOB muy similar a la establecida en el IML, situación que en parte se debe a que su fecha de suscripción fue el 19 de diciembre de 2018.

Cuando entre en vigor el convenio celebrado entre Colombia y Japón, los inversionistas deberán llevar a cabo un test antiabuso direccionado a la aplicación de la LOB. De esta manera, y partiendo del hecho de que de entrada se tiene la negación de los efectos a las entidades *holding*, es muy probable que los inversionistas extranjeros no busquen la creación de CHC y, por el contrario, implementen entidades que de manera directa obtengan el acceso a los CDI.

El régimen CHC fue implementado como un vehículo atractivo para los inversionistas extranjeros, que permitiera un aumento del reconocimiento global del país; sin embargo, bajo lo desarrollado en la presente investigación, al día de hoy se deben llevar a cabo análisis adicionales al lugar donde se ubica la sociedad *holding* para poder acceder a los tratamientos de los CDI, factor que en materia internacional desempeña un papel clave para la toma de decisiones de los inversionistas; de esta manera, dicho régimen puede no llegar a acceder a los distintos convenios por el simple hecho de ser una entidad que se dedica a la tenencia de valores.

Referencias

- Arruda, V. (2021). *The improper use of tax treaties by contracting states. Tax treaty dodging*. University of Amsterdam.
- Cabrera, O. (2020). Colombia's Holding Company regime offers tax exemptions. *Taxnotes*, 1.
- Castro, J. (2016). *El concepto de dividendo en los convenios de doble imposición*. Universidad Externado de Colombia.
- Castro, J. (2019). *Comentarios Ley de financiamiento: Ley 1943 de 2018*. Universidad Externado de Colombia.
- Fernández, J. V. (2019). El instrumento multilateral y los CDI suscritos por Colombia: efectos y retos en materia de abuso de tratados. *ICDT*, 80, 27.
- García, C. (2018). *El derecho tributario actual: innovaciones y desafíos* (2ª ed.). Instituto Colombiano de Derecho Tributario.
- Gómez, S. (2020). *Abuso en el instrumento multilateral*. Uniandes.
- Gupta, R. (2015). *Principles of International Tax Planning, Offshore holding companies and tax planning*. Taxxman Publications.

- Ibáñez, J. G. (2020). Compatibilidad y aplicación de las cláusulas antiabuso del Derecho Tributario colombiano y las contenidas en los convenios de doble imposición. *Revista ICDT*, 307-342.
- Morales, L. (2010). El *Treaty shopping* y las cláusulas antiabuso. *ICDT*, 62, 119.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2015). *Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales. Acción 6 Informe final. Proyecto de la OCDE y del G 20 sobre la erosión de la imponible y el traslado de beneficios*. OCDE.
- Ortiz, M. (2018). *Thesis undergraduate. The limitation on benefits clauses and its interpretation in Colombian tax treaties after the oecd multilateral convention*. Universidad Externado de Colombia.
- Parra, L. S. et al. (2019). *Convenios para evitar la doble imposición en Colombia: teoría y práctica*. Legis.
- Pulido, R. F. et al. (2018). *Derecho Fiscal Internacional*. Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Reimert, E. S. et al. (2018). *Permanent Establishments: A Domestic Taxation, Bilateral Tax Treaty and OECD Perspective*. Kluwer Law International.
- Reyes, F. (2020). *Derechos societario*. Temis.
- Rozo, C. (2016). *Resultados Plan de acción BEPS y su aplicación en Colombia*. Instituto Colombiano de Derecho Tributario.
- Rust, R. et al. (2015). *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions* (4^a ed.). Wolters Kluwer.
- Silvestri, A. (2017). *Holding companies in the Beps. Nueva fiscalidad Estudios en homenaje a Jaques Malherbe*. Instituto Colombiano de Derecho Tributario.
- Ulrika, T. (2007). Luxembourg Terminates 1929 Holding Companies Regime. *Tax news.com*, 1.
- Vanina, N. (2010). *La planificación fiscal internacional a través de la interposición de sociedades Holding. El estudio del régimen de Chile denominado "Sociedades plataforma de Negocios" y sus consecuencias en la tributación argentina*. AFIP.

Vega Borrero, F. (2017). *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*. Eucotax (Wolters Kluwer).

Vega, F. (2002). *Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios para evitar la doble imposición* (tesis doctoral). Universidad Autónoma de Madrid.

Recibido el 29 de julio de 2021

Aprobado par 1 el 06 de agosto de 2021

Aprobado par 2 el 09 de agosto de 2021.

Para citar este artículo: Campos Ciro, R. (2022). Cláusula de limitación de beneficios y régimen de compañías *holding* colombianas a la luz del instrumento multilateral y el Convenio de Doble Imposición entre Colombia y Japón. *Revista de Derecho Fiscal*, 21 (1), 217-262.