

Tributación Internacional en Colombia

Volumen I

20 años: del primer convenio a los desafíos del nuevo orden fiscal internacional

Mónica Bolaños Castro

Michelle Visbal Otero

Directoras



IFA Colombia

Tributación Internacional en Colombia

Volumen I

20 años: del primer convenio
a los desafíos del nuevo orden
fiscal internacional

Directoras:

Mónica Bolaños Castro - Michelle Visbal Otero



**Directoras:**

Mónica Bolaños Castro
Michelle Visbal Otero

Autores:

María Alejandra Buitrago Berjan
Zulay Andrea Arévalo García
Michelle Lucia Visbal Otero
Pablo Fernández Bonilla
José Camargo González
Sergio Iván Mutis Peralta
Santiago Andrés Martín Rodríguez
Daniel Duque Estévez
María Laura Urbina Ariza
Óscar Munévar
Omar Sebastián Cabrera Cabrera
Andrea Méndez Carrillo
Andrés Felipe Bolaños Rincón
Daniel Díaz Rivera
Felipe Cárdenas Sánchez
Krishu Miranda Fuenmayor
Alejandro Sotello Riveros
Carolina Roldán Castellanos
Felipe Pardo
Estephannie Munar Díaz
Andrés Bermúdez Duchamp
Laura Durán

Editado por la Asociación Fiscal Internacional (IFA) – Capítulo Colombia.

Esta obra recoge y desarrolla las reflexiones presentadas y discutidas durante el XIV Congreso Colombiano de Tributación Internacional, organizado por IFA Colombia. Los capítulos que la integran constituyen trabajos académicos elaborados con posterioridad al Congreso, que profundizan y amplían los debates promovidos durante dicho encuentro.

Las opiniones expresadas en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no comprometen la posición institucional de la Asociación Fiscal Internacional (IFA) – Capítulo Colombia.

VOLUMEN I • 2026

© Asociación Fiscal Internacional (IFA) – Capítulo Colombia

ISBN (DIGITAL) 978-628-97786-0-1

Corrección de estilo: Javier Nelson Rojas

Diseño y diagramación: Legis Editores

Carátula: Legis Editores

Imagen de Carátula: Modificada a partir del original tomado de Shutterstock.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de este libro, por cualquier proceso reprográfico o fónico, por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo, sin previa autorización del editor.

ÍNDICE GENERAL

	Página
Prólogo	V
Países en desarrollo ante la agenda OCDE y ONU: ¿Hacia dónde vamos?	1
El side by side approach: Análisis y perspectivas para Latinoamérica	19
Colombia en el escenario global: La tributación como clave de competitividad.....	31
20 años de los convenios para evitar la doble tributación en Colombia: Balance, aportes al sistema tributario colombiano y discusiones abiertas...	49
Convención Marco de la ONU sobre Cooperación Fiscal Internacional: Avances y perspectivas.....	65
Tributación de modelos de negocios innovadores en América Latina: Una encrucijada entre la arquitectura fiscal clásica y la economía digital.....	77
Interpretación de los convenios para evitar la doble tributación en Colombia: Casos controvertidos y doctrina de la DIAN	95
Casos especiales en la categorización de rentas bajo los convenios para evitar la doble tributación: Retos y soluciones	115
Una década del Proyecto BEPS: Balance del estado actual de las propuestas y sus desafíos pendientes	133
El abuso en materia tributaria: Reflexiones sobre nuevos paradigmas en la fiscalidad internacional y experiencia colombiana convencional	155
¿Inmueble o no inmueble? Desafíos en la aplicación de las reglas de los CDI sobre rentas y sustrato inmobiliario.....	169
Redefiniendo el concepto de regalías: La tributación de servicios digitales en el marco de los convenios para evitar la doble tributación.....	185
Jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en tributación internacional: 20 años de evolución.....	199
Nuevas reglas de los modelos de convenio 2025 y la agenda estratégica del Comité de Expertos de la ONU: Perspectivas para Colombia y América Latina.....	229

	Página
Operaciones de financiamiento intragrupo bajo escrutinio: De la tasa de interés a la razonabilidad de la deuda, la sustancia económica y la prueba	243
Aspectos internacionales de la reforma tributaria	273
Colombia: Inversiones en, desde y a través de EE. UU. y Panamá.....	289
Tax technology en el cumplimiento y la fiscalización tributaria.....	303
Creación de valor en precios de transferencia bajo las Acciones BEPS 8 a 10: ¿Cómo va Colombia?	313
Tendencias en <i>wealth management</i> y <i>private clients</i> : Una lectura crítica desde la tributación internacional sobre la migración patrimonial colombiana.....	327
Tributación de la economía digital en Colombia: Balance y perspectivas.....	351

PRÓLOGO

Todo intercambio de ideas constituye un valioso ejercicio de construcción de conocimiento. Pero cuando esas ideas trascienden el momento en que fueron concebidas y encuentran en la palabra escrita un medio para perdurar y enriquecer futuras reflexiones, su impacto se multiplica, genera un efecto acumulativo y hace posibles verdaderas transformaciones. Con esa convicción nace esta obra.

A lo largo de sus catorce ediciones, el Congreso Colombiano de Tributación Internacional de IFA Colombia se ha consolidado como el principal espacio de encuentro para la construcción colectiva del conocimiento en materia de tributación internacional en el país. En él convergen representantes de la administración pública, los organismos internacionales, la academia, los jueces, el sector empresarial y la práctica profesional, en un diálogo permanente entre la experiencia colombiana y los desarrollos más relevantes del pensamiento tributario internacional. Es precisamente ese intercambio de ideas entre quienes piensan, diseñan, interpretan, aplican y enseñan las normas tributarias el que impulsa la evolución del derecho tributario internacional, enriquece el debate jurídico y contribuye al desarrollo de mejores políticas públicas.

Con esta publicación, IFA Colombia da un paso más en el cumplimiento de ese propósito e inaugura una nueva tradición editorial. Por primera vez, las reflexiones desarrolladas en el marco del Congreso se transforman en una obra colectiva destinada a preservar, proyectar y difundir el conocimiento generado durante este encuentro académico. Más que una compilación de las ponencias presentadas, este libro es el resultado de un ejercicio de elaboración y reflexión posterior. Las discusiones que tuvieron lugar durante el Congreso inspiraron los trabajos aquí reunidos, que fueron desarrollados, enriquecidos y sometidos a una reflexión crítica por sus autores, a la luz de la evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, de su experiencia profesional y de nuevas perspectivas de análisis. El resultado es una obra que prolonga y amplía los debates iniciados en el Congreso y ofrece al lector una contribución original, con vocación de permanencia. Aspiramos a que este sea el primero de muchos volúmenes que acompañen las futuras ediciones del Congreso, documenten la evolución de la tributación internacional, incorporen la experiencia colombiana al diálogo tributario internacional y continúen enriqueciendo ese intercambio, desde el rigor técnico y la pluralidad de perspectivas.

Esta primera publicación adquiere, además, un significado especial por el momento en que surge. La decimocuarta edición del Congreso Colombiano de Tributación Internacional tuvo lugar en una coyuntura particularmente relevante para Colombia, en un momento de profunda transformación de la tributación internacional. En el ámbito interno, el país enfrentaba un nuevo debate sobre la sostenibilidad de las finanzas públicas, la competitividad del sistema tributario y la necesidad de nuevas reformas. Al mismo tiempo, en el escenario internacional se cumplían veinte años desde la suscripción del primer convenio para evitar

la doble imposición celebrado por Colombia bajo el Modelo de Convenio de la OCDE, un hito que marcó el inicio de una nueva etapa en el desarrollo del derecho tributario internacional en nuestro país.

El balance de estas dos décadas trasciende, sin embargo, la evolución normativa; refleja también una profunda transformación institucional e intelectual. Colombia no solo consolidó una red de convenios para evitar la doble imposición; incorporó nuevos estándares internacionales, participó activamente en iniciativas de cooperación fiscal, adecuó su legislación a una realidad económica cada vez más globalizada y, sobre todo, consolidó una comunidad académica y profesional que hoy cuenta con doctrina, jurisprudencia, práctica y experiencia propias. La tributación internacional dejó de ser un campo incipiente para convertirse en un área del derecho con identidad propia y creciente relevancia en la formulación de la política tributaria y en la práctica jurídica del país.

Sin embargo, esa consolidación ha coincidido con uno de los períodos de mayor transformación del sistema tributario internacional. Las iniciativas derivadas del Proyecto BEPS, la tributación de la economía digital, la redefinición de los convenios para evitar la doble imposición, el creciente protagonismo de las Naciones Unidas en la construcción de estándares fiscales internacionales y las demandas de los países en desarrollo por una participación más activa en ese proceso evidencian que el orden fiscal internacional continúa evolucionando. Para Colombia, este escenario plantea desafíos particularmente relevantes: definir una estrategia clara de inserción en la arquitectura tributaria internacional; fortalecer la competitividad del país en armonía con sus objetivos de política fiscal; consolidar una política coherente en materia de convenios para evitar la doble imposición; y asegurar que la adopción de estándares internacionales responda a las necesidades, prioridades y particularidades de una economía en desarrollo.

Los trabajos reunidos en este volumen reflejan precisamente la diversidad de esos desafíos. Desde distintas perspectivas, examinan la evolución de la tributación internacional colombiana, analizan los cambios que están redefiniendo el orden fiscal internacional y abordan algunos de los retos más relevantes que hoy enfrentan la administración tributaria, los jueces, la academia y la práctica profesional. Todos comparten un mismo propósito: contribuir, desde el rigor técnico y el diálogo plural, a la construcción de mejores respuestas para Colombia.

Los desafíos que enfrenta Colombia exigen mucho más que respuestas inmediatas. Exigen reflexión, diálogo y construcción permanente del conocimiento. Esa ha sido, desde sus orígenes, la vocación de la International Fiscal Association (IFA) y el propósito que ha inspirado al Capítulo Colombiano desde su creación. Confiamos en que esta obra contribuya a ese propósito y que las ideas aquí reunidas continúen enriqueciendo el debate sobre el futuro de la tributación internacional en Colombia.

MÓNICA BOLAÑOS CASTRO

Presidenta IFA Colombia (2025-2026)

PAÍSES EN DESARROLLO ANTE LA AGENDA
OCDE Y ONU:

¿HACIA DÓNDE VAMOS?

María Alejandra Buitrago Berjan

Contenido

Introducción. 1. Enfoques en el planteamiento de una política tributaria internacional: desafíos y oportunidades para los países en desarrollo. 1.1. La agenda tributaria de la OCDE y la inclusión paulatina de los países en desarrollo en la definición de la política tributaria internacional. 1.1.1. Nuevas perspectivas y la inclusión paulatina de los países en desarrollo en las discusiones técnicas de la OCDE. 1.1.2. Desafíos estructurales de la agenda propuesta por la OCDE y la baja representatividad de los países en desarrollo. 1.2. La agenda tributaria de la ONU: una alternativa para los países en desarrollo en la definición de la política tributaria internacional. 2. Puntos comunes y la construcción de un consenso tributario internacional orientado al desarrollo sostenible. 3. Administraciones tributarias y su fortalecimiento tecnológico y técnico para abordar los compromisos adquiridos a nivel internacional. 4. Conclusiones y recomendaciones. Bibliografía.

Países en desarrollo ante la agenda OCDE y ONU: ¿Hacia dónde vamos?

María Alejandra Buitrago Berjan⁽¹⁾

Introducción

La erosión y evasión fiscal, la ineficiencia de incentivos fiscales y el impacto de los flujos financieros ilícitos en las economías en desarrollo

El sistema tributario internacional actualmente se encuentra en un punto de inflexión sin precedentes. En el contexto actual, en el cual coexisten varias crisis generadas por la emergencia climática, el estancamiento del crecimiento global y el sobreendeudamiento de los países, la capacidad de los Estados para financiar el desarrollo sostenible, la provisión de bienes públicos esenciales y la reducción de brechas sociales, depende críticamente de su soberanía fiscal. No obstante, esta capacidad se ve golpeada por un complejo sistema afectado por la evasión y elusión fiscal, los flujos financieros ilícitos y una competencia fiscal desenfrenada que obliga a los países de ingresos bajos y medios a sacrificar ingresos vitales a través de la concesión de incentivos fiscales en una búsqueda infructuosa de inversión extranjera y de asegurar la sostenibilidad financiera, los cuales en su mayoría resultan inefectivos.

De acuerdo con las estadísticas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), las pérdidas financieras derivadas de las prácticas de evasión y elusión fiscal no solo son masivas en términos absolutos, sino que representan un porcentaje del producto interno bruto (PIB) significativamente mayor para los países en desarrollo que para las economías avanzadas, agravando la desigualdad global y limitando la provisión de bienes públicos esenciales.

La magnitud de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS, por sus siglas en inglés) por parte de las empresas multinacionales (EMN) y de personas con altos patrimonios constituye una pérdida masiva de recursos públicos. Se estima que este tipo de prácticas cuestan directa-

(1) María Alejandra es abogada con especialización y maestría en Tributación de la Universidad de los Andes. Actualmente es representante YIN de IFA Colombia.

mente a los Gobiernos aproximadamente 492 mil millones de dólares en ingresos públicos anualmente, de los cuales 348 mil millones de dólares se derivan de las actividades de planeación fiscal agresiva de empresas multinacionales y, alrededor de 144 mil millones de dólares, en las prácticas de evasión y elusión fiscal de personas con altos patrimonios⁽²⁾.

Para los países en desarrollo, esta pérdida es especialmente crítica debido a que existe una alta dependencia en la recaudación en el impuesto sobre la renta, en especial, en el impuesto sobre la renta de sociedades. De acuerdo con las estadísticas de la OCDE, mientras que en los países avanzados miembros de la OCDE, los ingresos del impuesto sobre la renta representan aproximadamente el 12 % de los ingresos fiscales totales, en los países de América Latina y el Caribe esta proporción se sitúa en el 18.8 %, y en el 21 % para los países de África y la región de Asia y el Pacífico⁽³⁾, lo que implica una mayor vulnerabilidad de estas economías frente a las estrategias de planeación fiscal agresiva, la cual se favorece de la creciente digitalización de la economía.

Si bien los países de mayores ingresos son los que más ingresos tributarios pierden por el abuso en el impuesto de sociedades, los países en desarrollo de menores ingresos son los que más pierden en términos proporcionales cuando se compara dicha pérdida con la recaudación tributaria que normalmente obtienen en el año. Según cifras recogidas por Tax Justice Network, los países de menores ingresos pierden anualmente el equivalente al 3.7 % de su recaudación tributaria total por el abuso en el impuesto de renta corporativo, mientras que los países de mayores ingresos pierden el equivalente al 2.4 % de su recaudación⁽⁴⁾.

Otro factor estructural que explica la pérdida de ingresos tributarios en los países en desarrollo es el amplio uso de beneficios e incentivos fiscales otorgados para atraer inversión extranjera directa o para fomentar determinadas actividades económicas. Estos instrumentos, aunque concebidos como herramientas de política económica, implican un costo fiscal significativo. De acuerdo con cifras del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT), el promedio de los gastos tributarios en América Latina y el Caribe (entendidos como los ingresos que el Estado deja de percibir

(2) "Tax Justice Network". *State of Tax Justice 2025*, acceso el 15 de mayo de 2026, <https://taxjustice.net/reports/the-state-of-tax-justice-2025/>.

(3) "OCDE". *Corporate Tax Statistics 2025: Corporate Tax Revenues*, acceso el 15 de mayo de 2026, https://www.oecd.org/en/publications/corporate-tax-statistics-2025_6a915941-en/full-report/corporate-tax-revenues_57b634d9.html.

(4) "Tax Justice Network". *State of Tax Justice 2024*, acceso el 15 de mayo de 2026, <https://taxjustice.net/wp-content/uploads/2024/11/State-of-Tax-Justice-2024-English-Tax-Justice-Network.pdf>.

debido a exenciones, deducciones, créditos y tratamientos preferenciales) asciende al 3.6 % del PIB, lo que equivale aproximadamente al 17.7 % de la recaudación tributaria efectiva de la región. En términos de composición, el impuesto al valor agregado (IVA) concentra la mayor proporción de estos gastos, con un promedio de 2.1 % del PIB, seguido por el impuesto sobre la renta de las sociedades (0.7 %) y, en menor medida, el impuesto sobre la renta de las personas naturales (0.4 %)⁽⁵⁾.

No obstante, los estudios del Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial coinciden en que una proporción relevante de estos incentivos fiscales es inefectiva o se concede sin un análisis riguroso de costo-beneficio⁽⁶⁾. En muchos casos, los regímenes preferenciales no logran generar inversión adicional, empleo o transferencia de tecnología en la magnitud esperada, mientras que sí generan una disminución importante y permanente en los ingresos tributarios. Dado el peso que estos incentivos representan frente al PIB y a la recaudación total, su impacto fiscal resulta especialmente crítico en economías de países en desarrollo con restricciones estructurales de financiamiento público.

La evidencia empírica muestra que en los países en desarrollo de América Latina y el Caribe, por cada incremento de 10 puntos porcentuales en la intensidad de los beneficios fiscales, la recaudación del impuesto sobre la renta de las sociedades se reduce en aproximadamente 0.35 puntos del PIB⁽⁷⁾. Esta pérdida de ingresos se explica, en gran medida, porque los incentivos suelen beneficiar a inversiones que se habrían realizado de todas formas, motivadas por factores más determinantes como el acceso a recursos naturales, el tamaño del mercado interno, la disponibilidad de mano de obra o la estabilidad política y jurídica, y no necesariamente por la existencia de tratamientos tributarios preferenciales. Adicionalmente, estos regímenes tienden a ser aprovechados por empresas ya establecidas que reestructuran sus operaciones para calificar formalmente dentro de los esquemas objeto del incentivo, lo que profundiza la erosión de la base imponible y la disminución del recaudo.

Finalmente, otro fenómeno relevante de la fuga de capitales y de la pérdida de riqueza en los países en desarrollo es el de los flujos financieros

(5) Díaz de Sarralde Miguez, Santiago. "Panorama de la tributación en América Latina y el Caribe". *Cuadernos Económicos de ICE*, n.º 108 (2024): 111-132, <https://doi.org/10.32796/cice.2024.108.7855>.

(6) "World Bank". *Evaluating the Costs and Benefits of Corporate Tax Incentives*, acceso el 15 de mayo de 2026, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/180341583476704729/pdf/Evaluating-the-Costs-and-Benefits-of-Corporate-Tax-Incentives-Methodological-Approaches-and-Policy-Considerations.pdf>.

(7) *Ibid.*

ilícitos. Este fenómeno comprende los movimientos transfronterizos de recursos obtenidos de manera ilegal, e incluye prácticas como la manipulación de precios de transferencia, la sobrefacturación y subfacturación en el comercio internacional, el uso abusivo de estructuras *offshore*, la evasión fiscal, el lavado de activos y la corrupción.

De acuerdo con estimaciones de la CEPAL y de las Naciones Unidas, América Latina y el Caribe pierde alrededor de 43.000 millones de dólares anuales por flujos financieros ilícitos, lo que equivale aproximadamente al 6.7 % del PIB regional. La mayor parte de estos recursos se canaliza a través de esquemas de facturación fraudulenta en el comercio exterior, que distorsionan artificialmente los precios de importaciones y exportaciones para transferir utilidades a jurisdicciones de baja o nula tributación. A ello se suman mecanismos de planificación fiscal agresiva y corrupción pública y privada, que erosionan de manera significativa la base imponible y reducen la capacidad fiscal de los Estados⁽⁸⁾.

Bajo este panorama, ante la magnitud y complejidad de los fenómenos que afectan los ingresos tributarios de los países (producto de BEPS, competencia fiscal entre los países y el efecto de incentivos fiscales inefectivos, así como el fenómeno de los flujos financieros ilícitos,) una respuesta coordinada a nivel internacional es indispensable. En efecto, dada la interconexión de los mercados producto de la globalización, la digitalización de la economía y la movilidad del capital, estos problemas no pueden ser abordados eficazmente mediante acciones individuales de los países, tales fenómenos exigen acuerdos multilaterales robustos de cooperación administrativa, intercambio automático de información, asistencia mutua en la recaudación y estándares comunes contra la planificación fiscal agresiva. Sin una respuesta coordinada y una arquitectura de cooperación internacional efectiva, las asimetrías normativas seguirán siendo explotadas por actores que pueden acceder a esquemas sofisticados de planeación fiscal, en detrimento de la sostenibilidad fiscal de los países, en especial, aquellos en desarrollo.

1. Enfoques en el planteamiento de una política tributaria internacional: desafíos y oportunidades para los países en desarrollo

La gobernanza de la tributación internacional ha estado marcada históricamente por la coexistencia de distintos enfoques institucionales, entre los

(8) "OCDE". *Transparencia Fiscal en América Latina 2024*, acceso el 15 de mayo de 2026, <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/transparencia-fiscal-en-america-latina-2024.pdf>.

cuales, a hoy, podemos destacar el liderado por la OCDE y el promovido por las Naciones Unidas (ONU) que recientemente ha cobrado mayor relevancia en la esfera internacional. Ambos organismos han desempeñado un papel central en la configuración de las reglas fiscales internacionales, aunque desde perspectivas, prioridades y grados de inclusividad distintos. El análisis de estos enfoques resulta fundamental para comprender la evolución del sistema tributario internacional y el lugar que en él han ocupado, y mantienen actualmente, los países en desarrollo.

1.1. La agenda tributaria de la OCDE y la inclusión paulatina de los países en desarrollo en la definición de la política tributaria internacional

El sistema tributario internacional contemporáneo tiene su origen en los trabajos de la Sociedad de las Naciones en la década de 1920. Durante este periodo se comenzó a elaborar un modelo de convenio en el que se estableció el principio de plena competencia (*arm's length principle*) y la importancia del establecimiento permanente como nexo para definir las reglas de imposición. De este modelo se elaboraron los de México en 1943 y el de Londres de 1946 que fueron la base de numerosos convenios bilaterales.

En 1956, el Comité Fiscal de la Organización Europea de Cooperación Económica (OECDE), posteriormente convertida en la OCDE, inició los trabajos para la elaboración de un modelo de convenio para evitar la doble imposición, cuya primera versión fue publicada en 1963. Desde su origen, este modelo se caracterizó por priorizar de manera sistemática los derechos de imposición del Estado de la residencia de las empresas frente a los del Estado de la fuente, en respuesta a los intereses y a la estructura de las economías desarrolladas que eran miembros de esta Organización, exportadoras de capital y sede de las principales empresas. Esto ha favorecido históricamente a los países miembros de la OCDE en la definición de las reglas para distribuir la potestad tributaria entre los países.

Como consecuencia de este diseño, el modelo de la OCDE ha prestado una limitada atención a las necesidades y a la realidad fiscal de los países en desarrollo, importadores de capital, jurisdicciones de la fuente, que dependen principalmente de la imposición sobre las actividades que se llevan a cabo en su territorio. Lo anterior, ha contribuido a generar una asimetría importante en la arquitectura del sistema tributario internacional en perjuicio de los países en desarrollo que ven restringida su capacidad para gravar las rentas generadas en sus propios territorios, la cual se ha profundizado mucho más con la digitalización de la economía que ha permitido el desarrollo de actividades comerciales sin la necesidad de tener una presencia física en los mercados.

Esta asimetría en la arquitectura del derecho tributario internacional se ha visto profundizada por la participación limitada y, en muchos casos,

meramente formal de los países en desarrollo en las discusiones técnicas que se llevan a cabo al interior de la OCDE. Históricamente, la baja participación de estas economías en los comités especializados, grupos de trabajo y procesos de toma de decisión dentro de este organismo ha implicado que la definición de las reglas y estándares en materia de tributación internacional se realice, en gran medida, sin considerar de manera adecuada las particularidades estructurales, institucionales y económicas de estos países.

Como resultado, las reglas de tributación internacional tienden a reflejar las prioridades y capacidades de las economías avanzadas, mientras que las necesidades específicas de los países importadores de capital, con mercados y administraciones tributarias menos sofisticadas, una alta informalidad y una fuerte dependencia de la tributación en la fuente, quedan insuficientemente incorporadas. Esta brecha de representación contribuye a reproducir un diseño normativo que es desfavorable en términos de asignación de derechos impositivos y de movilización de recursos internos a las economías en desarrollo.

1.1.1. Nuevas perspectivas y la inclusión paulatina de los países en desarrollo en las discusiones técnicas de la OCDE

Según lo ha reconocido la OCDE, tras la crisis financiera global de 2008, el panorama cambió drásticamente y se comenzó a reconocer el papel cada vez más importante que desempeña la tributación en el desarrollo de los países y en la necesidad de integrar a los países en desarrollo en el diálogo y la arquitectura de la fiscalidad internacional⁽⁹⁾. Este reconocimiento se ha traducido en un proceso de inclusión gradual de los países miembros en las discusiones técnicas de la OCDE y en la definición de la agenda en materia de tributación internacional. Dentro de los grandes hitos de este proceso de incorporación, se pueden destacar los siguientes:

El primero fue la reestructuración del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales y la reforma de la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal en 2010. Esta reforma marcó un punto de inflexión al ampliar significativamente el alcance de la cooperación administrativa, que permitió el intercambio de información previa solicitud, el intercambio espontáneo y, posteriormente, el intercambio automático de información financiera. A partir de 2014, con la implementación del estándar común de reporte (CRS), los países (incluidos un número importante de países en desarrollo) comenzaron a recibir información de manera sistemática sobre cuentas financieras mantenidas

(9) "OCDE". *Fiscalidad y Desarrollo en la OCDE. Una mirada retrospectiva 2009-2024*, acceso el 15 de mayo de 2026, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/es/publications/reports/2024/05/tax-and-development-at-the-oecd_45580ad4/785a1b4a-es.pdf.

por sus residentes fiscales en el exterior que han facilitado la identificación de más de 126.000 millones de euros en ingresos adicionales y sanciones entre el 2009 y el 2024, de los cuales más de 41.000 millones corresponden a economías en desarrollo, evidenciando el impacto positivo de la cooperación multilateral en la lucha contra la evasión fiscal⁽¹⁰⁾.

Otro hito clave en la inclusión de los países en desarrollo se dio en 2015 con la adopción del Proyecto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) y la creación del Marco Inclusivo. Por primera vez, se estableció un espacio formal en el que jurisdicciones no miembros de la OCDE podían participar en la discusión y adopción de estándares destinados a combatir la erosión de la base imponible y el traslado artificial de beneficios por parte de empresas multinacionales. Actualmente, según reportes de la OCDE, cerca de 70 países en desarrollo forman parte del Marco Inclusivo. Con las acciones BEPS, se ha puesto a disposición de todos los países, una propuesta de cambios estructurales en la arquitectura del sistema tributario internacional, los cuales están orientados a reforzar la coherencia del sistema tributario, alinear la tributación con la sustancia económica y la creación de valor, y aumentar la transparencia fiscal, especialmente frente a los desafíos de la digitalización de la economía.

Finalmente, en octubre de 2021, se dio otro avance significativo en materia de tributación para abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía que resultó en la denominada *solución de dos pilares* suscrita por 137 jurisdicciones y en la cual los países en desarrollo tuvieron una participación muy activa. Con estas reglas se pretende redefinir la asignación de los derechos impositivos para una economía digitalizada, al paso que se busca establecer un piso mínimo en la tributación de las empresas multinacionales que ponga piso a los esquemas de planeación fiscal agresiva. De manera paralela, se implementaron programas de asistencia técnica orientados a apoyar a los países en desarrollo en la adopción e implementación de estos nuevos estándares⁽¹¹⁾, reforzando el vínculo entre fiscalidad internacional y desarrollo sostenible.

Sin la intención de abordar este asunto en detalle, a través del pilar uno, se busca reasignar una parte de los beneficios de las empresas multinacionales más grandes y rentables del mundo a las jurisdicciones donde se encuentran los usuarios y mercados, abordando la falta de necesidad de una presencia física y la creación de valor en la economía digital. Se estima que permitirá la reasignación de más de 125.000 millones de dólares en beneficios anual-

(10) *Ibid.*

(11) "OCDE". *La Cooperación fiscal al servicio del desarrollo. Informe de situación para 2024*, acceso el 15 de mayo de 2026, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/es/publications/reports/2025/06/tax-co-operation-for-development_de511201/12178552-es.pdf.

mente. Sin embargo, su implementación enfrenta obstáculos políticos y jurídicos significativos, al depender de la firma y ratificación de una convención multilateral, especialmente incierta en economías clave como EE. UU.

El pilar dos, por su parte, introduce un impuesto mínimo global del 15 % mediante las reglas GLOBE (*Global Anti-Base Erosion Rules*), con el objetivo de frenar la competencia fiscal perjudicial entre países⁽¹²⁾. El pilar dos está basado en un modelo de reglas globales contra la erosión de la base imponible que una jurisdicción puede introducir en su sistema tributario para gravar a los contribuyentes con un impuesto complementario sobre utilidades que hayan sido gravadas con una tasa efectiva inferior al 15 %. Esas reglas están diseñadas para operar conjuntamente con las normas de otras jurisdicciones de forma que se establezca un sistema coordinado e integral de tributación mínima, que garantice que las grandes empresas multinacionales paguen un nivel mínimo de impuestos sobre sus utilidades en cada jurisdicción en la que operen⁽¹³⁾.

Finalmente, otro elemento que ha favorecido la inclusión paulatina de los países en desarrollo en las discusiones de la OCDE, ha estado motivado también por la adopción de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), junto con la Agenda de Acción de Addis Abeba sobre Financiación para el Desarrollo, en el que el desarrollo se estableció como el objetivo común de los países, las instituciones y partes interesadas en la discusión y diseño de las políticas fiscales y económicas de los países. En este contexto, la fiscalidad internacional ha pasado de ser reconocida como un simple instrumento técnico de asignación de potestades tributarias, a ser concebida como una herramienta clave para la movilización de recursos internos y el logro de un desarrollo sostenible e inclusivo⁽¹⁴⁾.

1.1.2. *Desafíos estructurales de la agenda propuesta por la OCDE y la baja representatividad de los países en desarrollo*

A pesar de los avances que se han dado en la OCDE para ser un foro más inclusivo, las críticas de las economías en desarrollo aún persisten y éstas se han intensificado con ocasión de las discusiones técnicas que se han dado

(12) González, Darío. "Impuesto Mínimo Global (IMG) (Pilar 2 OCDE): la hora de la verdad", *CIATBlog*, 23 de noviembre de 2021, <https://www.ciat.org/impuesto-minimo-global-img-pilar-2-ocde-la-hora-de-la-verdad/>.

(13) "OCDE". *Manual de Implementación del Impuesto Mínimo (Segundo Pilar)*. Marco Inclusivo sobre BEPS, acceso el 15 de mayo de 2026, <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/global-minimum-tax/manual-de-implementacion-del-impuesto-minimo-segundo-pilar.pdf>.

(14) "OCDE". *Fiscalidad y Desarrollo en la OCDE. Una mirada retrospectiva 2009-2024*, acceso el 15 de mayo de 2026, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/es/publications/reports/2024/05/tax-and-development-at-the-oecd_45580ad4/785a1b4a-es.pdf.

frente a la *solución de los dos pilares* para abordar los desafíos de la economía digital.

En términos generales, se cuestiona la insuficiencia de las soluciones propuestas para abordar los problemas que experimentan los países en desarrollo, además, al estar supeditadas estas soluciones a la necesidad de alcanzar un consenso global, ante un panorama de mayores tensiones geopolíticas, y la complejidad técnica de las normas y la falta de capacidades técnicas de las administraciones tributarias de ciertas jurisdicciones, hace que la *solución de los dos pilares* tenga una efectividad limitada.

Frente al pilar uno, las críticas se han centrado en la dificultad de establecer una fórmula consensuada para la asignación de beneficios entre las jurisdicciones donde se obtienen los ingresos, así como en el alcance limitado de las medidas propuestas. Diversas economías en desarrollo han señalado la necesidad de mantener las medidas unilaterales, como los denominados *digital services taxes* (DST), porque han demostrado ser más efectivos para gravar los ingresos derivados de la economía digital y para generar ingresos tributarios, en espera de un acuerdo multilateral cuya implementación se ha visto reiteradamente postergada, especialmente ahora, después de que EE. UU. declarara abiertamente estar en oposición frente a los acuerdos del pilar uno. Lo anterior ha reforzado la percepción de que el pilar uno no responde de manera adecuada a las necesidades fiscales inmediatas de estos países.

Por su parte, frente al pilar dos, se ha criticado el sesgo estructural que tienen las normas GLOBE hacia el criterio de la residencia, ya que la prioridad para recaudar el impuesto complementario recae en el país de residencia de la empresa matriz. En la práctica, ello implica que el impuesto que no se recauda en la jurisdicción de la fuente termina siendo percibido por economías desarrolladas, donde se localizan mayoritariamente las sedes de las empresas multinacionales.

De acuerdo con estimaciones del Observatorio Fiscal de la Unión Europea, la implementación del pilar dos si bien podría incrementar la recaudación de los países avanzados en alrededor de un 19 %, en los países en desarrollo apenas se registrarían aumentos cercanos al 2 %⁽¹⁵⁾.

Adicionalmente, se ha hecho hincapié en que este impuesto mínimo global podría limitar aún más la eficacia de los incentivos fiscales, que (pese a las críticas que se han generado frente a su efectividad) históricamente han sido una de las principales herramientas utilizadas por los países en desarrollo para atraer inversión extranjera directa. Cuando una jurisdicción ofrece exenciones o tasas reducidas que sitúan la tributación efectiva por debajo

(15) *Ibid.*

del umbral mínimo, la diferencia es capturada por el país de residencia de la multinacional, neutralizando el beneficio para el inversor y trasladando la base imponible fuera del país de la fuente. Esta dinámica obligaría a las economías en desarrollo a replantear sus estrategias de atracción de capital lo que podría generar incertidumbre jurídica y profundizar la presión fiscal para estas economías.

En conjunto, estos desafíos explican los crecientes reclamos de las economías en desarrollo frente a la agenda tributaria liderada por la OCDE y han contribuido al fortalecimiento del rol de las Naciones Unidas como foro alternativo para la discusión de una política tributaria internacional más inclusiva.

1.2. La agenda tributaria de la ONU: una alternativa para los países en desarrollo en la definición de la política tributaria internacional

Ahora bien, desde las Naciones Unidas se ha promovido una visión alternativa de la política tributaria internacional, concebida desde su carácter de foro verdaderamente global. La ONU ha respondido a una demanda persistente de los países en desarrollo por un sistema más inclusivo, equitativo y representativo, en el que todos los Estados participen en condiciones formales de igualdad. Su aproximación tiene como enfoque lograr una mayor relevancia de la tributación en la fuente y considerar explícitamente las asimetrías estructurales entre economías desarrolladas y en desarrollo⁽¹⁶⁾.

A finales de 2023, la ONU por iniciativa de los 54 países que conforman el Grupo Africano de la ONU y los miembros del G77, aprobó una resolución que puso en marcha el proceso de creación de una Convención Marco sobre Cooperación Fiscal Internacional, que actualmente se está negociando y a través de la cual se busca (i) reescribir las reglas fiscales a nivel internacional para abordar las debilidades estructurales del sistema tributario, y (ii) servir de instrumento para el desarrollo a fin de abordar los desafíos que existen en materia medioambiental, desarrollo productivo, derechos humanos, educación, trabajo, y salud⁽¹⁷⁾.

En concreto, lo que se busca es promover un debate global más inclusivo y justo, en el que todos los países tengan voz y voto, y se establece la posibilidad de que la sociedad civil participe en los debates y discusiones técnicas frente a los temas de tributación internacional. Si bien es cierto que

(16) "Global Alliance for Tax Justice", *¿Por qué necesitamos la Convención Tributaria de en ONU?*, acceso el 15 de mayo de 2026, <https://globaltaxjustice.org/es/noticias/por-que-necesitamos-la-convencion-tributaria-en-onu/>.

(17) "Red Latinoamericana por Justicia Económica y Social". *La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cooperación Tributaria Internacional y los Derechos Humanos. Una mirada desde América Latina*, acceso el 15 de mayo de 2026, https://globaltaxjustice.org/wp-content/uploads/2024/12/La_convencion_UNU_cooptributaria_DDHH-tf6mf8.pdf.

la definición de una agenda única en materia de tributación internacional es casi una utopía, la ONU pretende generar espacios de discusión más inclusivos donde se generen oportunidades para lograr una cooperación tributaria más efectiva entre los países.

La Convención Fiscal de la ONU está prevista para ser un instrumento jurídicamente vinculante que funcionará como marco normativo y que va a habilitar la negociación de protocolos específicos en áreas como la evasión de impuestos, precios de transferencia, economía digital, transparencia o tributación de grandes patrimonios, resolución de controversias, entre otros⁽¹⁸⁾, los cuales deben ser ratificados por cada país.

De acuerdo con la hoja de ruta definida para la negociación de la Convención Marco, los primeros protocolos abordarán los desafíos de la tributación de la economía digital y la resolución y prevención de disputas.

2. Puntos comunes y la construcción de un consenso tributario internacional orientado al desarrollo sostenible

La coexistencia de los enfoques promovidos por la OCDE y por la ONU en materia de política tributaria internacional refleja la diversidad de intereses, prioridades y realidades económicas de los Estados que participan activamente en estos foros, y la dificultad de establecer una agenda única o una política tributaria perfecta. Las diferencias entre países desarrollados y en desarrollo, así como entre economías exportadoras e importadoras de capital, han condicionado históricamente las posiciones adoptadas en las discusiones tributarias internacionales. Estas tensiones no solo son inherentes al sistema internacional, sino que constituyen un elemento estructural de cualquier proceso de negociación que busque armonizar intereses fiscales en un entorno económico totalmente globalizado.

No obstante, puede decirse que, a pesar de la existencia de estas posiciones divergentes, se han dado avances significativos hacia la construcción de un marco relativamente común donde los intereses y las posiciones de las economías en desarrollo cada vez cobran mayor relevancia. La evolución de las agendas de la OCDE y de la ONU evidencia la convergencia en el diagnóstico de los problemas que aquejan al sistema tributario internacional y en la necesidad de reformarlo en pro de tener una agenda consistente en torno al desarrollo sostenible.

(18) "Global Alliance for Tax Justice y Red de Justicia Fiscal de América Latina y el Caribe". *Preguntas frecuentes. Convención Marco de la ONU sobre Cooperación Fiscal Internacional*, acceso el 15 de mayo de 2026, <https://globaltaxjustice.org/wp-content/uploads/2025/11/PREGUNTAS-FRECUENTES-CONVENCION-TRIBUTARIA-ONU.pdf>.

Ambos organismos han reconocido, aunque desde perspectivas distintas, las limitaciones del modelo tradicional sustentado en la primacía de la tributación en el Estado de residencia, así como la insuficiencia de los conceptos tributarios vigentes para establecer un nexo efectivo que habilite la imposición en la jurisdicción de la fuente. De igual forma, han puesto de manifiesto la escasa efectividad de los mecanismos actuales para enfrentar los fenómenos de la evasión y la elusión tributaria, los efectos que se derivan de la digitalización de la economía, y la necesidad inmediata de fortalecer la cooperación internacional como condición indispensable para abordar de manera adecuada estos problemas de naturaleza transfronteriza.

El progreso alcanzado en el seno de ambos organismos representa una oportunidad histórica en la redefinición de la política tributaria internacional y en la posibilidad de hablar de la creación o establecimiento de un “cuerpo de tributación” único en el que se discutan las reglas de tributación a nivel mundial, en donde los países desarrollados y en desarrollo tengan una participación más equitativa. Ahora, si bien es cierto que en materia de política internacional establecer una agenda única es imposible, las iniciativas como el Marco Inclusivo de la OCDE y el impulso de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cooperación Fiscal Internacional, muestran que la cooperación multilateral en esta materia es posible y que existe una voluntad creciente de avanzar hacia reglas más equitativas y eficaces. Estos procesos han ampliado los espacios de participación y han permitido que las economías en desarrollo desempeñen un papel más activo en la formulación de estándares internacionales.

En este contexto, si bien es cierto que la construcción de un consenso mundial en materia tributaria no implica la adopción de un modelo único, las discusiones técnicas que se han dado en estos foros permiten acercarnos hacia la articulación de principios comunes que reconozcan la diversidad de realidades económicas y fiscales de todos los países que participan en la economía global. La convergencia entre las visiones de la OCDE y la ONU ofrece la posibilidad de diseñar un marco normativo que combine rigor técnico con legitimidad política, y que sitúe al desarrollo sostenible de las naciones como eje central de la política tributaria internacional.

3. Administraciones tributarias y su fortalecimiento tecnológico y técnico para abordar los compromisos adquiridos a nivel internacional

Ahora bien, la efectividad de los compromisos asumidos en el marco de la cooperación tributaria internacional depende, en gran medida, de la capacidad institucional de las administraciones tributarias nacionales. Los estándares internacionales en materia de transparencia fiscal, intercambio auto-

mático de información, precios de transferencia o tributación de la economía digital requieren estructuras administrativas sólidas, marcos normativos claros y procesos operativos eficientes. Sin un fortalecimiento sustantivo de las administraciones tributarias, particularmente en los países en desarrollo, existe el riesgo de que estos compromisos permanezcan en el plano formal, sin traducirse en una reducción efectiva de la evasión y la elusión fiscal.

En este sentido, resulta indispensable dotar a las administraciones tributarias de herramientas tecnológicas avanzadas que permitan gestionar grandes volúmenes de información, realizar análisis de riesgo sofisticados y detectar esquemas complejos de planificación fiscal agresiva y de flujos financieros ilícitos. La inversión en sistemas de información integrados, análisis de datos, inteligencia artificial y cooperación tecnológica entre jurisdicciones constituye un elemento clave para cerrar las brechas existentes y garantizar una aplicación efectiva de las normas internacionales.

Finalmente, el fortalecimiento institucional debe ir acompañado de una inversión sostenida en capital humano, orientada a la formación y retención de personal altamente capacitado en áreas como fiscalidad internacional, precios de transferencia y economía digital. La complejidad técnica de los estándares internacionales y la sofisticación de los esquemas utilizados por empresas multinacionales y grandes patrimonios requieren equipos especializados con conocimientos actualizados y capacidades analíticas robustas. En ausencia de estos recursos humanos, las asimetrías entre administraciones tributarias y contribuyentes altamente sofisticados tenderán a persistir. Por ello, el fortalecimiento de las administraciones tributarias debe entenderse no solo como una condición operativa, sino como un pilar estratégico.

4. Conclusiones y recomendaciones

La definición de la política tributaria internacional debe, no obstante, partir de un hecho estructural cierto: la imposibilidad de construir un enfoque único y homogéneo en un contexto caracterizado por la coexistencia de múltiples intereses económicos, fiscales y políticos. Los Estados que participan en las discusiones de política tributaria internacional lo hacen desde posiciones asimétricas, determinadas por su nivel de desarrollo, su rol como exportadores o importadores de capital, y su capacidad de incidencia en los foros internacionales. En consecuencia, los consensos alcanzados en el seno de estos organismos no son neutrales, sino el reflejo de equilibrios políticos que, en distintos momentos históricos, han tendido a favorecer los intereses de ciertos países sobre otros.

El análisis de la gobernanza tributaria internacional muestra que, aunque la OCDE ha liderado históricamente la definición de estándares y ha ampliado

gradualmente la participación de países en desarrollo mediante instrumentos como el Foro Global, el Proyecto BEPS y el Marco Inclusivo, persisten tensiones estructurales asociadas a la representatividad y a los efectos distributivos de las reglas adoptadas. La agenda impulsada por la OCDE ha generado avances relevantes en transparencia y cooperación administrativa; sin embargo, las discusiones recientes sobre la *solución de los dos pilares* han puesto de relieve desafíos vinculados con la complejidad técnica, la viabilidad política del consenso global, y posibles sesgos en la asignación de potestades tributarias, particularmente en lo que respecta a la tributación de la economía digital y al impuesto mínimo global.

Ahora bien, el fortalecimiento del rol de las Naciones Unidas y el inicio del proceso para el diseño y negociación de una Convención Marco sobre Cooperación Fiscal Internacional reflejan la consolidación de una demanda histórica por un foro más universal, inclusivo y orientado a las necesidades de desarrollo. La ONU se proyecta como un espacio para discutir la reforma de reglas estructurales del sistema, promover una mayor relevancia de la tributación en la fuente y habilitar instrumentos jurídicamente vinculantes mediante protocolos temáticos. Este proceso no elimina las divergencias entre Estados, pero sí amplía los márgenes de legitimidad y participación, incorporando de manera más explícita la relación entre política tributaria internacional y objetivos de desarrollo sostenible.

Finalmente, el avance simultáneo de la agenda de la OCDE y de la ONU sugiere una convergencia progresiva hacia principios comunes, aun cuando resulte inviable un enfoque único y homogéneo dadas las asimetrías de intereses y capacidades entre países. La eficacia del sistema dependerá de la consolidación de consensos técnicos graduales, revisiones periódicas y, especialmente, de la implementación efectiva de los compromisos asumidos, lo que exige fortalecer las administraciones tributarias nacionales con tecnología, información y personal especializado. En suma, la cooperación tributaria internacional se confirma como una condición necesaria para la sostenibilidad fiscal y el desarrollo, y su legitimidad futura dependerá de la inclusión real de las economías en desarrollo en la definición, aplicación y evaluación de las reglas globales.

Bibliografía

- “CEPAL”. *Desafíos de la tributación global: hacia una tributación global incluyente, sostenible y equitativa para América Latina y el Caribe*, https://www.cepal.org/sites/default/files/static/files/lib_2023_desafios_de_la_tributacion_global.pdf.
- Díaz de Sarralde Miguez, Santiago. “Panorama de la tributación en América Latina y el Caribe”. *Cuadernos Económicos de ICE*, n.º 108 (2024): 111-132, <https://doi.org/10.32796/cice.2024.108.7855>.
- “CEPAL”. *La evasión y elusión tributaria significan para la región una pérdida significativa de recursos que son necesarios para implementar políticas y sistemas integrales de cuidado, resalta la CEPAL junto a ICRICT*, <https://www.cepal.org/es/notas/la-evasion-elusion-tributaria-significan-la-region-perdida-significativa-recursos-que-son>.
- “Eurodad”. *Breaking the ice in the UN Tax Convention negotiations*, https://www.eurodad.org/breaking_the_ice_in_the_un_tax_convention_negotiations.
- “FedorTax”. *Global Loss of US \$492 Billion for Underreported Offshore Tax*, <https://www.fedortax.com/blog/global-loss-of-us-492-billion-for-underreported-offshore-tax>.
- “Global Alliance for Tax Justice”. *¿Por qué necesitamos la Convención Tributaria de ONU?*, <https://globaltaxjustice.org/es/noticias/por-que-necesitamos-la-convencion-tributaria-en-onu/>.
- “Global Alliance for Tax Justice”. *Algunas nociones fundamentales sobre la Convención Fiscal de la ONU*, <https://globaltaxjustice.org/es/noticias/algunas-nociones-fundamentales-sobre-la-convencion-fiscal-de-la-onu/>.
- “Global Alliance for Tax Justice y Red de Justicia Fiscal de América Latina y el Caribe”. *Preguntas frecuentes. Convención Marco de la ONU sobre Cooperación Fiscal Internacional*, <https://globaltaxjustice.org/wp-content/uploads/2025/11/PREGUNTAS-FRECUEENTES-CONVENCION-TRIBUTARIA-ONU.pdf>.
- “Global Alliance for Tax Justice”. *¿Qué es la Convención Fiscal de la ONU?*, <https://globaltaxjustice.org/es/noticias/que-es-la-convencion-fiscal-de-la-onu/>.
- González, Darío. “Impuesto Mínimo Global (IMG) (Pilar 2 OCDE): la hora de la verdad”. *CIATBlog*, 23 de noviembre de 2021, <https://www.ciat.org/impuesto-minimo-global-img-pilar-2-ocde-la-hora-de-la-verdad/>.
- “Human Rights Watch”. *Progress on the Road to a UN Tax Treaty*, <https://www.hrw.org/news/2025/08/20/progress-on-the-road-to-a-un-tax-treaty>.
- “IMF”. *Options for Low-Income Countries’ Effective and Efficient Use of Tax Incentives for Investment*, <https://www.imf.org/external/np/g20/pdf/101515.pdf>.

- Nicholas Shaxson. “Tackling Global Tax Havens”. F&D MAGAZINE (septiembre de 2019): 6-10, <https://www.imf.org/en/publications/fandd/issues/2019/09/tackling-global-tax-havens-shaxon>.
- “OCDE”. *Corporate Tax Statistics 2025: Corporate Tax Revenues*, https://www.oecd.org/en/publications/corporate-tax-statistics-2025_6a915941-en/full-report/corporate-tax-revenues_57b634d9.html.
- “OCDE”. *Fiscalidad y Desarrollo en la OCDE. Una mirada retrospectiva 2009-2024*, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/es/publications/reports/2024/05/tax-and-development-at-the-oecd_45580ad4/785a1b4a-es.pdf.
- “OCDE”. *Manual de Implementación del Impuesto Mínimo (Segundo Pilar). Marco Inclusivo sobre BEPS*, <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/global-minimum-tax/manual-de-implementacion-del-impuesto-minimo-segundo-pilar.pdf>.
- “OCDE”. *La Cooperación fiscal al servicio del desarrollo. Informe de situación para 2024*, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/es/publications/reports/2025/06/tax-co-operation-for-development_de511201/12178552-es.pdf.
- “OCDE”. *Revenue Statistics 2024*, https://www.oecd.org/en/publications/revenue-statistics-2024_c87a3da5-en.html.
- “OCDE”. *Transparencia Fiscal en América Latina 2024*, <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/transparencia-fiscal-en-america-latina-2024.pdf>.
- “Red de Justicia Fiscal de América Latina y el Caribe”. *¿Por qué necesitamos la Convención Tributaria en ONU?*, <https://justiciafiscal.net/por-que-necesitamos-la-convencion-tributaria-en-onu/>.
- “Red Latinoamericana por Justicia Económica y Social”. *La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cooperación Tributaria Internacional y los Derechos Humanos. Una mirada desde América Latina*, https://globaltaxjustice.org/wp-content/uploads/2024/12/La_convencion_ONU_cooptributaria_DDHH-tf6mf8.pdf.
- “Tax Justice Network”. *State of Tax Justice 2024*, <https://taxjustice.net/wp-content/uploads/2024/11/State-of-Tax-Justice-2024-English-Tax-Justice-Network.pdf>.
- “Tax Justice Network”. *State of Tax Justice 2025*, <https://taxjustice.net/reports/the-state-of-tax-justice-2025/>.
- “World Bank”. *Evaluating the Costs and Benefits of Corporate Tax Incentives*, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/180341583476704729/pdf/Evaluating-the-Costs-and-Benefits-of-Corporate-Tax-Incentives-Methodological-Approaches-and-Policy-Considerations.pdf>.

EL SIDE BY SIDE APPROACH:

ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS
PARA LATINOAMÉRICA

Zulay Andrea Arévalo García

Contenido

Introducción. 1. SbS System: Consideraciones generales. 2. Perspectivas desde Latinoamérica. 3. Conclusiones. Bibliografía.

El side by side approach: Análisis y perspectivas para Latinoamérica

Zulay Andrea Arévalo García⁽¹⁾

Introducción

Alrededor de una década, la comunidad internacional ha enfocado sus esfuerzos en la preparación de varios tipos de medidas como parte del Proyecto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*)⁽²⁾. Si bien se han logrado esfuerzos significativos en este frente, los avances de la economía digital, así como la presencia global de grandes grupos multinacionales, siguen presentando nuevos desafíos que requieren de nuevos tipos de medidas.

Recientemente, en el marco de las medidas de pilar dos de BEPS 2.0.⁽³⁾ no ha sido implementado de manera uniforme con lo cual no se ha podido cumplir plenamente su objetivo de crear un estándar común para todas las jurisdicciones⁽⁴⁾. Frente a este particular, vale la pena resaltar que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en 2021 reconoció que al menos habría una jurisdicción en la que el estándar podría representar varios desafíos: EE. UU., un tema no menor dado que esa

-
- (1) Abogada de la Universidad Externado de Colombia con especialización en derecho tributario de esa misma universidad.
 - (2) Es importante resaltar que el Proyecto BEPS ha sido desarrollado con diferentes perspectivas desde 2016 cuando la OCDE y el G20 establecieron el Marco Inclusivo de BEPS con el fin de desarrollar estándares para enfrentar las prácticas relacionadas con BEPS.
 - (3) El paquete de medidas de pilar dos de BEPS 2.0. busca asegurarse de que los grupos multinacionales con ingresos globales consolidados mayores a 750 millones de euros tengan una tasa efectiva de tributación no inferior al 15 % en cada una de las jurisdicciones en las que operan.
 - (4) En dicho sentido, la OCDE señaló: “Under this common approach, jurisdictions are not required to adopt the GloBE Rules, but, if they choose to do so, they will implement and administer the rules in a way that is consistent with the agreed outcomes”. Al respecto ver: OECD (2026), *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two), Side-by-Side Package: Inclusive Framework on BEPS*, OECD, <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/global-minimum-tax/side-by-side-package.pdf>.

nación ya contaba con el *Global Intangible Low-Taxed Income* (GILTI) el cual, en principio, coexistiría con las reglas GLOBE⁽⁵⁾.

Con el cambio de administración en EE. UU., el punto tomó mucha más importancia. A comienzos de 2025 el secretario del Tesoro expresó algunas preocupaciones con respecto a las reglas del pilar dos de BEPS 2.0., en particular la aplicación de las reglas de *Income Inclusion Rule* (IIR) y *Under-tax Payments Rule* (UTPR).

Además de lo anterior, dado que dentro del proyecto del *One Beautiful Bill Act* (OBBA) se proponía una nueva sección 899 con el fin de implementar medidas retaliatorias contra países que apliquen impuestos discriminatorios a *US persons* o a entidades del exterior que sean de propiedad de *US persons*⁽⁶⁾.

Bajo este nuevo orden de cosas, el Departamento del Tesoro de EE. UU. propuso una *side-by-side solution* bajo la cual los grupos multinacionales cuyas matrices se encuentren en EE. UU. no estarían sujetas a IIR y a UTPR considerando que ya estaban cubiertas por las reglas americanas de tributación mínima (en particular las reglas de GILTI). El 28 de junio, el secretario del Tesoro anunció el acuerdo con los demás países del G7 para la aplicación del *side-by-side solution* así como el retiro de la sección 899 del OBBA⁽⁷⁾.

El 5 de enero de 2026, la OCDE anunció un acuerdo político y técnico por parte del Marco Inclusivo sobre un paquete de medidas en relación con el *side by side system* (SbS System) como parte de un paquete más amplio de guías para la aplicación de las reglas GLOBE del pilar dos del paquete de medidas BEPS. Uno de los objetivos del SbS System⁽⁸⁾ es evitar la do-

(5) En este documento la OCDE ya anticipaba algún trabajo adicional frente a la interacción entre el impuesto mínimo global y el *Global Intangible Low-Taxed Income* (GILTI) al señalar: “It is agreed that Pillar Two will apply a minimum rate on a jurisdictional basis. In that context, consideration will be given to the conditions under which the US GILTI regime will co-exist with the GloBE rules, to ensure a level playing field”. OECD (2021), *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, OECD, p. 5.

(6) Es importante mencionar que esta no es la primera medida de este estilo que ha adoptado EE. UU. Vale resaltar que en el pasado se han establecido aranceles retaliatorios como respuesta a los *digital taxes* establecidos en Europa.

(7) El comunicado del secretario de EE. UU. puede consultarse en el siguiente enlace: <https://home.treasury.gov/news/press-releases/sb0181>.

(8) Dentro de las medidas adoptadas se encuentran: i) puerto seguro de tasa efectiva de tributación simplificada (*Simplified ETR Safe Harbour*); ii) una extensión del puerto seguro temporal del reporte país por país (*Transitional Country by Country Safe Harbour*).

ble imposición con ocasión de la aplicación simultánea de diferentes regímenes de tributación mínima.

1. SbS System: Consideraciones generales

Si bien la adopción de unas reglas coordinadas para la implementación de un impuesto mínimo global resulta clave para la aplicación de las reglas GLOBE a nivel mundial, el Marco Inclusivo reconoce que algunos países ya han implementado regímenes que requieren un nivel mínimo de tributación para las rentas de fuente nacional y fuente extranjera obtenidas por grupos multinacionales que tengan su sede en tales países. Así mismo tales regímenes tienen objetivos y alcances similares a los que se buscan a través de las reglas GLOBE⁽⁹⁾.

Por tales motivos, el Marco Inclusivo ha reconocido la posibilidad de establecer un puerto seguro por la aplicación del SbS System (SbS Safe Harbour) y una *ultimate parent safe harbour* (UPE Safe Harbour) que aplique a grupos multinacionales que tengan su sede en alguno de los países que tengan un régimen tributario elegible (Qualified SbS Regime). Lo anterior con el objetivo de simplificar o reducir sus obligaciones de reporte en torno a la aplicación de las reglas GLOBE.

Bajo el SbS Safe Harbour, el grupo multinacional (incluyendo todas sus entidades constituyentes) no estará sujeto a las reglas de IIR y UTPR. Sin

Bajo el *Simplified ETR Safe Harbour*, la tasa efectiva de tributación del grupo multinacional se determinará con una metodología simplificada considerando el impuesto sobre la renta registrado en los reportes presentados por el grupo internacional con unos ajustes mínimos (lo anterior con el fin de reducir sustancialmente la carga de cumplimiento asociada con el impuesto mínimo global). Esta nueva regla se aplicará a partir del 2027 (o a partir del 2026 en ciertas circunstancias).

De otro lado, la extensión del *Transitional Country by Country Safe Harbour* por un año busca brindar tiempo suficiente para una implementación adecuada del *Simplified ETR Safe Harbour*.

Además de tales medidas, el Marco Inclusivo se comprometió a un programa de trabajo para lograr más claridad y simplicidad en la aplicación de las reglas GLOBE (no solo desde la perspectiva del contribuyente sino desde la de las autoridades tributarias).

Finalmente, también se establece un puerto seguro para incentivos fiscales basados en sustancia (*Substance Based Tax Incentives Safe Harbour*), el cual permitirá a los grupos multinacionales tratar los incentivos fiscales calificados como una adición de los impuestos cubiertos de las entidades constituyentes ubicadas en la jurisdicción. Este puerto seguro se aplicará a partir del 1 de enero de 2026.

Para más detalle ver: OECD (2026), *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two), Side-by-Side Package: Inclusive Framework on BEPS*, OECD, <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/global-minimum-tax/side-by-side-package.pdf>.

(9) *Ibidem* pág. 8.

embargo, la aplicación del SbS Safe Harbour no tendrá impacto en el cálculo del impuesto mínimo calificado aplicable en aquellas jurisdicciones que han adoptado impuestos mínimos calificados sin que las mismas reduzcan o impacten los impuestos calculados bajo el régimen de entidades controladas del exterior.

En el caso de que un grupo multinacional tenga su *ultimate parent entity* cuya sede se encuentre en una jurisdicción con un Qualified SbS Regime y el grupo elija aplicar en SbS Safe Harbour, el mismo aplicará para todas las operaciones domésticas y extranjeras controladas por el grupo multinacional.

Bajo el SbS Safe Harbour, para efectos de la aplicación del IIR y del UTPR, el impuesto adicional bajo ambos sistemas se considerará igual a cero con respecto a todas las entidades constitutivas (incluyendo entidades sin residencia fiscal y entidades constitutivas con participaciones minoritarias). Así mismo el IIR será equivalente a cero en el caso de compañías matrices intermedias.

De acuerdo con las guías publicadas por la OCDE⁽¹⁰⁾, una jurisdicción tendrá un Qualified SbS Regime si se cumplen las siguientes condiciones:

- Tiene un sistema de tributación territorial.
- Tiene un sistema de tributación sobre ingresos de fuente mundial.
- Otorga crédito tributario por los impuestos mínimos calificados en las mismas condiciones que cualquier impuesto cubierto.
- Las reglas relacionadas con el sistema de tributación doméstica.

Para efectos del paquete de SbS sistema de tributación territorial es aquel que: i) tenga una tarifa nominal del impuesto corporativo de renta no menor a 20 % (considerando algunos ajustes así como impuestos sobre la renta corporativos subnacionales); ii) tiene un impuesto mínimo adicional calificado (*Qualified Domestic Minimum Top-up Tax*) o un impuesto mínimo alternativo con base en la renta reportada en los estados financieros (con algunos ajustes) con una tarifa nominal del 15 % y que sea aplicable a una porción significativa de los ingresos del grupo multinacional cubierto en dicha jurisdicción, y iii) no existe un riesgo material de que los grupos multinacionales cubiertos, con sede en dicha jurisdicción, no tengan una tarifa efectiva de tributación inferior al 15 % con respecto a las utilidades derivadas de las operaciones en dicha jurisdicción⁽¹¹⁾.

(10) *Ibidem* pág. 79.

(11) *Ibidem*.

Por otro lado, un sistema de tributación sobre rentas de fuente mundial es aquel que: i) tiene un sistema tributario general aplicable a compañías residentes sobre sus rentas de fuente extranjera el cual se aplica sobre rentas activas y pasivas de sucursales del exterior y compañías controladas con un número limitado de exclusiones sobre rentas gravadas, sin diferimiento; ii) incorpora mecanismos para contrarrestar prácticas de BEPS, y iii) no existe un riesgo material de que los grupos multinacionales cubiertos, con sede en dicha jurisdicción, no tengan una tarifa efectiva de tributación inferior al 15 % con respecto a las utilidades derivadas de las operaciones de fuente extranjera⁽¹²⁾.

Finalmente, la aplicación del SbS Safe Harbour no tiene impacto en la aplicación del impuesto mínimo adicional calificado, con lo cual no se presume que el impuesto adicional sea equivalente a cero dentro del cálculo del impuesto mínimo adicional. Cualquier impuesto mínimo adicional podrá acreditarse bajo el Qualified SbS Regime.

Ahora bien, para ser acreditado como un Qualified SbS Regime, el Marco Inclusivo, a petición de un Estado miembro, analizará los regímenes tributarios preexistentes de dicha jurisdicción antes de finalizar el primer semestre de 2026 los cuales se incluirán dentro de un registro central. En la actualidad solamente EE. UU. forma parte del registro⁽¹³⁾.

El SbS Safe Harbour será aplicable para los años gravables que comienzan a partir del 1 de enero de 2026⁽¹⁴⁾. Lo anterior implica que para el año 2025 los grupos multinacionales cuyas entidades matrices se localicen en EE. UU. se encuentran sujetas a IIR y UTPR para dicho año fiscal. Así las cosas, se esperará un monitoreo detallado en la implementación de las medidas contempladas en el SbS System en las diferentes jurisdicciones (en

(12) *Ibidem*.

(13) Las jurisdicciones que formen parte del registro deberán notificar al Marco Inclusivo de cualquier modificación material de su *Qualified SbS Regime* dentro de los 3 meses siguientes al cambio (por ejemplo, de la fecha en la que entre en vigor la ley mediante la cual se introducen tales cambios). Dentro de los cambios materiales se incluyen la reducción de la tarifa corporativa del impuesto sobre la renta, la derogatoria del régimen de compañías controladas del exterior, o la creación de una nueva exclusión para efectos del impuesto sobre la renta o un régimen tributario preferencial o que se ha ampliado la aplicación de un beneficio tributario.

(14) Según lo señalado por la OCDE en las guías administrativas para la aplicación del SbS System en el caso de que algún Estado adopte dentro de su legislación doméstica el SbS Safe Harbour luego del 1 de enero de 2026, en principio dicha adopción debería ser de forma retrospectiva por cuanto tal elección lleva consigo un alivio para los contribuyentes que estén cubiertos por esta regla. En los casos en los cuales no sea viable aplicar las reglas de SbS Safe Harbour de forma retrospectiva, por limitaciones constitucionales y legales, las mismas se deberían aplicar lo más pronto posible. Ver: OECD (2026), *ibidem*, pág. 84.

particular por parte de aquellos grupos multinacionales cuya casa matriz se encuentra en EE. UU.) que actualmente han establecido dentro de su legislación doméstica algunas de las reglas contempladas en el pilar dos.

Igualmente, los impuestos mínimos calificados seguirán siendo aplicables en aquellas jurisdicciones en las que ya los hayan adoptado como parte de sus jurisdicciones relevantes.

En el caso de Europa, el 12 de enero de 2026 la Comisión Europea publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea una nota en donde reconoce la publicación del paquete de medidas del SbS System y en donde reconocía la aplicación de varias salvaguardias incluyendo el SbS Safe Harbour. En cualquier caso, este nuevo grupo de reglas requerirá de la adopción bajo la legislación doméstica de los países europeos.

Sin duda, este nuevo paquete de medidas administrativas para la aplicación del SbS System impactará el “perfil” de aquellos grupos internacionales sujetos al cumplimiento de las reglas del pilar dos en la medida en que, con la aplicación del SbS Safe Harbour y las otras medidas contempladas dentro de las guías administrativas del SbS System, se esperaría una reducción de las obligaciones de reporte, así como el pago de impuestos adicionales bajo las reglas actuales de IIR y UTPR.

Finalmente, el marco inclusivo también acordó realizar un monitoreo de la aplicación de las reglas del SbS System con el fin de anticipar la generación de potenciales situaciones que impacten de forma negativa la competencia entre grupos multinacionales (generando diferencias significativas desde el punto de vista de la aplicación de las reglas GLOBE entre los grupos multinacionales cuya casa matriz se encuentra en una jurisdicción calificada y aquellos que no), así como la creación de nuevas prácticas de BEPS. Este análisis culminará en 2029, cuando seguramente esperaremos que el Marco Inclusivo proponga nuevas guías administrativas relacionadas con la aplicación de las reglas del pilar dos.

2. Perspectivas desde Latinoamérica

En el caso de Latinoamérica, en la medida en que en la región no hay entidades matrices de grandes grupos multinacionales, no se han evidenciado acciones inmediatas tendientes a implementar medidas tales como IIR⁽¹⁵⁾ y UTPR.

(15) En este caso vale la pena resaltar el caso de Curazao que implementó medidas sobre IIR.

Sin embargo, en la región hay cierta inactividad en este frente (quizás intencionada), ya que las medidas que se han implementado en los países de la región están más relacionadas con las reglas de pilar uno (en donde puede haber un mayor interés de estas naciones en crear nuevas reglas de nexo para los grupos multinacionales con participaciones relevantes en los mercados locales)⁽¹⁶⁾. En este caso, vale resaltar los casos de Brasil, Colombia y Uruguay que han introducido reglas de impuesto mínimo en sus legislaciones.

En el caso de Brasil, a partir del 1 de enero de 2025 se adoptó un impuesto mínimo calificado aplicable a entidades constitutivas residentes en Brasil que pertenezcan a grupos multinacionales con ingresos superiores a 750 millones de euros. Bajo estas reglas, en caso de que las entidades constitutivas del grupo multinacional estén sujetas a una tasa efectiva de tributación⁽¹⁷⁾ inferior al 15 %, tales entidades estarán sujetas a un monto adicional de la existente *contribuição social sobre o lucro líquido* (CSLL), el cual es uno de los impuestos federales que componen el impuesto sobre la renta corporativo en Brasil.

En Uruguay, se creó un impuesto mínimo complementario aplicable para ejercicios fiscales finalizados a partir del 16 de diciembre de 2025. El impuesto mínimo complementario aplica exclusivamente a entidades uruguayas que forman parte de grupos multinacionales con ingresos superiores a 750 millones de euros en al menos dos de los últimos cuatro períodos gravables. Alineado con las reglas del pilar dos, el impuesto mínimo complementario se aplicará para las entidades constitutivas en Uruguay, cuando la tasa efectiva de tributación del grupo multinacional es inferior al 15 %.

El caso de Colombia resulta interesante al ser una de las primeras jurisdicciones en establecer un impuesto mínimo doméstico. Sin embargo, dada la estructura adoptada bajo la legislación doméstica se han generado varios

(16) En Latinoamérica sí se han visto esfuerzos en la implementación de “impuestos digitales”, tal es el caso de Colombia con las reglas de presencia económica significativa, Perú y Uruguay.

(17) Bajo la legislación doméstica en Brasil la tasa efectiva de tributación se calcula considerando los impuestos cubiertos ajustados divididos por la renta neta o pérdida.

Los impuestos cubiertos comprenden la totalidad del impuesto sobre la renta reportado en los estados financieros individuales de aquellas entidades del grupo residentes en Brasil con algunos ajustes. Por su parte, la renta neta o pérdida se determina como la diferencia entre la renta neta de todas las entidades constitutivas y la pérdida de las entidades constitutivas. La renta neta o pérdida será la reportada en los estados financieros individuales con algunos ajustes.

Para más detalle ver Paulo Cezar Aragão y Hermano A C Notaroberto Barbosa, *Brazil adopts top-up tax for multinational companies (BEPS Pillar II)*, (may 5 2025), <https://www.ibanet.org/Brazil-adopts-top-up-tax-for-multinational-companies>.

cuestionamientos sobre si el impuesto mínimo doméstico pueda considerarse como un impuesto mínimo calificado, lo cual puede dar lugar a discusiones en el marco de aplicación de las reglas de pilar dos a niveles arriba de grupos multinacionales con presencia en Colombia⁽¹⁸⁾.

Además de lo anterior, el impuesto mínimo colombiano no solo enfrenta desafíos frente a su alineación a las reglas de pilar dos, sino también sobre su conformidad con los principios constitucionales aplicables en temas de tributación. En este sentido, se han presentado tres demandas de inconstitucionalidad de las cuales dos ya fueron falladas declarando la constitucionalidad de la norma y una se encuentra en curso⁽¹⁹⁾. En esta última demanda, la Corte Constitucional analizará dos cargos en contra del impuesto mínimo: i) vulneración de los principios de justicia, equidad horizontal e igualdad, y ii) omisión legislativa relativa por falta de inclusión de un mecanismo que permita la compensación de las diferencias tributarias en el cálculo de la tasa de tributación depurada.

De cara a este nuevo paquete de medidas, a corto plazo, es probable que los países de la región sigan esta tendencia de inactividad a la espera de nuevos desarrollos en la implementación del nuevo paquete del SbS System. Lo anterior, procurando mayor certeza a la hora de proponer nuevas medidas locales. Con respecto a los países que ya tienen medidas tendientes a implementar pilar dos, la publicación de las guías del SbS System puede generar una buena oportunidad para revisar su legislación doméstica con el fin de ajustar o robustecer sus reglas de impuesto mínimo. En el caso particular de Colombia, esta sería una excelente oportunidad para revisar y ajustar las reglas de tasa mínima de tributación, con el objetivo de que las mismas puedan caracterizarse como un impuesto mínimo calificado bajo las reglas de pilar dos.

3. Conclusiones

Con la publicación del paquete de medidas del SbS System la cooperación internacional toma un nuevo rumbo en donde la aplicación uniforme de medidas multilaterales queda supeditada, en cualquier caso, a los intereses domésticos (en particular en mantener cierto nivel de competitividad frente a inversionistas extranjeros). Así las cosas, la cooperación internacional

(18) En el panel llamado *Global responses and responses for Colombia*, en el marco del 14.º Congreso de Tributación Internacional, organizado por la International Fiscal Association, capítulo Colombia, el panelista Ricardo Ruíz señala que es crítica la modificación de las reglas colombianas de impuesto mínimo para lograr ser certificado como un impuesto mínimo calificado bajo las reglas de pilar dos con el fin de ser más competitivos en la región.

(19) Expediente D-16565.

va quedando relegada a la aplicación selectiva de medidas multilaterales en donde primará el interés y la soberanía de los Estados.

EE. UU. logró cumplir con las reglas de pilar dos sin mayores modificaciones en su legislación doméstica (cooperando en el marco internacional, pero, al mismo tiempo, protegiendo su soberanía fiscal) marcando un antecedente significativo y quizás una nueva era en materia de cooperación internacional, donde más allá de soluciones armónicas y estandarizadas, se busquen acuerdos marco, pero operado *side by side*.

Ahora, EE. UU., al ser la única jurisdicción en tener un Qualified SbS Regime en conjunto con una tarifa corporativa del impuesto sobre la renta del 21 %, incentivos para actividades de investigación y desarrollo, reducción en la tasa efectiva de tributación aplicable a la renta extranjera derivada de la explotación de propiedad intelectual (*foreign derived intangible income*), se consolida como una jurisdicción atractiva para estructuras *holding* de inversiones en donde se asegura la no aplicación de reglas IIR y UTPR para grupos multinacionales que estructuren sus inversiones a través de EE. UU. Así las cosas, contrario a lo que sucedía en años anteriores, es probable que un grupo multinacional quiera estructurar sus inversiones a través de EE. UU.

De otro lado, parecería que los impuestos mínimos calificados han adquirido una importancia particular en la medida en que su aplicación no se ve afectada con las nuevas reglas del SbS System. Así las cosas, aquellos grupos multinacionales cuyas entidades matrices se encuentren en EE. UU., siguen sujetos a estos impuestos mínimos calificados, con lo cual será necesario un monitoreo adecuado de los nuevos desarrollos en este frente en los diferentes países, así como las obligaciones de cumplimiento aplicables.

Con respecto a Latinoamérica, se esperarían (de forma un poco más pausada) nuevas reglas en las legislaciones domésticas más orientadas a introducir impuestos mínimos calificados. Así mismo, también será una oportunidad para los países de la región para revisar y ajustar sus incentivos fiscales caracterizados como incentivos fiscales calificados de cara a la aplicación de las reglas de pilar dos (más aún, teniendo en cuenta que la mayoría de los países en Latinoamérica son receptores de inversión extranjera).

Frente a los países que ya adoptaron algún tipo de medida en el marco de las reglas de pilar dos, esta sería una oportunidad para revisar los regímenes actuales con el fin de incluir incentivos que permitan hacerlos más competitivos y mantengan la compatibilidad con las reglas GLOBE. En el caso particular de Colombia, este sería un momento pertinente y adecuado para revisar la estructura del impuesto mínimo local con el objetivo de que sea considerado como un impuesto mínimo calificado (poniendo a Colombia en el mismo nivel frente aquellas jurisdicciones que también han adoptado reglas de impuesto mínimo en sus legislaciones domésticas).

Nuevas expectativas se generan con la implementación del SbS System, su coordinación con las reglas GLOBE actualmente aplicables (incluyendo el impuesto mínimo calificado y los incentivos fiscales calificados), haciendo imperativo la revisión de estructuras con entidades constituyentes en EE. UU. en este nuevo marco de reglas. En consecuencia, los grupos multinacionales (incluyendo los grupos cuyas matrices se encuentren en EE. UU.) deberán realizar un seguimiento detallado de las nuevas medidas adoptadas (que pueden estar o no completamente alineadas con las nuevas reglas GLOBE).

Así mismo, también hay expectativas en si otros países tomarán medidas tendientes a incorporar normas en sus legislaciones domésticas tendientes a tener un Qualified SbS Regime que también permita excluir a sus grupos multinacionales de las reglas GLOBE. Esto será un nuevo escenario de competitividad entre el grupo de países que incorporen un Qualified SbS Regime, así como nuevas estrategias de planeación en torno a las reglas de pilar dos. Las conclusiones del Marco Inclusivo de 2029 responderán varias de estas inquietudes y sin dudas vendrán acompañadas de nuevos paquetes de medidas en esta carrera infinita de contrarrestar las prácticas BEPS.

Bibliografía

- OECD (2026), *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two), Side-by-Side Package: Inclusive Framework on BEPS*, OECD, <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/global-minimum-tax/side-by-side-package.pdf>.
- OECD (2021), *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-issues/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>
- Paulo Cezar Aragão y Hermano A C Notaroberto Barbosa, *Brazil adopts top-up tax for multinational companies (BEPS Pillar II)*, (may 5 2025), <https://www.ibanet.org/Brazil-adopts-top-up-tax-for-multinational-companies>.

COLOMBIA EN EL ESCENARIO GLOBAL:
LA TRIBUTACIÓN COMO CLAVE
DE COMPETITIVIDAD

Michelle Lucía Visbal Otero

Contenido

Introducción. 1. El diagnóstico de competitividad fiscal colombiana: una foto incómoda. 1.1. Alta carga impositiva y el problema de las sobretasas. 1.2. Múltiple imposición sobre el capital: una aproximación a la tributación acumulada. 1.3. Baja eficiencia del recaudo: la paradoja colombiana. 1.4. El IVA y su diseño regresivo. 2. Reforma tributaria y modernización del Estado: una agenda convergente. 2.1. Racionalización del aparato estatal. 2.2. Recomposición del gasto público. 3. Conclusiones. Bibliografía.

Colombia en el escenario global: La tributación como clave de competitividad

Michelle Lucía Visbal Otero⁽¹⁾

Introducción

La reforma fiscal constituye uno de los temas de mayor relevancia en la agenda de cada gobierno y Colombia no ha sido la excepción. En los últimos años, el país ha promulgado reformas tributarias estructurales en 2012, 2014, 2016, 2018, 2019, 2021 y 2022. Si se contabilizan las modificaciones al Estatuto Tributario, el número supera los veinte cambios normativos en lo transcurrido del siglo XXI. Sin embargo, veintiuna reformas en dos décadas no han demostrado un incremento proporcional y/o congruente en el recaudo fiscal. Esta observación, que en apariencia parece una constatación empírica, evidencia una paradoja estructural que permea un debate constante en nuestro ordenamiento: bajo recaudo y generación de tasas efectivas de tributación que desincentivan la formalización.

El panel *Colombia en el escenario global: la tributación como clave de competitividad*, puso sobre la mesa un diagnóstico estructural: la tributación colombiana no es competitiva porque está mal diseñada en su composición y estructura. Bajo estas premisas, se concluye que Colombia no tiene un problema de recaudo; tiene un problema de distribución de la carga, de erosión de la base, y de diseño de instrumentos. En ausencia de un reconocimiento de este diagnóstico, las sucesivas reformas tributarias continuarán abordando manifestaciones superficiales sin atender las causas estructurales subyacentes.

1. El diagnóstico de competitividad fiscal colombiana: una foto incómoda

En primer lugar, es importante analizar la noción de competitividad y cómo esta interactúa con los sistemas tributarios. Si bien el concepto de *competitividad* tributaria como tal no tiene una definición única, de acuerdo

(1) Abogada con honores y especialista en tributación de la Universidad Javeriana. Además, cuenta con una maestría en tributación internacional de New York University School of Law (Arthur Vanderbilt Scholar). Actualmente, es socia del área de impuestos de Serrano Martínez CMA. Miembro del comité científico de IFA Colombia.

con la OCDE: “En el uso cotidiano, ‘competitivo’ es un término relativo: aplicado a una empresa, significa que puede producir a igual o menor costo que sus competidores, o que tiene otra ventaja como la calidad de su producto⁽²⁾”.

En este orden de ideas, a grandes rasgos se entendería que un país tiene la capacidad de ser competitivo fiscalmente cuando puede recaudar impuestos a igual o menor costo que otras jurisdicciones, sin desincentivar la inversión y/o afectar la productividad de forma negativa.

Los tres panelistas convergieron, desde perspectivas analíticas diferenciadas, en un diagnóstico común: el sistema tributario colombiano, bajo su configuración actual, no es competitivo. Esta conclusión no se fundamenta únicamente en el nivel de las tarifas nominales, sino en una evaluación integral del sistema que considera múltiples dimensiones: su impacto sobre las decisiones de inversión, su capacidad redistributiva efectiva, su complejidad normativa y administrativa, y su eficiencia recaudatoria. El sistema actual no cumple una función procrecimiento; por el contrario, presenta deficiencias estructurales que desincentivan la inversión en el sector formal de la economía y generan distorsiones que afectan la asignación eficiente del capital. Particularmente en materia de complejidad y estructura del recaudo se ha señalado:

“El estatuto tributario colombiano es extenso y complejo, y estas dos características se han intensificado a lo largo del tiempo (véase, por ejemplo, Filippini y Zuleta, 2016). Datos recientes sobre el impuesto a las empresas, por ejemplo, indican que Colombia tiene el tercer estatuto más complejo de una muestra compuesta por más de 30 países”.

“Además de su extensión y complejidad, el estatuto —comparado con el promedio de la OCDE— está recargado en las utilidades empresariales y recoge muy poco de la renta a las personas. Mientras que en el caso de los países de la OCDE los impuestos y las contribuciones a cargo de las personas naturales explican, en promedio, más de un 50 % del recaudo, esa cifra en Colombia no llega al 20 %. En cambio, Colombia recauda la cuarta parte de sus impuestos a través de las empresas, cifra dos veces y media mayor que la correspondiente a la OCDE (véase el gráfico 5)⁽³⁾”.

A partir de este diagnóstico general, la presente sección sistematiza los ejes problemáticos más relevantes identificados en el panel. Se abordarán

(2) OCDE (2011). “What is a ‘Competitive’ Tax System?”. (OECD Taxation Working Papers, n.º 2), p. 3.

(3) Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en Latinoamérica y el Caribe. PDS n.º 28. El sistema tributario colombiano: diagnóstico y propuestas de reforma. Leopoldo Ferguson y Marc Hofstetter.

tres aspectos críticos que configuran el panorama de baja competitividad fiscal: en primer lugar, la alta carga impositiva y el problema de las sobretasas sectoriales; en segundo lugar, el fenómeno de múltiple imposición sobre el capital; la baja eficiencia del recaudo, que constituye la paradoja central del sistema tributario colombiano.

1.1. Alta carga impositiva y el problema de las sobretasas

En la última década, Colombia ha mantenido tasas corporativas elevadas, con una tarifa general del impuesto sobre la renta aplicable a las personas jurídicas que ha oscilado entre el 30 % y el 35 %. Sin embargo, esta tarifa nominal es apenas el inicio ya que en algunos casos se han superpuesto sobretasas como es el caso del sector financiero; el caso del sector extractivo carga con una sobretasa adicional vinculada al precio internacional del crudo y del carbón, entre otros. Esta alta carga impositiva, agravada por la proliferación de sobretasas sectoriales que se han ido sedimentando reforma tras reforma. Esta tarifa claramente por encima del promedio OCDE que ronda el 23 %, ubica al país como una de las jurisdicciones con una tarifa más alta en Latinoamérica.

Si bien cada sobretasa puede justificarse individualmente por razones como rentabilidad extraordinaria del sector, por externalidades ambientales o por necesidades fiscales coyunturales, la acumulación de decisiones aisladamente razonables genera un resultado agregado disfuncional. Desafortunadamente, ya la pregunta no es cuánto es la tarifa; sino qué régimen aplica, qué sobretasa está vigente, qué exclusión se puede invocar, y cuál es el riesgo de que la regla cambie antes de que se recupere la inversión. Es precisamente esta incertidumbre normativa la que constituye el principal factor inhibitorio de la decisión de inversión.

De acuerdo con el Informe Nacional de Competitividad 2025-2026 del Consejo Privado de Competitividad: “De los países de la OCDE, Colombia presenta el sistema tributario menos competitivo para 2024, con desventajas latentes en el impuesto a la renta corporativa y en los que recaen sobre el patrimonio y las transacciones financieras⁽⁴⁾”.

Así mismo, se establece que: “Colombia presenta una de las estructuras tributarias menos competitivas del mundo según el ITCI 2024, elaborado por la Tax Foundation. Este índice evalúa la transparencia, la neutralidad, la progresividad y la simplicidad de los sistemas fiscales de 38 países de la OCDE. En dicho *ranking*, Colombia ocupa la última posición (38) con una puntua-

(4) Consejo Privado de Competitividad (2025). “Informe Nacional de Competitividad 2025-2026”. (Bogotá: CPC), p. 384.

ción de 45.7, muy por debajo de países como Estonia (100), Letonia (92.2) o Nueva Zelanda (84.2), que lideran con sistemas fiscales simples, digitales y proinversión (Tax Foundation, 2024). Esta baja puntuación refleja tres debilidades clave: (i) Altas tasas impositivas efectivas sobre las empresas, que incluyen renta, ICA, dividendos y parafiscales. (ii) Escasa competitividad en el tratamiento de la inversión, con pocos incentivos reales para atraer capital extranjero. (iii) Falta de progresividad en el impuesto a personas naturales, cuya estructura favorece a rentas altas mediante exenciones y deducciones regresivas⁽⁵⁾”.

Sin duda, esa posición no se explica únicamente por el nivel nominal de la tarifa, sino por la complejidad, la inestabilidad y la multiplicidad de tributos que recaen sobre un mismo contribuyente. En todo caso, este punto invita a la reflexión ya que avanzar hacia un sistema tributario más competitivo, requiere una visión integral, no análisis aislados o superficiales que al final no se alineen con los objetivos de desarrollo económico y social.

Por esta razón, en el Informe del CPC se sugiere que: “Desde una perspectiva técnica, corregir estas distorsiones puede tener efectos multiplicadores sobre la actividad económica: al reducir la carga tributaria efectiva sobre las nuevas inversiones y facilitar el cumplimiento normativo, se incrementa la rentabilidad esperada de los proyectos, lo que estimula la inversión privada, particularmente en sectores de alto valor agregado. En términos macroeconómicos, este estímulo a la inversión se traduce en mayor formación bruta de capital, generación de empleo formal y expansión del PIB potencial⁽⁶⁾”.

En conclusión, la evidencia presentada demuestra que Colombia enfrenta un reto estructural de competitividad tributaria que trasciende el mero nivel de las tarifas nominales. La combinación de tasas corporativas elevadas, sobretasas sectoriales acumulativas y una complejidad normativa persistente ha erosionado la posición del país frente a sus pares de la OCDE y la región. Como se propuso en el panel, se debe avanzar hacia un sistema tributario más eficiente, estable y transparente, no es solo una opción de política económica, sino una necesidad imperativa para estimular la inversión privada, y fortalecer la formación de capital. La reforma tributaria debe abordarse con una visión integral que priorice la previsibilidad normativa y reduzca las distorsiones que actualmente inhiben las decisiones de inversión de largo plazo.

(5) Consejo Privado de Competitividad (2025). “Informe Nacional de Competitividad 2025-2026”. (Bogotá: CPC), p. 395.

(6) Consejo Privado de Competitividad (2025). “Informe Nacional de Competitividad 2025-2026”. (Bogotá: CPC), p. 385.

1.2. Múltiple imposición sobre el capital: una aproximación a la tributación acumulada

La discusión del panel también versó sobre el fenómeno de múltiple imposición que en ciertos casos experimentan los titulares del capital. En términos simples, una misma inversión puede verse gravada hasta cuatro veces: (i) el impuesto de renta corporativo al 35 %; (ii) la retención sobre dividendos al momento de su distribución; (iii) el impuesto al patrimonio, y (iv) el impuesto predial, si el patrimonio incluye bienes inmuebles.

Este punto también fue resaltado al señalar que: “El segundo gran reto del sistema fiscal colombiano es su complejidad estructural y normativa. A lo largo de los años, Colombia ha adoptado un modelo tributario basado en múltiples fuentes de ingreso, lo que ha resultado en una arquitectura institucional caracterizada por la coexistencia de impuestos nacionales, departamentales y municipales, cada uno con normas, procedimientos y bases gravables distintas⁽⁷⁾”.

El análisis de este fenómeno nos revela una problemática estructural del sistema tributario colombiano: la múltiple imposición sobre el capital no solo incrementa la carga fiscal efectiva del inversionista, sino que genera desincentivos sistemáticos a la inversión productiva y a la movilidad eficiente del capital. Cuando una misma base económica es gravada en cascada por impuestos de renta, dividendos, patrimonio y predial, el efecto acumulado puede superar significativamente las tarifas nominales de cualquier impuesto individual.

Como consecuencia directa de esta estructura fragmentada, la superposición de impuestos distorsiona las decisiones de distribución al interior de las empresas: cuando distribuir utilidades cuesta más que retenerlas, las empresas optan por retener. Esta retención sistemática genera una pérdida de eficiencia asignativa, pues el capital queda atrapado dentro de la empresa en lugar de fluir hacia su mejor uso marginal en el mercado. El resultado agregado es una asignación subóptima del capital en la economía, lo que representa un costo real en términos de productividad total de los factores. Precisamente por esta razón, países con sistemas tributarios más sofisticados han migrado hacia esquemas de integración plena o de tributación corporativa única sobre utilidades distribuidas, eliminando así la doble imposición económica.

En síntesis, el fenómeno de múltiple imposición sobre el capital constituye uno de los obstáculos más significativos para la competitividad del

(7) Consejo Privado de Competitividad (2025). “Informe Nacional de Competitividad 2025-2026”. (Bogotá: CPC), p. 394.

sistema tributario colombiano. La acumulación de cargas fiscales sobre una misma base económica no solo eleva la presión tributaria efectiva muy por encima de las tarifas nominales, sino que distorsiona las decisiones de inversión y distribución de utilidades, afectando la eficiencia en la asignación del capital. Si Colombia aspira a atraer inversión productiva y mejorar su posición competitiva, resulta conveniente evaluar alternativas que reduzcan o eliminen esta superposición tributaria, considerando esquemas que propendan por la integración armónica de los diferentes regímenes.

1.3. Baja eficiencia del recaudo: la paradoja colombiana

De acuerdo con el Informe de Gestión del periodo 2025 presentado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales: “En la vigencia 2025, la DIAN alcanzó un recaudo bruto acumulado de \$ 296.0 billones, frente a una meta establecida de \$ 305.5 billones, lo que representa un cumplimiento del 96.9 %. Este resultado refleja la gestión integral adelantada por la entidad para asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, a través de estrategias de fiscalización, control extensivo, gestión de cobro y facilitación al contribuyente. La distribución del recaudo mostró que el 82.9 % provino de tributos asociados a la actividad económica interna, mientras que el 17.1 % correspondió a tributos del comercio exterior, lo que evidencia la relevancia del comportamiento de la economía nacional en el cumplimiento de la meta⁽⁸⁾”.

Si bien estos resultados reflejan un esfuerzo institucional significativo, el incumplimiento de la meta y la alta dependencia del recaudo en la actividad económica interna evidencian las limitaciones estructurales del sistema. En efecto, cuando el 82.9 % del recaudo depende del comportamiento de la economía nacional, cualquier desaceleración o contracción impacta directamente los ingresos fiscales. Esta vulnerabilidad se agrava al considerar que, pese a contar con tarifas nominales elevadas, el sistema no logra traducir esa presión impositiva en un recaudo proporcional.

En este sentido, a pesar de Colombia tener una de las tarifas nominales más altas de la región en renta corporativa, el recaudo del país sigue siendo bajo cuando se compara con otras jurisdicciones. Para ilustrar esta situación podemos considerar las siguientes cifras: “Mientras que en países como Suecia (28 %), Irlanda (31.3 %) o EE. UU. (44 %) la participación de las personas naturales es considerable y se relaciona con sistemas progresivos y sostenibles, en Colombia este porcentaje fue de solo 7 % en 2022, incluso por debajo del promedio regional de América Latina y el Caribe (9.2 %). Este desbalance no solo limita el potencial recaudatorio del sistema, sino que

(8) Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (2026). “Informe de Gestión DIAN 2025”. (Bogotá: DIAN, 30 de enero de 2026), p. 15.

refuerza la percepción de injusticia tributaria al recaer el peso fiscal sobre un número reducido de contribuyentes y, en particular, sobre las empresas formales⁽⁹⁾”.

En otras palabras, la paradoja colombiana se explica por la extrema concentración del recaudo en un reducido grupo de grandes contribuyentes, el sistema depende casi exclusivamente del sector empresarial formal. Esta estructura no solo limita el potencial recaudatorio, sino que genera una presión desproporcionada sobre las empresas que cumplen sus obligaciones, mientras amplios segmentos de la población con capacidad contributiva permanecen al margen del sistema.

Lo anterior, tiene sin duda consecuencias técnicas y políticas. Tal como se describe en el Informe del Consejo Privado de Competitividad: “Técnicamente, una presión tributaria baja implica que el esfuerzo fiscal efectivo está por debajo del potencial del país, lo cual se traduce en déficits recurrentes, dependencia del endeudamiento y exposición a vulnerabilidades externas. Además, restringe la capacidad de respuesta fiscal ante crisis económicas o eventos climáticos extremos. Si esto además se suma a tener cargas nominalmente altas para ciertos segmentos formales de la economía, se llega a la conclusión de que no se logra el recaudo, pero en cambio sí se introducen incentivos negativos al crecimiento. Esta situación subraya la necesidad de una reforma estructural que corrija las fallas del sistema actual: ampliar la base gravable, reducir los tratamientos preferenciales ineficientes, aumentar la progresividad y mejorar la eficiencia en la administración tributaria⁽¹⁰⁾”.

Las implicaciones de esta configuración son múltiples. En primer lugar, una base tan concentrada genera volatilidad extrema en el recaudo, haciendo que los ingresos fiscales fluctúen significativamente con el ciclo económico. En segundo lugar, concentrar la carga en pocos contribuyentes formales crea un incentivo perverso a la informalidad: el sistema castiga con tasas efectivas muy altas a quien cumple y deja relativamente indemne a quien opera por fuera del radar. En tercer lugar, dificulta la construcción de una cultura de ciudadanía fiscal cuando gran parte de los ciudadanos no siente que el impuesto de renta le concierne directamente.

A esta problemática estructural se suma un enfoque de cumplimiento tributario que ha privilegiado la coerción sobre la pedagogía. Como señala el Informe de Competitividad 2025: “El cumplimiento tributario ha sido tradicionalmente abordado por las autoridades fiscales mediante un enfoque

(9) Consejo Privado de Competitividad (2025). “Informe Nacional de Competitividad 2025-2026”. (Bogotá: CPC), p. 396.

(10) Consejo Privado de Competitividad (2025). “Informe Nacional de Competitividad 2025-2026”. (Bogotá: CPC), p. 388.

coercitivo, centrado en el control, la sanción y la fiscalización. Bajo este paradigma, el Estado se presenta como un ente que impone obligaciones fiscales bajo amenaza de castigo, asumiendo que la sanción es un incentivo suficiente para garantizar la recaudación. Sin embargo, esta estrategia ha demostrado limitaciones claras, especialmente en países como Colombia, donde persisten altos niveles de evasión, elusión y baja cultura tributaria, y donde los contribuyentes suelen cumplir más por temor que por convicción o sentido de corresponsabilidad con lo público⁽¹¹⁾.

En conclusión, la baja eficiencia del recaudo colombiano constituye una paradoja que refleja fallas estructurales profundas donde tarifas nominales elevadas no se traducen en ingresos proporcionales. Superar esta paradoja requiere no solo reformas técnicas que amplíen la base gravable y reduzcan tratamientos preferenciales ineficientes, sino también un cambio de paradigma hacia una cultura tributaria fundamentada en la transparencia, la equidad y el sentido de contribución al bienestar colectivo.

1.4. El IVA y su diseño regresivo

Otro de los puntos discutidos en el panel fue el impacto del IVA en el sistema tributario colombiano. Aunque Colombia aplica una tarifa general del 19 %, la base gravable es extraordinariamente estrecha, lo que genera un IVA con una tarifa nominal competitiva, pero con una productividad baja debido a las múltiples distorsiones aplicadas.

Colombia presenta uno de los ratios de recaudación del IVA más bajos de la región (0.38), muy por debajo del promedio de América del Sur (0.59) y del promedio de la OCDE (0.58), lo que evidencia la persistencia de las ineficiencias en el diseño del impuesto al consumo⁽¹²⁾.

En este contexto, el panel resaltó el carácter inherentemente regresivo del IVA. A diferencia de los impuestos directos, el IVA no consulta la capacidad adquisitiva del contribuyente por lo que tanto una persona de altos ingresos como una de bajos recursos pagan el mismo porcentaje sobre el precio del producto, sin importar la diferencia en sus niveles de ingreso. Esta característica convierte al IVA en un tributo que afecta desproporcionadamente a las familias de menores recursos.

Paradójicamente, las exclusiones y exenciones diseñadas para hacer el IVA más progresivo terminan reforzando su regresividad. Estas exclusiones

(11) Consejo Privado de Competitividad (2025). "Informe Nacional de Competitividad 2025-2026". (Bogotá: CPC), p. 390.

(12) OCDE, BID, CEPAL y CIAT (2025). "Estadísticas tributarias en América Latina y el Caribe 2025: 1990-2023". (París: OECD Publishing), p. 18.

benefician a todos los consumidores del producto excluido por igual; sin embargo, los hogares de ingresos altos consumen en términos absolutos mucho más que los hogares de ingresos bajos. En consecuencia, excluir ciertos productos básicos y servicios del IVA le transfiere más subsidio, en pesos, al decil de mayores ingresos que al decil de menores ingresos, simplemente porque el primero consume más de todo. El resultado, calculado por Fedesarrollo en varios trabajos, es que el sistema actual de exclusiones del IVA colombiano es regresivo en términos absolutos, aunque pueda parecer progresivo en términos relativos al ingreso.

Frente a esta problemática, una alternativa que podría considerarse es ampliar la base gravable, implementar una tarifa uniforme y establecer mecanismos de devolución focalizada a los hogares de menores ingresos. Este esquema desacopla la política recaudatoria de la política redistributiva, permitiendo que cada una se optimice en su dimensión. Ahora bien, surge la pregunta de a quiénes se les debe devolver el IVA. Inicialmente, se podría pensar que ello debe hacerse a los estratos más bajos; sin embargo, este criterio de focalización presenta deficiencias metodológicas significativas que pueden ocasionar filtraciones en la asignación e ineficiencias en la ejecución del gasto público. La clasificación por estratos, que solamente existe en Colombia, se limita a examinar las características de la propiedad raíz por encima de los ingresos reales de las familias. Debido a esto, la devolución del IVA no puede hacerse por ejemplo con estos parámetros, sino que debe realizarse teniendo en cuenta los deciles de la población. Desde el punto de vista de capacidad institucional, Colombia dispone de los instrumentos operativos necesarios para la implementación de este mecanismo. No obstante, desde una perspectiva de economía política, estas propuestas de reforma estructural han enfrentado resistencias significativas en el proceso legislativo, donde el costo político asociado a la percepción de ampliación de la base gravable ha prevalecido sobre los argumentos de eficiencia y progresividad.

No obstante, resulta llamativo que estas discusiones sobre la estructura del IVA se han prolongado por más de dos décadas sin que las sucesivas reformas hayan logrado corregir sus deficiencias fundamentales. Ya en 2005, un informe de Fedesarrollo advertía sobre los efectos adversos de la estructura de este impuesto en la cadena productiva: “En el caso del IVA, la tasa general pasó de 12 % en 1990 a 16 % en 2004. Además, existen 9 tarifas diferentes que van desde 2 % hasta 45 %, algo completamente excepcional a nivel internacional, donde el estándar es aplicar a lo sumo dos tarifas diferenciales. Lo anterior hace más complejo el sistema de aplicación del impuesto y entorpece las labores de administración tributaria. Al igual que en el caso del impuesto de renta, la base gravable del IVA es también una de las menores en el contexto latinoamericano. Esto se debe a la existencia de numerosas exenciones y exclusiones que le resultan

altamente costosas a la nación (8 billones de pesos en 2001). Además esto trae consigo importantes consecuencias como la interrupción en la devolución del IVA dentro de la cadena productiva con lo que se afecta de manera negativa a algunos sectores, a la vez que crea incentivos para que el impuesto no sea cobrado pues los sectores excluidos no tienen necesidad de reclamar el crédito fiscal ofrecido en este tipo de esquemas. Todo esto resulta en una disminución de la productividad del impuesto al generar espacios para la evasión y una consecuente reducción en el recaudo efectivo. Una solución a esta problemática consiste en gravar los bienes básicos a una tasa cero⁽¹³⁾”.

En síntesis, el análisis del IVA colombiano revela un tributo cuyo diseño estructural genera efectos contrarios a los objetivos de equidad que justifican muchas de sus exclusiones. La regresividad del impuesto, la proliferación de tarifas diferenciales, la estrechez de la base gravable y las distorsiones en la cadena productiva son problemáticas identificadas desde hace más de dos décadas que persisten a pesar de las múltiples reformas tributarias. Si bien existen alternativas técnicamente viables y Colombia cuenta con la capacidad institucional para implementarlas, la viabilidad política de estas reformas sigue siendo el principal obstáculo para avanzar hacia un sistema de IVA más eficiente y progresivo.

2. Reforma tributaria y modernización del Estado: una agenda convergente

Las deficiencias del sistema tributario colombiano no pueden abordarse de manera aislada. Las ineficiencias en el diseño del IVA, la concentración del recaudo en pocos contribuyentes, las altas tarifas nominales y la superposición de impuestos son síntomas de un problema más profundo: la estructura misma del Estado. Por esta razón, en congruencia con la necesidad de una reforma tributaria estructural es imperativo repensar la arquitectura estatal colombiana.

Esta relación entre estructura estatal y sistema tributario resulta particularmente relevante en el contexto latinoamericano, donde históricamente se ha asumido que el gasto público constituye un instrumento eficaz para corregir fallas de mercado, reducir brechas sociales e impulsar el desarrollo. No obstante, dicha premisa requiere un examen crítico, pues la capacidad real del Estado para cumplir estos objetivos depende de su eficiencia institucional, la calidad de su gestión y su sostenibilidad fiscal de largo plazo.

(13) Fedesarrollo y USAID (2005). “Tributación y competitividad en Colombia”. (Bogotá: Fedesarrollo), p. 3.

2.1. Racionalización del aparato estatal

El aparato público presenta duplicidades funcionales, superposición de competencias entre entidades del orden nacional y territorial, y una burocracia que en muchos casos genera costos administrativos desproporcionados frente a los resultados obtenidos.

Sin una racionalización institucional que elimine reprocesos, fortalezca la coordinación interinstitucional y modernice los procesos administrativos, los recursos adicionales que genere cualquier ajuste tributario seguirán siendo absorbidos por un aparato estatal ineficiente. Por esta razón, cualquier agenda de reforma fiscal debe contemplar simultáneamente la modernización del aparato estatal.

Tal como se señala en el Informe Nacional de Competitividad 2025-2026: “A la fragmentación institucional, que configura límites a la eficiencia y efectividad del Estado, se suma la rigidez del gasto público, que se convierte en un factor adicional que restringe la capacidad operativa y estratégica del Gobierno. En Colombia el gasto de funcionamiento concentra el 62.7 % del presupuesto general, mientras que el gasto de inversión representa solo el 15.77 %⁽¹⁴⁾”.

Esta rigidez presupuestal limita la capacidad del Estado para reasignar recursos hacia prioridades estratégicas. Racionalizar el aparato estatal permitiría reducir el gasto de funcionamiento y mejorar tanto la calidad de los servicios públicos como la capacidad de fiscalización tributaria. En esta medida, es claro como ante esta problemática estructural que se ha venido discutiendo se suma el persistente desbalance entre ingresos y gastos, que ha configurado el siguiente escenario: “Colombia ha mantenido un balance fiscal predominantemente deficitario durante la última década, con gastos sistemáticamente superiores a los ingresos fiscales. En 2024, el déficit representó el 6.7 % del Producto Interno Bruto según cifras del Ministerio de Hacienda (2025), que equivale a 114.5 billones de pesos⁽¹⁵⁾”.

Este déficit persistente no es meramente una consecuencia de insuficiencia en el recaudo, sino el resultado de un gasto público estructuralmente rígido y financiado mediante impuestos altamente distorsionantes. El índice de flexibilidad fiscal ubica a Colombia con una flexibilidad limitada, condicionada principalmente por transferencias y gastos de funcionamiento que dejan escaso margen para la reasignación de recursos. A esta rigidez

(14) Consejo Privado de Competitividad (2025). “Informe Nacional de Competitividad 2025-2026”. (Bogotá: CPC), p. 42.

(15) Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga (2025). “Del déficit a la eficiencia: nuevos enfoques para el gasto público en Colombia”. (Bogotá: ICP), p. 8.

se suman los elevados costos regulatorios que el aparato estatal impone sobre el sector productivo, donde la excesiva carga de trámites para la constitución y operación de empresas consume recursos significativos en términos de tiempo y dinero. Esta ineficiencia institucional no solo absorbe recursos fiscales, sino que también impone costos ocultos sobre la actividad económica, erosionando la competitividad y desincentivando la formalización empresarial.

Ante este contexto, se hace evidente la necesidad de avanzar en reformas que alineen el nivel de gasto con los ingresos disponibles, a fin de garantizar la sostenibilidad fiscal y evitar soluciones temporales que comprometan la estabilidad económica de largo plazo. En síntesis, la racionalización del aparato estatal no constituye un fin en sí misma, sino un prerequisite para cualquier agenda de competitividad tributaria. Sin un Estado más eficiente, los recursos adicionales generados por reformas fiscales seguirán siendo absorbidos por estructuras burocráticas rígidas, perpetuando el ciclo de déficit crónico y baja inversión pública.

2.2. Recomposición del gasto público

En segundo lugar, resulta indispensable abordar la recomposición del gasto público hacia sectores con mayor impacto en el desarrollo de largo plazo.

Recomponer el gasto público implica reorientar los recursos estatales desde rubros de bajo retorno social hacia áreas con mayor capacidad de generar desarrollo sostenible. En un escenario de restricciones fiscales como el colombiano, esto significa contener el crecimiento del gasto de funcionamiento para liberar recursos que puedan destinarse a inversiones estratégicas con efectos multiplicadores sobre la productividad y el bienestar. Entre estas inversiones, la educación destaca como el sector con mayor potencial transformador. Cada año adicional de escolaridad incrementa los ingresos individuales mientras que, a nivel agregado, mejoras en la calidad educativa se traducen en mayor productividad laboral, innovación tecnológica y formalización del empleo.

Desde una perspectiva fiscal, invertir en capital humano genera un círculo virtuoso ya que trabajadores más calificados acceden a empleos formales mejor remunerados, lo que amplía la base tributaria y reduce la dependencia de impuestos distorsionantes sobre el capital. No obstante, el Informe Nacional de Competitividad 2025-2026 diagnostica que: “El sistema educativo colombiano enfrenta limitaciones persistentes que restringen su capacidad para garantizar una formación equitativa, pertinente y de calidad. Pese a los avances normativos, subsisten brechas en cobertura, aprendizajes y perti-

nencia de la formación técnica y tecnológica, lo que limita su función como motor de movilidad social e innovación⁽¹⁶⁾”.

Esta brecha en la calidad educativa se refleja también en los niveles de inversión. Un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) titulado *¿Cómo mejorar la eficiencia y la equidad de la inversión educativa en Colombia ante un panorama fiscal restrictivo?* señala que: “La inversión por estudiante en Colombia es considerablemente inferior al resto de países de la OECD, y menor a la de los países de la región con mejores puntajes en PISA. En términos de Paridad de Poder Adquisitivo (PPP), Colombia invirtió unos US\$ 2.500 por alumno en educación primaria mientras que Chile y la OECD invirtieron US\$ 3.600 y US\$ 8.600 para el mismo nivel, respectivamente (CIMA, 2018). La situación es similar al comparar el gasto público por alumno en secundaria, en donde Colombia invirtió US\$ 2.200, mientras que Chile y la OECD invirtieron respectivamente US\$ 3.900 y US\$ 9.400 por alumno en secundaria⁽¹⁷⁾”.

La estructura de financiamiento educativo refuerza estas inequidades. Según el Informe Nacional de Competitividad 2025-2026: “Tanto Colombia como Corea del Sur registran un 2.8 % del PIB en gasto de los hogares en educación, lo que refleja una alta carga financiera asumida por las familias. Sin embargo, los resultados de ambos países divergen profundamente”. Esta comparación resulta reveladora ya que mientras Corea del Sur transformó su inversión educativa en un motor de desarrollo tecnológico e industrial, Colombia no ha logrado traducir el esfuerzo financiero de los hogares en mejoras significativas de calidad y pertinencia. Una reorientación del gasto público hacia programas de mejoramiento de la calidad educativa, ampliación del acceso a educación superior y formación técnica alineada con las necesidades del mercado laboral generaría efectos multiplicadores sobre la productividad, la formalización del empleo y, consecuentemente, sobre la base tributaria de largo plazo.

En definitiva, la agenda de competitividad tributaria colombiana debe trascender el debate técnico sobre tarifas, bases gravables y beneficios fiscales. El reto de fondo es la productividad. Mientras el crecimiento económico del país siga dependiendo de la acumulación de capital y trabajo, en lugar de ganancias en eficiencia e innovación, cualquier reforma tributaria tendrá un impacto limitado. Sin un Estado que se modernice institucionalmente y

(16) Consejo Privado de Competitividad (2025). “Informe Nacional de Competitividad 2025-2026”. (Bogotá: CPC), p. 156.

(17) Álvarez, H.; Elacqua, G.; Piñeros, L.; Rivera, M.; Santos, H. (2018). “¿Cómo mejorar la eficiencia y la equidad de la inversión educativa en Colombia ante un panorama fiscal restrictivo? Diagnóstico y propuestas”. (Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo), p. 12.

reoriente el gasto público hacia inversiones con alto retorno social como la educación de calidad las sucesivas reformas seguirán siendo ejercicios incrementales incapaces de alterar la trayectoria estructural del país. La verdadera transformación fiscal exige una visión sistémica que articule la política tributaria con la reforma del Estado y la priorización estratégica del gasto.

3. Conclusiones

El análisis desarrollado en el panel *Colombia en el escenario global: la tributación como clave de competitividad* evidencia que el sistema tributario colombiano, en su configuración vigente, opera como un factor inhibidor de la formación bruta de capital fijo antes que como catalizador del crecimiento económico.

La elevada carga efectiva sobre el capital formal, la concentración del recaudo en un reducido número de contribuyentes, la estrechez de la base gravable del IVA y la volatilidad normativa han configurado un entorno adverso para la inversión privada, que ha caído a sus niveles más bajos en dos décadas, mientras el costo de uso del capital continúa en aumento. Este panorama es el resultado acumulado de un diseño tributario que ha privilegiado el recaudo inmediato sobre la eficiencia de largo plazo.

La evidencia analizada permite concluir que Colombia no requiere más reformas tributarias, sino mejores reformas. El problema de competitividad fiscal no se resuelve mediante ajustes incrementales a las tarifas, sino mediante un rediseño integral de la arquitectura del sistema que permita recaudar más con menores distorsiones, estabilizar el marco normativo y armonizarlo con los estándares internacionales. Esta agenda, aunque técnicamente clara, enfrenta obstáculos políticos significativos, pues implica confrontar intereses organizados que se benefician del *statu quo*. Mientras esta conversación no se aborde con seriedad, el país continuará atrapado en ciclos de reformas bienales donde cada modificación agrava marginalmente los problemas que la anterior pretendía resolver.

Asimismo, el análisis demuestra que la reforma tributaria no puede concebirse de manera aislada del funcionamiento del Estado. La racionalización del aparato estatal constituye un prerrequisito para que los recursos generados por cualquier ajuste fiscal se traduzcan en inversión productiva y no sean absorbidos por estructuras burocráticas ineficientes. Paralelamente, la recomposición del gasto público hacia sectores con alto retorno social, particularmente la educación, representa una apuesta estratégica de largo plazo. Invertir en capital humano genera efectos multiplicadores sobre la productividad, la formalización laboral y, consecuentemente, sobre la ampliación sostenible de la base tributaria.

Durante el panel se identificaron tres sesgos que permean el debate tributario colombiano: el cortoplacismo, la aversión a la pérdida y la resistencia al cambio. Difícilmente existe un ámbito de política pública donde estos sesgos operen con mayor intensidad que en materia fiscal. Si Colombia logra finalmente sostener una conversación tributaria de largo plazo, fundamentada en rigor técnico y libre de polarizaciones artificiales, habrá dado el paso más difícil y más necesario de su agenda de competitividad.

Bibliografía

- Bernal, M., Elacqua, G., González, F. y Martínez, C. (2020). “¿Cómo mejorar la eficiencia y la equidad de la inversión educativa en Colombia ante un panorama fiscal restrictivo? Diagnóstico y propuestas”. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Consejo Privado de Competitividad (2025). “Informe Nacional de Competitividad 2025-2026”. Bogotá: CPC.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (2026). “Informe de Gestión DIAN 2025”. Bogotá: DIAN.
- Fedesarrollo y USAID (2005). “Tributación y competitividad en Colombia”. Bogotá: Fedesarrollo.
- Fergusson, L. y Hofstetter, M. (2021). “El sistema tributario colombiano: diagnóstico y propuestas de reforma”. PNUD LAC Policy Documents Series, n.º 28.
- Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga (2025). “Del déficit a la eficiencia: nuevos enfoques para el gasto público en Colombia”. Bogotá: ICP.
- OCDE (2011). “What is a ‘Competitive’ Tax System?”. OECD Taxation Working Papers, n.º 2. París: OECD Publishing.
- OCDE, BID, CEPAL y CIAT (2025). “Estadísticas tributarias en América Latina y el Caribe 2025: 1990-2023”. París: OECD Publishing.

20 AÑOS DE LOS CONVENIOS PARA EVITAR
LA DOBLE TRIBUTACIÓN EN COLOMBIA:

BALANCE, APORTES AL SISTEMA
TRIBUTARIO COLOMBIANO
Y DISCUSIONES ABIERTAS

Pablo Fernández Bonilla

Contenido

Introducción. 1. Evolución y estado del arte de los CDI suscritos por Colombia. 1.1. Dividendos y branch profit tax (artículo 10 de CDI). 1.2. Intereses (artículo 11 de CDI). 1.3. Servicios técnicos, asistencia técnica y consultoría: de regalías a beneficios empresariales (artículo 12 de CDI). 1.4. Ganancias de capital por venta de acciones (artículo 13 (4) de CDI). 1.5. Cláusulas antiabuso. 2. Los CDI como mecanismos para contener la sobreimposición. 3. Impacto positivo de los CDI en el sistema interno. 4. Discusiones técnicas abiertas. 5. Conclusiones. Bibliografía.

20 años de los convenios para evitar la doble tributación en Colombia:

Balance, aportes al sistema tributario colombiano y discusiones abiertas

Pablo Fernández Bonilla⁽¹⁾

Introducción

En 2026 se cumplen veinte años de la suscripción de Colombia del primer convenio para evitar la doble imposición (CDI), celebrado con el Reino de España. La suscripción de este CDI marcó el ingreso del país a la red de CDI. Sin embargo, podría decirse que Colombia dio este paso de manera tardía, en comparación con otros países de la región y a la propia historia del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio (Modelo de Convenio) de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), vigente desde la década de 1960. A partir de la suscripción del primer CDI, Colombia ha hecho continuamente un esfuerzo de ampliar su red de CDI, el cual se ha traducido en diecinueve CDI suscritos. En ese trayecto de ampliar la red de CDI, el clausulado de los CDI ha evolucionado consistentemente con el Modelo de Convenio.

Transcurridos estos veinte años de negociación, aplicación e interpretación de CDI, es momento de evaluar el desarrollo que los CDI han tenido en Colombia, ponderar sus aportes al sistema tributario colombiano y señalar espacios en los que todavía existen discusiones abiertas.

En términos generales, los primeros 20 años de los CDI muestran impactos positivos claros. En primer lugar, los CDI han contenido, en parte, los efectos de la sobreimposición tributaria a la que las sociedades nacionales e inversionistas (nacionales y extranjeros) están expuestos como consecuencia del incremento permanente de tarifas corporativas y de la retención en

(1) Abogado y especialista en Tributación de la Universidad de los Andes. LL. M. de Cornell Law School. Representante YIN del capítulo Colombia de IFA (2021-2022). Asociado senior en Posse Herrera Ruiz. Las ideas expresadas en este documento se basan en las discusiones del panel referido, pero son de la exclusiva autoría del autor, así como la estructura y la forma de presentación. Se utilizó Harvey AI como herramienta de apoyo en la preparación de este artículo.

la fuente. En segundo lugar, los CDI han contribuido a incorporar al derecho interno instituciones de tributación internacional, como el establecimiento permanente, la sede efectiva de administración, las reglas de residencia fiscal y estándares funcionales de atribución, los cuales actualmente permiten alinear nuestro sistema con los estándares internacionales y dar una mayor certeza a inversionistas extranjeros.

Este artículo recoge las principales discusiones desarrolladas en el panel *20 años de CDI en Colombia: contribuciones al desarrollo y la certeza tributaria* que tuvo lugar en el 14.º Congreso Colombiano de Tributación Internacional del capítulo Colombia de la International Fiscal Association.

Primero, se presenta el contexto y la evolución de los CDI suscritos por Colombia, destacando unos artículos en específico que son los que en la práctica se aplican más recurrentemente. Segundo, se examina la función de los CDI como mecanismos de contención de la sobreimposición de las personas jurídicas, en particular respecto a la inversión de extranjeros en sociedades nacionales. Tercero, se analizan los efectos de los CDI sobre el sistema tributario doméstico, con foco en el trasplante de criterios de sujeción y de atribución. Cuarto, se abordan algunas discusiones técnicas que permanecen abiertas, como la fiscalización en la fuente cuando la jurisdicción ha renunciado a gravar, los umbrales de sustancia, y la interacción de los CDI y las cláusulas antiabuso domésticas.

1. Evolución y estado del arte de los CDI suscritos por Colombia

A la fecha, Colombia ha suscrito 19 CDI, además de la Decisión 578 de 2004 de la Comunidad Andina. De estos 19 CDI, permanecen pendientes de ratificación los CDI con Brasil, Luxemburgo, Emiratos Árabes Unidos, Países Bajos y Uruguay.

En los tratados vigentes se observa una evolución sostenida desde el CDI con España hacia los CDI más recientes que incorporan reglas y estándares derivados del Modelo de Convenio. En concreto, se pueden observar incrementos tarifarios en dividendos, reglas de intereses diferenciadas por tipo de acreedor, redefinición del alcance de “regalías” para excluir servicios técnicos, asistencia técnica y consultoría en varios CDI, la adición de estándares y umbrales adicionales en el numeral 4 del artículo 13 para enajenación de acciones “inmobiliarias” y la inclusión de cláusulas antiabuso de test de propósito principal (PPT) o de limitación de beneficios (LOB).

Este capítulo ofrece un análisis comparado de los artículos que, en la práctica, concentran la aplicación de los CDI: dividendos (incluida la tributación de utilidades de establecimientos permanentes como dividendos, *i. e.*,

branch profit tax), intereses, regalías y el tratamiento de servicios técnicos, asistencia técnica y consultoría, ganancias de capital por venta de acciones y cláusulas antiabuso.

1.1. Dividendos y *branch profit tax* (artículo 10 de CDI)

Los primeros CDI suscritos por Colombia tenían estructuras más simples, ya que aplicaban topes únicos de retención (incluyendo el 0 % en algunos casos), exigían pocos o nulos requisitos de participación y tenencia para acceder a tasas reducidas y no diferenciaban según el tipo de receptor del dividendo.

Sin embargo, la segunda generación de CDI incrementó los estándares de aplicación del artículo 10 con escalones tarifarios y condiciones de elegibilidad (porcentaje mínimo de participación, tenencia, y categorías de perceptores con trato preferente, como fondos de pensiones).

Adicionalmente, los CDI recientes han evolucionado hacia considerar utilidades de establecimientos permanentes como dividendos gravables (*branch profit tax*). Los primeros CDI suscritos por Colombia no contenían esta definición.

A continuación se detalla cómo ha sido la evolución del artículo 10 de los CDI suscritos por Colombia.

– El CDI con España (incluyendo su protocolo) prevé: (i) una tarifa del 5 % en general y una tarifa del 0 % cuando el accionista posee más del 20 % del capital de la sociedad colombiana que distribuye el dividendo, y (ii) un mecanismo de reinversión en Colombia por tres años que permite neutralizar la retención sobre dividendos distribuidos con cargo a utilidades no gravadas cuando se cumplan requisitos de reinversión. Sin embargo, este último mecanismo en la práctica ha sido de difícil o nula aplicación por falta de claridad en las normas domésticas y su interrelación con el CDI. En la misma primera ola, los CDI con Chile, Suiza y Canadá siguieron diseños más simples, con topes únicos y menos estándares de elegibilidad para acceder a reducciones, incluidos los supuestos de 0 %.

– Posteriormente, en los CDI más recientes (p. ej., Reino Unido y Francia) se ha consolidado una tarifa del 5 % para participaciones significativas y 15 % para los demás casos, con una exención del 0 % reservada a fondos de pensiones del Estado de residencia. Vale mencionar que la aplicación del 15 % de retención en la fuente para los demás casos ha sido positiva frente a los dividendos provenientes de utilidades no gravadas a nivel de la sociedad que los distribuye.

Estos CDI también acotan la imposición colombiana del denominado *branch profit tax* mediante un tope del 15 % cuando las utilidades atribuibles a un establecimiento permanente se consideran dividendos al distribuirse a la casa matriz. De acuerdo con el Modelo de Convenio de la OCDE, esta calificación reconoce la equivalencia económica entre la distribución de dividendos de una filial y la remesa de utilidades de un establecimiento permanente, y busca evitar un tratamiento menos favorable de los establecimientos permanentes frente a las sociedades.

1.2. Intereses (artículo 11 de CDI)

Las reglas sobre intereses de los CDI han evolucionado desde esquemas con topes máximos uniformes (como en los CDI de España, Suiza, Canadá y Chile) hacia reglas más sofisticadas que incluyen: (i) un tope general de retención en la fuente sobre el monto bruto (usualmente 10 %); (ii) exenciones o reducciones específicas según la cualificación del perceptor (autoridades públicas, bancos centrales, instituciones financieras calificadas, fondos o esquemas de pensiones) o la finalidad del crédito (comercio exterior, ventas a crédito de equipos, financiamiento de proyectos); (iii) reglas de atribución cuando los intereses son efectivamente atribuibles a un establecimiento permanente, que desplazan la regla del artículo 11 hacia la del artículo 7, y (iv) salvaguardas antiabuso (beneficiario efectivo, *back-to-back* y, en tratados recientes, PPT) que condicionan el acceso a las tarifas preferenciales. Esta evolución ha respondido a dos objetivos concurrentes: reducir el costo del capital transfronterizo en supuestos de interés público o de profundización financiera y, a la vez, neutralizar estructuras de interposición o arbitraje de tratados.

En los CDI más recientes suscritos por Colombia predomina un tope general del 10 %, pero varios instrumentos contemplan exención total para intereses pagados a Estados, subdivisiones políticas, bancos centrales u organismos públicos, y reducciones para instituciones financieras calificadas o aseguradoras cuando el financiamiento responde a operaciones ordinarias de intermediación o a líneas de comercio exterior. Dependiendo de cada CDI, resultan frecuentes las reglas preferenciales para créditos a la exportación y la importación, sobregiros y ventas a crédito de equipos, así como para financiamientos de largo plazo vinculados a infraestructura o a políticas de desarrollo.

Así mismo, los CDI más recientes incorporan expresamente la PPT como criterio adicional para negar beneficios cuando uno de los propósitos principales de la operación de crédito es obtener una ventaja del tratado. Esto puede suceder en el caso de esquemas *back-to-back* o de interposición de entidades sin sustancia o con sustancia limitada.

1.3. Servicios técnicos, asistencia técnica y consultoría: de regalías a beneficios empresariales (artículo 12 de CDI)

Hasta la entrada en vigor del CDI con el Reino Unido, Colombia calificaba en sus CDI las contraprestaciones por servicios técnicos, asistencia técnica y consultoría como “regalías”, lo que habilitaba el gravamen en la fuente (Colombia). El CDI con el Reino Unido modificó ese paradigma al excluir estos servicios del ámbito del artículo 12 y remitirlos, según el caso, a beneficios empresariales (artículo 7) u otras rentas.

Este cambio en la posición supuso la primera activación de cláusulas de nación más favorecida (NMF) previstas en varios CDI de la primera generación, lo cual generó dudas sobre su activación en cada caso. Ante estas dudas, en 2020 la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) precisó a través de su doctrina su alcance y activación: (i) se activa en México, República Checa, Canadá y Portugal, pues sus protocolos remiten a trato más favorable o a la eliminación del gravamen en la fuente, por lo que los pagos dejan de ser “regalías” y pasan a “beneficios empresariales” u “otras rentas”, y (ii) no se activa en España, Suiza y Chile, ya que sus cláusulas de NMF piden un “tipo impositivo” inferior expresamente en regalías o requieren una exención o alícuota menor en ese mismo artículo.

1.4. Ganancias de capital por venta de acciones (artículo 13 (4) de CDI)

Así como en materia de dividendos, las reglas sobre ganancias de capital por la venta de acciones de una sociedad del país de la fuente han sufrido evoluciones y cambios sustanciales. Los CDI han pasado de reglas de asignación de potestad tributaria basadas fundamentalmente en el nivel de bienes inmuebles en el país de la fuente, a reglas con estándares que consideran también los porcentajes de participación en el capital y el término de posesión de las acciones.

En la primera ola de CDI suscritos por Colombia predominaban fórmulas más sencillas para la imposición de ganancias de capital, con redacciones generales sobre la tributación en el Estado de residencia y sin reglas detalladas de agrogación o periodos de tenencia.

La segunda generación de CDI robusteció el artículo 13 con estándares del Modelo de Convenio, para así limitar su aplicación o hacer que la sujeción exclusiva en el país de la residencia aplique únicamente en casos limitados.

En particular, los CDI más recientes han incluido reglas para:

- Gravar en la fuente la disposición de acciones cuando el accionista enajenante posee más de un determinado porcentaje del capital de la sociedad enajenada (usualmente el 20 %).

- Introducir una ventana de revisión de 365 días previos a la enajenación de las acciones para verificar si el enajenante excedió el porcentaje de participación y por lo tanto el país de la fuente tiene derecho a gravar.

- Ampliar la definición de “acciones” o “participaciones” para cubrir derechos económicos en otro tipo de entidades, como por ejemplo, fondos de inversión, patrimonios autónomos, *trusts* u otras estructuras análogas.

- Incorporar reglas de agregación y de cómputo temporal que cierran espacios de arbitraje en operaciones.

1.5. Cláusulas antiabuso

El primer CDI de Colombia (el celebrado con España) carecía, y a la fecha continúa el vacío, de una cláusula antiabuso de alcance general. A partir de la segunda ola, Colombia ajustó su posición en los CDI conforme a la Acción 6 del Plan BEPS e introdujo de manera sistemática reglas (PPT) y, en ciertos instrumentos, disposiciones LOB. Este giro en la posición también se manifestó en preámbulos de los CDI que declaran, como objeto y propósito, no solo la eliminación de la doble imposición sino también la prevención de la no imposición o la imposición reducida mediante evasión o elusión.

Conforme al Modelo de Convenio, el estándar es incluir, al menos, una PPT o una LOB. En esa línea, la práctica reciente de Colombia en la negociación de los CDI se alinea, ya que:

- Los CDI recientes adoptan la PPT como cláusula general que permite negar beneficios cuando uno de los propósitos principales fue obtener una ventaja del tratado.

- En varios instrumentos se incorporan reglas LOB u otras salvaguardas funcionalmente equivalentes que actúan como compuertas de elegibilidad basadas en requisitos objetivos.

- Los preámbulos antiabuso orientan la interpretación, reforzando que los CDI no deben facilitar la no imposición o la imposición reducida mediante evasión o elusión.

2. Los CDI como mecanismos para contener la sobreimposición

Colombia continúa siendo una economía dependiente de la importación de capital y de la inversión extranjera directa, como lo muestran de manera consistente las estadísticas del Banco de la República sobre flujos de inversión extranjera directa. En un entorno como este, con una alta necesidad

de financiamiento externo para proyectos de infraestructura, energía, manufactura, las reglas tributarias para las personas jurídicas cumplen un papel decisivo en el costo de capital y en la previsibilidad del retorno. Por lo tanto, la combinación de una tarifa corporativa elevada, sobretasas sectoriales y gravámenes en la distribución de dividendos ha deteriorado la competitividad de Colombia frente a pares regionales. Sin embargo, en este contexto, los CDI han operado como un mecanismo estabilizador que ha atenuado la sobreimposición en Colombia y preservado los márgenes de inversión, para así lograr mantener los flujos de inversión extranjera directa.

Las reformas tributarias aprobadas por el Congreso de la República en los últimos años han introducido un número significativo de medidas que han incrementado de manera constante las obligaciones tributarias de las personas jurídicas, y consecuentemente afectado su desarrollo y desempeño económico. En especial, las medidas se han enfocado en: (i) el impuesto sobre la renta aplicable a las personas jurídicas, y (ii) en el impuesto a los dividendos aplicable en la distribución de dividendos a los accionistas (tanto personas jurídicas como naturales).

En primer lugar, la tarifa general del impuesto sobre la renta ha sido objeto de aumentos y disminuciones en los últimos años. A pesar de que la Ley 1943 de 2018 propuso disminuir progresivamente la tarifa del impuesto sobre la renta hasta el 30 %, siguiendo lineamientos de la OCDE, desde la Ley 2155 de 2020 la tendencia ha sido aumentar la tarifa general por encima de los rangos de la región e imponer sobretasas a los sectores de hidrocarburos, minería, energía y financiero. Para el período gravable 2024, la tarifa general del impuesto sobre la renta aplicable a personas jurídicas nacionales es del 35% y existen las siguientes sobretasas: (i) instituciones financieras y entidades aseguradoras: 5 % para los períodos gravables 2024, 2025, 2026 y 2027; (ii) sector minero de carbón: hasta el 10 % de manera permanente, dependiendo del precio internacional del mineral; (iii) sector petróleo: hasta el 15 % de manera permanente, dependiendo del precio internacional del petróleo, y (iv) generadoras de electricidad a partir de recursos hídricos: 3 % para los períodos gravables 2024, 2025 y 2026.

En segundo lugar, las últimas reformas han aumentado la retención en la fuente por pagos al exterior de dividendos. Antes de 2016 no había retención en la fuente sobre dividendos. Sin embargo, posteriormente, la Ley 1819 de 2016 aumentó la retención en la fuente por dividendos pagados al exterior al 5 %, la Ley 1943 de 2018 la llevó al 7.5%, la Ley 2010 de 2019 la aumentó al 10 %, y la Ley 2277 de 2022 la elevó al 20 % actual. Recientemente el Gobierno nacional quería aumentar esta tarifa nuevamente al 30 %. Sin embargo, la iniciativa del Gobierno no prosperó en el Congreso de la República. Estas tarifas aplicables sobre dividendos se traducen en que la tarifa nominal combinada aplicable sobre las utilidades de un negocio sea del orden de entre el

41.5 % y 48 %, y de entre el 46 % y 60 %, en el caso de contribuyentes de sectores económicos sujetos a una sobretasa.

Frente a tarifas internas de retención que han escalado en la última década y a cargas combinadas que erosionan el rendimiento neto, los CDI han viabilizado la continuidad de proyectos de inversión al permitir reducciones materiales de la retención en la fuente sobre pagos al exterior, en particular sobre dividendos.

En muchos casos, el paso de una tarifa doméstica del 20 % a límites convencionales del 5 % o incluso al 0 % en el caso de CDI como España o Suiza, o de perceptores calificados (por ejemplo, fondos de pensiones) permite que la inversión sea lo suficientemente rentable para los inversionistas. Esta reducción en la tarifa no solo mitiga la doble imposición económica, sino que también impide que el capital se desplace hacia jurisdicciones con estructuras y tarifas fiscales más competitivas. Por esta razón es que puede concluirse que los CDI hayan sido determinantes para cerrar transacciones y sostener flujos de capital en sectores estratégicos.

Además de estabilizar tarifas en materia de dividendos para contener la sobreimposición doméstica causada por las reformas tributarias, los CDI han operado como “tablas de salvación” en otros frentes donde la legislación interna ha ampliado bases o introducido límites cuestionables. En particular, se destaca la función moduladora de los CDI frente al régimen de ventas indirectas y su capacidad niveladora al activar la cláusula de no discriminación de los CDI cuando la deducibilidad de pagos al exterior se condiciona a retenciones no exigibles conforme al propio CDI.

— En ventas indirectas, las Leyes 1943 de 2018 y 2010 de 2019 introdujeron un régimen que grava la enajenación de activos situados en Colombia mediante la disposición indirecta de un vehículo extranjero, con definiciones y umbrales amplios que, por su generalidad, pueden alcanzar reorganizaciones extraterritoriales y otras operaciones que en sustancia no configuran ventas o un cambio de control. Ante este escenario, los CDI han contribuido a que en reorganizaciones u operaciones que no constituyen una venta en sustancia, las reglas de ventas indirectas no apliquen y la operación no genere una sobrecarga tributaria injustificada para la operación. Esta posición ha sido posible en la medida en que: (i) las normas reglamentarias del régimen de ventas indirectas reconocen la prevalencia de los CDI sobre la legislación doméstica, y (ii) el régimen de ventas indirectas aplica en el sentido que se entiende “como si” el activo en Colombia estuviera siendo directamente enajenado, por lo cual, si el tenedor directo es un residente de un país con CDI, se entendería “como si” dicho residente estuviera enajenando directamente el activo en Colombia. Sobre el particular, la doctrina de la DIAN ha admitido que procede aplicar el CDI con preferencia sobre el régimen interno, lo que

alivia cargas en reorganizaciones y transferencias que en sustancia no configuran un cambio de control.

— Las cláusulas de no discriminación previstas en los CDI han impedido que normas como el artículo 122 del Estatuto Tributario limiten la deducibilidad de algunos pagos al exterior. Por aplicación de esta norma, la deducibilidad de pagos a sociedades domiciliadas en países con CDI con Colombia estaría limitada por una norma doméstica, ya que podrían calificar como “beneficios empresariales” y no estar sometidos a retención en la fuente en Colombia. En estos casos, la DIAN ha señalado que la cláusula de no discriminación del CDI prohíbe limitar la deducción únicamente porque el perceptor sea no residente o porque no se haya practicado retención en la fuente por mandato del tratado. En consecuencia, la sociedad colombiana puede deducir el gasto en las mismas condiciones que los pagos domésticos.

3. Impacto positivo de los CDI en el sistema interno

Además de su función como “tablas de salvación” para contener la sobreimposición, los CDI han tenido un impacto profundo y duradero en el desarrollo del sistema tributario colombiano. Su influencia trasciende la simple mitigación de la doble tributación, pues han aportado a la modernización de la legislación interna y al fortalecimiento institucional de la administración tributaria. Este capítulo analiza tres dimensiones de dicha contribución: primero, la incorporación de criterios de tributación internacional en la normativa doméstica, que marcó un punto de inflexión en la historia tributaria del país; segundo, el impulso para la adopción de otros estándares globales y, tercero, la profesionalización de los funcionarios de la DIAN a través de la negociación y aplicación de estos instrumentos.

La Ley 1607 de 2012 marcó un hito en la modernización del sistema tributario al incorporar en la legislación doméstica criterios y estándares internacionales de tributación, provenientes de CDI. A través de esta Ley, se introdujeron figuras fundamentales como el establecimiento permanente, la sede efectiva de administración como criterio de residencia para sociedades, y las reglas de residencia fiscal para personas naturales. Como se señaló en el panel, la adopción de estas figuras, alineadas con las directrices de la OCDE, fue un hecho “histórico” que fortaleció el marco normativo del país y le permitió ofrecer un mayor grado de certeza jurídica a los inversionistas extranjeros.

La evolución del régimen tributario colombiano hacia estándares internacionales no se limitó a los conceptos de sujeción y atribución de rentas derivados de los CDI. El sistema ha acogido progresivamente otros estándares tributarios que, si bien no derivan directamente de los tratados, son

consistentes con esta apertura. Entre ellos se destacan el régimen de precios de transferencia, el de entidades controladas del exterior (ECE), las reglas de subcapitalización para limitar la deducción de intereses, los criterios para identificar jurisdicciones no cooperantes o de baja o nula imposición, el intercambio de información bajo el estándar común de reporte (CRS), la adopción de criterios de beneficiario efectivo, entre otros. Esta modernización normativa ha sido clave para dotar a la administración tributaria de herramientas más robustas para la fiscalización internacional.

Finalmente, los CDI han tenido un impacto profundo en la profesionalización de la administración tributaria. Como se señaló en el panel, los tratados impulsaron a la DIAN a “desarrollar equipos técnicos especializados en fiscalización internacional”, elevando el perfil de sus funcionarios y permitiéndoles participar en auditorías conjuntas y complejas. Este proceso ha fortalecido la capacidad interpretativa de la entidad, que ha transitado de una aplicación literal de las normas a un análisis más sofisticado y alineado con los estándares globales para evitar la doble tributación. En este mismo sentido, la negociación y aplicación de los CDI ha fomentado un desarrollo normativo, técnico e interpretativo dentro de la DIAN, dotándola de instrumentos jurídicos para combatir la elusión y la evasión en un contexto internacional.

4. Discusiones técnicas abiertas

A pesar de los avances y contribuciones de los CDI al sistema tributario colombiano, descritos en los capítulos anteriores, los veinte años de experiencia en su negociación, aplicación e interpretación también han dado lugar a discusiones técnicas complejas, varias de las cuales permanecen abiertas y fueron objeto de análisis en el panel.

Este capítulo aborda tres de las controversias más relevantes que continúan generando incertidumbre en la práctica: (i) el alcance de las facultades de fiscalización del país de la fuente cuando un CDI le ha asignado la potestad de gravar de manera exclusiva al país de la residencia; (ii) el nivel de sustancia económica exigible para la aplicación de los beneficios de un CDI en el contexto de entidades *holding*, y (iii) la interrelación entre las cláusulas antiabuso de la legislación doméstica y las previstas en los propios tratados, y su impacto en la seguridad jurídica de los contribuyentes.

Una de las tensiones recurrentes en la aplicación de los CDI surge cuando la autoridad tributaria del Estado de la fuente ejerce sus facultades de fiscalización sobre operaciones cuya potestad de gravar ha sido cedida al Estado de la residencia. Si bien un CDI limita la potestad impositiva material, no anula el poder de auditoría de la administración. Es un principio aceptado que el Estado de la fuente puede solicitar la información nece-

saría para confirmar que se cumplen las condiciones para la aplicación de los beneficios del tratado. Como se destacó en el panel, la DIAN está facultada para requerir información que le permita determinar si existe sustancia económica, si se configura un abuso del tratado o si se cumplen otros requisitos para acceder a sus beneficios (*i. e.*, asignar la potestad al país de la residencia). No obstante, este poder no es absoluto. Debe ejercerse con base en los principios de relevancia y proporcionalidad de la información y detalles solicitados en relación con la transacción objetivo de revisión.

Otra discusión que permanece abierta se centra en el nivel de sustancia económica exigible para la aplicación de los beneficios de un CDI en el caso de entidades *holding* o tenedoras de acciones. Si bien la pregunta suele plantearse en términos de la sustancia requerida en la jurisdicción de residencia del inversionista, la perspectiva correcta debería ser cuál es el nivel de sustancia que Colombia, como país de la fuente que renuncia a su potestad tributaria, requiere.

Los CDI no establecen un criterio objetivo para establecer cuál es el nivel de sustancia económica que una entidad *holding*, residente en el otro Estado (y la operación o inversión que hace en Colombia tiene sustancia), debería satisfacer. Sobre esto, podría considerarse que un estándar objetivo puede derivarse del propio régimen de compañías *holding* colombianas (CHC). En este sentido, si una entidad *holding* extranjera acredita requisitos de sustancia análogos a los que Colombia exige a sus propias CHC (*i. e.*, número de empleados, activos, domicilio, toma de decisiones y número de inversiones), la DIAN debería considerar que existe sustancia suficiente y no cuestionar la aplicación de los beneficios de un CDI. Sin embargo, este enfoque, basado en criterios objetivos y domésticos, contrasta con la naturaleza de las cláusulas PPT, analizadas en el subcapítulo 2.5., ya que exigen un análisis casuístico de los propósitos de una transacción en particular. Bajo la aplicación de una cláusula PPT, los criterios objetivos, como los de las CHC, podrían ser irrelevantes.

Finalmente, otra discusión abierta son la relación entre las reglas antiabuso domésticas y los CDI. La interacción entre las normas antiabuso domésticas y las cláusulas de los CDI constituye una de las áreas de mayor fricción y riesgo para la seguridad jurídica. En el plano interno coexisten una cláusula general antiabuso, de alcance amplio y con facultades de recharacterización, junto con una multiplicidad de normas específicas antiabuso. En el plano de los tratados, los CDI más recientes incorporan cláusulas PPT como estándar mínimo de la Acción 6 de BEPS. Esta superposición genera una tensión fundamental: cómo preservar la asignación de potestades pactada en el CDI sin desatender la lucha contra estructuras artificiosas, y cómo hacerlo sin erosionar la certeza que los propios CDI buscan proveer.

La diferencia funcional clave entre las cláusulas antiabuso doméstica y la PPT de los CDI radica en sus límites. Mientras la regla doméstica permite una amplia potestad de reconfiguración basada en la ausencia de propósito económico, la PPT, aunque también examina la finalidad de la operación, incluye una salvaguarda crucial: el beneficio del CDI no se niega si su otorgamiento es consistente con el objeto y propósito del CDI. Como se advirtió en el panel, esta válvula de escape asegura la sujeción al texto del CDI y mitiga la discrecionalidad de la autoridad, la cual resulta ser un riesgo latente en la aplicación de las cláusulas antiabuso. La aplicación desproporcionada de normas antiabuso internas podría hacer inaplicables los beneficios de los CDI, por lo que es imperativo que su uso se reserve para corregir abusos claros y probados, sin convertirse en un pretexto para desconocer la asignación de potestades y la estabilidad que los CDI ofrecen.

5. Conclusiones

En sus primeros veinte años, los CDI suscritos y ratificados por Colombia muestran un balance positivo. Han sido cruciales para contener la sobreimposición tributaria en un contexto de altas tarifas corporativas y retenciones crecientes, toda vez que han actuado como estabilizadores que preservan la competitividad y viabilizan la inversión extranjera. Además de mitigar la sobreimposición y la doble tributación, los CDI han sido un catalizador para la modernización del sistema tributario colombiano, incorporando estándares internacionales como el establecimiento permanente y la sede efectiva de administración, y fortaleciendo la seguridad jurídica para los contribuyentes.

No obstante, subsisten discusiones técnicas y desafíos importantes. Entre ellos se destacan la delimitación de las facultades de fiscalización de la DIAN frente a rentas cuya potestad de gravamen ha sido cedida al país de la residencia, la determinación del nivel de sustancia económica exigible para acceder a los beneficios de los CDI, y la compleja interacción entre las cláusulas antiabuso domésticas y las dispuestas por los CDI (PPT). Estos debates abiertos reflejan la necesidad de una mayor claridad normativa y doctrinal para equilibrar la lucha contra la elusión y la protección de la seguridad jurídica que los tratados tributarios deberían ofrecer.

Finalmente, a pesar de los esfuerzos e impactos positivos, Colombia todavía tiene camino por recorrer y esfuerzos por hacer. En los últimos 3 o 4 años no se han concluido nuevas negociaciones de CDI. Adicionalmente, subsisten CDI pendientes de ratificación y Colombia no ha ratificado el Instrumento Multilateral (MLI), con el costo de oportunidad que ello implica en materia de coherencia y actualización de su red. Esto muestra la necesidad de que exista una política definida para la negociación y ratificación de los tratados, que sea independiente del Gobierno de turno.

Bibliografía

- Convenio entre Canadá y Colombia para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación con el impuesto sobre la renta y sobre el patrimonio (texto en español).
- Convenio entre la República de Chile y República de Colombia para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación al impuesto a la renta y al patrimonio (hecho en Bogotá D. C., 19 de abril de 2007).
- Comunidad Andina, Decisión 578 (2004): Régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal.
- Convenio entre la República Federativa de Brasil y República de Colombia para la eliminación de la doble tributación con respecto a los impuestos sobre la renta y la prevención de la elusión y la evasión fiscales (texto en español).
- Convenio entre el Gran Ducado de Luxemburgo y la República de Colombia para eliminar la doble tributación en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para prevenir la elusión y la evasión fiscal (con protocolo), firmado en Luxemburgo, 19 de enero de 2024 (texto en español).
- Convenio entre la República de Corea y la República de Colombia para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación al impuesto sobre la renta (texto en español).
- Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos para la eliminación de la doble tributación con respecto a los impuestos sobre la renta y la prevención de la evasión y elusión tributarias, firmado en Dubái, 12 de noviembre de 2017 (texto en español).
- Convenio entre el Reino de España y la República de Colombia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio (texto en español).
- Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa para evitar la doble tributación y prevenir la evasión y la elusión fiscal con respecto a los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio (texto en español).
- Convenio entre la República de Colombia y el Reino de los Países Bajos para eliminar la doble tributación en materia de impuestos sobre la renta y para prevenir la evasión y la elusión fiscales (con protocolo y texto en español).
- Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y la República de la India para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación con el impuesto sobre la renta (texto en español).
- Convenio entre la República de Colombia y Japón para la eliminación de la doble tributación con respecto a los impuestos sobre la renta y la prevención de la evasión y elusión tributarias, firmado en Tokio, 19 de diciembre de 2018 (texto en español).

- Convenio entre la República de Colombia y los Estados Unidos Mexicanos para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación con los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio (con protocolo y texto en español).
- Convenio entre la República Portuguesa y la República de Colombia para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación con el impuesto sobre la renta, hecho en Bogotá D. C., 30 de agosto de 2010 (con protocolo y texto en español).
- Convenio entre la República de Colombia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para evitar la doble tributación en relación con impuestos sobre la renta y sobre las ganancias de capital y para prevenir la evasión y la elusión tributarias (con protocolo), firmado en Londres, 2 de noviembre de 2016 (texto en español).
- Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio (con protocolo y texto en español).
- Convenio entre la República de Colombia y la República Oriental del Uruguay para eliminar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para prevenir la evasión y la elusión fiscales (con protocolo), firmado en Bogotá D. C., 19 de noviembre de 2021 (texto en español).
- Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE (versión abreviada), 21 de noviembre de 2017.
- Concep. 004131/2024, DIAN.
- Concep. 5221/2023, DIAN.
- Concep. 100202208-0191/2020, DIAN.
- Concep. 100208192-1048/2024, DIAN.
- Concep. general sobre el CDI entre Colombia e Italia/2024, DIAN.
- Concep. 34105/2017, DIAN.
- Ofi. 4189/2020, DIAN.
- Ofi. 008921/2024, DIAN.
- Ofi. 905137/2021, DIAN.
- Ofi. 906196/2020, DIAN.
- Ofi. 907489/2020, DIAN.

CONVENCIÓN MARCO DE LA ONU SOBRE
COOPERACIÓN FISCAL INTERNACIONAL:
AVANCES Y PERSPECTIVAS

José Camargo González

Contenido

Introducción. 1. Antecedentes y contexto internacional. 2. La Convención Marco de la ONU sobre Cooperación Fiscal Internacional. 3. Retos y oportunidades en un contexto internacional turbulento. 4. Conclusiones. Bibliografía.

Convención Marco de la ONU sobre Cooperación Fiscal Internacional: Avances y perspectivas⁽¹⁾

José Camargo González⁽²⁾

Introducción

Resulta paradójico que, incluso en el ámbito de los órganos rectores de la tributación internacional, los tratados para evitar la doble imposición y los mecanismos destinados a orientar la política fiscal global operen dinámicas propias de la oferta y la demanda. Estos espacios, que en principio deberían garantizar neutralidad y coordinación multilateral, también pueden verse influidos por fenómenos típicos de la política económica global, como monopolios, oligopolios y otras formas de concentración de poder.

Digo que es una paradoja, pues pareciera tratarse de un análisis circular o elíptico. Es decir, ¿por qué habríamos de denominarlo monopolio y hacer referencia a la oferta y la demanda en la política económica global, cuando normalmente esto está dentro del análisis de aquellos sobre los cuales se pretende obtener los recursos a través de la tributación?

La respuesta al entendimiento de dicha paradoja es que, en últimas, no lo es. La política económica y, por lo tanto, también los impuestos, están dentro de una lógica de negocios que siempre abogará por intereses particulares, por una mano invisible del mercado y, en consecuencia, sujetos a la oferta y la demanda. Siendo así entonces, hoy estamos ante la posibilidad de que se libere el mercado y se desmonopolice la política tributaria global a través de un nuevo mecanismo: la Convención Marco de la ONU sobre Cooperación Fiscal Internacional, en contraposición a los modelos de convenio de la OCDE que nos han venido acompañando desde hace ya más de 60 años.

(1) A partir de la ponencia del señor Enrique Bolado Muñoz en el 14.º Congreso Colombiano de Tributación Internacional de la International Fiscal Association (IFA), capítulo Colombia, llevada a cabo en el mes de noviembre de 2025.

(2) Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Tributario de la misma casa de estudios, y magíster en Finanzas de la Universidad de los Andes. Actualmente se desempeña como asociado senior del área fiscal en Cuatrecasas.

A continuación, presentaremos un recuento histórico sobre la consolidación del monopolio de la OCDE, el camino que nos ha llevado a la votación de la Convención Marco de la ONU, y los principales avances y desafíos que esta enfrenta en el mediano plazo.

1. Antecedentes y contexto internacional

Partiendo de lo mencionado anteriormente, realizaremos un breve recuento histórico que permita comprender las razones que nos han llevado al estado actual y cuáles serían los factores que podrían propiciar un giro importante en el camino de la tributación internacional.

Así entonces, bien podríamos adentrarnos en historias de calibre mayor para desenredar el origen de los modelos de convenios que hoy nos rigen. Esto es, la sociedad de las naciones y su fracaso durante la Primera Guerra Mundial. Posteriormente, la creación de la ONU buscando unos mayores objetivos de paz y cooperación fiscal y, claramente, la creación de la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE).

Veamos entonces una breve línea del tiempo de algunos momentos clave (dejamos en negrilla aquellos que consideramos más relevantes y que desarrollaremos con mayor detalle):

Año	Hitos clave
1919	Creación de la Sociedad de Naciones.
1928	Primer modelo fiscal internacional para evitar doble imposición.
1931	Ajustes al modelo de 1928, pero sin inclusión global.
1939	Colapso de la Sociedad de Naciones al iniciar la Segunda Guerra Mundial.
1945	Creación de la ONU. El objetivo principal era la paz y cooperación fiscal.
1948	Nace la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE).
1961	Nace la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).
1963	Primer modelo de la OCDE. Consolidación del potencial monopolio normativo.
1980	Modelo ONU. Tenía como objetivo una mayor inclusión para países en desarrollo.
2013	Inicio del Proyecto BEPS (por sus siglas en inglés) de la OCDE.
2021	Pilares uno y dos de la OCDE. Resultados limitados.
2023	Inicio de negociaciones de la Convención Marco de la ONU.
2027	Presentación del texto final y protocolos de la Convención Marco.

Ahora bien, en atención a los que consideramos más relevantes —y que hemos resaltado en negrilla—, bien pudiera hacerse un paralelo entre los principios rectores de los modelos de convenio de la OCDE y los del modelo de la ONU. Este contraste permite entender el origen del monopolio actual de la OCDE y, asimismo, por qué la ONU, a pesar de tener tanta fuerza en el contexto internacional, no ha logrado consolidar un modelo que articule de manera efectiva los intereses de los países desarrollados y en desarrollo.

Debemos entonces partir de que el enfoque geopolítico de los convenios de la OCDE es predominante a los intereses de los países desarrollados. El criterio que ha sido utilizado para la repartición de los ingresos tributarios a nivel global a través de estos convenios es el de la residencia (con algunas excepciones dependiendo del tipo de concepto utilizado), más que la fuente, dejando en una situación mucho más desventajosa a los países en desarrollo. Resulta llamativo que, aun cuando la ONU tuvo como criterios para su creación, la estabilidad fiscal y la cooperación internacional, no haya sido la distribución de la tributación uno de los pilares fundamentales y prioritarios. Tan no lo fue que el primer modelo de convenio fue proferido por la OCDE. Esto fue, sin duda, un punto de inflexión para la consolidación del monopolio tributario de esta última en cuanto a la utilización de sus modelos para la negociación de tratados de doble imposición en el mundo.

Ahora, tampoco debe perderse de vista que el hecho que la OCDE tenga *fama* de ser el *club de países ricos*, obviamente tiene un sesgo en cuanto a la forma de distribución de los ingresos. Y es que tiene sentido histórico que hayan sido los países desarrollados los que primero distribuyeron ingresos tributarios, pues dicha denominación parte también de un aspecto geopolítico y económico: fueron los primeros en globalizar su industria, su comercio y, pese a estar desarrollando su objeto fuera del país de origen, pretendían los ingresos tributarios por cada centavo que se generara fuera o dentro del país.

En lo que tiene que ver con el primer modelo de convenio de la ONU en 1980, varias cosas han de considerarse en su evaluación:

- En muchas ocasiones se ha hablado del *fracaso* del modelo de la ONU de 1980. Sin embargo, pese a que no tuvo el éxito deseado, tampoco debería llamársele fracaso, considerando que sí tuvo aplicación, aun y cuando fue limitada. Tan no se puede hablar de fracaso que este modelo incluso ha sido objeto de actualización (por ejemplo, en 2001 y en 2011).

- No fue el convenio más utilizado en las negociaciones entre los diferentes países.

- El modelo era mucho más difícil de aceptar para los países desarrollados (exportadores de capital), pues favorecía principalmente a la fuente

(en contraposición a la residencia que, como ya mencionamos, favorecía a sus intereses).

– La ONU carece de mecanismos institucionales fuertes para imponer algunos estándares que hoy se consideran normalizados en el marco de las negociaciones con el modelo de convenio de la OCDE.

Considerando lo expuesto anteriormente, y pese al limitado éxito alcanzado hasta ahora, resulta pertinente examinar con mayor detalle el desarrollo de la propuesta de avanzar hacia un modelo de la ONU que sea realmente útil para las negociaciones internacionales. Ello permitiría contrarrestar el monopolio que se ha consolidado alrededor de los modelos de convenio de la OCDE y promover una distribución más equilibrada del ingreso, independientemente de si las partes involucradas son países desarrollados o en desarrollo.

2. La Convención Marco de la ONU sobre Cooperación Fiscal Internacional

La Convención Marco de la ONU tiene unos antecedentes normativos e históricos importantes que vale la pena considerar. Desde un punto de vista normativo, debemos traer a colación:

– La Resolución sobre Promoción, Inclusión y Cooperación Fiscal que fue proferida por la Asamblea General de la ONU a través de la Resolución 77/244. Tiene como objetivo fortalecer la cooperación fiscal internacional, combatir los flujos financieros ilícitos y enfrentar la planificación fiscal agresiva, la elusión y la evasión tributaria.

– El informe del Secretario General de la ONU, presentado en agosto de 2023 mediante el Informe A/78/235, donde se propusieron tres posibles soluciones para avanzar en los objetivos trazados en la Resolución anteriormente mencionada. Dichas soluciones, a modo enunciativo, son:

- Una convención multilateral en materia impositiva.
- Una convención marco para la cooperación en tributación internacional.
- Un marco para la cooperación tributaria internacional.
- La Resolución de adopción fue promulgada el 22 de noviembre de 2023, en donde se incorporó la opción de la Convención Marco para la cooperación en tributación internacional.

Debe tenerse en cuenta que la votación en la Resolución de adopción muestra claramente que los países en desarrollo son los que en esencia promueven que la ONU se involucre y elimine el monopolio de la OCDE; en contraposición, definitivamente los países desarrollados (principalmente Europa

y EE. UU.) se han mostrado reticentes a un mayor involucramiento de la ONU en estos temas.

En cuanto a los diferentes momentos críticos en el desarrollo de la Convención Marco, a continuación se presentan los diferentes hitos históricos:

- Reuniones sustanciales iniciales de 2024: establecimiento del comité *ad hoc* y redacción de los términos de referencia.
- Reuniones sustanciales secundarias de 2024: redacción y adopción de los términos de referencia.
- Sesiones de organización del 6 al 9 de febrero de 2025.
- Resultados de las sesiones sustanciales de 2025 (agosto).
- Resultados de las sesiones sustanciales de 2025 (noviembre).

De las reuniones mencionadas, si bien aún se entiende que son elementos estructurales generales y que queda un amplio camino por desarrollar, resulta relevante mencionar que en la reunión sustancial inicial de 2024 se planteó una posible estructura de la Convención. Veamos los puntos generales:

Elementos introductorios.
 Preámbulo.
 Definiciones.
 Propósito.
 Relación con otros acuerdos, instrumentos y legislación interna.
 Disposiciones operativas.
 Compromisos sustanciales.
 Revisión y verificación.
 Intercambio de información.
 Recolección vs. análisis de datos.
 Creación de capacidades.
 Recursos y mecanismos financieros.
 Arreglos institucionales.
 Conferencia de las partes.
 Secretaría.
 Órganos subsidiarios.
 Mecanismos de solución de controversias.
 Arreglos procesales.
 Procedimientos de votación.
 Proceso para enmiendas.
 Asuntos formales.
 Anexos y protocolos.
 Flujos financieros ilícitos relacionados con impuestos.
 Servicios transfronterizos.

Además de la estructura, se han venido discutiendo algunos temas que, si bien todavía se plantean como un “planteamiento del problema” más que la búsqueda de la solución, permiten introducir algunos detalles relevantes. Veamos:

- Se ha discutido sobre herramientas de prevención de controversias.
- Un punto esencial de la posible construcción de una base de datos de comparables de precios de transferencia que sea dirigida por la ONU, especialmente considerando la confidencialidad del contribuyente para que exista una base de datos compartida o cooperativa.
- Asimismo —y en línea con el tema anterior—, se ha discutido la posibilidad de establecer arreglos de gobernanza para la base de datos, incluidos aspectos como sus implicaciones financieras, la responsabilidad en la gestión, las modalidades de participación y las salvaguardas necesarias para garantizar la confidencialidad e integridad de los datos. Incluso se ha planteado la posibilidad de crear otras bases de datos, por ejemplo, sobre acuerdos anticipados de precios y procedimientos mutuos de acuerdos.
- Se mencionó que la asimetría de información sigue siendo un desafío mayor en la resolución de controversias tributarias y que debe efectuarse también un análisis para que las diferencias entre sistemas jurídicos (como el *common law* y el *civil law*) no afecten el uso de la Convención Marco.
- Necesidad de mayor calidad en las nuevas reglas de nexo (asociación del ingreso).
- Interacción de las reglas fiscales internacionales existentes y los retos jurídicos y administrativos a futuro.

De los temas aquí planteados se puede evidenciar cuáles son los tres principales flujos de trabajo que están determinando los siguientes pasos para presentar el Convenio Marco:

1. *Workstream I*: texto base de la Convención, atado a la estructura antes citada.
2. *Workstream II*: tributación de servicios transfronterizos, pues se pretende gravar servicios en una economía digitalizada. En esto, se deben considerar los siguientes elementos: 1) el criterio de nexo —estrechamente vinculado con lo que se denomina pilar uno—; 2) la distinción entre presencia física y presencia virtual; 3) el tipo de servicios que quedarían incluidos, y 4) los impuestos que deberían verse involucrados.
3. *Workstream III*: prevención y resolución de disputas fiscales. Los elementos que están bajo discusión son: 1) arbitraje; 2) mecanismos no vincu-

lantes; 3) mejoras al MAP y la introducción de un mayor equilibrio en los recursos para los países desarrollados y en desarrollo.

Atendiendo a estos tres *workstreams*, fue presentado un borrador inicial sobre los posibles artículos que puedan estar en el modelo de Convención, atendiendo a los principales problemas que se han identificado:

Artículo - nombre	Descripción
Artículo 4. Asignación de derechos de imposición.	Las jurisdicciones en las que se desarrollan actividades empresariales —incluidos los lugares donde se crea valor, existen mercados y se generan ingresos— tienen el derecho de gravar la renta asociada a dichas actividades.
Artículo 5. Personas de alto patrimonio.	Se debe prevenir la elusión o evasión fiscal por parte de personas de alto patrimonio, por ejemplo, a través de diversos tipos de intercambio de información. Debe compartirse información sobre estructuras utilizadas o técnicas de elusión por personas de alto patrimonio y exigir declaraciones de contribuyentes, asesores o intermediarios.
Artículo 5. Asistencia administrativa mutua.	Aplicación de leyes tributarias mediante una amplia asistencia administrativa, como con el intercambio de información. La información deberá ser tratada como confidencial y protegida con base en la legislación interna aplicable.
Artículo 6. Flujos financieros ilícitos, elusión y evasión fiscal.	Cooperará para combatir los flujos financieros ilícitos vinculados a impuestos, a través de: — Herramientas de detección. — Intercambio de información. — Información sobre técnicas de elusión.
Artículo 8. Prácticas fiscales perjudiciales.	Los incentivos fiscales deben basarse en criterios de sustancia y vincularse a la inversión o al desempeño, y no otorgarse únicamente en pro del beneficio.
Artículo 9. Desarrollo sostenible.	Cooperación fiscal que respalde la sostenibilidad económica, social y ambiental.
Artículo 10. Prevención y resolución de controversias.	Se procurará disponer de legislación clara y accesible, así como de orientaciones interpretativas para obligaciones tributarias. Se debe hacer un esfuerzo por implementar mecanismos nacionales de resolución de controversias que sean justos y eficaces.
Artículo 22. Relación con los protocolos.	La Convención podrá complementarse con protocolos.

Adicionalmente, se plantean los siguientes títulos:

- Artículo 11. Creación de capacidades y asistencia técnica.
- Artículo 12. Relación con otros acuerdos, instrumentos y legislación interna.
- Artículo 13. Recursos financieros.
- Artículo 14. Recolección y análisis de datos.
- Artículo 15. Intercambio de información para la implementación de la Convención.
- Artículo 16. Revisión y verificación.
- Artículo 17. Conferencia de los Estados Parte en la Convención.
- Artículo 18. Secretaría.
- Artículo 19. Órganos subsidiarios.
- Artículo 20. Solución de controversias derivadas de la Convención.
- Artículo 21. Enmiendas a la Convención.

3. Retos y oportunidades en un contexto internacional turbulento

Atado a como iniciamos el presente artículo, y la paradoja de un *monopolio* en lo que se refiere a mecanismos internacionales de distribución de rentas tributarias, también nacen otros conceptos que en economía de mercado pueden ser tradicionales, pero que definitivamente en materia de política económica tributaria pueden parecer novedosos.

En cuanto a los retos y oportunidades del modelo de Convención de la ONU, considero que hay dos posibles caminos. Por un lado, podría tratarse de lo que se denomina *innovación disruptiva*: es decir, cuando un nuevo competidor que no domina las reglas del mercado o no tiene la experiencia suficiente, introduce en una forma distinta los elementos necesarios para lograr el objetivo final. Es decir, en este caso la ONU, siendo el nuevo actor, debería introducir un enfoque distinto o más eficiente, y cambiar el mercado de la tributación internacional, desplazando a quien en teoría tiene más experiencia (en últimas, sería un ejemplo de innovación proveniente de *outsiders* del mercado de tributación internacional).

La otra posibilidad es que estemos ante lo que se conoce como *liability of newness*, es decir, las barreras de entrada que enfrentan los nuevos actores.

En estos casos, incluso contando con personal capacitado, un entrante puede fallar simplemente porque no logra superar la curva de aprendizaje, porque sus estructuras institucionales aún son inmaduras o porque no domina los procesos clave necesarios para alcanzar el objetivo propuesto.

¿A qué voy con todo esto que acabo de mencionar? A que aún nos encontramos frente a un escenario de incertidumbre que no permite determinar si estaremos nuevamente ante un *fracaso* parcial del modelo o, por el contrario, ante una verdadera disrupción capaz de cumplir los objetivos propuestos. En cualquier caso, en materia de retos, es sentar un precedente importante que demuestre que no existe un monopolio por parte de la OCDE y que la ONU sí cuenta con los mecanismos suficientes para lograr una distribución efectiva de la tributación global, evitando la evasión y la elusión fiscal. ¿Y las oportunidades? Por supuesto que existen. En especial porque las fallas de su principal competidor —la falta de implementación efectiva del pilar uno y del pilar dos, así como el limitado avance del MLI— abren espacio para que la ONU innove, siempre y cuando logre superar las barreras de entrada que, dada la complejidad técnica de los objetivos planteados, pueden resultar particularmente desafiantes.

4. Conclusiones

¿Es este el momento adecuado para analizar en profundidad los posibles efectos del modelo de Convención de la ONU? Definitivamente no. ¿Y es, acaso, el momento de concluir si tendrá éxito? Tampoco.

Sin embargo, dentro de todo, sí creo que debe hacerse un análisis introspectivo sobre si los mecanismos que se están planteando son realmente disruptivos. Este examen no debe limitarse al ámbito de la política fiscal, sino extenderse también a la lógica del mercado. Es decir, si aspiramos a generar un cambio efectivo en el mercado, en la forma en que se negocian los convenios y, al menos parcialmente, en la distribución más equitativa de las rentas tributarias, no debemos partir de los mismos errores ya cometidos. Por el contrario, es indispensable replantear metodologías y adoptar enfoques diferentes.

En los ejemplos de emprendimientos exitosos, en donde normalmente se miran las posibles razones del éxito o de fracaso de diferentes modelos de negocio, me gustaría que viéramos dos:

En primer lugar, aparece un ejemplo ampliamente citado en redes sociales: el caso de Netflix frente a Blockbuster. Un negocio prácticamente monopolístico, convencido de que nunca perdería a su clientela y reacio a innovar, terminó quebrando pocos años después ante la irrupción de una innovación disruptiva: Netflix.

O, por el otro lado, casos como el de Webvan, un supermercado en línea que fracasó por intentar ser demasiado innovador, pues su propuesta implicaba una cadena logística más avanzada que sus procesos mismos. La compañía quebró en el 2001 al no lograr una entrada adecuada en un modelo de negocio que, años después, sí se consolidaría. El caso demuestra que no basta con tener una buena idea: es indispensable saber implementarla correctamente.

¿A qué viene todo esto? A que seguimos en un escenario de absoluta incertidumbre respecto del futuro del modelo de la ONU. Sin embargo, quienes están detrás de ello y sus impulsores, cuentan con la capacidad de tomar decisiones que encausen este proyecto en cualquiera de los dos escenarios mencionados. ¿Será el modelo de la ONU el próximo Netflix o el próximo Webvan? Ya lo veremos.

Bibliografía

- IBFD. (2025, 27 octubre). TNS 2025-10-27 U2 2. Recuperado de https://research.ibfd.org/#/doc?url=/data/tns/docs/html/tns_2025-10-27_u2_2.html.
- IBFD. (2024). UN Tax Framework Convention – Home. Recuperado de <https://research.ibfd.org/#/hdoc?url=/home/content/un-tax-framework-convention>.
- IBFD. (2024, 24 mayo). TNS 2024-05-24 U2 1. Recuperado de https://research.ibfd.org/#/doc?url=/data/tns/docs/html/tns_2024-05-24_u2_1.html.
- IBFD. (2025, 17 octubre). TNS 2025-10-17 G20 1. Recuperado de https://research.ibfd.org/#/doc?url=/data/tns/docs/html/tns_2025-10-17_g20_1.html.
- IBFD. (2025, 3 julio). TNS 2025-07-03 U2 1. Recuperado de https://research.ibfd.org/#/doc?url=/data/tns/docs/html/tns_2025-07-03_u2_1.html.
- IBFD. (2024, 28 noviembre). TNS 2024-11-28 U2 1. Recuperado de https://research.ibfd.org/#/doc?url=/data/tns/docs/html/tns_2024-11-28_u2_1.html.

TRIBUTACIÓN DE MODELOS DE NEGOCIOS
INNOVADORES EN AMÉRICA LATINA:

UNA ENCRUCIJADA ENTRE LA
ARQUITECTURA FISCAL CLÁSICA
Y LA ECONOMÍA DIGITAL

***Sergio Iván Mutis Peralta -
Santiago Andrés Martín Rodríguez***

Contenido

Introducción. 1. Arquitectura de inversión y estructuras corporativas. 1.1. La anatomía del *cayman sandwich* y la necesidad de capital. 1.1.1. El proceso del *flip*: una carrera contra el reloj. 1.1.2. Desafíos en la valoración en el momento del *flip*. 1.2. La ineficiencia fiscal en los flujos de retorno (dividendos). 1.3. Riesgos de sede efectiva de administración. 1.4. Estrategias de salida (*exit*): asimetrías regionales. 2. Taxonomía de los *marketplaces* y precios de transferencia. 2.1. Modelos operativos basados en inventario. 2.1.1. Principal (emprendedor). 2.1.2. Distribuidor de riesgo limitado. 2.2. Modelos operativos basados en servicios. 2.2.1. Intermediario puro. 2.2.2. El prestador de servicios digitales y el análisis DEMPE. 3. Respuesta regulatoria y los mecanismos de control. 3.1. Colombia: presencia económica significativa (PES). 3.1.1. Dilemas de cumplimiento y determinación de la base gravable. 3.1.2. La dispersión tributaria municipal y el impuesto de industria y comercio (ICA). 3.2. México: el IVA a plataformas digitales y la paradoja laboral. 4. Conclusiones y recomendaciones. Bibliografía.

Tributación de modelos de negocios innovadores en América Latina:

Una encrucijada entre la arquitectura fiscal clásica y la economía digital

Sergio Iván Mutis Peralta⁽¹⁾
Santiago Andrés Martín Rodríguez⁽²⁾

Introducción

La innovación empresarial en América Latina ha dejado de ser un fenómeno marginal para convertirse en un pilar estructural de la economía que desafía los paradigmas fiscales tradicionales. Sin embargo, transformar una idea innovadora en un modelo de negocio escalable y rentable no reside únicamente en el talento o la tecnología; también requiere de una arquitectura corporativa y tributaria sofisticada que permita atraer capital global y gestionar la carga fiscal de manera efectiva. Este artículo se adentra en la tributación de los negocios innovadores, comúnmente conocidos como *startups*, explorando sus necesidades de capital y la tensión inherente entre la tributación local y las estructuras internacionales demandadas por el mercado de capitales, particularmente por los fondos de capital de riesgo o *venture capital*.

Para comprender la magnitud del ecosistema digital actual es fundamental definir primero qué se entiende por un negocio innovador en el contexto colombiano. Más allá de ser empresas de nueva creación, se consideran como compañías emergentes de base tecnológica, caracterizadas por su alto grado de innovación y un modelo de negocio escalable. En Colombia, el ecosistema emprendedor ha demostrado una notable resiliencia, registrando aproximadamente 2.126 *startups*, lo que representa un crecimiento del 24 % en el tejido empresarial de innovación⁽³⁾. Sectores como el

-
- (1) Head of Tax para Nu Colombia. Es abogado de la Universidad del Rosario, con especializaciones en Derecho de la Empresa y en Derecho Tributario de la misma Universidad. LL. M. (adv.) en Tributación Internacional de Leiden University, Institute of Tax Law and Economics (ITC).
 - (2) Head of Tax para Latam en PayU (Rapyd) y profesor titular de Tributación Societaria en la Universidad Externado de Colombia. Es abogado de la misma Universidad, con especializaciones en Derecho de los Negocios y Derecho Tributario Corporativo, y candidato a magíster en Tributación (LL. M.).
 - (3) Colombia Tech Report (2023–2024).

fintech, que comprende el 19 % del mercado, junto con la tecnología en salud (*healthtech*) y la educación, están redefiniendo las reglas de creación de valor, con una fuerte concentración geográfica en Bogotá y Medellín, ciudades que albergan más del 75 % de los negocios innovadores en Colombia.

No obstante, este dinamismo choca con un sistema tributario que a menudo opera más como un obstáculo que como un catalizador debido a su conceptualización obsoleta. Como señalaron los expertos en el panel, al analizar la tributación de estas empresas, la conclusión inicial es que “realmente no había un sistema tributario que revisar”, sugiriendo una desconexión total entre la normativa y la realidad operativa.

La problemática central no radica en la creación de empresas, sino en su capacidad para escalar y perdurar en el tiempo. Según estudios de la OCDE⁽⁴⁾, el principal desafío para estas compañías es la obtención de financiamiento, ya que el mercado local no suele cubrir necesidades superiores a 10 millones de dólares. Esta necesidad crítica de capital externo empuja a los emprendedores hacia la internacionalización de sus empresas y la adopción de estructuras corporativas internacionales que, aunque satisfacen los requisitos de estandarización y protección de los fondos de riesgo (*venture capital*), generan tensiones inmediatas con las normativas locales sobre precios de transferencia, residencia y tributación indirecta. Este artículo examina estas tensiones estructurales, analizando desde la arquitectura de los vehículos de inversión hasta la operatividad fiscal de las plataformas digitales en Colombia y México.

1. Arquitectura de inversión y estructuras corporativas

El acceso a financiamiento es crucial para la creación, desarrollo y expansión de cualquier negocio, con necesidades de fondos que varían según su etapa de madurez. Al inicio, los recursos pueden provenir de los fundadores, amigos, familia o incluso préstamos personales. Sin embargo, conforme los negocios crecen y requieren mayores recursos para su expansión, encontrar la financiación adecuada se torna más desafiante.

Existen dos principales alternativas de financiamiento: capital o deuda. Para negocios innovadores, las barreras estructurales que impone la financiación mediante deuda convierten al capital en la norma prevalente.

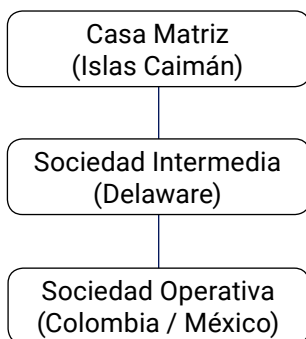
Sin embargo, obtener dicho capital no es sencillo, ya que a menudo demanda una reorganización total de la estructura corporativa a fin de asegurar el financiamiento necesario para la expansión de la *startup*. Un ejemplo

(4) “OECD”. *Startup América Latina: promoviendo la innovación en la región*, acceso el 28 de abril de 2026, <https://doi.org/10.1787/9789264202320-es>.

notable es la estructura conocida como *cayman sandwich*, exigida frecuentemente por los fondos de capital de riesgo, la cual presenta diversos inconvenientes fiscales para los fundadores que serán analizados a continuación.

1.1. La anatomía del *cayman sandwich* y la necesidad de capital

Esta estructura se compone de tres capas diseñadas para canalizar la inversión hacia la *startup*. En la cima, se encuentra una casa matriz en las Islas Caimán, que gestiona acuerdos accionarios bajo leyes anglosajonas familiares para los inversionistas de venture capital; en el centro, típicamente se establece una LLC (compañía de responsabilidad limitada, por sus siglas en inglés) en Delaware (EE. UU.), una entidad transparente que actúa como vehículo intermedio; en la base está la compañía operativa local (OpCo) en Colombia o México, donde se realiza el negocio real.



La finalidad de esta estructura es mitigar riesgos legales para los inversionistas, como limitar la responsabilidad en la inversión y evitar el levantamiento del velo corporativo⁽⁵⁾. Pese a reformas, en México y Colombia, de la legislación comercial, incluyendo la creación de las sociedades por acciones simplificadas, en Colombia, persisten barreras legales que frenan la confianza del capital de riesgo en los sistemas legales de estos países.

Por lo anterior, este es uno de los casos particulares en los que el aspecto impositivo no va a ser el propósito, ni el *driver* fundamental de la estructuración; la implementación del *cayman sandwich* implica diversos inconvenientes desde un punto de vista tributario para los fundadores con residencia en Colombia o en México, generando una compleja interacción con los sistemas tributarios domésticos que debe ser analizada previo a su implementación.

(5) Raphael Andrade y Alvaro Pereira, "Venture Capital in Latin America: The costs of the Cayman Sandwich". *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, working papers series n.º 2 (2025): 1-39.

Adicionalmente, y si bien no hacen parte del objeto del presente artículo, es de considerar que la implementación del *cayman sandwich* conlleva a incurrir en una serie de costos directos e indirectos, adicionales a los tributarios, que deberían ser objeto de análisis previo a la misma. Entre dichos costos se encuentran (i) gastos legales de implementación y de mantenimiento de la estructura; (ii) costos de las rondas de inversión, y (iii) los costos asociados a una posible liquidación de la inversión.

1.1.1. *El proceso del flip: una carrera contra el reloj*

Implementar esta estructura requiere un proceso conocido como *flip*, donde los accionistas originales de la entidad local intercambian sus acciones por participaciones en la estructura internacional, convirtiendo la empresa nacional en una subsidiaria de una entidad extranjera. Este proceso suele ser realizado bajo intensa presión, ya que es condición precedente para recibir el capital requerido para la supervivencia y expansión de la *startup*.

Adicionalmente, es necesario revisar si la estructuración se adecua a las necesidades del negocio y los términos contractuales pactados. En el caso mexicano, han existido varias ocasiones en las que el *flip* se hace de manera inadecuada, generando sobrecostos en la estructura, o la necesidad de modificar una estructura establecida hace varios años, con un incremento en la valoración que podría implicar un gasto significativo en materia de impuestos en cabeza de los fundadores.

En el caso colombiano, la implementación de dicha estructura implicará un análisis detallado de los artículos 319 y siguientes del Estatuto Tributario (E. T.) con el propósito de determinar los efectos tributarios derivados de la misma. No obstante, para estructuras que involucren la transferencia de entidades colombianas, es muy probable que la implementación de la estructura resulte gravada considerando que (i) en el caso de aportes a sociedades, el régimen de neutralidad fiscal en aportes solo aplica para aportes a sociedades nacionales, y (ii) en el caso de fusiones o escisiones entre entidades extranjeras, por regla general, la transferencia de activos ubicados en el país está gravada con el impuesto sobre la renta y complementarios (a menos que el valor de los activos poseídos en Colombia representen menos del 20 % de los activos poseídos por el grupo, según los estados financieros consolidados que tenga la entidad matriz).

Así las cosas, al no cumplirse los requisitos establecidos para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal, la operación se considera una enajenación gravada con el impuesto sobre la renta y complementarios acorde con las reglas generales para la enajenación de activos fijos. Bajo este escenario, al menos una parte de las utilidades no realizadas en cabeza de los fundadores, generadas con ocasión de la valoración de la *startup* respectiva, estarían sometidas a tributación en el momento de implementación de la estructura.

1.1.2. Desafíos en la valoración en el momento del *flip*

Para establecer el valor de los activos en la implementación del *cayman sandwich*, será necesario determinar si la valoración debe hacerse con base en las reglas del artículo 90 del Estatuto Tributario (i. e., valor comercial) o atendiendo al principio de plena competencia dispuesto por el régimen de precios de transferencia, en línea con los artículos 260-1 y siguientes del E. T. Ahora, considerando que los fundadores probablemente serán los controlantes finales del *cayman sandwich*, aplicarían las reglas dispuestas por el régimen de precios de transferencia al ocurrir la operación entre dos entidades respecto de las cuales una o varias personas ejercen control o influencia dominante frente a las decisiones de los órganos de administración.

Como bien señalan las guías de precios de transferencia de la OCDE, la aplicación del principio de plena competencia no es una ciencia exacta, e implica una labor de racionamiento tanto del lado del contribuyente y los asesores, como del lado de la autoridad tributaria. En este sentido, el reto mayúsculo va a radicar en la manera en la que se puede determinar la valoración de una *startup* que se encuentra en etapa temprana: determinar si la empresa vale un millón o mil millones de dólares depende del momento de madurez y de supuestos económicos volátiles (*pre-money* vs. *post-money*, conceptos que deben estar claros en todos los documentos legales de la estructuración para evitar inconsistencias en la valoración).

Una valoración alta en el momento del *flip* basada en expectativas, puede detonar un impuesto sobre una ganancia teórica no realizada, afectando gravemente la caja y el patrimonio de los fundadores antes de que el negocio genere utilidades reales. Por el contrario, una valoración baja podría comprometer el fondeo necesario para el negocio, puesto que el valor pactado podría ser altamente cuestionado en un escenario en el que, con fines impositivos, se disminuye notablemente la valoración de las acciones (sin perjuicio del riesgo ante las autoridades fiscales que ello podría conllevar). Será tarea del asesor en materia de precios de transferencia encontrar un equilibrio entre ambas posiciones, sin afectar ni la viabilidad financiera del negocio ni la caja y el patrimonio de los fundadores o la *startup*.

1.2. La ineficiencia fiscal en los flujos de retorno (dividendos)

Si bien el *cayman sandwich* facilita la entrada del capital necesario para la expansión del negocio, y la protección de la inversión para los fondos de capital de riesgo, dicha estructura resulta altamente ineficiente para el retorno vía distribución de dividendos hacia los fundadores colombianos y mexicanos.

Lo anterior, considerando la alta carga impositiva aplicable a las distribuciones de dividendos desde México y Colombia, con tarifas de retención en la fuente que van hasta el 20 %. Adicionalmente, la aplicación de las normas para entidades controladas del exterior, y las tarifas para los dividendos provenientes de entidades ubicadas en el exterior podrían complejizar e incrementar la tasa efectiva de tributación para los fundadores.

En el caso de Colombia, no existen convenios para evitar la doble imposición suscritos ni con EE. UU. ni con Islas Caimán, por lo que la tasa efectiva de tributación del fundador no podría ser reducida mediante la aplicación de dichos tratados.

En el caso de México, no sería posible aplicar el convenio para evitar la doble imposición entre EE. UU. y dicho Estado, considerando que las LLC son entidades transparentes que no pueden acceder a los beneficios del convenio. A su vez, y como ocurre en el caso colombiano, no existe un convenio para evitar la doble imposición suscrito entre México e Islas Caimán, por lo que tampoco se podría reducir la tarifa de retención en la fuente.

1.3. Riesgos de sede efectiva de administración

Adicionalmente, y dependiendo de la manera en la que se tomen las decisiones de negocios de estas entidades, existe un riesgo latente de que la casa matriz y la sociedad intermedia en un *cayman sandwich* sean consideradas como residentes del país en el que se toman las decisiones de dirección y administración de dichas entidades, considerando que tanto México como Colombia han adoptado conceptos similares al *place of effective management* para la definición de la residencia de personas jurídicas; el criterio del lugar de incorporación no es el único usado para la definición de la residencia, lo que hace necesario que se acuda a un análisis más detallado para determinar la realidad económica de la operación de las entidades con el fin de establecer su residencia fiscal.

En efecto, la legislación mexicana⁽⁶⁾ incluye dentro de la definición de residentes a las personas morales (conocidas como personas jurídicas en Colombia) que han establecido en México la administración principal del negocio o su sede de dirección efectiva; para estos efectos, se debe tener en cuenta el lugar en el que se encuentre la o las personas que toman o ejecutan las decisiones de control, dirección, operación o administración, al igual que las actividades que ella realiza.

De igual manera, en el artículo 12-1 del E. T.⁽⁷⁾ se establece que las personas jurídicas que tengan su sede efectiva de administración en Colombia

(6) Al respecto, sugerimos consultar los artículos 4 y siguientes de la Ley del Impuesto sobre la Renta, el artículo 9 del Código Fiscal de la Federación, y el artículo 6 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación.

(7) El parágrafo 1 del artículo 12-1 del Estatuto Tributario señala: “Para los efectos de este Artículo se entenderá que la sede efectiva de administración de una sociedad o entidad es el lugar en donde materialmente se toman las decisiones comerciales y de gestión necesarias para llevar a cabo las actividades de la sociedad o entidad en el día a día. Para determinar la sede efectiva de administración deben tenerse en cuenta todos los hechos y circunstancias que resulten pertinentes, en especial el relativo a los lugares donde los administradores de la sociedad o entidad usualmente ejercen sus responsabilidades y se llevan a cabo las actividades diarias de la sociedad o entidad”.

son residentes fiscales colombianos. Para tal efecto, se tendrá que el lugar de la sede efectiva de administración corresponde al lugar en el que materialmente se toman las decisiones comerciales y de gestión necesarias para llevar a cabo las actividades de la sociedad en el día a día.

Teniendo en cuenta lo anterior, a menudo las sociedades en Islas Caimán y Delaware son administradas materialmente por sus fundadores que permanecen bien sea en Colombia o en México, teniendo que las decisiones estratégicas se toman dentro de dichos países. Esto implicaría que las entidades extranjeras que hacen parte de un *cayman sandwich* eventualmente podrían ser consideradas como residentes fiscales en Colombia o en México teniendo, entre otras, que tributar sobre sus rentas de fuente mundial. Por esta razón, y aun cuando históricamente ni la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) o el Servicio de Administración Tributaria (SAT) han realizado fiscalizaciones para determinar la residencia de entidades incorporadas en el exterior, es necesario hacer un análisis detallado de dichas figuras, y las maneras en las que se toman las decisiones sobre las entidades ubicadas en el exterior, con el propósito de evitar y/o administrar los riesgos de cuestionamiento o contingencias asociadas a ellas. Incluso, en muchos casos se podrían utilizar estas figuras con propósito de hacer un poco más eficiente el *cayman sandwich*.

1.4. Estrategias de salida (*exit*): asimetrías regionales

Considerando que el *cayman sandwich* involucra diferentes entidades en múltiples jurisdicciones, los fundadores podrían optar por una enajenación directa de la o las compañías operativas a nivel de las LLC, la venta de las LLC o, inclusive, la venta de la entidad ubicada en Islas Caimán; en los últimos dos casos, tendríamos la aplicación del régimen de enajenaciones indirectas, con diferentes resultados en México y en Colombia.

En México, el artículo 161 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (ISR) dispone que estará gravada en México la venta de acciones o títulos cuyo valor contable provenga directa o indirectamente en más de un 50 % de bienes inmuebles ubicados en el país. En este sentido, la venta bien sea de la entidad en Caimán o la LLC en Delaware (i. e., venta indirecta) suele no estar gravada en México al considerarse una venta indirecta sin nexo inmobiliario mayoritario. Esto implicaría que la enajenación de la estructura a niveles superiores podría ser eficiente desde un punto de vista tributario para los fundadores.

En contraste, el artículo 90-3 del E. T. consagra el régimen de enajenaciones indirectas, considerando que la enajenación indirecta de acciones o derechos de entidades del exterior se encuentra gravada en Colombia como si se hubiese realizado la enajenación del activo subyacente directamente: las excepciones contempladas por este artículo son limitadas, y se enfocan bien sea en acciones o derechos inscritos en una bolsa de valores recono-

cida, y cuando el valor de los activos ubicados en Colombia represente menos del 20 % del valor en libros y del valor comercial de la totalidad de activos poseídos por la entidad del exterior enajenada.

Esto elimina cualquier tipo de ventaja fiscal que podría haberse considerado aplicar mediante la venta de alguna de las entidades ubicadas en el exterior, sometiendo la operación al cumplimiento de las obligaciones tributarias que corresponda de acuerdo con la estructuración de la enajenación, incluyendo el cumplimiento de las obligaciones del régimen de precios de transferencia cuando a ello haya lugar.

2. Taxonomía de los *marketplaces* y precios de transferencia

El modelo de *marketplace* es uno de los paradigmas centrales de la economía digital. La caracterización fiscal de tales modelos depende de la sustancia funcional (es decir, de las funciones, activos y riesgos reales involucrados) y no únicamente de la forma jurídica. Aunque la OCDE no ha emitido una definición fiscal única de *marketplace*, en el contexto de precios de transferencia, sí reconoce que los modelos de negocios digitalizados presentan características que desafían los marcos tributarios tradicionales, especialmente en relación con nexo, caracterización y asignación de beneficios⁽⁸⁾.

Adicionalmente, en el ámbito de la economía digital, publicaciones de la OCDE describen que los *marketplaces* en línea facilitan la interacción entre oferentes y demandantes, actuando como plataformas que conectan terceros sin necesariamente controlar inventarios o fijar precios directamente⁽⁹⁾. Desde la perspectiva de precios de transferencia, esta diversidad funcional implica que los *marketplaces* pueden operar en distintas modalidades, entre ellas:

a. *Marketplace* intermediario: la plataforma facilita transacciones sin asumir riesgos significativos ni controlar precios. Su remuneración suele consistir en una comisión por intermediación, coherente con un perfil de riesgo limitado.

b. *Marketplace* híbrido: combina funciones de intermediación con actividades propias de la oferta directa de bienes o servicios, o con un mayor

(8) "Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)", *Tax challenges arising from digitalization: Interim report 2018*, acceso el 29 de abril de 2026, <https://doi.org/10.1787/9789264293083-en>.

(9) "Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)". *The role of online marketplaces in protecting and empowering consumers: Country and business survey findings*, acceso el 29 de abril de 2026, <https://doi.org/10.1787/9d8cc586-en>.

grado de control sobre la experiencia del usuario. En estos casos, la delimitación entre funciones rutinarias y no rutinarias se vuelve especialmente relevante para efectos de asignación de beneficios.

c. *Marketplace* principal: la plataforma controla los aspectos esenciales de la transacción (incluyendo políticas comerciales, fijación de precios, gestión de inventarios o control del IP) y asume los riesgos económicos relevantes, posicionándose como el verdadero generador del valor residual del negocio.

La correcta identificación del modelo es esencial para asignar beneficios entre entidades relacionadas y evaluar la remuneración de cada función bajo el principio de plena competencia (*arm's length*), aunque ese análisis se basa en los criterios generales de las *transfer pricing guidelines* de la OCDE, más que en una definición específica de *marketplace*.

2.1. Modelos operativos basados en inventario

Una de las variables determinantes en la caracterización fiscal de los *marketplaces* es la gestión del inventario. Cuando la plataforma asume, directa o indirectamente, la titularidad de los bienes comercializados, el análisis funcional se aproxima a los esquemas tradicionales de distribución, aunque con particularidades propias del entorno digital.

2.1.1. Principal (emprendedor)

En este modelo, la entidad que opera el *marketplace* asume los riesgos estratégicos del negocio, es titular del IP relevante (tecnología, marca, algoritmos) y toma las decisiones clave relacionadas con *pricing*, expansión de mercado, políticas comerciales y gestión de inventarios. Desde una perspectiva fiscal, esta entidad debería capturar la utilidad residual del negocio, en la medida en que concentra los activos estratégicos y el control efectivo de los riesgos.

No obstante, este esquema resulta poco frecuente en filiales ubicadas en países en desarrollo, ya que dichas entidades rara vez cuentan con la capacidad financiera, operativa y de gobierno corporativo necesaria para absorber las pérdidas iniciales, la volatilidad de la demanda y los riesgos operativos inherentes a los modelos de *marketplace* basados en inventario. En la práctica, el rol de *entrepreneur* suele concentrarse en la casa matriz o en entidades ubicadas en jurisdicciones con mayor profundidad de capital.

2.1.2. Distribuidor de riesgo limitado

Más habitual es el modelo en el cual la entidad local compra y vende inventario, actuando como distribuidor dentro de la cadena de valor del *marketplace*. A diferencia del principal, esta entidad no asume riesgos estratégicos

de mercado, ni riesgos significativos de obsolescencia, fijación de precios o desarrollo de intangibles claves. Su perfil se limita a la ejecución de funciones comerciales y logísticas bajo directrices definidas por la matriz.

En estos casos, la remuneración de la entidad local se circunscribe a un margen de mercado preestablecido, generalmente determinado mediante estudios de comparabilidad, o a un descuento fijo sobre el precio de lista, lo que permite aislarla de las pérdidas estructurales del negocio. Este modelo busca equilibrar la necesidad de presencia local con la centralización de riesgos y retornos en la entidad que efectivamente controla el negocio digital.

2.2. Modelos operativos basados en servicios

A diferencia de los modelos basados en inventario, una proporción significativa de los *marketplaces* digitales (particularmente en sectores como servicios bajo demanda, contenidos digitales, *fintech* o plataformas de intermediación) operan bajo estructuras intensivas en intangibles, en las que no existe inventario físico y el valor económico se genera principalmente a partir de la plataforma tecnológica, los datos y los efectos de las redes de procesamiento.

En estos esquemas, la caracterización fiscal de las entidades locales resulta especialmente sensible, pues pequeñas variaciones en el alcance funcional pueden alterar de manera significativa la naturaleza del ingreso, la base gravable y la existencia de retenciones en la fuente, especialmente en jurisdicciones latinoamericanas.

2.2.1. Intermediario puro

En este modelo, la entidad local actúa como un intermediario puro, sin contacto con inventarios ni titularidad sobre los bienes o servicios subyacentes. Su función se limita a actividades de soporte operativo, *marketing* local (*fronting*), captación y gestión de clientes (*hunting* y *farming*), o atención postventa, todas ellas ejecutadas bajo lineamientos definidos por la plataforma extranjera.

Desde una perspectiva funcional, se trata de un modelo ligero en activos y riesgos, en el que la generación de valor principal reside en la plataforma tecnológica central, normalmente ubicada fuera de la jurisdicción de mercado. En consecuencia, la remuneración de la entidad local suele estructurarse bajo esquemas de *cost plus*, reflejando que su contribución económica es de naturaleza rutinaria y que no participa en la creación del valor residual del negocio.

Este modelo ha sido ampliamente utilizado en América Latina como mecanismo para mantener presencia comercial local sin detonar riesgos fis-

cales asociados a establecimiento permanente o a una asignación de beneficios desproporcionada frente a la sustancia funcional.

2.2.2. *El prestador de servicios digitales y el análisis DEMPE*

El modelo más complejo dentro de los esquemas basados en servicios es aquel en el que la operación del *marketplace* se articula en torno a intangibles tecnológicos, sin inventario físico y con una fuerte dependencia de la plataforma digital. En estos casos, la correcta caracterización del pago intercompañía depende críticamente del análisis DEMPE (*development, enhancement, maintenance, protection and exploitation*).

Si la entidad local se limita a usar la plataforma, sin participar de manera sustantiva en su desarrollo, mejora o mantenimiento, los pagos realizados a la matriz pueden caracterizarse, dependiendo de la sustancia económica, como:

- a. una regalía por la explotación de un intangible potencialmente sujeta a retención en la fuente; o
- b. una contraprestación por servicios técnicos o de soporte, cuando no existe cesión del derecho de uso del intangible.

Por el contrario, si la entidad local participa activamente en funciones DEMPE (por ejemplo, mediante desarrollo tecnológico, adaptación significativa de la plataforma o gestión de datos estratégicos), la asignación de beneficios y la caracterización del pago requieren un análisis más sofisticado, que evite desalineaciones entre creación de valor y tributación.

En este contexto, los modelos de servicios digitales evidencian con particular claridad las limitaciones de los enfoques formales y la necesidad de un análisis funcional profundo, especialmente en jurisdicciones donde la normativa interna tiende a recalificar pagos digitales de manera automática, generando fricciones fiscales relevantes.

3. Respuesta regulatoria y los mecanismos de control

La dificultad estructural para encuadrar los modelos de *marketplace* y plataformas digitales dentro de las nociones tradicionales de establecimiento permanente físico ha llevado a los Estados a adoptar respuestas regulatorias alternativas, caracterizadas por la creación de nuevos nexos tributarios y el uso de mecanismos de control indirecto. Estas respuestas, lejos de constituir un marco uniforme, reflejan aproximaciones fragmentadas que priorizan la recaudación y el control administrativo, en ocasiones a expensas de la coherencia sistémica.

En América Latina, dichas respuestas se han materializado principalmente a través de:

- a. regímenes de presencia económica sin sustancia física, y
- b. la utilización de plataformas digitales como agentes de retención y recaudación, tanto en impuestos directos como indirectos.

3.1. Colombia: presencia económica significativa (PES)

Colombia introdujo el concepto de PES como un mecanismo para someter a imposición a sujetos no residentes que interactúan de manera deliberada y sostenida con el mercado colombiano, aun en ausencia de presencia física. El régimen se estructura sobre umbrales con cierto grado de objetividad, basados en ingresos brutos obtenidos en el país y/o en el número de usuarios o clientes localizados en Colombia.

Desde una perspectiva conceptual, la PES representa un desplazamiento del criterio clásico de establecimiento permanente hacia un nexo basado en la explotación económica del mercado, alineado (aunque de manera unilateral) con las discusiones internacionales sobre digitalización. No obstante, su implementación práctica ha revelado importantes fricciones operativas, particularmente en modelos de *marketplace*.

3.1.1. Dilemas de cumplimiento y determinación de la base gravable

El diseño del régimen de PES impone al contribuyente no residente una disyuntiva operativa relevante: (i) optar por la declaración directa del impuesto sobre la renta mediante el formulario 115, o (ii) someterse a un esquema de retención en la fuente, aplicada por intermediarios locales o entidades de pago.

En la práctica, la mayoría de los operadores digitales optan por la retención en la fuente, debido a su simplicidad administrativa y a la reducción del riesgo fiscal, aun cuando esta alternativa suele resultar financieramente menos eficiente, al aplicarse sobre bases presuntivas o amplias.

Uno de los desafíos más críticos en este contexto es la determinación de la base gravable en los modelos de *marketplace*. En ausencia de reglas claras, persiste la incertidumbre sobre si el impuesto (o la retención) debe aplicarse sobre:

- a. el valor bruto de la transacción subyacente realizada entre terceros; o
- b. únicamente sobre la comisión de intermediación que efectivamente remunera a la plataforma.

Esta ambigüedad resulta especialmente problemática en *marketplaces* de intermediación pura, donde la plataforma no controla precios ni asume riesgos comerciales, y su participación económica se limita a una comisión. La aplicación del impuesto sobre el valor bruto puede generar una desalineación sustancial entre capacidad contributiva y carga fiscal, así como riesgos de doble imposición económica.

3.1.2. *La dispersión tributaria municipal y el impuesto de industria y comercio (ICA)*

A las complejidades del impuesto sobre la renta se suma la tributación subnacional, particularmente el impuesto de industria y comercio (ICA). Colombia cuenta con más de 1.123 municipios, cada uno con estatutos, tarifas y criterios de territorialidad propios.

La obligación de practicar retenciones de ICA a través de pasarelas de pago o intermediarios financieros convierte el cumplimiento tributario en un desafío logístico de gran magnitud para los operadores de comercio electrónico y plataformas digitales. La fragmentación normativa y la ausencia de criterios uniformes dificultan la automatización del cumplimiento y elevan significativamente los costos administrativos, afectando de manera desproporcionada a modelos digitales de alta escala y bajo margen unitario.

3.2. *México: el IVA a plataformas digitales y la paradoja laboral*

A diferencia de Colombia, México optó por no crear un impuesto directo específico sobre la renta digital, y concentró su respuesta regulatoria en el ámbito del impuesto al valor agregado (IVA). Bajo este enfoque, las plataformas digitales extranjeras que prestan servicios en México deben registrarse ante la autoridad fiscal y actuar como agentes de retención y recaudación, tanto respecto del IVA como de ciertos impuestos directos de sus usuarios.

Este régimen ha sido altamente efectivo desde el punto de vista recaudatorio y ha permitido a la autoridad fiscal incorporar al sistema formal a un amplio universo de operadores digitales. Sin embargo, su diseño parte de una premisa funcional clara: las plataformas actúan como intermediarias entre oferentes independientes y consumidores finales.

El conflicto entre intermediación fiscal y subordinación laboral

La coherencia de este esquema se ha visto tensionada por una reciente reforma laboral, orientada a reconocer la existencia de una relación de trabajo entre determinadas plataformas digitales y sus conductores o repartidores. Esta reforma introduce una paradoja conceptual relevante: mientras el régimen fiscal descansa sobre la noción de intermediación entre partes independientes, el régimen laboral reconfigura dicha relación bajo criterios de subordinación y dependencia.

La autoridad fiscal mexicana ha optado, hasta el momento, por mantener el régimen de intermediación para efectos tributarios, sin ajustar su diseño a la nueva calificación laboral. Esta disociación normativa conduce a situaciones técnicamente complejas, en las que ingresos que materialmente podrían asimilarse a remuneraciones laborales continúan siendo tratados como operaciones gravadas con IVA, evidenciando una falta de coordinación entre las políticas fiscales y laborales.

Este fenómeno ilustra, de manera paradigmática, cómo las respuestas regulatorias fragmentadas (aunque efectivas en términos de control y recaudación) pueden generar incoherencias sistémicas, particularmente en modelos de negocio digitales donde las fronteras entre intermediación, prestación de servicios y relaciones laborales resultan cada vez más difusas.

4. Conclusiones y recomendaciones

El análisis de los modelos de negocio innovadores examinados permite concluir que las tensiones tributarias observadas en América Latina no son coyunturales ni aisladas, sino de carácter estructural y sistémico. Los marcos normativos vigentes (construidos sobre los conceptos de presencia física, territorialidad clásica y caracterización formal de las transacciones) resultan crecientemente insuficientes para capturar la realidad económica de empresas digitales que escalan globalmente, generan valor a través de intangibles y efectos de red, y operan en múltiples jurisdicciones sin una presencia material significativa.

En este contexto, las respuestas regulatorias analizadas, aunque comprensibles desde una lógica de control y recaudación, evidencian importantes desalineaciones entre creación de valor, asignación de beneficios y carga tributaria efectiva, con impactos directos en la eficiencia económica, la seguridad jurídica y la atracción de inversión. A partir de lo anterior, se formulan las siguientes conclusiones y recomendaciones:

a. Revisión temprana y crítica de las estructuras de inversión

Las estructuras de inversión comúnmente utilizadas por *startups* y empresas digitales (como los esquemas tipo *cayman sandwich*) cumplen una función relevante en términos de acceso a financiamiento, neutralidad para inversionistas y escalabilidad internacional. Sin embargo, el análisis demuestra que dichas estructuras pueden tornarse fiscalmente ineficientes en el mediano y largo plazo, especialmente cuando interactúan con regímenes locales de control basados en la fuente o en la presencia económica.

En particular, los procesos de *flip* accionario y la relocalización del *holding* operativo o del IP conllevan riesgos significativos asociados a:

- imposición por enajenación indirecta,
- cuestionamientos sobre la sede efectiva de administración, y
- fricciones en la distribución de dividendos.

Se recomienda, por tanto, que los fundadores y grupos empresariales evalúen estos impactos desde etapas tempranas, incorporando el análisis fiscal como un elemento estructural del diseño corporativo, y no como una corrección *ex post*.

b. Sustancia económica como eje de la fiscalidad digital

El estudio confirma que la aplicación rígida de normas tributarias diseñadas para modelos tradicionales a estructuras digitales globales genera distorsiones relevantes, entre ellas la doble imposición económica, la sobreimposición sobre ingresos brutos y la desconexión entre capacidad contributiva y carga fiscal.

En este sentido, resulta imprescindible que las autoridades tributarias privilegien la sustancia económica sobre el formalismo jurídico, particularmente en:

- la delimitación funcional de *marketplaces*,
- la determinación de la base gravable en modelos de intermediación, y
- la caracterización de pagos por servicios digitales e intangibles.

Un enfoque basado en funciones, activos y riesgos (coherente con los principios internacionales de precios de transferencia) permitiría reducir fricciones innecesarias y mejorar la alineación entre tributación y creación de valor, sin sacrificar los objetivos de control fiscal.

c. Necesidad de coherencia y adaptabilidad regulatoria

Finalmente, el análisis comparado pone de relieve la necesidad de mayor coherencia entre las distintas ramas del ordenamiento jurídico, en particular entre la normativa fiscal y la laboral. El caso mexicano ilustra cómo la falta de armonización puede conducir a resultados técnicamente inconsistentes, en los que un mismo flujo económico es tratado simultáneamente como intermediación gravada con IVA y como potencial relación laboral.

La sostenibilidad de los modelos de economía digital y colaborativa exige marcos regulatorios adaptables, capaces de reconocer la complejidad de estos modelos sin recurrir a soluciones fragmentadas que terminan distorsionando el mercado. En este sentido, las respuestas unilaterales (aunque efectivas en el corto plazo) deberían evolucionar hacia esquemas más coordinados, alineados con los principios de sustancia económica y con las discusiones multilaterales en curso.

Bibliografía

- Hernández, Diana, panelista en tributación internacional de modelos de negocios innovadores, en 14.º Congreso Colombiano de Tributación Internacional (IFA Colombia, 2024).
- López, Jorge, panelista en tributación internacional de modelos de negocios innovadores, en 14.º Congreso Colombiano de Tributación Internacional (IFA Colombia, 2024).
- Rodríguez Vázquez, Carlos Giovanni, panelista en tributación internacional de modelos de negocios innovadores, en 14.º Congreso Colombiano de Tributación Internacional (IFA Colombia, 2024).
- Stiftken, Cristina, moderadora en tributación internacional de modelos de negocios innovadores, en 14.º Congreso Colombiano de Tributación Internacional (IFA Colombia, 2024).
- “OECD/IEF”. *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*, <https://doi.org/10.1787/7063add0-es>.
- “OECD”. *Startup América Latina: promoviendo la innovación en la región*, <https://doi.org/10.1787/9789264202320-es>.
- “OECD”, *Startup América Latina 2016: construyendo un futuro innovador*, <https://doi.org/10.1787/9789264265141-es>.
- *Colombia Tech Report 2024*, <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/co/pdf/2025/04/Colombia-Tech-Report-2024-vf.pdf>.
- Andrade, Raphael y Alvaro Pereira. “Venture Capital in Latin America: The costs of the Cayman Sandwich”. *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, working papers series n.º 2 (2025): 1-39.

Nota metodológica sobre el uso de herramientas de IA

Como parte del proceso de análisis y sistematización de la información, se utilizaron herramientas de inteligencia artificial generativa como apoyo metodológico para la depuración de fuentes, audios, organización conceptual y contraste de escenarios, en línea con prácticas emergentes en el estudio de modelos de negocio innovadores y economía digital.

El uso de estas herramientas se limitó a funciones de asistencia analítica y estructuración, sin sustituir el juicio académico del autor ni la verificación crítica de las fuentes, de conformidad con los principios de responsabilidad, transparencia y control humano en la aplicación de sistemas de IA.

INTERPRETACIÓN DE LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN EN COLOMBIA:

CASOS CONTROVERTIDOS Y DOCTRINA DE LA DIAN

Daniel Duque Estévez

Contenido

Introducción. 1. Sentencia Mabe. 1.1. Antecedentes. 1.2. Análisis del Consejo de Estado. 1.3. Posición de los panelistas. 1.4. Comentarios del relator. 2. Sentencia nación más favorecida. 2.1. Antecedentes. 2.2. Análisis del Consejo de Estado. 2.3. Posición de los panelistas. 2.4. Comentarios del relator. 3. Comunidad Andina de Nacionales (CAN). 3.1. Antecedentes. 3.2. Posición de los panelistas. 3.3. Comentarios del relator. 4. Sentencia Canacol. 4.1. Antecedentes. 4.2. Análisis del Consejo de Estado. 4.3. Posición de los panelistas. 4.4. Comentarios del relator. 5. Conclusiones y recomendaciones. Bibliografía.

Interpretación de los convenios para evitar la doble tributación en Colombia: Casos controvertidos y doctrina de la DIAN

Daniel Duque Estévez⁽¹⁾

Introducción

Según lo expuesto por César Cermeño, como moderador, “las normas son disparadoras de posturas hermenéuticas que exigen ejercicios de interpretación”. Lo anterior implica que la textura abierta del lenguaje⁽²⁾ conlleva la necesidad de interpretar las normas y, con ello, se generan diferentes posiciones.

César Cermeño aclara que esta posición no es unívoca y, a manera de ejemplo, cita a Diego López quien señala que el litigio no se da por la condición abierta del lenguaje, sino porque hay intereses en pugna⁽³⁾. En consecuencia, mientras la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) tenga un interés y los contribuyentes otro, se va a estirar el derecho en el lenguaje para acomodarlo a la posición que nos conviene.

Bajo este contexto, el panel se centra en presentar algunas sentencias y doctrina relevantes en materia de tributación internacional y plantear algunos interrogantes en la forma de interpretar los tratados para prevenir la doble imposición y su interrelación con las normas locales, así como una invitación a evolucionar en la forma en que la DIAN debería fiscalizar.

-
- (1) Socio del equipo de Impuestos de Brigard & Urrutia, abogado de la Pontificia Universidad Javeriana y cuenta con una especialización en Impuestos de la Universidad del Rosario. Se graduó con honores de la Maestría en Derecho (LL. M.) de la Universidad de California en Los Ángeles (UCLA), en donde obtuvo el reconocimiento Masin Family Gold Award en la clase de Federal Income Tax. Igualmente, realizó un diplomado en Normas Internacionales de Información Financiera (IFRS, por sus siglas en inglés) en la Universidad Sergio Arboleda.
 - (2) Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, trad. De Genaro R. Carrió, (Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1963), 159.
 - (3) Diego López Medina, *Manual de Escritura Jurídica*. (Bogotá: Legis Editores y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2018), 20.

1. Sentencia Mabe⁽⁴⁾

1.1. Antecedentes

Mabe Colombia S. A. S. (Mabe) presentó su declaración de renta del año gravable 2017, en la cual incluyó como deducibles comisiones por 2.958 millones de pesos pagadas a la sociedad mexicana controladora Mabe S. A. de C. V. (controladora). Dichas comisiones surgieron de un contrato de servicios por comisión suscrito el 2 de enero de 2017, mediante el cual la empresa mexicana actuaba como agente de Mabe y se encargaba de planear, supervisar y controlar el proceso de compras de bienes y servicios necesarios para su operación.

La DIAN desconoció la deducción por comisiones bajo el argumento de que debió practicarse retención en la fuente al corresponder a un ingreso de fuente nacional. Contrario a lo señalado por MABE, la DIAN afirmó que las comisiones no se consideraban beneficios empresariales regidos por el artículo 7 del convenio para evitar la doble imposición entre Colombia y México (CDI-MX):

“1. Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad empresarial en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza o ha realizado su actividad empresarial de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que puedan atribuirse a ese establecimiento permanente”.

En efecto, para la DIAN las comisiones se calificaban como otras rentas según lo establecido por el artículo 20 del CDI-MX y, por lo tanto, la retención era procedente y necesaria para el reconocimiento de la deducción:

“Las rentas de un residente de un Estado Contratante no mencionadas en los artículos anteriores de este Convenio y que provengan del otro Estado Contratante, también pueden someterse a imposición en ese otro Estado Contratante”.

Mabe demandó los actos de la DIAN argumentando que las comisiones eran beneficios empresariales gravados exclusivamente en México, razón por la cual no existía obligación de practicar retención en la fuente en Colombia y que la cláusula de no discriminación del CDI-MX permitía la deduc-

(4) C. E., Sec. Cuarta, Sent. 28093, ago. 22/2024. M. P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

ción plena del gasto, sin aplicar el límite del 15 % de la renta líquida previsto en el artículo 122 del Estatuto Tributario (ET)⁽⁵⁾.

1.2. Análisis del Consejo de Estado

El Consejo de Estado señala que el servicio prestado por la compañía mexicana constituye una actividad empresarial puesto que, de acuerdo con los estatutos de la controladora, esta tiene como objeto, entre otras actividades, “actuar como mediador mercantil, comisionista, representante, distribuidor o depositario”. En consecuencia, la Sala concluye que los pagos recibidos corresponden a beneficios empresariales en los términos del artículo 7 del CDI-MX.

A partir de esta calificación, la Sala resalta que el artículo 7.1. del convenio es categórico al señalar que “los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado”, salvo que exista un establecimiento permanente en el otro Estado. Como está acreditado que controladora Mabe no cuenta con un establecimiento permanente en Colombia, la potestad tributaria es exclusiva de México y Colombia no puede gravar dicho ingreso, lo cual implica que “no está sujeto a retención en la fuente, siendo inaplicable el artículo 121 del ET”:

“Los contribuyentes podrán deducir los gastos efectuados en el exterior, que tengan relación de causalidad con rentas de fuente dentro del país, siempre y cuando se haya efectuado la retención en la fuente si lo pagado constituye para su beneficiario renta gravable en Colombia”.

En cuanto a la deducibilidad del gasto, el Consejo de Estado identificó que el Tribunal de Caldas aplicó indebidamente el límite del artículo 122 del ET, al considerar que solo podían deducirse gastos al exterior hasta un 15 % de la renta líquida. Sin embargo, la Sala señala que este razonamiento desconoce el principio de no discriminación contenido en el artículo 23.3. del CDI-MX, según el cual los gastos pagados a un residente del otro Estado “son deducibles... en las mismas condiciones que si hubieran sido pagados a un residente” en Colombia. Esto implica que un pago a un residente en México no puede quedar sujeto a un tratamiento más gravoso que el que recibiría un residente local.

La Sala es explícita en afirmar que “el pago por comisión realizado por la actora... no está sujeto al límite establecido en el artículo 122 del ET”,

(5) “Los costos o deducciones por expensas en el exterior para la obtención de rentas de fuente dentro del país, no pueden exceder del quince por ciento (15 %) de la renta líquida del contribuyente, computada antes de descontar tales costos o deducciones, salvo cuando se trate de los siguientes pagos”.

puesto que el CDI-MX impide aplicar restricciones basadas en la residencia del perceptor. Además, subraya que la deducibilidad no puede condicionarse a la retención en la fuente, porque el ingreso, conforme al CDI, no está gravado en Colombia. De esta manera, el límite del 15 % es inoperante bajo la norma internacional prevalente.

1.3. Posición de los panelistas

Marta Toro menciona que este caso deja dos interrogantes abiertos: (i) ¿si puede la DIAN desconocer un gasto legítimo cuando la operación está amparada bajo un convenio para prevenir la doble imposición?, y (ii) ¿hasta qué punto los jueces deberían reconocer que los modelos de negocios globales no se someten a fronteras jurídicas locales?

Según la panelista, la DIAN cuestiona la deducibilidad de las comisiones que paga Mabe a la controladora en México, porque Mabe tiene un equipo local de compras y, por lo tanto, dichas gestiones resultan innecesarias bajo el artículo 107 del ET⁽⁶⁾. Esta forma de fiscalizar resulta equivocada toda vez que se limita a una perspectiva doméstica y desconoce cómo operan los grupos a nivel internacional.

Por su parte, Juan Sebastián Torres señaló que faltó desarrollo de la DIAN de las razones por las cuales consideró que se trataba de un beneficio empresarial puesto que, bajo la doctrina internacional, las otras rentas no son un concepto residual. Así mismo criticó la posición de la DIAN respecto de la limitación a la deducibilidad sin atender el tratado y, en particular, la no discriminación.

Finalmente, Carlos Gómez menciona que se debe acudir a las normas locales, porque los tratados no crean derecho, sino que lo limitan. Por esta razón, la DIAN analiza la necesidad bajo las normas locales y concluye que no es procedente. Lo novedoso es que, en el análisis, el Consejo de Estado utiliza palabras como “calidad” y “eficiencia” de la actividad de la entidad en México para desconocer el argumento de la DIAN. Así mismo llama la atención para calificar si el pago era un beneficio empresarial; el Consejo de Estado analiza el objeto social, similar al análisis del impuesto de industria y comercio para calificar las actividades comerciales.

1.4. Comentarios del relator

El relator coincide con los panelistas en que la decisión del Consejo de Estado es acertada toda vez que el pago por comisiones a una

(6) “Son deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta y que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad”.

entidad residente fiscal en México sí debía calificarse como un beneficio empresarial y no como otras rentas. En efecto, debe tenerse en cuenta que los mismos comentarios de la OCDE son claros al señalar que las otras rentas son una calificación residual cuando no aplica otra norma distributiva:

“Este artículo establece una regla general aplicable a las rentas no tratadas en los artículos precedentes del Convenio⁽⁷⁾”.

De forma concordante, Klaus Vogel afirma que:

“Los beneficios empresariales —con independencia de dónde se generen— están cubiertos por el Artículo 7 del Modelo de Convenio de la OCDE y de la ONU y, por lo tanto, no entran dentro del ámbito de aplicación del Artículo 21 de dichos Modelos⁽⁸⁾”.

Bajo este contexto, el Consejo de Estado se remitió al artículo 3 del CDI-MX para afirmar que “el término *empresa* se aplica a la explotación de cualquier actividad empresarial. Y el término *actividad empresarial* incluye la prestación de servicios profesionales”. Así, en la medida en que el objeto social de la sociedad mexicana incluía “actuar como mediador mercantil, comisionista (...) de sociedades nacionales o extranjeras”, la gestión correspondió a una actividad empresarial.

El relator coincide con Carlos Gómez en el sentido de que el objeto social puede ser un indicio, pero no debería ser la única prueba para calificar una renta toda vez que se reduce la actividad probatoria a una simple verificación formal. Así, como lo expuso Juan Sebastián Torres, el Consejo de Estado ha debido profundizar no solo en las razones para considerar que no se calificaba como otras rentas, sino también en la sustancia de la actividad realizada para concluir que correspondía a un beneficio empresarial.

Lo anterior permitiría establecer criterios para calificar rentas a futuro y otorgarles una mayor seguridad jurídica a los contribuyentes y a la misma DIAN cuando realiza las fiscalizaciones.

2. Sentencia nación más favorecida⁽⁹⁾

2.1. Antecedentes

El demandante presentó acción de nulidad contra el Concepto DIAN 191 de 2020, que analizó si la entrada en vigor del CDI entre Colombia y el Reino

(7) Comentarios al artículo 21 del Modelo de Convenio del 2017 de la OCDE.

(8) Klaus Vogel, *Double Taxation Conventions* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2021), 74.

(9) C. E., Sec. Cuarta, Sent. 25411, abr. 4/2024. M. P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

Unido (CDI-RU) implicaba la activación de la cláusula de nación más favorecida (NMF) en los tratados con España, Suiza y Chile para recalificar los servicios técnicos, asistencia técnica y consultoría como beneficios empresariales en lugar de regalías.

El actor sostuvo que Colombia, al firmar posteriormente un CDI que otorgaba un trato más favorable (beneficios empresariales y no regalías), debía extender este beneficio automáticamente a los CDI con cláusula NMF.

La DIAN argumentó que la activación de la NMF está condicionada a que el nuevo tratado otorgue un tipo impositivo menor o un tratamiento explícitamente más favorable para regalías, lo que no ocurrió en el CDI-RU, puesto que este simplemente no clasifica esos servicios como regalías, pero no fija un tipo reducido.

El Consejo de Estado resolvió el litigio con fundamento en la interpretación literal de los protocolos de los CDI y las reglas del artículo 31 de la Convención de Viena.

2.2. Análisis del Consejo de Estado

Bajo una lectura literal, el Consejo de Estado señaló que los protocolos de los CDI con España, Suiza y Chile prevén la activación de la NMF únicamente cuando Colombia otorgue, en un convenio posterior con un tercer Estado, un tipo impositivo inferior o un tratamiento más favorable específicamente respecto de las regalías.

De esta forma, la Sala hace una lectura estricta y resalta que la cláusula es absolutamente cerrada: “la redacción de la cláusula de NMF (...) es clara y no requiere interpretación adicional”. En otras palabras, para que opere la NMF, debe existir una reducción concreta en la tributación de las regalías o un beneficio equivalente pactado expresamente.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo analizó el CDI-RU y concluyó que este no establece un tratamiento preferencial en materia de regalías. Si bien el convenio no incluye los servicios técnicos, asistencia técnica y consultoría dentro del artículo 12 de regalías, ello no implica que Colombia haya otorgado un beneficio más favorable. El tratado no disminuye tarifas, no modifica el régimen de regalías y tampoco configura una excepción negociada sobre estos pagos. Por esa razón, la Sala afirma que “al no encontrarse cumplida la condición legal prevista en los protocolos (...) la entrada en vigor del CDI con el Reino Unido no la activó”.

De forma particular, el Consejo aclara que no es correcto sostener que la sola ausencia de estos servicios en el artículo de regalías constituya un beneficio que deba extenderse a otros conceptos. Lo determinante

no es la clasificación que haga un nuevo tratado, sino la existencia de una condición más favorable para regalías formulada expresamente. Por ello, la sentencia reitera que el CDI con el Reino Unido “no genera ningún tipo de alteración o modificación” frente al tratamiento previsto en los CDI con España, Suiza y Chile.

A partir de este razonamiento, el Consejo concluyó que los servicios técnicos, la asistencia técnica y la consultoría siguen siendo regalías bajo los tratados anteriores y niega las pretensiones del demandante.

2.3. Posición de los panelistas

Juan Sebastián Torres explica que en el caso de España y Suiza la cláusula de NMF se aplicaría si hay un “tipo impositivo” menor y, en el caso de Chile, si hay una “exención o alícuota menor”. Para este efecto, el Consejo de Estado se remite a la Real Academia de la Lengua Española (RAE) y a la Convención de Viena para concluir que no se activaron estas cláusulas. A pesar de lo anterior, Juan Sebastián Torres se pregunta si lo que se pactó con el Reino Unido no fue un tipo impositivo menor, porque al reclasificarse los servicios especializados del artículo 12 al artículo 7 se baja la tributación.

Así mismo, enfatiza que los convenios buscan prevenir la doble imposición, lo cual no se logra necesariamente si se grava en la fuente y después en la residencia. Por lo cual, más allá de la interpretación literal del protocolo, el propósito y contexto es prevenir la doble imposición. Finalmente, se cuestiona si esto debería ser atendido bajo el procedimiento de mutuo acuerdo (MAP). Si esto fuera objeto de MAP, habría un “corto circuito” entre las diferentes posturas y decisiones.

Carlos Gómez, por su parte, enfatizó que en temas controversiales es costumbre ir a la RAE cuando debería ser la última fuente a la que se debería acudir y que, en este caso particular, no hay un análisis de contexto. Igualmente, cuestiona la necesidad de que el Consejo de Estado se remita en un pie de página a la decisión del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía puesto que ha debido acudir a otras con mayor relevancia o jerarquía. Así mismo, Carlos Gómez explicó que el efecto de la sentencia es que el Concepto de la DIAN sigue vigente, pero este no es obligatorio para los contribuyentes. Por último, reitera que el Consejo de Estado citó que Colombia cambió de política para gravar los servicios especializados bajo el artículo 7, no bajo el 12, lo cual debería servir de base para considerar que las cláusulas de NMF se aplican.

2.4. Comentarios del relator

Los protocolos de los tratados en cuestión señalan expresamente:

Tratado	España	Suiza	Chile
Protocolo	VIII. Ad. Artículo 12 (...) 3. En el caso de que Colombia, después de firmado este presente Convenio, acordara con un tercer Estado <u>un tipo impositivo sobre cánones o regalías inferior</u> al establecido en el artículo 12 del presente Convenio, ese nuevo tipo impositivo se aplicará automáticamente al presente Convenio como si constara expresamente en el mismo; surtirá efectos desde la fecha en la que surtan efectos las disposiciones del Convenio firmado con ese tercer Estado.	4. AD Artículo 12 En el caso de que Colombia, después de firmado este presente Convenio, acordara con un tercer Estado <u>un tipo impositivo sobre cánones o regalías inferior</u> al establecido en el artículo 12 del presente Convenio, ese nuevo tipo impositivo se aplicará automáticamente al presente Convenio como si constara expresamente en el mismo; surtirá efectos desde la fecha en la que surtan efectos las disposiciones del Convenio firmado con ese tercer Estado.	AD. Artículo 12 (...) En el caso que se acuerde <u>una exención o una alícuota menor</u> en dicho Convenio tal exención o alícuota menor se aplicará automáticamente a este Convenio. La exención o la reducción de la alícuota se aplicará a este Convenio a partir de la fecha de entrada en vigor del Convenio con el otro Estado, bajo las mismas condiciones como si esa exención o alícuota menor hubiera sido especificada en este Convenio. La autoridad competente de Colombia informará, sin demora, a la autoridad competente de Chile, que se han cumplido las condiciones para la aplicación de este párrafo.

El Consejo de Estado argumentó que el CDI-RU “no dispuso un tipo impositivo inferior, sino que cambió la calificación jurídica de ‘regalías’ respecto de los servicios mencionados, por la de ‘utilidades empresariales’”.

“En efecto, mientras semánticamente el tipo impositivo inferior supone una reducción en la alícuota del mismo, que no altera su existencia continuada en el tiempo, el cambio de calificación jurídica dispuesta en el CDI con el Reino Unido implica la desaparición del concepto preexistente, a través de una nueva connotación asignada al mismo y en adelante aplicable, de manera que, bajo la égida del principio de “Nación Más Favorecida”, ese cambio no es *per se* una razón legítima determinante para hacer extensivo el nuevo tratamiento fiscal dispuesto en dicho CDI respecto de los “servicios prestados por asistencia técnica, servicios técnicos y servicios de consultoría”,

a los CDI con el Reino de España, la Confederación Suiza y, menos aún, con la República de Chile, en el que ni siquiera se contempla la disposición protocolaria de aplicación automática de tipo impositivo inferior prevista en los dos primeros”.

Ahora bien, con fundamento en la Convención de Viena, la interpretación de los tratados no se limita a la literalidad de las normas, sino al sentido corriente de las palabras en su contexto y atendiendo su objeto y fin⁽¹⁰⁾.

Así, el objeto y fin de los convenios para prevenir la doble imposición es, precisamente, prevenir cargas desproporcionadas para incentivar el tráfico internacional entre ambos países y fomentar la economía. Lo anterior fue reconocido expresamente por la Corte Constitucional cuando aprobó el CDI con España:

“De esta manera los Estados firmantes buscan ofrecer condiciones más favorables para el tráfico jurídico y de inversiones y negocios entre los dos países, que se espera redunden en el crecimiento de ambas economías, al tiempo que a través de la mutua cooperación, previenen que tales condiciones puedan generar perjuicios a la efectiva recaudación de las rentas tributarias legalmente debidas a cada uno de ellos⁽¹¹⁾”.

De forma similar, para el caso del CDI con Chile la Corte Constitucional señaló:

“De igual manera, es necesario tener en cuenta que el objetivo principal perseguido con la suscripción del tratado internacional consiste en atraer inversión extranjera, mediante el establecimiento de unas normas tributarias que ofrezcan las respectivas garantías de estabilidad y seguridad jurídica. En tal sentido, los textos normativos sometidos a examen de la Corte se negociaron con base en los modelos diseñados, de tiempo atrás, por la OCDE, situación semejante a la presentada con el ADT suscrito entre Colombia y el Reino de España”.

Finalmente, con Suiza la Corte Constitucional afirmó:

“Eficiencia y seguridad jurídica. Desde un punto de vista económico, los ADT permiten aumentar la competitividad de un Estado ya que garantizan reglas de solución de conflictos de doble imposición uniformes, que impiden que la estructura del sistema tributario se constituya un factor de decisión para las inversiones extranjeras. En otras palabras, estos instrumentos

(10) Artículo 31 de la Convención de Viena, aprobado mediante la Ley 32 de 1985: “1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

(11) C. Const., Sent. C-383, abr. 23/2008. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

internacionales evitan que la política fiscal de un país reduzca su competitividad. Estímulo a la inversión. En concordancia con lo anterior, se considera que los ADT son importantes canales para estimular la inversión extranjera, particularmente en países con niveles medios o bajos de desarrollo, en la medida en que reducen los niveles de tributación en condiciones jurídicas relativamente seguras⁽¹²⁾”.

Como se puede observar, el objeto y fin de los tratados con España, Chile y Suiza es fomentar el tráfico comercial y garantizar la competitividad de las operaciones internacionales, lo cual únicamente se puede cumplir si se aplica la cláusula de NMF a los servicios técnicos, asistencias técnicas y consultorías. La decisión del Consejo de Estado de no extender el tratamiento beneficioso es, por lo tanto, contraria al objetivo expuesto y genera una situación divergente para los inversionistas de estos países que, por supuesto, desconoce la Convención de Viena.

3. Comunidad Andina de Nacionales (CAN)⁽¹³⁾

3.1. Antecedentes

Se le consultó a la DIAN si una sociedad calificada en el régimen simple de tributación que realizaba pagos por servicios de asistencia técnica o consultoría a un residente en Ecuador debía practicar retención en la fuente, a lo cual la DIAN concluyó que, si bien Colombia tenía potestad para gravar la renta bajo el artículo 14 de la Decisión 578 de 2004⁽¹⁴⁾, no era procedente por no ser agente retenedor.

De igual forma se consultó el escenario contrario, es decir, cuando Ecuador pagaba por dichos servicios a un residente en Colombia calificado en el régimen simple de tributación, concluyendo que no se grava si estuvo sujeto a retención en el país de la fuente.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina pondera el criterio de la exoneración y señala que si un colombiano tiene acciones en otro país de la CAN, el que tiene la potestad de gravar es el país donde están las acciones y si este no las grava, no hay tributación.

(12) C. Const., Sent. C-460, jun. 16/2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

(13) Concep. 8971/2025, DIAN, y Consulta Vinculante SRI, caso transporte.

(14) “Artículo 14.- Beneficios empresariales por la prestación de servicios, servicios técnicos, asistencia técnica y consultoría. Las rentas obtenidas por empresas de servicios profesionales, técnicos, de asistencia técnica y consultoría, serán gravables sólo en el País Miembro en cuyo territorio se produzca el beneficio de tales servicios. Salvo prueba en contrario, se presume que el lugar donde se produce el beneficio es aquél en el que se imputa y registra el correspondiente gasto”.

Al respecto, el Tribunal ha sido categórico al afirmar que:

“Si, conforme a lo establecido en la Decisión 578, una determinada renta o patrimonio es gravable en el país ‘A’ de la Comunidad Andina, solo este país puede exigirlo. El país ‘B’ no puede exigirlo por el solo hecho de que no lo ha cobrado el país ‘A’⁽¹⁵⁾”.

Asimismo, precisó que la falta de gravamen en el Estado competente no constituye evasión fiscal ni genera una potestad tributaria residual en otro país miembro⁽¹⁶⁾.

En esa medida, el Tribunal concluye que la potestad tributaria no se traslada ni se reactiva en cabeza del Estado de residencia del contribuyente, incluso cuando el Estado de la fuente decide no ejercerla, reafirmando así el principio de territorialidad previsto en el artículo 17 de la Decisión 578.

En el marco del régimen de compañías *holding* colombianas (CHC), cuando los dividendos se distribuyen desde Colombia a sociedades matrices o entidades en otros países miembros de la CAN y siempre que en dichos Estados exista un régimen *holding* similar, resulta aplicable el principio de no discriminación previsto en la Decisión 578 y los dividendos que se distribuyan a esos países no estarían sujetos a retención.

En particular, la DIAN mediante el Concepto 8935 de 2025 precisó que la distribución de dividendos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional desde una sociedad colombiana hacia una sociedad *holding* extranjera no se encuentra sujeta a retención en la fuente, en la medida en que ello implicaría un trato fiscal más gravoso frente al que recibe una CHC en Colombia⁽¹⁷⁾.

(15) Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial 271-IP-2021, 26 de febrero de 2025.

(16) “No hay evasión fiscal si, conforme a lo establecido en la Decisión 578, una determinada renta o patrimonio es gravable por el país ‘A’ de la Comunidad Andina, pero este país opta por no gravarlo impositivamente, o habiéndolo gravado, no lo exige o cobra. Esta situación no otorga potestad al país ‘B’ de la Comunidad Andina para exigir o cobrar lo que no le corresponde”.

(17) Concep. 8935/2025, DIAN: “La sociedad nacional que distribuye dividendos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional a una sociedad extranjera acogida a un régimen *holding* con residencia fiscal en un país miembro de la CAN, no aplicará retención en la fuente en virtud de la cláusula de no discriminación prevista en el artículo 18 de la Decisión 578 de 2004, siempre que la sociedad receptora cumpla con los requisitos para acogerse al régimen *holding* en su país y tenga un tratamiento fiscal equivalente sobre los dividendos que recibe una CHC en Colombia, esto es, la exención de los dividendos de fuente extranjera”.

Finalmente, el Servicio de Rentas Internas (SRI) de Ecuador afirmó que un centro de servicios compartidos que presta servicios de *back office*, incluso utilizando medios tecnológicos, no corresponde necesariamente a un servicio técnico ni tampoco a consultoría (e. g., llevar libros contables). Por lo tanto, prevalece el artículo 6 de beneficios de las empresas sobre el artículo 14 de beneficios empresariales por la prestación de servicios, servicios técnicos, asistencia técnica y consultoría. Por supuesto que el SRI afirmó que ellos validarán que en efecto sean servicios de *back office*, de bajo valor agregado y que se graven en Colombia.

3.2. Posición de los panelistas

Carlos Gómez considera que estas posiciones son bastante novedosas e invitan a revisar los principios interpretativos que se aplican a la decisión y, en particular, al criterio de la fuente.

3.3. Comentarios del relator

Los pronunciamientos recientes son avances relevantes en la aplicación de la Decisión 578 que permiten armonizar este tratado tan particular con las realidades económicas y tributarias de cada país.

El relator coincide con el panelista en el sentido de que se debería revisar el concepto de la fuente, especialmente cuando los ingresos quedan sujetos únicamente a una retención en la fuente sobre el monto bruto, lo cual no previene la doble imposición, sino que, por el contrario, implica una carga que puede ser desproporcionada en negocios cuyo margen no es suficientemente alto para absorber una retención de ese estilo.

4. Sentencia Canacol⁽¹⁸⁾

4.1. Antecedentes

CNE Oil & Gas SAS (CNE) efectuó pagos por servicios de administración a la casa matriz en Canadá por servicios de administración prestados en el exterior.

En visión de CNE, tales pagos no estaban sujetos a retención en la fuente y, por lo tanto, no resultaba aplicable la limitación del artículo 124 del ET:

(18) C. E., Sec. Cuarta, Sent. 26976, abr. 3/2025. M. P. Wilson Ramos Girón.

C. E., Sec. Cuarta, Sent. 26753, jun. 5/2025. M. P. Luis Antonio Rodríguez Montaña.

“Las filiales o sucursales, subsidiarias o agencias en Colombia de sociedades extranjeras, tienen derecho a deducir de sus ingresos, a título de costo o deducción, las cantidades pagadas o reconocidas directa o indirectamente a sus casas matrices u oficinas del exterior, por concepto de gastos de administración o dirección y por concepto de regalías y explotación o adquisición de cualquier clase de intangibles, siempre que sobre los mismos practiquen las retenciones en la fuente del impuesto sobre la renta. Los pagos a favor de dichas matrices u oficinas del exterior por otros conceptos diferentes, están sujetos a lo previsto en los artículos 121 y 122 de este Estatuto”.

Igualmente, CNE argumentó que estas operaciones estaban sujetas al régimen de precios de transferencia, el cual impide aplicar las restricciones del ET para la deducibilidad de los costos y gastos entre vinculados.

Finalmente, CNE sostuvo que en aplicación del artículo 7 del CDI-CAD, este ingreso solo podía estar gravado en Canadá y, de acuerdo con el principio de no discriminación del artículo 23.3. del CDI-CAD, las empresas en Colombia que tengan como accionistas a empresas canadienses no pueden someterse a una tributación más gravosa que la aplicada a empresas colombianas.

4.2. Análisis del Consejo de Estado

El artículo 124 del ET es claro en limitar la deducibilidad del gasto por servicios de administración y dirección a la práctica de la retención en la fuente. De modo que, si no se practicaba la retención por ser ingresos de fuente extranjera, no procedía la deducibilidad.

Contrario a lo señalado por CNE, la limitación de la deducibilidad no obedece a una situación discriminatoria toda vez que la cláusula de no discriminación del CDI-CAD tiene un alcance limitado y no el que pretende aplicar CNE. En efecto, el Consejo de Estado analizó el alcance de la cláusula de no discriminación del CDI-CAD, enfatizando que su finalidad es impedir que un residente extranjero reciba un trato más gravoso que un residente local en situaciones “comparables”. No obstante, ese principio no equivale a una exoneración automática de todas las obligaciones formales nacionales previstas para pagos al exterior, como retención en la fuente, régimen de precios de transferencia o requisitos de deducibilidad establecidos en el Estatuto Tributario.

Por su parte, la finalidad del régimen de precios de transferencia no es eliminar las exigencias o requisitos de procedibilidad para las deducciones.

De forma similar, la deducción analizada tiene que ver con los pagos efectuados por la entidad local, no por el ingreso percibido por la matriz, por lo cual no contradice de forma alguna el artículo 7 del CDI-CAD.

Por lo tanto, en este caso concreto, la Sala consideró justificado el rechazo de los gastos, pues la empresa no cumplió con los requisitos formales previstos para su deducibilidad.

4.3. Posición de los panelistas

Marta Toro se pregunta: ¿un convenio para prevenir la doble imposición puede cumplir plenamente su función si los requisitos domésticos terminan neutralizando sus efectos económicos?

En línea con lo anterior, enfatiza que si bien la DIAN y el Consejo de Estado reconocen que resultaba aplicable el CDI-CAD, el requisito de practicar la retención no quedó cubierto. De esta forma, es una renta que se grava en Canadá, pero que Colombia no la puede deducir por no cumplirse con el requisito “habilitante” de la retención que, en este caso, no era procedente.

En otras palabras, a pesar de ser un gasto real y sujeto a precios de transferencia, el contribuyente queda imposibilitado a practicar la retención en la fuente y, en consecuencia, a deducir el gasto bajo normas y requisitos locales.

Juan Sebastián Torres precisa que el único convenio que no incluye la cláusula de no discriminación para estos casos es precisamente el de Canadá, por lo cual el raciocinio de la deducibilidad del gasto, con o sin retención, de las normas locales sí resulta procedente.

Por su parte, Carlos Gómez se pregunta si el contribuyente pudiera renunciar en el sentido de retención y habilitar la deducibilidad del gasto, a lo cual Juan Sebastián Torres precisa que en ese caso Canadá no reconocería un descuento.

4.4. Comentarios del relator

De acuerdo con lo señalado por Juan Sebastián Torres, es importante tener en cuenta que, a diferencia de otros tratados, el CDI-CAD contempla una cláusula de no discriminación limitada:

Modelo 2017 OCDE	CDI-España	CDI-CAD
Artículo 24. 4. A menos que se apliquen las disposiciones del apartado 1 del artículo 9, del apartado 6 del artículo 11 o del apartado 4 del artículo 12, los intereses, cánones y demás gastos pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de dicha empresa, en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar. Igualmente, las deudas de una empresa de un Estado contratante contraídas con un residente del otro Estado contratante serán deducibles para la determinación del patrimonio imponible de dicha empresa en las mismas condiciones que si se hubieran contraído con un residente del Estado mencionado en primer lugar.	Artículo 23. 3. A menos que se apliquen las disposiciones del apartado 1 del artículo 9, del apartado 6 del artículo 11, o del apartado 5 del artículo 12, los intereses, cánones y demás gastos pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de dicha empresa, en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar. Igualmente, las deudas de una empresa de un Estado contratante contraídas con un residente del otro Estado contratante serán deducibles para la determinación del patrimonio sometido a imposición de dicha empresa en las mismas condiciones que si se hubieran contraído con un residente del Estado mencionado en primer lugar.	Artículo 23. 3. Nada de lo establecido en este artículo podrá interpretarse en el sentido de obligar a un Estado Contratante a conceder a los residentes del otro Estado Contratante las deducciones personales, desgravaciones y reducciones impositivas que otorgue a sus propios residentes en consideración a su estado civil o cargas familiares.

De esta forma, en criterio del relator, no resulta discriminatorio en los términos del CDI-CAD que se apliquen las limitaciones de deducibilidad por pagos al exterior.

Debe igualmente tenerse en cuenta que, debido a esta situación particular, la Ley 1819 de 2016 adicionó el artículo 124 del ET para considerar

que los pagos por servicios de administración y dirección están sujetos en todo caso a retención en la fuente⁽¹⁹⁾.

Vale la pena tener en cuenta que esta solución no protege los pagos por estos conceptos a Canadá toda vez que bajo el tratado se deben calificar como beneficios empresariales y, por lo tanto, contrario a lo mencionado por la Ley 1819 de 2016, no pueden estar sujetos a retención.

En este caso, ante la reflexión de Carlos Gómez, el relator considera que la retención en la fuente no es optativa y, en consecuencia, practicarla no habilita la deducción y podría dar lugar al refrán que advierte: “el que paga mal, paga dos veces”.

Por otra parte, vale la pena tener en cuenta que para el año gravable 2014 en discusión, el artículo 260-7 del ET establecía que “las operaciones a las cuales se les apliquen las normas de precios de transferencia, no están cobijadas con las limitaciones a los costos y gastos previstos en este Estatuto para los vinculados económicos”.

CNE argumentó que esta norma habilitaba la deducibilidad así no se practicara retención y el Consejo de Estado se limitó a señalar que esta norma no exceptuaba del cumplimiento de los requisitos de procedencia de los costos y deducciones. En criterio del relator, la limitación de pagos por servicios de administración puede configurarse como una restricción a vinculados económicos puesto que estas actividades son propias de los grupos societarios y no se tercerizan. Incluso, el hecho de que la Ley 1819 de 2016 eliminara esta amplia habilitación da cuenta de que el legislador quiso restringir la aplicación de las limitaciones a la deducibilidad a los contribuyentes sujetos al régimen de precios de transferencia, pero por supuesto que este cambio normativo solo debería tener efectos a futuro.

5. Conclusiones y recomendaciones

Los casos expuestos en el panel dan cuenta de una mayor discusión entre contribuyentes y la DIAN en cuanto a la aplicación de los tratados para prevenir la doble imposición.

El relator coincide con la invitación de los panelistas a que el Consejo de Estado sea más riguroso al momento de decantar una u otra posición y que señale criterios y elementos claros que lleven a la decisión del caso

(19) “Parágrafo: Los conceptos mencionados en el presente artículo, diferentes a regalías y explotación o adquisición de cualquier clase de intangible, sean de fuente nacional o extranjera estarán sometidos a una tarifa de retención en la fuente establecida en el artículo 408 de este Estatuto”.

concreto, lo cual permitiría a los contribuyentes y a la DIAN aplicar en el futuro los tratados de forma menos disonante. Así, por ejemplo, en el caso de Mabe habría sido valioso que se analizaran y expusieran con más detalle los criterios para calificar una renta en el artículo 7 de beneficios empresariales o en el artículo 20 de otras rentas.

De igual forma, según los criterios de la Convención de Viena, es importante que los tratados se analicen no solo bajo la literalidad de sus cláusulas, sino en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin. Lo anterior habría podido cambiar la conclusión del Consejo de Estado de que la cláusula de nación más favorecida contenida en los tratados con España, Suiza y Chile no se activó con la entrada en vigor del tratado con el Reino Unido.

En efecto, en criterio del relator haberle extendido el tratamiento de beneficios empresariales a los servicios técnicos, a la asistencia técnica y a la consultoría habría garantizado el fomento de las relaciones comerciales y la inversión entre aquellos países, el cual es uno de los objetivos primordiales de estos tratados y que fue reconocido expresamente por la Corte Constitucional.

Bajo esta línea, el relator coincide con la posición del Consejo de Estado en el sentido de que el tratado con Canadá establece una cláusula de no discriminación limitada y, por lo tanto, no resulta contrario a derecho que se pretenda aplicar restricciones que no se predicen de pagos a residentes fiscales en Colombia o en otros países con convenios que sí incluyen la cláusula amplía.

Bibliografía

- Concep. 8971/2025, DIAN.
- Concep. 8935/2025, DIAN.
- C. E., Sec. Cuarta, Sent. 26976, abr. 3/2025. M. P. Wilson Ramos Girón.
- C. E., Sec. Cuarta, Sent. 26753, jun. 5/2025. M. P. Luis Antonio Rodríguez Montaña.
- C. E., Sec. Cuarta, Sent. 28093, ago. 22/2024. M. P. Stella Jeannette Carvajal Basto.
- C. Const., Sent. C-383, abr. 23/2008. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
- C. Const., Sent. C-460, jun. 16/2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- OCDE, Comentarios al artículo 21 del Modelo de Convenio del 2017.
- Vogel, Klaus. *Double Taxation Conventions*. Alphen aan den Rijn): Wolters Kluwer, 2021.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial 271-IP-2021 del 26 de febrero de 2025.

CASOS ESPECIALES EN LA CATEGORIZACIÓN DE RENTAS BAJO LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN:

RETOS Y SOLUCIONES

María Laura Urbina Ariza

Contenido

Introducción. 1. Intereses vs. beneficios empresariales. 1.1. Definiciones. 1.2. Estudio de caso: *factoring*. 2. Regalías vs. beneficios empresariales. 2.1. Definiciones. 2.2. Estudio de caso: *software*. 2.2.1. Estudio de caso: rentas mixtas. 3. Intereses vs. dividendos. 3.1. Definiciones. 3.1.1. Estudio de caso: acciones preferentes. 4. Rentas de trabajo vs. beneficios empresariales. 4.1. Definiciones. 4.1.1. Estudio de caso: pagos a empresas por las actividades de sus empleados. 5. Otros casos. 5.1. Liquidación de sociedad extranjera. 5.2. Donaciones. 5.3. Distribución de utilidades de establecimiento permanente. 6. Conclusiones. Bibliografía.

Casos especiales en la categorización de rentas bajo los convenios para evitar la doble tributación: Retos y soluciones

María Laura Urbina Ariza⁽¹⁾

Introducción

Las discusiones del panel *Casos especiales en la categorización de rentas bajo los CDI: retos y soluciones*, que tuvieron lugar en el 14.º Congreso Colombiano de Tributación Internacional, organizado por IFA Colombia en el 2025, pusieron de relieve la complejidad que enfrentan los operadores tributarios al aplicar los convenios para evitar la doble imposición (CDI) en escenarios no previstos por sus reglas generales. Los casos analizados revelan tensiones entre la normativa interna y los criterios internacionales, así como dilemas interpretativos que pueden impactar la seguridad jurídica y la coherencia del sistema, y desembocar en situaciones de doble tributación, ausencia total de tributación o incluso en una tributación que no corresponde con el sentido económico de la operación o de las normas aplicadas.

Este artículo recoge esas reflexiones y profundiza en ellas, su origen, los principales retos identificados, y las posibles soluciones y dudas que surgen alrededor de aquellos.

1. Intereses vs. beneficios empresariales

1.1. Definiciones

La legislación colombiana, aunque sí regula y desarrolla diferentes aspectos de los intereses, no prevé una definición de estos, lo que ha dado lugar a definiciones variadas y amplias a lo largo de la doctrina y jurisprudencia en diversas áreas del derecho. No obstante, de un modo u otro, todas las definiciones de intereses tienen un punto de convergencia y es que los intereses corresponden a la remuneración por el uso del dinero⁽²⁾, pues corresponde a la ganancia que produce un capital⁽³⁾.

(1) Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Tributación de la Universidad de los Andes.

(2) C. E., S. de Consulta, Conc. 1276, jul. 5/2000. M. P. César Hoyos Salazar.

(3) Concep. 2006000164-001/2006, Superintendencia Financiera de Colombia.

En materia tributaria, la DIAN se ha referido a los intereses como “rendimientos financieros”, categoría que también comprende “descuentos, beneficios, ganancias, utilidades y, en general, lo correspondiente a rendimientos de capital o a diferencias entre valor presente y valor futuro de este, cualesquiera sean las condiciones o nominaciones que se determinen para el efecto⁽⁴⁾”.

Lo anterior evidencia la amplitud a que puede llegar el término de intereses para efectos de la ley tributaria interna. Además de comprender los conceptos señalados, los rendimientos financieros se definen de una manera coherentemente amplia, así: “la ganancia proporcional que se obtiene de una operación financiera que se materializa luego de determinado periodo de la misma, es decir como su nombre lo indica es el ‘rendimiento’ producto de la inversión realizada⁽⁵⁾”.

En contraste, las definiciones de los CDI suelen ser mucho más acotadas, a la vez que muchos no suelen incluir una remisión a la norma interna. Estas definiciones suelen incluir una referencia esencial a “créditos de cualquier naturaleza”, lo que tiene dos implicaciones: por un lado, la definición requiere la existencia de un crédito del cual se deriva el pago de los intereses y, por otro lado, aunque señala que puede ser de cualquier naturaleza, la necesidad de caracterización como “créditos” puede representar un obstáculo para su aplicación frente a instrumentos de financiación no tradicionales u otro tipo de negocios jurídicos que bajo la regulación tributaria interna serían rendimientos financieros/intereses.

Con relación a la existencia del crédito o deuda implícita (*underlying debt claim*) se ha dicho que debe ser válida y ejecutable, siendo irrelevante su origen y propósito, una definición que claramente excluye aquellas sumas respecto de las cuales no se tenga la obligación de restituir⁽⁶⁾.

Una definición así naturalmente deja por fuera varios de los instrumentos o negocios financieros comunes actualmente como son el *factoring* y los contratos SWAP, que como se detalla adelante presentan retos a las definiciones del CDI y su tributación.

1.2. Estudio de caso: *factoring*

De manera general, las operaciones de *factoring* son caracterizadas como una compra de cartera. La regulación financiera las ha definido como

(4) Concep. 6594/2019, DIAN.

(5) Concep. 6594/2019, DIAN.

(6) Ekkehard Reimer y Alexander Reust. *Klaus Vogel on Double Conventions* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015). Página 923.

adquisiciones a título oneroso de derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio, en otras palabras, la adquisición de un activo.

Además, en el *factoring* se diferencian dos categorías: el *factoring* sin recurso y con recurso, en el primero el factor asume el riesgo de la cobranza de los créditos que adquiere y libera al cedente de toda responsabilidad patrimonial relacionada con la solvencia del deudor. En cambio, en el *factoring* con recurso, de acuerdo con el Decreto 2669 de 2012, el factor no asume dicho riesgo y el cedente sí responde por la existencia del título y por el pago del mismo⁽⁷⁾.

Bajo esta definición, *a priori*, el pago realizado para la compra del crédito no corresponde a un interés, pues no remunera el uso del dinero⁽⁸⁾. En ese sentido, bajo esta visión el problema jurídico se da en torno a la posibilidad de enmarcar el pago realizado por la compra del crédito como un ingreso sujeto al artículo 11, cuando esta operación no se presenta con el préstamo de un capital que se retribuya con intereses.

Una primera posición, que quizá sea la más obvia y aceptada, como fue planteada en el *Congreso*, considera que, al menos en un *factoring* sin recurso, no ocurre un préstamo entre factor y cedente sino simplemente la compra de un activo con un descuento, el cual no remunera un préstamo sino que compensa por el riesgo de recaudo asumido por el factor. De esa manera, como no se identifica de manera clara un *debt claim* no se puede enmarcar como un interés sino como un beneficio empresarial.

Por otro lado, también se planteó la importancia de diferenciar una operación de *factoring* donde hay transferencia del activo con descuento y aquella donde no se transfiere el activo, pues si no se transfieren los riesgos puede tratarse como una garantía financiera donde si el deudor no paga el factor puede reclamar ante el cedente.

Para mí, lo anterior presenta un elemento que podría permitir la categorización del descuento en la compra de cartera como un interés a la luz de las definiciones del artículo 11, pues en la medida en que el cedente conserva la responsabilidad frente al factor sobre el crédito vendido, sí existe la posibilidad de reclamar y ejecutar al cedente por el valor del crédito, lo cual es una de las características propias de la definición de intereses, según lo revisado en el acápite anterior.

Lo anterior debe entenderse, además, en el marco del sentido económico del *factoring*, y es que si bien la operación no corresponde siempre y de

(7) D. 2669/2012.

(8) Concep. 2000030400-1/2000, Superintendencia Financiera de Colombia.

manera exacta a un crédito, si es una operación de financiamiento⁽⁹⁾, donde el menor valor por el que se compra el crédito (descuento) “corresponde, en la práctica, a un interés que la empresa de *factoring* obtiene en tanto invierte su capital al realizar la compra de las facturas de venta y facilitar efectivo a la empresa vendedora, como si le hubiera hecho un préstamo⁽¹⁰⁾”.

En ese sentido, el *factoring* de cierto modo sí representa una función similar a la de un préstamo, procurando al cedente liquidez y al factor una remuneración que se materializa en el descuento y en los intereses que posteriormente reciba producto del crédito cedido, y frente al cual en caso de que el deudor originario no lo pague el factor pueda acudir ante el cedente por el mismo monto que le ha adelantado, como sucedería si hubiera otorgado un préstamo por el mismo monto. Estos elementos podrían razonablemente formar parte de la categorización del *factoring* con recurso como intereses bajo CDI.

En cuanto al *factoring* sin recurso, efectivamente será más difícil argumentar que el descuento remunera el uso del dinero por cuanto en este caso es más palpable que este valor remunera el riesgo asumido por el factor frente al recaudo de la cartera, además de que en este caso no habría lugar a una reclamación ni ejecución frente al cedente.

2. Regalías vs. beneficios empresariales

2.1. Definiciones

En Colombia, las regalías corresponden a beneficios derivados de la explotación de toda especie de propiedad industrial, o del *know-how*, así como de la propiedad literaria, artística y científica explotada en el país. El gravamen de estos conceptos está previsto en el artículo 24 del Estatuto Tributario (E. T.) así como en el artículo 408, los cuales, además, prevén el gravamen de la prestación de servicios técnicos, asesoría técnica y consultoría.

Históricamente estos últimos tres conceptos habían sido incluidos también en la definición de regalías de los CDI, hasta el cambio generado con el CDI entre Colombia y el Reino Unido⁽¹¹⁾. Definición que, en general, comprende los pagos realizados por el uso o concesión de uso de propiedad intelectual e industrial.

(9) Concep. 2012042354-002/2012, Superintendencia Financiera de Colombia.

(10) Concep. 2185/2015, DIAN.

(11) Concep. 3283/2020, DIAN.

En ese sentido, en principio, la definición de regalías presente en los CDI firmados por Colombia se encuentra más o menos alineada con el concepto interno, salvo por las diferencias que pueden generarse precisamente con ocasión a la exclusión de los conceptos de servicios y asesoría técnica y consultoría. No obstante no ser definiciones dispares, el tratamiento de las regalías en Colombia y especialmente en la interacción con los CDI y las nuevas tecnologías y formas negociales sí presenta varios retos.

2.2. Estudio de caso: *software*

A partir del concepto de regalías incluido en los CDI, la doctrina internacional ha reconocido tres elementos esenciales: (i) pagos efectuados como contraprestación del; (ii) uso o concesión del uso de; (iii) derechos de autor y demás mencionados en la norma, relacionados con la propiedad intelectual e industrial⁽¹²⁾.

Los comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE (CMOCDE) al artículo de regalías (12) plantean que el uso debe ser tal que sin el licenciamiento se estaría infringiendo la propiedad intelectual, lo cual ocurriría, por ejemplo, cuando el *software* es modificado por el licenciatario. De esa manera, con base en los CMOCDE, el uso debe tener implicaciones mayores al simple uso personal del *software* para que sea considerado como regalía, de lo contrario será tratado bajo el concepto de beneficios empresariales y gravado únicamente en el país de residencia del proveedor⁽¹³⁾.

Lo anterior denota una limitación mayor en la definición de regalías de los CDI frente al alcance que puede tener la norma local colombiana, pues bajo esta puede tratarse de la explotación de un intangible, lo cual es un concepto mucho más amplio que el de uso de un derecho de autor y que permitiría capturar la renta en el país. Este se presenta como uno de los retos entre ambas definiciones comentados en el *Congreso*.

Adicionalmente, los conflictos alrededor de la categorización de la explotación de *software* como regalías se ven exacerbados por la interpretación de la DIAN en materia de licencia de uso, pues la autoridad ha considerado que la licencia de uso de *software* está gravada como regalías y sujeta a retención⁽¹⁴⁾, lo cual es contrario a lo señalado en los CMOCDE.

(12) Ekkehard Reimer y Alexander Reust. *Klaus Vogel on Double Conventions* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015), páginas 992 - 1003.

(13) Omar Cabrera, "Consideraciones fiscales de la tributación del *software* en Colombia: aspectos domésticos, internacionales y de los tratados tributarios". *Revista Derecho Fiscal*, N° 22, enero - junio (2023): página 99.

(14) Concep. 5525/2019, DIAN.

Sin embargo, al margen de los CMOCDE, frente a los cuales además Colombia hizo reservas⁽¹⁵⁾, lo cierto es que la definición de regalías prevista en los CDI requiere la existencia de un uso o concesión de uso que recae sobre un objeto específico, esto es, los derechos de autor. Para estos efectos, es necesario diferenciar (i) los derechos que protegen y (ii) el producto que materializa o contiene los desarrollos intelectuales protegidos.

En ese sentido, el uso de los derechos representa la explotación del derecho (derechos de autor patrimoniales), y solo puede realizarse por su titular o quien ha sido autorizado por el titular en virtud de una licencia o cesión, en cambio el mero uso del producto se ofrece como consecuencia de la explotación de ese derecho, sin conceder la posibilidad de esa explotación al usuario, por lo que de hacerlo infringiría la propiedad intelectual.

Así las cosas, el licenciamiento de uso de *software*, cuando no incluye el derecho a la explotación (uso) de un derecho de autor, no debería ser considerado una regalía ni estar sujeto a retención por este concepto.

2.2.1. *Estudio de caso: rentas mixtas*

En este contexto, es posible que una empresa ofrezca productos complejos donde en una única operación exista: una venta de equipo técnico, una prestación de servicio técnico y un licenciamiento de *software*. Este tipo de productos pueden dificultar la determinación de su tratamiento fiscal en tanto cada uno de sus componentes tienen un tratamiento y consecuencia distinta.

Así, en el caso en que el producto y todos sus componentes son ofrecidos por una empresa del Reino Unido desde este país: la venta de equipo, tanto bajo la ley colombiana como bajo el CDI no está sujeta a retención en Colombia por tratarse de un equipo ubicado por fuera del territorio nacional.

Los servicios técnicos bajo el artículo 408 del E. T. estarían gravados y sujetos a retención en Colombia. No obstante, el CDI con Reino Unido excluyó mencionarlos dentro de la definición de regalías, por lo que se trata de beneficios empresariales que no serían gravados en Colombia (salvo el caso de un establecimiento permanente).

Este punto puede tener diferentes variables dependiendo del país desde el cual se preste, pues en algunos CDI se activó la cláusula de nación más favorecida en virtud de la cual con la entrada en vigor del CDI con Reino Unido cambia el tratamiento de estos servicios bajo otros CDI. Sin embargo, esto no sucedió en todos, por lo que en otros este servicio sí sería gravado en Colombia.

(15) L. 1950/2019.

El *software* estaría sujeto a retención en Colombia a la luz de la norma interna, no obstante bajo el CDI presenta todas las complejidades señaladas en el apartado anterior.

Frente a las rentas mixtas, la solución más pronta es la de procurar por una definición clara y separada de cada componente y su remuneración, así se aplicará el tratamiento que corresponda frente a cada renta. En el evento en que ello no se hubiera previsto, la solución propuesta ha sido la de identificar la actividad principal y aquello que sea accesorio a esta, de manera que el tratamiento fiscal sea determinado por lo principal y lo accesorio siga su misma suerte.

Así, si lo principal es la venta del equipo y de manera accesorio se facilita el acceso al *software*, debería regirse por el tratamiento de la venta del equipo.

Adicionalmente, se propone otro criterio: identificar el concepto de la remuneración, si esta es por el uso de los derechos de autor o por un objeto protegido por derechos de autor, pues si es lo primero serán regalías, pero si es lo segundo serán beneficios empresariales.

3. Intereses vs. dividendos

3.1. Definiciones

Los instrumentos híbridos combinan características propias de las definiciones de intereses y dividendos, buscando el aprovechamiento, por un lado, de una deducción y, por otro, de un régimen tributario beneficioso en cuanto al gravamen de un ingreso. Así, este tipo de instrumentos también presentan un reto para las definiciones tradicionales de intereses y dividendos tanto en la normatividad local como en los CDI, lo que dificulta la clasificación de estas rentas.

El E. T. define los dividendos como “Toda distribución de beneficios, en dinero o en especie, con cargo a patrimonio que se realice a los socios, accionistas, comuneros, asociados, suscriptores o similares, excepto la disminución de capital y la prima en colocación de acciones”, una definición que naturalmente parte de la existencia de una participación en una sociedad, aspecto elemental de los dividendos. De manera similar, la definición incluida generalmente en los CDI explica que son rentas derivadas de acciones u otros derechos que participen en las utilidades de una sociedad, no obstante también suele aclarar que no incluye derechos de créditos.

Uno de los principales problemas de categorización de rentas como dividendos se da con ocasión de los instrumentos híbridos, que presentan una interacción compleja entre la definición de dividendos y la de intereses. Los

instrumentos híbridos pueden definirse de manera general como aquellos instrumentos que presentan características de dividendos y de intereses, típicamente la participación en el capital de una sociedad y el pago originado en una relación crediticia.

Con el fin de paliar el uso de estos instrumentos se elaboró la Acción 2 del Proyecto BEPS de la OCDE, considerando que estos se utilizan principalmente para explotar las diferencias en el tratamiento fiscal de una entidad o instrumento bajo las leyes de dos o más jurisdicciones, y así producir un resultado fiscal incoherente entre estas que permite reducir la carga fiscal.

3.1.1. *Estudio de caso: acciones preferentes*

Por medio del artículo 33-3 del E. T. se reguló el tratamiento de un instrumento que puede presentar características de instrumento híbrido: las acciones preferentes. Estas acciones, en líneas generales, otorgan al accionista el derecho a recibir pagos durante un tiempo determinado, luego del cual son devueltas a la compañía emisora.

Teniendo en cuenta lo anterior se trata de una participación en rendimientos de una sociedad, pero en la medida en que incorpora la obligación de realizar pagos al tenedor, también puede tratarse de un instrumento de deuda, todo lo cual le vale un tratamiento especial.

Este tratamiento especial implica que el emisor de las acciones preferentes, tiene un pasivo financiero y los pagos realizados al tenedor son gastos financieros deducibles, similares a los intereses de deuda. Este tratamiento representa una excepción al principio general que considera las acciones como instrumentos de patrimonio.

Por su parte, el tenedor o accionista tiene un activo financiero y reconoce los pagos percibidos como ingresos financieros⁽¹⁶⁾, como un instrumento de deuda. De manera que aunque son beneficios que provienen de una participación social (acción) no se trata de dividendos, lo que indica la voluntad del legislador de proteger la sustancia económica de la operación y evitar que esta se beneficiara de un régimen de dividendos que no le sería aplicable.

El dilema en relación con el asunto central de este artículo se presenta a la hora de clasificar una acción preferente que cumple las condiciones del artículo 33-3 del E. T. en un CDI, pues como renta derivada de una acción encaja perfectamente con la definición general de dividendo a la luz de los CDI.

(16) Rendimientos financieros o intereses de acuerdo con el Ofic. 33246/2017, DIAN.

Lo anterior presenta además un dilema más profundo: ¿es válido aplicar una definición y tratamiento especial establecido en la ley interna tiempo después de haberse firmado el CDI?

Frente a lo anterior se presentan varias posibilidades:

– Primero, aplicar un tratamiento dispar entre el CDI y la norma colombiana, de manera que aunque localmente se trate de intereses, en virtud de un CDI se aplique el tratamiento de dividendos. Esta posibilidad estaría soportada en los principios del derecho internacional y libra del segundo dilema señalado.

Esta podría ser una interpretación más plana, donde bajo el artículo 33-3 se ha identificado el gravamen de la renta en Colombia y bajo el CDI se habría definido la limitación de este gravamen conforme a la distribución de la potestad tributaria, de forma que se aplicaría la retención que corresponda, según el artículo 10 del CDI, sin que sea necesario que el concepto se identifique de la misma forma bajo ambos cuerpos normativos, pues esta exigencia no existe para la aplicación del CDI, y el efecto práctico, en principio, podría ser el mismo (retención limitada en el país de la fuente).

Además, es una interpretación basada en el principio de especialidad y prevalencia del CDI sobre la norma interna.

No obstante, es una interpretación que puede plantear problemáticas en torno a la realidad y sustancia económica de la operación, así como en la aplicación de algunas reglas especiales en relación con dividendos en los CDI que, en últimas, podrían propiciar la consecución de las ventajas del uso de instrumentos híbridos.

– Segundo, a la luz de la interpretación dinámica de los convenios y en virtud del numeral 2 del artículo 3 de los CDI, referente a la interpretación de los convenios, podría plantearse la aplicabilidad del concepto de intereses a las acciones preferentes considerando que este es el significado que le atribuye la legislación colombiana. No obstante, la norma mencionada requiere la interpretación del convenio conforme al contexto en el que este fue firmado, lo cual obliga a resolver el dilema en torno a la interpretación estática o dinámica de los convenios, el entendimiento del contexto y la interpretación de acuerdo con la Convención de Viena.

Lo anterior, además, es exacerbado por la posición de la DIAN, según la cual el tratamiento tributario de las utilidades de acciones preferentes no dependerá de la fecha de emisión de las mismas, por lo que podría aplicar a acciones preferentes emitidas antes del régimen establecido para estas por la

Ley 1819 de 2016⁽¹⁷⁾, profundizando el dilema planteado anteriormente a una aplicación retroactiva de la ley.

En cualquier caso sería necesario revisar en particular el CDI aplicable, pues en caso de existir una remisión expresa a la norma interna sobre el entendimiento de la definición de intereses y dividendos, presente usualmente frente a intereses, las acciones preferentes podrían simplemente calificarse como intereses. En mi opinión, esta debería ser la primera medida a la hora de resolver las cuestiones planteadas, y solo cuando ello no sea suficiente debería acudir a la segunda posibilidad planteada anteriormente, pues frente a la primera esta interpretación es la más acorde a la finalidad de los CDI, en cuanto a la prevención del abuso tributario y la prevalencia de la sustancia sobre la forma, así como a la evolución del derecho.

Lo anterior, con la aclaración de que la posición de la DIAN sobre la aplicación del régimen de acciones preferentes a acciones emitidas previamente a la vigencia de éste sí merece ser revisada por sus implicaciones en materia de seguridad jurídica.

4. Rentas de trabajo vs. beneficios empresariales

4.1. Definiciones

El tratamiento de las rentas de trabajo bajo un CDI es quizá uno de los más difíciles de entender por la enrevesada redacción de este artículo, del cual, como primera regla, se desprende que estas rentas son gravadas en el Estado de residencia del contribuyente salvo que el empleo se desarrolle en el otro Estado. En ese caso la tributación en el Estado de la residencia se convierte en la excepción y se sujeta al cumplimiento de ciertos supuestos.

Este artículo de los CDI no prevé una definición de rentas laborales ni del concepto del empleo, al cual están atadas, por lo que se hace necesario acudir a la legislación local. Bajo la normativa legal local la renta de trabajo exigiría la prestación de un servicio personal por parte de una persona natural bajo unas condiciones de continuada dependencia o subordinación⁽¹⁸⁾.

En este contexto, puede resultar clara la forma de aplicar el artículo, pues en comparación con los casos comentados anteriormente en este documento en tanto no hay una definición de las rentas en el CDI y su contenido se llena con la norma interna, no genera mayores problemas al menos en relación con la identificación de las rentas a las que sería aplicable. No

(17) Concep. 20588/2018, DIAN.

(18) CST, arts. 5 y 22.

obstante, sí pueden presentarse casos con complejidades en cuanto a las implicaciones que puede tener la interacción del pago de rentas laborales con otros aspectos de la regulación tributaria como el establecimiento permanente y la presencia económica significativa.

4.1.1. *Estudio de caso: pagos a empresas por las actividades de sus empleados*

Uno de los casos comentados en el *Congreso* contemplaba la relación entre una sociedad colombiana (ColCo) y otra del Reino Unido (UkCo) donde esta última prestaba servicios de capacitación a la colombiana, para lo cual un empleado de UkCo residente en el Reino Unido era enviado a Colombia con el fin de impartir las correspondientes capacitaciones.

Con relación a este caso, si bien hay un empleado realizando las actividades propias de su empleo para ColCo en Colombia, la relación contractual de ColCo no es con este empleado sino con UkCo y los pagos realizados son a UkCo, quien presta servicios de capacitación a través de sus empleados, más no es empleada de ColCo, que dicho sea de paso no podría serlo por tratarse de una sociedad. Así, la remuneración que recibe UkCo de Colombia no puede tratarse de rentas laborales, sino que corresponderá a beneficios empresariales, los cuales no estarán gravados en Colombia.

Siempre que el empleado no permanezca más de 183 días en Colombia y UkCo no tenga establecimiento permanente en Colombia, no se producirán efectos tributarios sobre las rentas del empleado. Sin embargo, si la prestación de los servicios se ejecuta por varios empleados que frecuentemente visitan Colombia, aunque individualmente no cumplan 183 días, eventualmente podría configurarse un establecimiento permanente para UkCo en tanto estaría realizando su actividad económica esencial en Colombia (suponiendo que exista un lugar que pueda predicarse como lugar fijo de negocios).

Por otro lado, también se plantea el escenario en el cual un extranjero es contratado por un grupo empresarial en Colombia para prestar un servicio que si bien en un principio era personal, el rol humano termina siendo mínimo gracias al desarrollo de un *software* por parte de este extranjero, supera los umbrales y requisitos exigidos por el régimen de presencia económica significativa, ¿cuál será el tratamiento fiscal de esta renta?

Inicialmente se habría tratado de una renta extranjera, sin embargo con ocasión al cumplimiento del régimen de presencia económica significativa pasaría a tratarse de un servicio gravado en Colombia.

En el *Congreso* se planteaba un conflicto o dificultad de calificación de esta renta bajo el CDI, no obstante debe tenerse en cuenta que conforme a la regulación y doctrina del régimen de presencia económica significativa

este régimen no compite con el CDI, es decir, si las reglas distributivas del CDI limitan la potestad tributaria de Colombia, dicha limitación prevalecerá sobre las normas de presencia económica significativa (PES)⁽¹⁹⁾. Generalmente y considerando las características de las rentas cobijadas por la normativa de PES, como los servicios en este ejemplo, se pueden categorizar como beneficios empresariales, por lo que, en principio, no estarían gravados en Colombia.

En ese sentido, más que un conflicto de calificación, la interacción del régimen PES puede dar lugar a un conflicto de tributación que posiblemente antes de este régimen no se habría dado considerando el escenario de un no residente que ahora tiene una renta de fuente nacional en Colombia que antes no tenía.

Eventualmente podría presentarse algún debate frente a la aplicación del tratamiento de beneficios empresariales y el de servicios profesionales independientes incluido en algunos CDI como el de Colombia e Italia, este conflicto puede ser resuelto en atención a la calidad de persona natural y la definición de servicios profesionales incluida en los CDI donde está prevista esta calificación, principalmente dada a las profesionales liberales, sin embargo es también uno de esos casos para analizar que pueden presentar retos a la calificación de la renta bajo CDI.

Vale la pena comentar finalmente el caso que en su momento fue discutido a nivel local y es el de las empresas que realizan *traslados o préstamos* de sus empleados a otras, de manera que estos se encuentran contratados laboralmente por una empresa, pero prestando servicios para otra. Al respecto, la doctrina de la DIAN ha señalado que se trata de servicios prestados por una empresa a otra, sin que cambie la relación laboral, lo que debería funcionar igualmente bajo el CDI considerando que efectivamente no se realizan pagos al empleado, sino a la empresa empleadora por un servicio, cuyo tratamiento entonces estaría enmarcado como beneficio empresarial.

5. Otros casos

5.1. Liquidación de sociedad extranjera

Bajo la normativa colombiana, la liquidación de sociedad extranjera se considera como una enajenación indirecta a la luz del artículo 90-3 del E. T. y la regulación de este. En ese sentido, el artículo 1.2.1.26.2 del Decreto 1625 de 2016 señala dentro del concepto de enajenaciones indirectas, a cualquier título, la liquidación de sociedades extranjeras.

(19) Concep. 525/2024, DIAN.

Lo anterior presenta varios retos en la interacción de la norma colombiana con los CDI, pues por un lado, los CDI no prevén de manera expresa el tratamiento de las liquidaciones de sociedades y, por otro lado, es posible que en el marco de las liquidaciones haya lugar a una última distribución de dividendos, lo cual tampoco está claramente regulado en los CDI.

Como respuesta a lo anterior, y al margen de las discusiones adicionales que pueden plantearse sobre la calificación de la liquidación extranjera como una enajenación directa bajo el artículo 90-3 del E. T.⁽²⁰⁾, una de las posiciones planteadas en el *Congreso* giró en torno a la consideración de que el CDI no regula las ventas indirectas, y por tanto el Estado de la residencia podría no aplicar el convenio, formulando una cuestión adicional sobre la aplicabilidad de los CDI en esos casos.

En definitiva se plantean más dudas que soluciones, no obstante, en tanto la regulación colombiana sí considera la operación como gravada, es necesario identificar la forma de calificar esta renta bajo un CDI, frente a lo cual pueden identificarse dos caminos: el de la ganancia de capital y el de otras rentas.

El artículo relativo a las ganancias de capital se refiere a la enajenación de inmuebles, muebles, buques o aeronaves, acciones y cualquier otro bien. Frente a este, los CMOCDE han indicado que el concepto de enajenación cobija “venta o permuta de bienes, y también de una enajenación parcial, de la expropiación, de las aportaciones a sociedades, de la venta de derechos, de la donación e incluso de la transmisión *mortis causa*”, bajo esta definición tan amplia del concepto, que no es lejano al concepto de enajenación propio del ordenamiento colombiano, sería posible enmarcar la enajenación indirecta y la liquidación como una ganancia de capital.

Por su parte, la categoría de *otras rentas* es justamente la aplicable a aquellas rentas que no encuentran una mejor opción bajo las demás calificaciones, por lo cual en cualquier caso la renta derivada de la liquidación sí estaría cobijada por el CDI.

Por lo general, es posible que bajo cualquiera de estas dos calificaciones la renta sea gravada en el Estado de la residencia, por lo que el efecto práctico de la decantación por una u otra puede ser bajo o nulo, no obstante en algunos CDI es posible que las *otras rentas* contemplen una regla diferente, por lo que sí tendrá un efecto relevante esta determinación.

(20) Al respecto vale mencionar que en el Congreso se discutió ampliamente sobre la procedencia de esta calificación y los elementos que existen razonablemente en contra, especialmente con base en la Sentencia 25400 del Consejo de Estado, del 10 de noviembre de 2022, M. P. Myriam Stella Gutiérrez, sobre la aplicación del artículo 90 del E. T. a enajenaciones donde no hay precio ni valor comercial, lo cual sería extrapolable al caso de las liquidaciones bajo el artículo 90-3, entre otros elementos.

En mi opinión, teniendo en cuenta la definición de enajenación señalada, y en tanto la liquidación se entiende como enajenación, es razonable calificar la renta como una ganancia de capital. Cabe mencionar, además, que el artículo 90-3 del E. T. al establecer el régimen de enajenaciones indirectas señala que se entenderán gravadas como si hubieran sido realizadas directamente, lo cual también es un elemento a considerar en el análisis.

Igualmente, creo que una conclusión similar puede intuirse del hecho de que en la mayoría de CDI se prevea dentro de la categoría de ganancias de capital la venta de acciones con sustrato inmobiliario en uno de los Estados contratantes, pues de cierto modo esta constituye una venta indirecta de activos localizados en dicho Estado y sobre los cuales se quiere ejercer la potestad tributaria.

Por último, y advirtiendo que se dejan en el tintero elementos adicionales que aportan a la discusión, vale la pena señalar que en el CDI entre Colombia y Uruguay se menciona de manera expresa la enajenación indirecta dentro de la regulación de la ganancia de capital como una posibilidad de gravamen en el Estado que corresponda, bajo un criterio de sustrato inmobiliario del activo enajenado.

5.2. Donaciones

Con relación a las donaciones se suscita una controversia similar a la anterior, donde se enfrentan las definiciones de ganancias de capital y otras rentas, cada una con argumentos razonables, especialmente las otras rentas considerando que en una donación no hay una ganancia para el enajenante y en Colombia se grava en cabeza del donatario. Sin embargo, la posición más reciente de la DIAN⁽²¹⁾ ha sido la de tratar la donación como ganancia de capital, fundada además en los CMOCDE.

Eventualmente el escenario de una donación de acciones de una sociedad extranjera dueña de una sociedad colombiana plantea un dilema mayor, pues podría entenderse como una enajenación indirecta de la sociedad colombiana, lo que reúne las dos discusiones señaladas en este y el punto anterior, con un factor adicional y es que este supuesto no fue regulado como enajenación indirecta a diferencia de la liquidación, lo que daría más viabilidad a argumentos como el de la inaplicabilidad del artículo 90-3 por no existir un precio en la donación.

En ese sentido, si la donación no se considera enajenación indirecta bajo el artículo 90-3 del E. T. no estaría gravada en Colombia y salvaría la discusión bajo el CDI, pero si lo estuviera entonces de acuerdo con la conclusión

(21) Concep. 100202208-0525/2023, DIAN.

señalada en el acápite anterior se trataría como ganancia ocasional, lo que en este caso tendría incluso más argumentos en tanto se trata de una donación y la DIAN ya ha expresado su posición al respecto (aunque cabe argumentar que el supuesto resuelto por la DIAN es diferente a este).

5.3. Distribución de utilidades de establecimiento permanente

De acuerdo con el artículo 30 del E. T., la distribución de utilidades de una sucursal se trata como dividendos, un concepto que creó discusiones frente a la aplicación de la definición de dividendos de los CDI y planeaciones en torno al CDI entre Colombia y España a propósito del tratamiento como no gravada que prevé expresamente frente a este tipo de distribuciones.

Sin embargo, la DIAN zanjó esta discusión con el Concepto 1380 de 2023 al concluir que en la medida en que las sucursales no son personas jurídicas autónomas sino una extensión de una sociedad extranjera, las distribuciones de utilidades de estas no pueden tener origen en derechos participativos y por tanto enmarcarse en la definición de dividendos de los convenios.

6. Conclusiones

El análisis de los casos especiales abordados confirma que la categorización de rentas bajo los CDI no es plana y exige un análisis a profundidad de las definiciones y las operaciones, pues las diferencias entre definiciones internas y las previstas en los convenios, sumadas a la aparición de operaciones financieras y tecnológicas complejas, generan tensiones que derivan en una dificultad palpable a la hora de determinar el tratamiento fiscal aplicable a estas.

La experiencia práctica y la doctrina internacional coinciden en que la solución no está en forzar categorías, sino en adoptar criterios que reconozcan la sustancia de las operaciones, apoyados en contratos claros y en una interpretación que respete la finalidad del convenio. De igual forma, se requiere un esfuerzo conjunto entre autoridades y contribuyentes para generar lineamientos que reduzcan la incertidumbre y eviten resultados incoherentes. Solo así se logrará que los CDI cumplan su propósito en un contexto marcado por innovación financiera y tecnológica.

Bibliografía

- Concep. 2012042354-002/2012, Superintendencia Financiera de Colombia.
- Concep. 2006000164-001/2006, Superintendencia Financiera de Colombia.
- Concep. 2000030400-1/2000, Superintendencia Financiera de Colombia.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (BEPS): Acción 2 – Neutralización de los efectos de los mecanismos híbridos (OECD Publishing, 2015).
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Comentarios sobre los artículos del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Capital (OECD Publishing, 2017).
- Cabrera, Omar. “Consideraciones fiscales de la tributación del *software* en Colombia: aspectos domésticos, internacionales y de los tratados tributarios”. *Revista Derecho Fiscal*, N° 22, enero - junio (2023). Página 99.
- Reimer, Ekkehard, y Alexander Reust. *Klaus Vogel on Double Conventions*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015.
- Oficio 33246/2017, DIAN.
- Concep. 6594/2019, DIAN.
- Concep. 5525/2019, DIAN.
- Concep. 525/2024, DIAN.
- Concep. 3283/2020, DIAN.
- Concep. 2185/2015, DIAN.
- Concep. 20588/2018, DIAN.
- Concep. 100202208-0525/2023, DIAN.
- C. E., S. de Consulta, Conc. 1276, jul. 5/2000. M. P. César Hoyos Salazar.
- C. E., Sec. Cuarta, Sent. 25400, nov. 10/2022. M. P. Myriam Stella Gutiérrez.

UNA DÉCADA DEL PROYECTO BEPS:
BALANCE DEL ESTADO ACTUAL
DE LAS PROPUESTAS Y SUS DESAFÍOS
PENDIENTES

Óscar Munévar

Contenido

Introducción. 1. El sistema fiscal internacional ante la globalización: fundamentos de la crisis que originó el Proyecto BEPS. 1.1. La erosión de bases imponibles como fenómeno sistémico: causas estructurales. 1.2. El mandato del G20. 1.3. El concepto de *creación de valor*. 2. El Proyecto BEPS: análisis jurídico de su estructura normativa. 2.1. Los tres pilares: coherencia, sustancia y transparencia. 2.2. Los estándares mínimos y su justificación jurídica: obligatoriedad y revisión por pares. 2.3. Las acciones no vinculantes: mejores prácticas y enfoques comunes. 2.4. El Instrumento Multilateral (Acción 15) como técnica de implementación masiva de tratados. 3. Balance de implementación: avances y brechas a diez años. 3.1. Los estándares mínimos: estado de implementación global. 3.2. Las acciones que no hacen parte del estándar mínimo: adopción heterogénea y cobertura económica. 3.3. Complejidad normativa, cargas administrativas y llamado a la simplificación. 4. Evaluación del impacto económico: evidencia empírica y limitaciones metodológicas. 4.1. Indicadores de alineación entre beneficios y sustancia económica. 4.2. Reducción de la competencia fiscal vía tipos estatutarios. 4.3. Sensibilidad de los beneficios a los tipos impositivos antes y después de BEPS. 4.4. Transparencia, CBCR y su efecto sobre el comportamiento de las EMN. 4.5. Los costes de cumplimiento del pilar dos: cuantificación empírica. 4.6. Limitaciones de la evidencia disponible. 5. BEPS y los países en desarrollo: una asignatura pendiente. 5.1. Mayor exposición y menor capacidad de respuesta. 5.2. Asistencia técnica y construcción de capacidades: logros y déficits. 5.3. La crítica doctrinal: ¿soluciones adecuadas para problemas reales?. 6. Implicaciones para América Latina y Colombia. 6.1. Posición de la región en el Marco Inclusivo. 6.2. Retos específicos: precios de transferencia, convenios fiscales y economía digital. 6.3. Lecciones para la política tributaria colombiana. 7. La solución de dos pilares y el impuesto mínimo global: continuidad y ruptura con el Proyecto BEPS. 7.1. Pilar uno y la reasignación de derechos de imposición. 7.2. El impuesto mínimo global (GLOBE): alcance y proyecciones de impacto. 7.3. Proyecciones de reducción adicional de la actividad BEPS. 8. Conclusiones. Bibliografía.

Una década del Proyecto BEPS:

Balance del estado actual de las propuestas y sus desafíos pendientes

Óscar Munévar⁽¹⁾

Introducción

La erosión de las bases imponibles y el traslado de utilidades (BEPS, por sus siglas en inglés) tuvo su origen en la globalización de la economía, pues ha generado un cambio en la forma en que las empresas multinacionales (EMN, por sus siglas en inglés) organizan y operan sus negocios y estructuras globales⁽²⁾; lo anterior toda vez que las EMN solo pueden justificarse por un contenido significativo de intangibles, que se ve naturalmente incrementado por el auge de la economía digital y su contribución a la globalización⁽³⁾.

Con ocasión de la crisis financiera del año 2008, surgió una necesidad de evaluar cómo solucionar la erosión de las bases imponibles y el traslado de utilidades. En el año 2012, el G20 solicitó a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) un diagnóstico frente a la lucha contra esta situación indeseada, para lo cual la OCDE publicó su primer reporte en el año 2013: *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*.

En este reporte inicial, la OCDE estableció los lineamientos preliminares del Proyecto BEPS con el propósito de crear un plan de acción para que los países tuvieran instrumentos, tanto a nivel de norma doméstica como a nivel internacional, para “alinear sus potestades tributarias con la actividad económica real”⁽⁴⁾.

-
- (1) Asociado senior en Martínez Quintero Mendoza González Laguado & De La Rosa. Abogado de la Universidad Externado, especialista en Impuestos de la Universidad de los Andes y con máster avanzado (Adv. LL. M.) en Impuestos Internacionales de la Universidad de Leiden (Países Bajos).
 - (2) Garrigues. *Plan de Acción BEPS: una reflexión obligada* (Madrid: Fundación Impuestos y Competitividad, 2017), págs. 11-14.
 - (3) Yariv Brauner, “BEPS: An Interim Evaluation”. *World Tax Journal* 6, n.º 1 (2014): 10-39.
 - (4) “OCDE”. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, acceso el 25 de abril de 2026, <https://doi.org/10.1787/9789264192744-en>.

Desde ese reporte inicial, la OCDE identificó la digitalización de la economía, la proliferación de activos intangibles y la integración de cadenas globales de valor como condiciones propicias para que los grupos multinacionales separen artificialmente la localización de sus beneficios del lugar donde “efectivamente se crea el valor económico”.

Posteriormente, en 2015, el denominado Proyecto BEPS articuló quince acciones orientadas a restaurar la coherencia del impuesto sobre la renta de sociedades, reforzar los requisitos de sustancia y mejorar la transparencia. Diez años después de la publicación de ese paquete, la OCDE presentó en octubre de 2025 el Informe de Balance del Marco Inclusivo titulado *A Decade of the BEPS Initiative: An Inclusive Framework Stocktake Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, como un ejercicio de evaluación global de los logros, limitaciones y perspectivas futuras del Proyecto.

Este artículo analiza críticamente ese balance desde la perspectiva del derecho tributario internacional. La hipótesis central que guía el trabajo es que, si bien el Proyecto BEPS ha producido avances normativos e institucionales innegables, sus resultados están condicionados por tensiones estructurales no resueltas: la resistencia a alterar la distribución de potestades de imposición entre los Estados de la fuente y de la residencia, los elevados costes de cumplimiento que el pilar dos impone a las empresas (especialmente a aquellas con matrices últimas o intermedias localizadas en jurisdicciones diferentes a EE. UU.), y la persistente inadecuación de las soluciones diseñadas para economías con menor capacidad institucional.

El artículo se estructura en nueve secciones. Tras esta introducción, se examina la crisis sistémica que originó el Proyecto BEPS (sección II) y su arquitectura normativa (sección III). La sección IV analiza el balance de implementación de las medidas planteadas por el Proyecto BEPS. La sección V evalúa el impacto económico a la luz de la evidencia empírica disponible. Las secciones VI y VII abordan los retos específicos de los países en desarrollo y las implicaciones para América Latina. La sección VIII analiza la solución de dos pilares y el impuesto mínimo global. La sección IX presenta las conclusiones.

1. El sistema fiscal internacional ante la globalización: fundamentos de la crisis que originó el Proyecto BEPS

1.1. La erosión de bases imponibles como fenómeno sistémico: causas estructurales

El Proyecto BEPS no surgió en el vacío. La liberalización financiera, la reducción de los costes de transacción transfronterizos y el crecimiento

exponencial de los activos intangibles configuraron un entorno en el que la separación entre la localización contractual de los beneficios y el lugar de creación del valor real se tornó sistemática. Según el Informe de Balance de la OCDE (2025), la inversión en activos intangibles como porcentaje del PIB se multiplicó de manera significativa entre 1995 y 2023, creando condiciones estructuralmente favorables para la planificación fiscal agresiva⁽⁵⁾.

Las empresas multinacionales incrementaron sustancialmente sus márgenes de beneficio en el período previo al lanzamiento del Proyecto. Las estimaciones de la OCDE indicaban que las prácticas BEPS costaban a los Gobiernos entre el 4 y el 10 % de los ingresos globales por impuesto sobre la renta de sociedades, equivalentes a hasta 240.000 millones de dólares anuales en el año 2014⁽⁶⁾. Esta magnitud convertía el fenómeno en una prioridad de política pública de primer orden.

Desde una perspectiva estructural, las causas del fenómeno BEPS se articulan en torno a tres ejes interrelacionados: (i) la globalización de los modelos de negocio empresariales, que transitaban de modelos basados en jurisdicciones específicas hacia estructuras matriciales y cadenas de suministro integradas; (ii) el incremento de la importancia de los componentes de servicios y de los productos digitales susceptibles de ser entregados a través de internet, y (iii) la dificultad del concepto tradicional de establecimiento permanente para capturar la presencia económica efectiva de operadores digitales sin presencia física.

1.2. El mandato del G20

La crisis financiera de 2008-2009 y las consiguientes presiones fiscales actuaron como catalizador político del Proyecto BEPS. En la Cumbre de San Petersburgo de septiembre de 2013, los líderes del G20 acogieron el establecimiento del Proyecto BEPS con una declaración que fijó el principio rector de la reforma: “los beneficios deben tributar donde se realizan las actividades económicas generadoras de los mismos y donde se crea el valor”⁽⁷⁾. Este principio, aparentemente sencillo, entrañaba una revisión profunda de las reglas del sistema de tributación internacional construido durante el siglo XX.

(5) “OCDE”. *Decade of the BEPS Initiative: An Inclusive Framework Stocktake Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, acceso el 25 de abril de 2026, <https://doi.org/10.1787/32096fd3-en>, (en adelante, Informe de Balance OCDE 2025), figura 3, pág. 35. El Informe presenta la evolución de la inversión en intangibles como porcentaje del PIB entre 1995 y 2023, en una muestra amplia de economías.

(6) “OCDE”. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, acceso el 25 de abril de 2026, <https://doi.org/10.1787/9789264202719-en>; Informe de Balance OCDE 2025, pág. 12.

(7) G20 Leaders’ Communiqué, San Petersburgo, 5 y 6 de septiembre de 2013, reproducido en Informe de Balance OCDE 2025, pág. 13.

La respuesta institucional adoptó la forma de un plan de acción de quince medidas coordinadas, elaborado en un proceso que incluyó consultas con el sector empresarial, organizaciones laborales, organizaciones no gubernamentales, académicos y administraciones tributarias de países tanto desarrollados como en vías de desarrollo. Esta apertura del proceso, no obstante, ha sido objeto de crítica fundada por parte de la doctrina, por cuanto los países en desarrollo no participaron en la fase de diseño de las acciones en igualdad de condiciones con los miembros de la OCDE.

1.3. El concepto de *creación de valor*

La OCDE plantea el problema principal del Proyecto BEPS en la necesidad de asociar la potestad tributaria con la jurisdicción donde las actividades económicas de las cuales se derivan las utilidades de una empresa son realizadas y, por ende, donde se crea valor⁽⁸⁾.

En su momento la OCDE identificó como algunas de las situaciones que generan traslado de bases imponibles o el traslado artificioso de utilidades, la deslocalización de intangibles hacia territorios de baja tributación, la financiación intragrupo mediante instrumentos híbridos, la utilización de acuerdos para evitar la generación de establecimientos permanentes, la manipulación de los precios de transferencia en transacciones entre entidades vinculadas, entre otras. Esto se vio reflejado en el listado de quince acciones que fueron planteadas en la primera etapa del Proyecto BEPS.

El Informe de Balance OCDE 2025 reiteró aquello que había venido mencionando en los reportes del Proyecto BEPS: “a través de la actividad BEPS, los beneficios podían desplazarse lejos de las jurisdicciones donde se encontraba la sustancia del negocio”⁽⁹⁾.

Sin embargo, el concepto de *creación de valor* como nexo para justificar la potestad tributaria de una jurisdicción determinada no fue una propuesta recibida positivamente entre la doctrina tributaria internacional, toda vez que, si bien este fue propuesto por la OCDE como el nuevo concepto fundamental de la tributación internacional, la implementación de este en normas prácticas generó dudas en su real funcionalidad⁽¹⁰⁾.

(8) Aitor Navarro, “The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal”, en *The Oxford Handbook of International Tax Law*, editado por Florian Haase y Georg Kofler (Oxford: Oxford University Press, 2023), págs 2-6.

(9) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 12: “Through BEPS activity, profits could be shifted away from jurisdictions where the substance of the business was located”.

(10) Andrés Báez Moreno y Yariv Brauner, “Taxing the Digital Economy Post BEPS... Seriously”. *University of Florida Levin College of Law Research Paper*, n°. 19-16 (2019): 1-60, <https://ssrn.com/abstract=3347503>.

Adicionalmente, el uso de parámetros de justicia para justificar la tributación de las utilidades de una empresa en la jurisdicción de mercado no fue considerado una propuesta satisfactoria pues se valoró como un parámetro que podría ser usado para argumentar el derecho de gravar unas utilidades empresariales tanto por las jurisdicciones de destino como por las jurisdicciones de residencia⁽¹¹⁾.

La OCDE no tuvo en cuenta el debate que se dio con relación al concepto de *creación de valor*, lo cual la doctrina previó con certeza y vaticinó que esto podía dar lugar a la justificación de imposición de medidas tributarias unilaterales argumentadas bajo este concepto⁽¹²⁾.

Todo lo anterior permite resaltar una falla en el diseño del Proyecto BEPS que fue identificada con aguda precisión por parte de la doctrina: el Proyecto BEPS es “un Plan impulsado esencialmente por países desarrollados que declara abiertamente su intención de mantener el *statu quo* creado por esos mismos países”⁽¹³⁾. El Proyecto BEPS, en su concepción original, excluía expresamente la posibilidad de alterar la distribución de potestades de imposición entre los Estados de la fuente y de la residencia, lo que en la práctica significa preservar un reparto de potestades tributarias históricamente favorable a los países exportadores de capital. Es decir, se dejó sin respuesta la preocupación principal de los países en vía de desarrollo: la necesidad de expandir el principio de tributación en la fuente⁽¹⁴⁾.

La respuesta a estas críticas fue la creación del propio marco inclusivo, que permitió a los países en desarrollo participar en la fase de implementación aunque no en la de diseño de las acciones. Como señala el Informe de Balance de la OCDE (2025), “el cometido esencial de este marco inclusivo sea la ejecución de las medidas ya decididas y no tanto la discusión de las mismas, discusión que ya se había producido con anterioridad a la publicación de los informes finales en octubre de 2015”⁽¹⁵⁾.

(11) Aitor Navarro, “The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal”, en *The Oxford Handbook of International Tax Law*, editado por Florian Haase y Georg Kofler (Oxford: Oxford University Press, 2023), págs 13-14.

(12) Ana Dourado, “The OECD Unified Approach and the New International Tax System: A Half-Way Solution”. *Intertax* 48, n.º 1 (2020): 3-8.

(13) A. Báez Moreno, “El Plan BEPS y los países en vías de desarrollo”. *SSRN Working Paper*, n.º 2956284 (2017): 2, <https://ssrn.com/abstract=2956284>.

(14) Aitor Navarro, “The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal”, en *The Oxford Handbook of International Tax Law*, editado por Florian Haase y Georg Kofler (Oxford: Oxford University Press, 2023).

(15) A. Báez Moreno, *op. cit.*, nota a pie de pág. 4, citando el plan de trabajo del Marco Inclusivo en OCDE, *Inclusive Framework for BEPS Implementation*, París, 2016, págs. 6-8.

2. El Proyecto BEPS: análisis jurídico de su estructura normativa

2.1. Los tres pilares: coherencia, sustancia y transparencia

Las quince acciones del Proyecto BEPS fueron estructuradas en torno a tres pilares que la OCDE consideró como fundamentales: coherencia, sustancia y transparencia.

El primer pilar (la coherencia) agrupó las Acciones 2, 3, 4 y 5, orientadas a eliminar las incoherencias entre sistemas tributarios nacionales que generan supuestos de doble no imposición: los instrumentos híbridos y las entidades híbridas (Acción 2), las reglas sobre sociedades extranjeras controladas (Acción 3), la limitación de la deducibilidad de intereses (Acción 4), y la lucha contra las prácticas fiscales perniciosas (Acción 5). Al respecto, la doctrina señaló acertadamente en su momento que la implementación de las acciones en la legislación doméstica de forma no coordinada no podría tener éxito (salvo por casualidad), independientemente de su contenido; por lo cual, la implementación de estas medidas requiere de forma obligatoria la colaboración y la coherencia⁽¹⁶⁾.

El segundo pilar (la sustancia) comprende las Acciones 6, 7 y 8 a 10, destinadas a alinear la tributación con la actividad económica real: la prevención del abuso de convenios (Acción 6), la prevención de la elusión artificiosa de un establecimiento permanente (Acción 7) y la revisión de las reglas de precios de transferencia para intangibles (Acciones 8 a 10).

El tercer pilar (la transparencia y certeza) incluye las Acciones 11 a 14, centradas en mejorar la calidad de la información disponible para las administraciones tributarias y fortalecer los mecanismos de resolución de disputas.

Las Acciones 1 y 15 tuvieron desde el origen un carácter transversal. La Acción 1 pretendía abordar los desafíos específicos de la economía digital; sin embargo, el reporte final de esta Acción no propuso soluciones definitivas y dio lugar al Proyecto BEPS 2.0. Por su parte, la Acción 15 planteó el Instrumento Multilateral (MLI, por sus siglas en inglés) para la implementación eficiente de las medidas propuestas por el Proyecto BEPS en la red existente de convenios de doble imposición.

(16) Yariv Brauner, "BEPS: An Interim Evaluation". *World Tax Journal* 6, n.º 1 (2014): 10-39.

2.2. Los estándares mínimos y su justificación jurídica: obligatoriedad y revisión por pares

Uno de los aspectos más relevantes del Proyecto BEPS fue la creación de un paquete de propuestas con carácter de estándar mínimo y su diferenciación con las acciones de implementación voluntaria.

Cuatro de las quince acciones fueron calificadas como estándares mínimos sobre la base de que su implementación por todas las jurisdicciones relevantes era necesaria para evitar efectos negativos entre jurisdicciones: la Acción 5 (prácticas fiscales perniciosas), la Acción 6 (abuso de convenios), la Acción 13 (informes país por país o CBCR, por sus siglas en inglés) y la Acción 14 (procedimientos de acuerdo mutuo).

La justificación de esta obligatoriedad descansa en la siguiente lógica: la eficacia de cada estándar depende de su adopción universal. La revisión por pares —mecanismo de control de la implementación entre miembros del Marco Inclusivo— constituye el principal instrumento de rendición de cuentas. El Informe de Balance de la OCDE (2025) registra logros cuantitativos notables: más de 300 regímenes preferenciales revisados en el marco de la Acción 5, con la práctica totalidad de los regímenes que planteaban riesgos BEPS modificados o suprimidos; el 95 % de los acuerdos concluidos entre miembros del Marco Inclusivo en cumplimiento o vías de cumplimiento del estándar de la Acción 6; 120 jurisdicciones con legislación CBCR adoptada bajo la Acción 13, y más de 500 tratados modificados para incluir disposiciones MAP (procedimiento de acuerdo mutuo, por sus siglas en inglés) efectivas en el marco de la Acción 14⁽¹⁷⁾.

2.3. Las acciones no vinculantes: mejores prácticas y enfoques comunes

Las once acciones restantes no tienen carácter de estándar mínimo y su adopción, aunque recomendada, es voluntaria. No obstante, los datos de implementación son igualmente significativos. Con corte a 2025, 87 jurisdicciones miembros del Marco Inclusivo han adoptado reglas de limitación de intereses alineadas con la Acción 4, cubriendo el 90 % del PIB mundial⁽¹⁸⁾.

En el ámbito de las reglas de precios de transferencia derivadas de las Acciones 8 a 10, 117 jurisdicciones del Marco Inclusivo, que representan el 96 % del PIB mundial, cuentan con el principio de plena competencia implementado en su legislación⁽¹⁹⁾. Estos datos sugieren que la distinción entre

(17) Informe de Balance OCDE 2025, págs. 9 y 10.

(18) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 17.

(19) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 19.

acciones vinculantes y voluntarias ha tenido menor relevancia práctica de lo que podría esperarse.

2.4. El Instrumento Multilateral (Acción 15) como técnica de implementación masiva de tratados

La Acción 15 representa quizás una de las propuestas más ambiciosas del Proyecto BEPS inicial. La Convención Multilateral para la Implementación de Medidas Relacionadas con los Tratados Tributarios (BEPS MLI) permite modificar de manera simultánea la red de convenios bilaterales de doble imposición sin necesidad de renegociar individualmente cada uno de ellos.

A junio de 2025, el BEPS MLI contaba con más de 100 signatarios o partes⁽²⁰⁾, aunque su aplicación concreta depende de las reservas formuladas por cada jurisdicción, lo que genera en la práctica una heterogeneidad aplicativa considerable. No obstante, la aplicación práctica del MLI aún está lejos de estar finalizada.

3. Balance de implementación: avances y brechas a diez años

3.1. Los estándares mínimos: estado de implementación global

El Informe de Balance de la OCDE (2025) presenta un panorama de logros cuantitativos significativos en la implementación de los cuatro estándares mínimos. En el marco de la Acción 5, el número de regímenes preferenciales revisados supera los 300, y prácticamente la totalidad de los identificados como problemáticos han sido eliminados o modificados. En el ámbito de la Acción 6, más de 1.600 acuerdos concluidos entre miembros del Marco Inclusivo están ya conformes con el estándar, representando más del 95 % de la red de convenios de la organización. Bajo la Acción 13, casi 4.650 relaciones bilaterales facilitan el intercambio de información CBCR entre casi 100 jurisdicciones. Y en el plano de la Acción 14, el uso del MAP se ha expandido de forma constante, con el número de jurisdicciones que reportan al menos un caso MAP pasando de 51 a 96 entre 2016 y 2023⁽²¹⁾.

Estos logros son genuinos y merecen reconocimiento. No obstante, el Informe también identifica áreas donde la implementación presenta brechas

(20) Informe de Balance OCDE 2025, figura 1, pág. 18. El instrumento cuenta con más de 100 signatarios o partes a junio de 2025.

(21) Informe de Balance OCDE 2025, págs. 9-10, 20.

significativas, especialmente en lo que respecta al acceso a los datos CBCR por parte de los países en desarrollo. A 2025, solo 30 países en desarrollo han implementado plenamente el estándar CBCR, y muy pocas jurisdicciones en África lo han hecho⁽²²⁾.

3.2. Las acciones que no hacen parte del estándar mínimo: adopción heterogénea y cobertura económica

La implementación de las acciones no vinculantes muestra un patrón de adopción heterogéneo, con una correlación positiva entre el nivel de desarrollo económico y la tasa de implementación. Las reglas de limitación de deducibilidad de intereses (Acción 4) presentan la adopción más extensa de entre las acciones no mínimas: 87 jurisdicciones miembros del Marco Inclusivo, incluyendo 40 países de renta baja y media, han adoptado reglas de limitación de deducibilidad de intereses conformes con la Acción 4⁽²³⁾. Las reglas sobre sociedades extranjeras controladas (Acción 3) presentan una distribución más sesgada: 56 jurisdicciones han implementado reglas CFC (compañías controladas del exterior, por sus siglas en inglés) conformes con la Acción 3, pero su adopción es predominantemente un fenómeno de los países desarrollados⁽²⁴⁾.

3.3. Complejidad normativa, cargas administrativas y llamado a la simplificación

La proliferación de reglas derivadas del paquete BEPS ha generado un nivel de complejidad del sistema fiscal internacional sin precedentes. El Informe de Balance de la OCDE (2025) reconoce explícitamente esta preocupación y señala los esfuerzos del Marco Inclusivo por simplificar los procesos de revisión por pares y reducir las cargas para sus miembros. La simplificación de las revisiones de cada uno de los cuatro estándares mínimos constituye un proceso en marcha⁽²⁵⁾.

Esta preocupación adquiere dimensiones cuantitativas precisas cuando se examina en el contexto del pilar dos. El estudio cualitativo de Daxenberger, Hechtner y Weiß (2025) sobre los costes de cumplimiento de pilar dos, basado en entrevistas con asesores fiscales y directivos de grupos multi-

(22) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 25.

(23) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 17.

(24) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 17.

(25) Informe de Balance OCDE 2025, págs. 20 y 21. El informe describe las revisiones a los procesos de revisión por pares de cada uno de los cuatro estándares mínimos.

nacionales alemanes, revela que los entrevistados describen el pilar dos como “una de las reformas fiscales más complejas introducidas en las últimas décadas”⁽²⁶⁾. Los participantes citan como fuentes principales de complejidad el elevado número de reglas interconectadas, la terminología jurídica ambigua y las diferencias entre las reglas modelo de la OCDE, la Directiva de la Unión Europea (UE), y la legislación doméstica que implementa las reglas propuestas⁽²⁷⁾.

Adicionalmente, la suscripción de un acuerdo paralelo de pilar dos (*Side-by-Side System*) diseñado específicamente según los requerimientos de EE. UU., sin duda alguna pone en tela de juicio un proyecto de reforma tributaria global que establece reglas separadas y simplificadas para grupos multinacionales con una matriz última en EE. UU. en comparación con las reglas que aplicarán para aquellos grupos multinacionales con matriz última en una jurisdicción diferente⁽²⁸⁾.

4. Evaluación del impacto económico: evidencia empírica y limitaciones metodológicas

4.1. Indicadores de alineación entre beneficios y sustancia económica

El Informe de Balance de la OCDE (2025) presenta como evidencia central del impacto económico del Proyecto BEPS la evolución de la ratio beneficios/empleados en los centros de inversión. Desde el lanzamiento del Proyecto, esta ratio ha caído un 27 % para las operaciones de los grupos multinacionales en dichos centros, lo que el informe interpreta como evidencia de una mayor alineación entre los beneficios y la actividad económica real⁽²⁹⁾. No obstante, el propio informe reconoce que esta reducción podría reflejar tanto una reducción de los beneficios desplazados como un incremento de la sustancia económica (empleados y activos tangibles) en dichos centros, sin que sea posible desagregarlos con precisión.

(26) S. Daxenberger, F. Hechtner y M. Weiß. “Tax Compliance Costs of Pillar Two: A Qualitative Study”, SSRN, (2026): 17, <https://ssrn.com/abstract=6379058>. (Traducción del autor, cita original de entrevistado P2: “I’ve never seen anything more complex in my entire professional career”).

(27) Daxenberger, Hechtner y Weiß, *op. cit.*, págs. 17 y 18.

(28) S. Bray, D. Bunn, J. J. Gaul y C. Spengel, “OECD Pillar Two Compliance Costs: A Quantitative Assessment for EU-Headquartered Groups”. *ZEW Discussion Paper*, n°. 25-053 (2025): 2, <https://www.zew.de/fileadmin/FTP/dp/dp25053.pdf>. Pág. 2 (párrafo de introducción): “MNEs headquartered outside the EU are, often, only affected by Pillar Two with regard to their within-EU exposure, given that their jurisdictions of origin do not implement similar policies”.

(29) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 32.

4.2. Reducción de la competencia fiscal vía tipos estatutarios

Otro indicador positivo identificado en el Informe de Balance es la estabilización de los tipos estatutarios del impuesto sobre la renta de sociedades. Tras dos décadas de caída sostenida, los tipos medios se han estabilizado desde 2020, una tendencia que el informe atribuye a la influencia combinada del Proyecto BEPS y la anticipación del impuesto mínimo global. Sin embargo, el propio informe reconoce que esta estabilización podría responder igualmente a las presiones fiscales derivadas de la crisis del COVID-19 o de la inflación energética, lo que dificulta aislar el efecto específico de las medidas BEPS⁽³⁰⁾.

4.3. Sensibilidad de los beneficios a los tipos impositivos antes y después de BEPS

Quizás el resultado más robusto presentado en el Informe de Balance es la reducción de la sensibilidad de la localización de los beneficios a los tipos impositivos. El nuevo análisis econométrico de la OCDE, presentado en la parte II técnica del informe, estima que esta sensibilidad ha disminuido entre un 12 % y un 40 %, respecto de las estimaciones previas a 2015⁽³¹⁾. Este resultado (obtenido mediante análisis de regresión sobre datos microeconómicos de Orbis) sugiere que los fundamentos económicos están desempeñando un papel creciente en la localización de los beneficios de las EMN, en detrimento de los factores fiscales.

4.4. Transparencia, CBCR y su efecto sobre el comportamiento de las EMN

La introducción del CBCR bajo la Acción 13 ha generado un nivel de transparencia fiscal sin precedentes. Las jurisdicciones que representan el 98 % de la FDI (inversión extranjera directa, por sus siglas en inglés) mundial saliente han introducido legislación CBCR, y las jurisdicciones que representan el 92 % del PIB mundial intercambian información sobre acuerdos previos⁽³²⁾. La evidencia empírica acerca del efecto de la transparencia sobre el comportamiento de las EMN apunta a una reducción modesta pero significativa de las tasas efectivas de tributación reportadas por las empresas sujetas al CBCR, así como a cambios en la distribución de beneficios y ajustes en la actividad real, como la reubicación de empleados o el cierre de filiales en jurisdicciones de baja tributación⁽³³⁾.

(30) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 32.

(31) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 9 (resumen ejecutivo) y pág. 33.

(32) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 9.

(33) Informe de Balance OCDE 2025, págs. 32 y 33.

4.5. Los costes de cumplimiento del pilar dos: cuantificación empírica

Uno de los aspectos menos estudiados del balance del Proyecto BEPS es el lado de los costes de implementación de las propuestas del Proyecto BEPS.

El estudio cuantitativo de Bray, Bunn, Gaul y Spengel (2025), basado en una encuesta a directivos financieros y responsables de departamentos de impuestos de grupos multinacionales con sede en la Unión Europea, estima unos costes totales únicos (*one-off*) de aproximadamente 1.200 millones de euros (hasta 2.000 millones de euros en el escenario superior) y unos costes recurrentes de 517 millones de euros anuales (hasta 865 millones de euros anuales)⁽³⁴⁾ para los grupos europeos afectados.

Los autores identificaron 2.195 grupos con sede en la UE afectados por el pilar dos con ingresos superiores a 750 millones de euros, y a partir de las respuestas obtenidas de 83 grupos (previamente validados) estimaron una función de costes en relación con los ingresos del grupo⁽³⁵⁾. Los resultados indican que los costes de cumplimiento crecen con el tamaño del grupo, aunque con rendimientos marginales decrecientes (lo que refleja economías de escala en el cumplimiento), y que los grupos de mayor tamaño dedican proporciones similares de sus costes a recursos internos (44 %), servicios externos (34 %) y soluciones tecnológicas (21 %)⁽³⁶⁾.

Estos datos adquieren especial relevancia por razones geopolíticas. La implementación de las reglas de pilar dos por parte de la Unión Europea dio un impulso relevante a estas propuestas en el ámbito global; sin embargo, EE. UU. se rehusó a implementarlas y suscribió un acuerdo separado. Adicionalmente, China no ha implementado aún estas normas.

Esta asimetría en la implementación crea una desventaja competitiva para los grupos europeos que deben soportar tanto el coste de la tributación mínima adicional como los costes de cumplimiento de unas reglas que sus competidores globales no aplican.

El estudio cualitativo de Daxenberger, Hechtner y Weiß (2025) proporciona además evidencia sobre los determinantes cualitativos de los

(34) S. Bray, D. Bunn, J. J. Gaul y C. Spengel. "OECD Pillar Two Compliance Costs: A Quantitative Assessment for EU-Headquartered Groups". *ZEW Discussion Paper*, n°. 25-053 (2025): 14, <https://www.zew.de/fileadmin/FTP/dp/dp25053.pdf>.

(35) Bray et al., *op. cit.*, pág. 6 (tabla 1) y pág. 11 (metodología de estimación).

(36) Bray et al., *op. cit.*, pág. 9 (tabla 3, datos estadísticos descriptivos de los participantes en la encuesta).

costes de cumplimiento del pilar dos. Sus hallazgos identifican cuatro factores principales: (i) la complejidad de la normativa, con los entrevistados describiendo el pilar dos como “lo más complejo que he visto en toda mi carrera profesional”⁽³⁷⁾; (ii) la estructura empresarial del grupo, siendo el número de jurisdicciones, de unidades de negocio y de establecimientos permanentes los factores más relevantes; (iii) los procesos internos, especialmente la recolección y preparación de datos, que el estudio califica como un “proyecto de aprovisionamiento de datos” con costes iniciales especialmente elevados⁽³⁸⁾, y (iv) la consultoría externa, con costes en algunos casos en el rango de seis cifras.

4.6. Limitaciones de la evidencia disponible

El Informe de Balance de la OCDE (2025) reconoce con honestidad intelectual las limitaciones de la evidencia disponible. La principal dificultad metodológica es la ausencia de datos CBCR de calidad suficiente previos al lanzamiento del Proyecto BEPS, lo que impide construir contrafactuales robustos. La implementación simultánea de múltiples acciones BEPS dificulta aislar el efecto de cada medida individual. Y los propios fenómenos BEPS distorsionan los datos económicos disponibles, complicando el análisis de tendencias⁽³⁹⁾.

5. BEPS y los países en desarrollo: una asignatura pendiente

5.1. Mayor exposición y menor capacidad de respuesta

Los países en desarrollo presentan una doble vulnerabilidad frente a la erosión de sus bases imponibles y al traslado artificioso de las utilidades: de un lado, su dependencia estructural del impuesto sobre la renta de sociedades es mayor que en las economías avanzadas⁽⁴⁰⁾; por otra parte, sus administraciones tributarias disponen de menores recursos técnicos y humanos para implementar las complejas reglas anti-BEPS.

(37) Daxenberger, Hechtner y Weiß, *op. cit.*, pág. 17, cita del entrevistado P2.

(38) Daxenberger, Hechtner y Weiß, *op. cit.*, págs. 20 y 21.

(39) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 31.

(40) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 22, nota 13: recuerda que los países africanos tienen ratios impuesto-PIB del 16 %, frente al 34 % de los países de la OCDE, y que el impuesto de sociedades representa una fracción mayor del total recaudado. Por su parte, Báez señala que: “la mayor dependencia del sistema tributario de los países en vías de desarrollo de las cifras de recaudación del Impuesto sobre Sociedades [...] hace a estos Estados especialmente vulnerables a los fenómenos de erosión en la base y traslado de beneficios”.

La evidencia empírica respalda esta vulnerabilidad diferencial: los estudios más recientes encuentran que los países en desarrollo están más expuestos a los riesgos BEPS que los países desarrollados, en parte, porque las limitaciones de capacidad restringen su habilidad para administrar reglas antiabuso⁽⁴¹⁾.

Paradójicamente, las administraciones con menor capacidad son precisamente las que más necesitan las medidas BEPS, pero las que menos pueden implementarlas eficazmente.

5.2. Asistencia técnica y construcción de capacidades: logros y déficits

El Marco Inclusivo y sus organizaciones asociadas han desarrollado un marco extenso de asistencia técnica y construcción de capacidades para los países en desarrollo. El cuadro presentado en el Informe de Balance de la OCDE (2025) es impresionante en términos cuantitativos: más de 41.000 millones de euros en ingresos adicionales en países en desarrollo procedentes de investigaciones fiscales *offshore*, 2.400 millones de dólares en ingresos adicionales gracias al programa TIWB (inspectores fiscales sin fronteras, por sus siglas en inglés), más de 110.000 funcionarios formados a través del Programa de Relaciones Globales de la OCDE en materia de impuestos⁽⁴²⁾.

No obstante, la evaluación independiente del trabajo de la OCDE en materia de desarrollo y fiscalidad, realizada en 2024, identifica como principal área de mejora la necesidad de apoyar mejor a los países en desarrollo para que prioricen, planifiquen y secuencien el apoyo de forma que maximice el *valor por dinero* y asegure que los países pueden implementar las reformas de manera efectiva y sostenible⁽⁴³⁾.

5.3. La crítica doctrinal: ¿soluciones adecuadas para problemas reales?

La doctrina académica especializada ha formulado críticas de fondo a la adecuación del Proyecto BEPS para las necesidades de los países en desarrollo; en particular, identificando dos tipos de problemas: (i) algunas de las acciones consideradas prioritarias para los países en desarrollo pueden no serlo en realidad, y (ii) las medidas propuestas para resolver los problemas identificados pueden no ser las más adecuadas⁽⁴⁴⁾.

(41) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 36.

(42) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 28 (tabla 2).

(43) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 29.

(44) A. Báez Moreno, *op. cit.*, pág. 7.

En el primer grupo, el autor Báez Moreno cuestiona que el abuso de convenios constituya una prioridad para los países en vías de desarrollo, señalando que “voces reputadas llevan años indicando que el aumento de inversión extranjera generada por los fenómenos de *Treaty-Shopping* puede compensar con creces la pérdida de recaudación que tal fenómeno pueda producir”⁽⁴⁵⁾.

En el segundo grupo, la crítica más severa se dirige a la “confianza desmesurada en las acciones relativas a los precios de transferencia”⁽⁴⁶⁾. Convertir al régimen de precios de transferencia en el remedio principal para los problemas BEPS de los países en desarrollo supone ignorar que el análisis de comparabilidad sobre el que este régimen se sustenta presenta dificultades casi insuperables en esos países debido a la ausencia o falta de comparables locales y, que son precisamente algunos países en desarrollo los que más se desvían de los estándares de plena competencia contenidos en las directrices de precios de transferencia de la OCDE.

Junto a esto, la Acción 7 “no realiza concesión alguna de potestades de imposición adicionales al Estado de la fuente, sino que se limita a restaurar el concepto tradicional (pre-BEPS) de establecimiento permanente”⁽⁴⁷⁾. Para los países en desarrollo, cuyo interés fundamental reside en gravar los beneficios generados en su territorio por las empresas extranjeras, esta limitación es estructuralmente insatisfactoria.

6. Implicaciones para América Latina y Colombia

6.1. Posición de la región en el Marco Inclusivo

América Latina y el Caribe han participado activamente en el Marco Inclusivo, con la mayoría de los países de la región como miembros. Colombia fue uno de los primeros países latinoamericanos en suscribir el BEPS MLI y ha avanzado en la implementación de las reglas de precios de transferencia, la legislación sobre CBCR y las normas de limitación de intereses. La región ha implementado de manera generalizada las directrices VAT (impuesto al valor agregado, por sus siglas en inglés) para comercio digital desarrolladas bajo la Acción 1, con tres kits de herramientas VAT digitales regionales publicados entre 2021 y 2023 para América Latina y el Caribe, Asia-Pacífico y África⁽⁴⁸⁾.

(45) A. Báez Moreno, *op. cit.*, pág. 7.

(46) A. Báez Moreno, *op. cit.*, pág. 9 (epígrafe 2.1.).

(47) A. Báez Moreno, *op. cit.*, pág. 14.

(48) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 25.

6.2. Retos específicos: precios de transferencia, convenios fiscales y economía digital

Los retos de implementación de las reglas propuestas por el Proyecto BEPS en América Latina presentan características específicas. En el ámbito de los precios de transferencia, varios países de la región han desarrollado legislación que se aparta en aspectos importantes de los estándares de plena competencia de la OCDE, incluyendo el denominado *sexto método* para valorar las exportaciones de materias primas (*commodities*). Esta divergencia normativa, refleja las necesidades específicas de economías exportadoras de materias primas que encuentran en ese método una forma más sencilla de valorar operaciones de *commodities* frente a un análisis de comparabilidad de imposible aplicación práctica⁽⁴⁹⁾.

En el ámbito de la economía digital, los países latinoamericanos están desarrollando mecanismos de imposición sobre servicios digitales transfronterizos de forma relativamente acelerada, con múltiples jurisdicciones implementando ya regímenes de IVA digital o impuestos sobre servicios digitales. Esta proliferación de medidas unilaterales refleja precisamente la ausencia de soluciones multilaterales adecuadas en el Plan de Acción BEPS original.

6.3. Lecciones para la política tributaria colombiana

Para Colombia, como para el conjunto de América Latina, las lecciones del balance de una década de BEPS son de particular relevancia. El país debe navegar la tensión entre la necesidad de implementar los estándares internacionales y la necesidad de adaptar esas reglas a sus propias prioridades de política fiscal y movilización de recursos.

La norma de presencia económica significativa (PES) sin duda alguna es una medida unilateral; de aquellas que justamente pretendía evitar la OCDE. Por su parte, la implementación del pilar dos, en particular, presenta desafíos específicos para países como Colombia, cuya posición en la cadena de valor global difiere significativamente de la de las economías avanzadas donde tienen su sede la mayoría de los grupos multinacionales afectados.

Adicionalmente, la implementación de la norma de tasa mínima de tributación en la legislación colombiana, sin duda alguna aumentó el ya elevado nivel de complejidad de la normatividad del impuesto sobre la renta colombiano, lo cual viene de la mano con un aumento en los costes de cumplimiento por parte de los contribuyentes.

(49) A. Báez Moreno, *op. cit.*, pág. 11, nota 48, sobre el “sexto método” para valoración de *commodities* y sus variantes nacionales.

Finalmente, queda pendiente verificar en el futuro el balance del recaudo adicional (si es que lo hay) con ocasión de esta norma de tasa mínima de tributación, lo cual sin duda generará una discusión en el marco de los principios constitucionales tributarios que rigen el sistema tributario colombiano.

7. La solución de dos pilares y el impuesto mínimo global: continuidad y ruptura con el Proyecto BEPS

7.1. Pilar uno y la reasignación de derechos de imposición

El pilar uno ha intentado presentar la respuesta al problema que el paquete BEPS de 2015 no pudo resolver: la tributación de los beneficios generados por empresas altamente digitalizadas sin presencia física en las jurisdicciones donde obtienen sus ingresos. Aunque formalmente vinculado al Proyecto BEPS, el pilar uno introduce una innovación conceptual de primera magnitud: una reasignación parcial de potestades de imposición desde los Estados de residencia hacia los Estados de mercado. El Informe de Balance de la OCDE (2025) precisa que el progreso relativo al pilar uno queda expresamente fuera del ámbito de su análisis, dado que esta solución fue desarrollada después de la publicación de las acciones BEPS originales⁽⁵⁰⁾; sin embargo, esta pareciera que fuera una forma de no enfrentar la poca viabilidad que tiene la implementación del pilar uno.

7.2. El impuesto mínimo global (GLOBE): alcance y proyecciones de impacto

El pilar dos, plasmado en las reglas GLOBE (contra la erosión de la base imponible, por las siglas en inglés), y en particular en el impuesto mínimo global del 15 %, constituye la culminación de la lógica del Proyecto BEPS: si la erosión de las bases imponibles puede derivar de las diferencias en los tipos efectivos entre jurisdicciones, la solución última es establecer un tipo mínimo global que elimine el diferencial. La arquitectura de las reglas GLOBE (compuesta por el QDMTT, el IIR y la regla UTPR, aplicados de manera jerárquica) establece un complejo sistema de interacciones que “reconfigura la lógica administrativa del cumplimiento fiscal internacional al desplazar el foco de la determinación tradicional de la base imponible hacia un modelo híbrido fundamentado en normas de contabilidad financiera, agregación jurisdiccional y coordinación transfronteriza”⁽⁵¹⁾.

(50) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 8: “Progress with the Two-Pillar Solution, which was developed after the release of the original BEPS Actions, is beyond the scope of this report”.

(51) Daxenberger, Hechtner y Weiß, *op. cit.*, pág. 11.

Sin embargo, la implementación de las reglas GLOBE está fuertemente condicionada por la geometría variable de la adopción: la UE ha transpuesto íntegramente la Directiva 2022/2523 a nivel comunitario, mientras que China e India no han adoptado las reglas modelo de la OCDE y EE. UU. optó por un acuerdo separado. Esta fragmentación en la implementación global magnifica los costes de cumplimiento para los grupos multinacionales con matrices últimas o intermedias en jurisdicciones que hayan implementado estas normas, los cuales soportarán la carga de cumplimiento sin la contrapartida de una igualdad de condiciones con sus competidores.

7.3. Proyecciones de reducción adicional de la actividad BEPS

El Informe de Balance de la OCDE (2025) anticipa que la plena implementación de las reglas GLOBE podría reducir la actividad BEPS en aproximadamente un 50 % adicional, como sugiere el análisis de impacto económico de la propia Organización⁽⁵²⁾. Esta proyección, no obstante, debe leerse con cautela dado el estado de incertidumbre en la implementación global del sistema. Los costes de cumplimiento, cuantificados en 1.200 millones de euros en costes únicos y 517 millones de euros anuales en costes recurrentes para los grupos europeos, deben ser puestos en relación con los ingresos fiscales adicionales que las reglas GLOBE puedan llegar a generar en las jurisdicciones para una evaluación coste-beneficio completa⁽⁵³⁾.

8. Conclusiones

El balance de una década de la iniciativa BEPS que ofrece el Informe de la OCDE de 2025 invita a una reflexión serena que reconozca tanto los logros genuinos como las limitaciones estructurales del Proyecto.

Sin duda, el Proyecto BEPS ha producido avances normativos e institucionales de primera magnitud. La creación del Marco Inclusivo ha democratizado formalmente la gobernanza fiscal internacional. La implementación de los cuatro estándares mínimos ha sido generalmente exitosa en los países desarrollados. El nivel de transparencia sobre la planificación fiscal de los grupos multinacionales es sin precedente histórico. Y el pilar dos introduce, por primera vez, la idea de una tributación mínima internacional como parte permanente del paisaje fiscal global.

No obstante, persisten tensiones estructurales que los diez años de implementación no han resuelto. La asimetría entre el diseño del Proyecto BEPS (orientado a preservar la distribución de potestades de imposición

(52) Informe de Balance OCDE 2025, pág. 37.

(53) Bray et al., *op. cit.*, págs. 2 y 14-16.

favorable a los países de residencia) y las necesidades reales de los países en desarrollo sigue sin abordarse de manera satisfactoria. Los costes de cumplimiento del pilar dos cuantificados en 1.200 millones de euros en costes únicos y 517 millones de euros en costes recurrentes anuales para los grupos europeos son significativos y crean una asimetría competitiva respecto de las empresas ubicadas en jurisdicciones que no han adoptado las reglas GLOBE. Y la complejidad normativa del sistema, genera cargas que recaen de manera desproporcionada sobre las administraciones tributarias con menor capacidad institucional.

Las reflexiones formuladas en la doctrina internacional sobre el Plan BEPS y los países en vías de desarrollo conservan su validez una década después. El *pecado original* del Proyecto BEPS fue su negativa a alterar la distribución de potestades de imposición entre los Estados de la fuente y de la residencia y, a la fecha, sigue manteniéndose este problema de diseño. La confianza excesiva en las reglas de precios de transferencia como solución para los problemas BEPS de los países en desarrollo sigue siendo complicada. Y la inadecuada atención a la economía digital como prioridad para estos países ha generado exactamente el resultado predicho: una proliferación de medidas unilaterales de dudosa eficacia y potencialmente generadoras de doble imposición.

El Proyecto BEPS ha transformado el lenguaje y las expectativas de la tributación internacional. El reto de la próxima década es transformar también sus resultados.

Bibliografía

- Báez Moreno, A. “El Plan BEPS y los países en vías de desarrollo”. *SSRN Working Paper*, n.º 2956284 (2017): 1-20, <https://ssrn.com/abstract=2956284>.
- Báez Moreno, Andrés, y Brauner, Yariv. “Taxing the Digital Economy Post BEPS... Seriously”. *University of Florida Levin College of Law Research Paper*, n.º. 19-16 (2019): 1-60, <https://ssrn.com/abstract=3347503>.
- Brauner, Yariv. “BEPS: An Interim Evaluation”. *World Tax Journal* 6, n.º 1 (2014): 10-39.
- Bray, S., D. Bunn, J. J. Gaul y C. Spengel. “OECD Pillar Two Compliance Costs: A Quantitative Assessment for EU-Headquartered Groups”. *ZEW Discussion Paper*, n.º. 25-053 (2025): 1-35, <https://www.zew.de/fileadmin/FTP/dp/dp25053.pdf>.
- UE, Directiva 2523 (2022): Relativa a la garantía de un nivel mínimo global de imposición para los grupos de empresas multinacionales y los grupos nacionales de gran magnitud en la Unión.

- Daxenberger, S., F. Hechtner y M. Weiß. “Tax Compliance Costs of Pillar Two: A Qualitative Study”, *SSRN*, (2026): 1-35, <https://ssrn.com/abstract=6379058>.
- Devereux, M. P. y J. Vella, J. “The Impact of the Global Minimum Tax on Tax Competition”, *World Tax Journal* 15, n.º 3 (2023): 323-378.
- Dourado, Ana. “The OECD Unified Approach and the New International Tax System: A Half-Way Solution”. *Intertax* 48, n.º 1 (2020): 3-8.
- Dourado, Ana. “The Pillar Two Top-Up Taxes: Interplay, Characterization, and Tax Treaties”. *Intertax* 50, n.º 5 (2022): 388-395.
- Garrigues. *Plan de Acción BEPS: una reflexión obligada*. Madrid: Fundación Impuestos y Competitividad, 2017.
- Navarro, Aitor, “The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal”, en *The Oxford Handbook of International Tax Law*, editado por Florian Haase y Georg Kofler. Oxford: Oxford University Press, 2023: 1-19.
- “OCDE”. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, <https://doi.org/10.1787/9789264192744-en>.
- “OCDE”. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, <https://doi.org/10.1787/9789264202719-en>.
- “OCDE”. *Tax Challenges Arising from Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/782bac33-en>.
- “OCDE”. *Decade of the BEPS Initiative: An Inclusive Framework Stocktake Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, <https://doi.org/10.1787/32096fd3-en>.
- Spengel, C., D. Klein, J. M. Müller, A. Pfrang, I. Schulz, S. Winter, J. Gaul, S. Weck, S. Wickel. “Die globale Mindeststeuer – Kosten und Nutzen aus deutscher Sicht”, *Der Betrieb* 76, n.º 1 (2023): 1-14.
- Wittendorf, J. “BEPS Actions 8-10: Birth of a New Arm’s-Length Principle” Vol. 81, No. 4, *Tax Notes International*, (2016): 331-333.

EL ABUSO EN MATERIA TRIBUTARIA:
REFLEXIONES SOBRE NUEVOS
PARADIGMAS EN LA FISCALIDAD
INTERNACIONAL Y EXPERIENCIA
COLOMBIANA CONVENCIONAL

Omar Sebastián Cabrera Cabrera

Contenido

Introducción. 1. Consideraciones generales del abuso tributario: un concepto etéreo. 1.1. Sustancia económica vs. jurídica: ¿una dicotomía relevante?. 1.2. La libertad contractual como frontera del abuso fiscal. 1.3. La beligerancia contra esquemas calificativos de abuso impositivo. 1.4. La dimensión de los CDI en el exceso de la planeación tributaria. 2. ¿Se puede hablar de una experiencia colombiana en abuso fiscal?. 2.1. Comentarios desde los CDI colombianos. 2.2. La visión de la judicatura: comentarios desde la óptica de los jueces. 3. Conclusiones. Bibliografía.

El abuso en materia tributaria: Reflexiones sobre nuevos paradigmas en la fiscalidad internacional y experiencia colombiana convencional

Omar Sebastián Cabrera Cabrera⁽¹⁾

Introducción

Es una verdad cierta y paladina que el tópico del abuso en materia impositiva no pierde vigencia ni relevancia. Así como el vino se añeja con el pasar de los años, las discusiones en torno a los elementos que caracterizan o tipifican el abuso fiscal, desde su óptica endógena y exógena, se van convirtiendo en más sofisticadas y complejas figuras con el pasar del tiempo. Lo anterior, debido al gran dinamismo que supone el tráfico jurídico, la globalización, los modelos de negocios, etc., para el mundo de la tributación.

Más allá de esta metáfora tan clásica, por así llamarla, la realidad es que este asunto siempre se ve integrado en cualquier seminario, congreso o evento en el cual se discutan o debatan actualidades del derecho tributario, tanto en su arista doméstica como internacional, incluyendo los CDI⁽²⁾. De ahí que sea un tema por antonomasia para el desarrollo de este tipo de congregaciones académicas y técnicas, casi que sin excepción alguna.

Así se crea que el abuso fiscal es una problemática del presente o la modernidad, puntualmente dada la actualidad del plan BEPS⁽³⁾ y demás iniciativas internacionales en asuntos fiscales; lo cierto es que dicha apreciación podría ser errada. Tal y como se menciona en los paneles que se abordan en este escrito, los orígenes de esta materia se pueden remontar a más de dos milenios, incluso desde tiempos del poderoso Imperio romano.

(1) Abogado de la Universidad Externado de Colombia; especialista en Derecho Económico Internacional de la misma universidad; especialista y magíster en Tributación de la Universidad de los Andes. Gerente de impuestos en PricewaterhouseCoopers Colombia. Las opiniones expresadas en el artículo son personales y solo comprometen al autor.

(2) Convenios para evitar la doble imposición.

(3) Base erosion and profit shifting (erosión de la base gravable y traslado de beneficios).

No siendo la excepción, el reciente encuentro colombiano de fiscalidad internacional celebrado anualmente —en su versión decimocuarta— dedicó un par de espacios para debatir y presentar problemas actuales y coyunturales de esta materia, considerando panelistas cuyo bagaje se deriva desde diferentes aristas, pero también territorios.

Con estas palabras, el primero de ellos fue titulado: *Tendencias internacionales en la evaluación de abuso tributario*, ejecutado por el reconocido tributarista Błażej Kuźniacki, mientras que el segundo se llamó: *Reglas anti-abuso y LOB en los CDI suscritos por Colombia: casos seleccionados*, el cual fue liderado conjuntamente por Juan Camilo de Bedout, Błażej Kuźniacki, Michael Silva, Gabriel Muñoz y Zulay Arévalo.

En este orden de ideas, allí está el motivo por el cual este escrito se fractura intencionalmente en un binomio de temáticas nucleares. La primera se circunscribe a temas de moda sobre la materia, en lo que atañe a la ponencia mencionada, primeramente, con un enfoque más que todo general y europeo. La segunda corresponde a la parte más criolla o local, si se puede llamar de esta manera, relacionada con las perspectivas para Colombia, en la cual se hizo un recuento somero de la aproximación y experiencia colombiana de la forma como se ha abordado el abuso en nuestra doctrina y jurisprudencia.

Sin más preámbulos, este documento pretende hacer una reseña y síntesis concisa, y un tanto milimétrica, de los puntos cardinales que fueron tratados en este par de charlas indicadas previamente, junto con comentarios y reflexiones propias del autor.

1. Consideraciones generales del abuso tributario: un concepto etéreo

1.1. Sustancia económica vs. jurídica: ¿una dicotomía relevante?

Es menester poner de presente que la ponencia de Kuźniacki inicia con un debate a todas luces trascendental: la diferencia entre sustancia legal y económica. La lógica subyacente tras esta pregunta se sustenta en la cuestión de si realmente es necesaria la presencia de una justificación jurídica contundente en los medios o vehículos legales y contractuales empleados por el contribuyente para configurar una fundamentación de negocio válida que soporte un escrutinio judicial, y que no tenga un tufillo de entelequia jurídico-tributaria.

Sin embargo, de manera acertada se concluye que esta arista legal está más atada y vinculada a la forma, pero también a la documentación o

evidencia por escrito, salvo que se tache esta por falsedad, como bien lo expresa Kuźniacki, ya que en ese caso entraríamos a terrenos de evasión impositiva. En otras palabras, su báculo se centra en el formalismo legal dado intencionalmente por las partes que se vinculan relativamente al negocio jurídico subyacente, principalmente.

Tan es así que se lanza una máxima categórica al respecto: la sustancia legal no existe como tal, sino que su narrativa se forja, *per se*, con todo el acervo empírico, para llegar al convencimiento de que la configuración legal se ajusta a la realidad, *id est*, al elemento sustantivo-económico. A grandes rasgos, es posible concluir que la validación primaria de la forma *juris* es una condición *sine qua non* para la evaluación de la sustancia económica con buena *sindéresis*.

Creemos que el método a ser empleado debería ser, consecuentemente, primero, la verificación de la llamada sustancia legal, para luego avanzar al estudio del universo económico, como si se tratara de un ejercicio cartesiano. Aquí, valga decir, el orden de los factores sí afecta el resultado, por lo cual esta sería la metodología apropiada. Comenzar por el inicio, como se suele decir de forma cotidiana.

Sobre el particular, estamos alineados con esta visión, comoquiera que consideramos que, si bien el estudio detallado o pormenorizado de las formas jurídicas es un punto para tener en cuenta, desde la arista del derecho privado no hay que ignorar, de ninguna manera, la existencia de la libertad contractual, como principio que irradia en su integralidad el derecho de las obligaciones y los contratos, y que generalmente está tipificado, codificado o reconocido expresamente en la normatividad privada como partida ínsita de esta, e incluso desarrollado plenamente por las cortes en su jurisprudencia.

Ello permite un relevante margen configurativo y de libertad para los extremos o miembros contractuales, quienes convencionalmente pueden establecer las tipologías de los actos jurídicos como bien lo consideren o estimen, bajo el rótulo de una operación sinalagmática o unilateral. Su única restricción suelen ser las normas de orden público o mandatos legales imperativos, que no pueden ser modificados o derogados por los particulares a través de contratos.

1.2. La libertad contractual como frontera del abuso fiscal

En esta tensión legal-tributaria generada debido a la libertad contractual (autonomía de la voluntad privada) y el abuso tributario es donde entran en juego precisamente las disposiciones antiabuso previstas en la legislación fiscal positiva. No obstante este albedrío legal, cuya existencia no se discute

en lo normativo-legal, la operación debe estar dotada obligatoriamente de un elemento de sensatez económica en su dimensión axiológica, para efectos de que el ejercicio de este derecho no sea ejercido de forma extremadamente arbitraria; a saber, debe tener límites y no puede ser absoluto.

Sobre el particular, la ausencia de esta característica de corte comercial supone, *prima facie*, una suerte de manipulación artificiosa o irreal con el propósito diáfano y paladino de evitar efectos tributarios consecuentes y congruentes, en desmedro del fisco y el correcto recaudo para las arcas públicas.

Por ende, se atribuye a la autoridad tributaria la potestad ortodoxa de reclasificación o reconfiguración de la operación para darle el efecto económico que debiesen haber tenido estos acuerdos desde su génesis misma y, de esta manera, también estimar sus nuevos y correctos efectos tributarios en las bases imponibles. Con esto en mente, somos de la opinión de que esta tarea se debe realizar de forma coetánea al acto como un todo, para poder advertir, *a priori*, si existe un vicio congénito que pueda dar indicios de ingredientes típicos de falta de sustancia.

De ahí que, como bien lo apunta el conferencista, el análisis de sustancia económica requiera, como punto obligado de partida, una reconstrucción fáctica de los hechos relevantes y circunstancias del caso. Esto genera el insumo necesario para hacer la valoración de si la transacción o serie de transacciones tienen sentido y se justifican desde una óptica de razonabilidad económica, como se ha reseñado *ut supra*. Aunque vale aclarar que este ejercicio puede ser un tanto farragoso en la pragmática y la realidad.

No sobra decir que es mandatorio trazar la línea divisoria de lo que diferencia la evasión y la elusión fiscal. El parangón es bastante sencillo, de la forma en que se expone claramente en el hilo conductor del panelista. Mientras que la evasión está atada inescindiblemente a una conducta dolosa y, generalmente, criminal o penal, y castigada acorde con esto, la elusión supone —en esencia— un abuso de las formas jurídicas, o si se quiere del derecho mismo, para optimizar o mitigar cargas fiscales inexorables de forma *non sancta*. Consecuentemente, el abuso tributario suele asociarse, *lato sensu*, con el fraude intrínseco a la ley.

Empero, no todo esquema de optimización tributaria se puede satanizar. *A contrario sensu*, no se debe penalizar o restringir automáticamente el derecho legítimo de la planeación fiscal, cuandoquiera que esta no sea tildada de agresiva. Pero la pregunta crucial es: ¿cuándo una operación puede pasar a tener una tonalidad de ser nociva? Como el diablo está en los detalles,

esa precisamente es la cuestión de marras que a toda persona vinculada al mundo de los tributos le interesa resolver.

Como cierre, y retornando al punto anterior, la prerrogativa de gestión de asuntos privados y económicos de una manera que resulte en una mejora de la situación fiscal de un contribuyente ha sido reconocida en el derecho tributario comparado, aunque no como facultad absoluta, como es obvio, sino con el límite de que esta no se use de forma desproporcionada. En Colombia, es posible resaltar puntualmente un hito con la Sentencia C-015 de 1993⁽⁴⁾, la cual, apelando al principio constitucional colombiano de realidad sobre la forma, reconoció este derecho, pero siempre que sea ejercido dentro de un marco de legitimidad.

1.3. La beligerancia contra esquemas calificativos de abuso impositivo

El quid del asunto ahora gravita en zanjar cuáles han sido las herramientas para contrarrestar el efecto nocivo que puede conllevar el abuso fiscal. Al respecto, Kuźniacki indica que es común que esto ocurra, bien sea por la aplicación de principios construidos jurisprudencialmente, verbigracia, la sustancia sobre la forma, o por expresa voluntad de la ley positiva, básicamente una norma general antiabuso.

Sobre esta materia, el interlocutor pone de presente que un camino u otro también puede depender del sistema legal imperante en la jurisdicción en cuestión. Ello es así en la medida en la que los países con una tradición arraigada en el derecho civil son más propensos a codificar en la normatividad misma cláusulas o disposiciones de este estilo, puntualmente debido a la preferencia romana por el legalismo. Mientras que los Estados que siguen una visión de derecho común recurren a reglas definidas por los jueces, privilegiando el precedente judicial.

Sin embargo, si bien este aspecto se tocó en el otro panel, por su proximidad conceptual lo tratamos en este momento. Hacemos referencia a las valiosas aportaciones para la tertulia de Michael Silva desde su perspectiva norteamericana. Él explica cómo el sistema tributario de EE. UU. codificó una figura desarrollada por las cortes de otrora, como lo es la doctrina de la sustancia económica⁽⁵⁾.

Adicionalmente, aterriza esta normatividad al renombrado, y recién sacado del horno judicial, fallo de *Patel vs. Commissioner*, en donde el

(4) C. Const., Sent. C-015, ene. 21/1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

(5) Sección 7701(o)(1) del Código Federal de los EE. UU.

fisco americano tuvo una victoria sin precedentes en un caso en el cual se discutía la sustancia económica de una operación que involucraba la deducción fiscal de primas de seguros por parte de una persona natural que eran satisfechas a una entidad cautiva del exterior.

Por su parte, es válido anotar que, en cualquier caso, lo que se pretende realmente con estas fórmulas no es el desconocimiento de las operaciones subyacentes, en la medida en que estas sí tuvieron naturaleza legal e incluso fueron reportadas en las declaraciones juradas de impuestos de los sujetos pasivos respectivos, sino que la teleología se circunscribe a reclasificar estas operaciones a su realidad económica. Ahí está el punto neurálgico de todo esto. Sobre este tema, se puede traer a colación la Sentencia 29859 de 2025⁽⁶⁾, en la cual esta premisa fue ratificada por la justicia colombiana del máximo tribunal de lo contencioso-administrativo.

Hechos estos comentarios, es necesario hacer hincapié en que el vernáculo de la disposición antiabuso colombiana no se aparta o dista en *—in nuce—* de estas cualidades axiomáticas, tal y como está en su redacción actual que data del año 2016 y que está prevista en el artículo 869 del Estatuto Tributario⁽⁷⁾, pero desarrollada más a detalle en la Resolución 000004 de 2020⁽⁸⁾.

Por contera de este apartado, debe mencionarse que las dificultades palpables de la aplicación de reglas con una subjetividad enorme requieren de un esfuerzo —en algunos casos desproporcionado— para las autoridades tributarias de cumplir con su deber procesal de demostrar el abuso, incluso hasta en casos en los cuales este es latente. Esto se puede deber a limitaciones en cuanto a los recursos humanos o económicos que estos organismos públicos puedan tener para llevar a cabo estas auditorías tan complejas, entre otras razones.

Tal complejidad ha llevado a que la cláusula general caiga bastante en desuso, por así decirlo, y se privilegie la adopción de cláusulas especiales antiabuso en la legislación tributaria. Estas limitan o proscriben ciertos tipos de esquemas en donde la ley presume, de entrada, su ropaje abusivo. De alguna manera, podría decirse que este sería un mecanismo de autoprotección o autotutela del Estado, quien simplemente, haciendo uso de sus poderes, consagra límites objetivos a ciertas transacciones tributarias para evitar un desgaste de la administración de impuestos.

(6) C. E., Sec. Cuarta, Sent. 29859, dic. 4/2025. M. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello.

(7) D. 624/1989.

(8) Res. 4/2020, DIAN.

Al respecto, traemos a colación la Sentencia C-486 de 2020⁽⁹⁾, en la cual la Corte Constitucional estimó ajustada a principios constitucionales una medida especial antiabuso adoptada por el legislador, como es el caso de limitar la deducción de regalías sobre intangibles formados domésticamente y que luego son extraídos del país, bajo la premisa, *ex ante*, de ser una circunstancia potencialmente abusiva y erosiva de la base gravable colombiana.

1.4. La dimensión de los CDI en el exceso de la planeación tributaria

Naturalmente, la otra cara de la moneda en el abuso tributario la compone el universo de los CDI. Es perfectamente obvio mencionar que los contribuyentes, en sus operaciones transfronterizas, se valgan de todo tipo de invenciones o creaciones jurídicas para acceder artificiosamente a las gabelas o reducciones impositivas previstas en estas convenciones internacionales. Esto, precisamente, le ha quitado el sueño a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), quien prepara la plantilla de modelo más usada a nivel mundial, pero también a países y fiscos por igual.

Así las cosas, Kuźniacki hace énfasis sobre ciertos casos trascendentes que fueron resueltos en Europa, para que sean tenidos como referencia, pero también algunos puntos que hay que tener en consideración. Por ejemplo, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 en lo que tiene que ver con la buena fe convencional interestatal, al igual que el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia y la norma comunitaria europea que versa sobre abuso tributario.

No obstante, el punto crítico que él expresa son las nuevas máximas contra el abuso en el plano internacional⁽¹⁰⁾, como lo son las previsiones del test de propósito principal (PPT⁽¹¹⁾ por sus siglas en inglés) o de limitación de beneficios (LOB⁽¹²⁾ por sus siglas en inglés), que son cláusulas genéricas muy populares hoy en día en los CDI, sobre todo por el naciente multilateralismo

(9) C. Const., Sent. C-486, nov. 19/2020. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

(10) Omar Sebastián Cabrera Cabrera, "Interacciones entre las cláusulas antiabuso domésticas y los convenios para evitar la doble imposición: consideraciones generales y perspectivas para Colombia", en *Desafíos de la planeación fiscal frente a las normas antiabuso*, editado por José Manuel Castro y Laura Sanint (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020).

(11) *Principal purpose test*.

(12) *Limitation of benefits*.

tributario⁽¹³⁾, pero su origen comenzó a tomar forma precisamente con la acción 6 del plan BEPS⁽¹⁴⁾. Aunque esto conllevó, igualmente, una nueva redacción del preámbulo del tratado de la OCDE, para ser claros en que la firma de este acuerdo no pretende, de ninguna manera, ser un catalizador de situaciones de elusión o evasión fiscal, doble no imposición o el afamado *treaty shopping*.

Esto se explica también porque la OCDE⁽¹⁵⁾, en el 2017, actualizó su modelo de convenio tributario de tal manera que combinó estas dos fórmulas directamente en el articulado de su proforma⁽¹⁶⁾, casi que como un sincretismo. Pero no solo por esto, sino también, tal y como lo expresa el panelista, por la puesta en marcha del instrumento multilateral de la acción 15 del plan de acción de BEPS⁽¹⁷⁾, la cual versa puntualmente sobre abuso intencional de los CDI. Aunque la ratificación de esta convención es una deuda histórica y apremiante para Colombia.

2. ¿Se puede hablar de una experiencia colombiana en abuso fiscal?

A pesar de que el sistema tributario colombiano ha venido madurando, también en lo que a la fiscalidad internacional atañe, nuestra trayectoria en lo relacionado con la aproximación al abuso fiscal ha sido bastante escueta y reducida, incluso siendo ya un país OCDE por más de 5 años⁽¹⁸⁾.

(13) Omar Sebastián Cabrera Cabrera, “El multilateralismo tributario y sus impactos para Colombia: una mirada retrospectiva y a futuro”, en *Estudios de derecho tributario, derecho aduanero y comercio exterior*, editado por el Instituto Colombiano de Derecho Tributario (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2025).

(14) “OECD”, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 15 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, acceso 22 de abril de 2026, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2015/10/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report_g1g5906e/9789264241695-en.pdf

(15) Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

(16) Omar Sebastián Cabrera Cabrera, “Principales cambios al MOCDE sobre la renta y patrimonio 2017”, *Revista Impuestos*, No 207, (2018).

(17) “OECD”, *A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS, Action 15 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, acceso 22 de abril de 2026 <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/beps-mli/beps-action-15-mandate-for-development-of-multilateral-instrument.pdf>

(18) Omar Sebastián Cabrera Cabrera, “Análisis de las principales reservas en materia tributaria formuladas por Colombia en el acuerdo de adhesión a la OCDE”. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, n.º 81 (2020): 158.

Salvo un par de casos locales que se han resuelto en instancias judiciales, en lo referente a los CDI es escasa la experiencia, excepto cierta doctrina de la DIAN⁽¹⁹⁾. Quizás este fue el epítome de la segunda charla bajo análisis.

2.1. Comentarios desde los CDI colombianos

Para arribar a la conclusión ya indicada, Zulay Arévalo resaltó cómo el primer CDI suscrito por Colombia con España carece completamente de mecanismos para atacar el abuso tributario, pero cita los casos de Chile, Canadá y Corea del Sur, que al menos son acuerdos más robustos, si se quiere, sobre esta materia.

Por su parte, la conferencista divide entre dos grupos de CDI. Aquellos que simplemente agregan normas generales antiabuso, como la figura del beneficiario efectivo en las reglas de distribución de las rentas pasivas (dividendos, intereses y regalías), y los más modernos que ya fueron negociados bajo una postura de BEPS, con lo cual agregan dispositivos de estilo LOB o PPT, con algunas particularidades.

Igualmente, se hace hincapié en una doctrina de la DIAN en donde se hace una alusión general al requisito de beneficiario efectivo para tener derecho a las reducciones tributarias para los dividendos desde la óptica del CDI Colombia-Italia, aunque esta opinión también menciona, de forma lacónica, que no debe olvidarse tener en consideración la cláusula antiabuso allí prevista⁽²⁰⁾.

Empero, el caso más icónico se relaciona con una interpretación prejudicial de la norma comunitaria andina (Decisión 578 de 2004), la cual revocó una postura previa que había concluido que esta disposición no podía interpretarse de tal forma que propiciara eventos de doble imposición⁽²¹⁾. En esta nueva aproximación, la lectura podría ser que esta suerte de logro contra el abuso fue echada para atrás, ya que parece ser un aval a una doble imposición en operaciones andinas⁽²²⁾.

(19) Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

(20) Concep. 315/2025, DIAN.

(21) Que estaba en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 116-IP-2016 del 15 de marzo de 2018.

(22) Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 217-IP-2021 del 26 de febrero de 2025.

2.2. La visión de la judicatura: comentarios desde la óptica de los jueces

La multidisciplinariedad del panel se vio reflejada con ocasión de la presencia de Gabriel Muñoz, magistrado auxiliar del Consejo de Estado. Dicho esto, su intervención fue clara: desde el punto de vista de la jurisprudencia colombiana, no existen antecedentes de fallos en los cuales se haya discutido la sustancia económica en la aplicación de CDI, ni tampoco alguna manifestación de los tribunales sobre las cláusulas antiabuso allí previstas. Sin embargo, se hace mención de unas causas judiciales colombianas en donde el estudio de la sustancia económica fue cardinal, pero puramente desde la arista doméstica y no internacional.

3. Conclusiones

El abuso fiscal es y será un tema de libro del derecho tributario. Pueden pasar los años o cambiar la dinámica de los negocios, pero este último siempre sobrevive y vuelve con más fuerza. Es más, el dinámico mundo económico propicia y patrocina nuestros esquemas de planeación fiscal. Por lo tanto, incluir paneles de actualidad de abuso impositivo es un asunto obligado en cualquier evento científico-tributario.

La versión 13 del Congreso Colombiano de Tributación Internacional no fue la excepción. De ahí que dos de las charlas se hayan dedicado a analizar este tema, con panelistas de lujo. En ambas, se dieron comentarios muy constructivos e importantes para entender, si se puede, realmente qué es el abuso tributario, qué ha ocurrido recientemente, qué nos espera a futuro, pero, sobre todo, destacar la importancia del concepto abstracto de la sustancia económica para el análisis.

Por último, ya que nuestra experiencia local es limitada, por no decir otra cosa, tendremos que esperar a que la materia tenga una mayor evolución y maduración en Colombia, para poder dilucidar las interpretaciones que les darían las cortes nacionales a las cláusulas antiabuso previstas en nuestra red de CDI.

Bibliografía

- Cabrera Cabrera, Omar Sebastián. “Principales cambios al MOCDE sobre la renta y patrimonio 2017”, *Revista Impuestos No 207*, (2018): 22-25.
- Cabrera Cabrera, Omar Sebastián, “Análisis de las principales reservas en materia tributaria formuladas por Colombia en el acuerdo de adhesión a la OCDE”, *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, n.º 81 (2020): 151-200.
- Cabrera Cabrera, Omar Sebastián. “Interacciones entre las cláusulas antiabuso domésticas y los convenios para evitar la doble imposición: consideraciones generales y perspectivas para Colombia”. En *Desafíos de la planeación fiscal frente a las normas antiabuso*, editado por José Manuel Castro y Laura Sanint. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020).
- Cabrera Cabrera, Omar Sebastián, “El multilateralismo tributario y sus impactos para Colombia: una mirada retrospectiva y a futuro”, en *Estudios de derecho tributario, derecho aduanero y comercio exterior*, editado por el Instituto Colombiano de Derecho Tributario (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2025): 85-121.
- “OECD”. *A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS, Action 15 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/beps-mli/beps-action-15-mandate-for-development-of-multilateral-instrument.pdf>
- “OECD”. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 15 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2015/10/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report_g1g5906e/9789264241695-en.pdf
- CAN, Decisión 578 (2004): Régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal.
- D. 624/1989.
- Res. 4/2020, DIAN.
- Concep. 315/2025, DIAN.
- C. Const., Sent. C-015, ene. 21/1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- C. Const., Sent. C-486, nov. 19/2020. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- C. E., Sec. Cuarta, Sent. 29859, dic. 4/2025. M. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello.

- TJCA, Proceso 116-IP-2016 (2018). Impuesto al patrimonio; cuentas por cobrar, doble tributación.
- TJCA, Proceso 217-IP-2021 (2025). Régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal en la Comunidad Andina.
- US Tax Court. *Patel v. Commissioner*, 165 T.C. n.º 10 (nov. 12, 2025).

¿INMUEBLE O NO INMUEBLE? DESAFÍOS EN LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LOS CDI SOBRE RENTAS Y SUSTRATO INMOBILIARIO

Andrea Méndez Carrillo

Contenido

Introducción. 1. Reglas en los CDI para la enajenación de acciones (*test de sustrato inmobiliario*). 2. Definición de bienes inmuebles para la aplicación del *test de sustrato inmobiliario* en Colombia. 3. Porcentaje de participación de los inmuebles. 4. Periodo y porcentaje de tenencia de las acciones. 5. Casos prácticos. 5.1. Canadá vs. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L., 2021 SCC 49 (Corte Suprema de Canadá). 5.2. Resource Capital Fund IV LP vs. Administración de impuestos de Australia, 2019 (Corte Federal de Australia). 5.3. Tradehold Ltd vs. Autoridad Tributaria de Sudáfrica, 2012, (Corte Suprema de Apelación de Sudáfrica). 5.4. Vodafone International Holdings B.V. vs. Union of India, (2012) 6 SCC 613 (Corte Suprema de India). Bibliografía.

¿Inmueble o no inmueble?

Desafíos en la aplicación de las reglas de los CDI sobre rentas y sustrato inmobiliario

Andrea Méndez Carrillo⁽¹⁾

Introducción

El análisis de la clasificación y existencia de bienes inmuebles resulta ser un tema relevante no solo en el derecho civil sino también el mundo del derecho tributario. Particularmente, el tema ha sido debatido en el sector por académicos, asesores, legisladores y en menor medida por las autoridades tributarias en Colombia, por varias razones, pero principalmente con la necesidad de revisar si las ventas de acciones de sociedades colombianas realizadas por sociedades extranjeras se encuentran gravadas con impuesto sobre la renta en Colombia.

Recordemos brevemente que las sociedades extranjeras únicamente se encuentran gravadas por los ingresos que sean considerados de fuente colombiana y que las acciones en sociedades colombianas son activos que se entienden poseídos en Colombia. Por lo tanto, en principio, de acuerdo con la legislación fiscal interna, la venta directa o indirecta de acciones de sociedades colombianas estará sujeta a impuestos en Colombia, aunque la venta se realice entre no residentes colombianos.

No obstante, cuando los vendedores extranjeros de las acciones colombianas son residentes en un país con el que Colombia suscribió un convenio para evitar la doble imposición (CDI), modelo OCDE, dicho convenio debe aplicarse con prelación sobre la normativa interna.

1. Reglas en los CDI para la enajenación de acciones (*test de sustrato inmobiliario*)

El CDI contempla en el artículo 13 (4) un criterio especial para la enajenación de acciones. Esta norma distribuye la potestad tributaria, en princi-

(1) Asociada senior Garrigues; abogada Universidad de los Andes; especialista en Derecho Tributario Universidad Rosario; especialista en Derecho Comercial de la Universidad de la Sabana; especialista en Políticas Públicas de la Universidad de los Andes, y magíster en Transacciones Internacionales del Centro de Estudios Garrigues.

pio, en cabeza del país de residencia del vendedor, sin embargo, establece también la potestad en cabeza del país de la fuente (en este caso, Colombia) siempre que la sociedad vendida cuente con sustrato inmobiliario. Para determinar esto, la norma establece varias reglas en función de la existencia de inmuebles en la sociedad (*test de sustrato inmobiliario*). Esto, principalmente con el fin último de evitar la evasión fiscal en la venta de bienes inmuebles a través de la venta de sociedades.

Actualmente, existen 13 CDI vigentes suscritos por Colombia con diferentes países. Con base en el análisis del artículo 13 (4) de estos convenios es posible sustraer 6 requisitos/criterios diferentes, que deben analizarse dependiendo del lugar de residencia del vendedor de las acciones, para determinar si la venta de las acciones colombianas puede someterse a imposición en el Estado de la fuente, es decir, en Colombia:

1.1. Sustrato inmobiliario sobre valoración de acciones (sustrato inmobiliario simple): siempre que el 50 % o más del valor de las acciones derive directa o indirectamente en bienes inmuebles.

1.2. Sustrato inmobiliario sobre activos (sustrato inmobiliario complejo): siempre que el 50 % o más del valor total de los activos de la sociedad derive directa o indirectamente en bienes inmuebles.

1.3. Sustrato inmobiliario temporal: siempre que durante el año inmediatamente anterior, el 50 % o más del valor de las acciones derive directa o indirectamente en bienes inmuebles.

1.4. Participación temporal: siempre que el enajenante en el año inmediatamente anterior a la venta poseyera directa o indirectamente al menos el 10 % del capital. El impuesto exigido será máximo 10 %.

1.5. Participación sustancial: siempre que el enajenante poseyera directa o indirectamente al menos el 25 % de las utilidades, salvo que la operación esté sujeta a un régimen de diferimiento en el país donde reside el vendedor.

1.6. Participación temporal sustancial: siempre que el enajenante poseyera en el año inmediatamente anterior a la venta, directa o indirectamente, al menos el 20% o 25 % de las utilidades.

Cada uno de los CDI establece una fórmula particular para realizar el *test de sustrato inmobiliario* mediante la combinación de los diferentes requisitos antes señalados. Con base en las diferentes fórmulas establecidas en los 13 CDI es posible extraer al menos 7 grupos en lo que se pueden ubicar los diferentes convenios.

La complejidad de las fórmulas agrupadas recorre un amplio espectro que va desde un único requisito, por ejemplo, el sustrato inmobiliario simple, hasta la combinación de supuestos adicionales como la existencia de una participación sustancial y la propiedad temporal sobre las acciones o sociedad que es enajenada, y ciertas exclusiones y particularidades que a continuación se ilustran:

CDI suscrito por Colombia	Artículo 13 (4): Ganancias de capital en venta de acciones	
	Requisitos	Exclusiones
Grupo 1 República Checa	Venta de acciones pura y simple, sin necesidad de cumplir algún requisito particular.	N/A.
Grupo 2 Suiza España	Sustrato inmobiliario simple.	N/A.
Grupo 3 India	Sustrato inmobiliario complejo.	N/A.
Grupo 4 Reino Unido	Sustrato inmobiliario simple. Participación temporal.	Acciones transables: las acciones o derechos objeto de la venta que se negocien en una bolsa de valores reconocida. Reorganizaciones corporativas: fusión o escisión.
Grupo 5 Japón Italia	Sustrato inmobiliario temporal. Participación temporal.	Acciones transables: el vendedor es propietario de al menos el 5 % de las acciones o derechos objeto de la venta que se negocien en una bolsa de valores reconocida ⁽²⁾ . Reorganizaciones corporativas: fusión o escisión. Fondos de pensiones obligatorias.
Grupo 6 Francia	Sustrato inmobiliario simple ⁽³⁾ . Participación sustancial.	Bienes inmuebles destinados a la operación industrial, comercial o agrícola.

CDI suscrito por Colombia	Artículo 13 (4): Ganancias de capital en venta de acciones	
	Requisitos	Exclusiones
Grupo 7 Portugal Corea México Canadá Chile	Sustrato inmobiliario simple. Participación temporal sustancial: el enajenante poseía en año anterior inmediatamente a la venta, directa o indirectamente al menos el 20 %⁽⁴⁾ o 25 % de las utilidades (el impuesto exigido será máximo 20 %⁽⁵⁾). Para los demás casos el impuesto máximo exigido será del 20 %⁽⁶⁾ o del 17 %⁽⁷⁾.	Fondos de pensiones obligatorias ⁽⁸⁾ .

En ese sentido, debería concluirse que el *test de sustrato inmobiliario* tiene ciertas particularidades en cada uno de los CDI suscritos por Colombia, sin embargo, los elementos transversales en todos los casos permiten concluir que, para realizar el *test* deben seguirse al menos estos tres pasos: (i) clasificar los activos inmobiliarios, (ii) determinar el porcentaje de participación de los inmuebles, y (iii) determinar el periodo y porcentaje de tenencia de las acciones.

Respecto de estos pasos, ni el CDI ni la legislación tributaria colombiana establecen la forma en que debe realizarse el *test de sustrato inmobiliario*. Adicionalmente, no existen pronunciamientos doctrinales ni jurisprudenciales de la autoridad tributaria que ilustren algún tipo de interpretación al respecto. Por lo que, para estos efectos, a continuación, se realiza un análisis académico que puede servir de guía para realizar el *test de sustrato inmobiliario* en Colombia.

(2) Esta exclusión no se contempla en el CDI con Italia.

(3) En el caso de Francia la norma también contempla que el 50 % del valor de las acciones derive no solo en bienes inmuebles, sino en derechos sobre estos.

(4) Los CDI con México y Chile contemplan este porcentaje de participación.

(5) Esta limitación del impuesto no se incluye en el CDI con Corea ni con Canadá.

(6) Este límite lo contempla únicamente el CDI con México.

(7) Este límite lo contempla únicamente el CDI con Chile.

(8) Esta exclusión solo se contempla en los CDI con Corea y Chile.

2. Definición de bienes inmuebles para la aplicación del *test de sustrato inmobiliario* en Colombia

Una vez analizadas las diferentes variables que deben revisarse con el fin de establecer la forma en que debe realizarse el *test de sustrato inmobiliario* con base en cada uno de los CDI suscritos por Colombia, salta a la vista que un elemento transversal y trascendental a la hora de realizar dicho *test* es la clasificación de los activos inmobiliarios.

Con el fin de determinar la forma de aplicación del *test de sustrato inmobiliario*, el mismo artículo 13 (4) del CDI remite al artículo 6 de los convenios, que establece ciertas definiciones de bienes inmuebles y señala algunos ejemplos y exclusiones.

En general, todos los CDI vigentes establecen con pequeñas variaciones que: (i) el concepto de rentas provenientes de bienes inmuebles incluye actividades agrícolas y forestales, (ii) son ejemplos los bienes accesorios al inmueble como ganado, equipos para actividades agrícolas y forestales y derechos como usufructo, uso directo o arrendamiento y explotación de bienes raíces o inmuebles o recursos naturales, y demás aplicables por disposiciones de derecho privado, y (iii) son exclusiones los buques, barcos, embarcaciones, las naves y aeronaves.

No obstante, el CDI con Portugal establece un ejemplo adicional que no se contempla en los demás convenios al referirse a la prestación de servicios relacionados con el mantenimiento o administración de bienes inmuebles. Por lo tanto, en este caso particular, deberá analizarse con detalle en sociedades cuyo objeto social se centre en el mantenimiento y operación de bienes inmuebles.

Finalmente, un elemento constante e idéntico en el artículo 6 en todos los CDI para atribuir el significado de bienes inmuebles es la remisión a la legislación doméstica del Estado en donde se encuentren ubicados los bienes.

En Colombia, la definición de bienes inmuebles está regulada por las normas civiles, según las cuales, los bienes corporales se dividen en bienes muebles e inmuebles, y estos últimos podrán ser (i) inmuebles por naturaleza, (ii) inmuebles por adhesión, e (iii) inmuebles por destinación.

Respecto de los inmuebles por naturaleza, el artículo 656 del Código Civil señala que son aquellos que “no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas”. En relación con los inmuebles por adhesión, la misma norma los define como aquellos que se adhieren permanentemente a los bienes inmuebles por naturaleza, tales como edificios o árboles.

Mediante el Concepto 107567 de diciembre de 2007, la Contaduría General de la Nación (CGN) precisó respecto de este tipo de bienes que “los inmuebles por adhesión son aquellos que siendo originalmente y conforme a su naturaleza muebles, pero por voluntad del hombre se vinculan y adhieren tan íntimamente al inmueble que pierden su propia individualidad, para dar nacimiento a uno nuevo, perfectamente identificable de existencia permanente y valor estable. Se adhieren al inmueble de tal manera que al separarlos se deterioran o destruyen”.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante Auto AC066-2019 del 21 de enero de 2019 a través del cual dirime un conflicto de competencia, consideró que ciertos bienes instalados de manera fija en una estación de servicio (p. ej., tanques, edificaciones y equipos anclados) revestían la calidad de *inmueble por adhesión*, en la medida en que considera que las construcciones y equipos incorporados de forma permanente al suelo se reputan inmuebles.

Adicionalmente, el Consejo de Estado mediante la sentencia del 21 de marzo de 2002 y sentencia del 14 de marzo de 2019, al analizar la posibilidad de realizar la explotación económica por parte de entes privados de la infraestructura del servicio de alumbrado público consideró que estos no tienen la naturaleza de bienes inmuebles por adhesión, en tanto existirían multiplicidad de propietarios sobre el mismo. En concreto, el Consejo de Estado indicó que la realidad jurídica de estos bienes (bienes fiscales) no puede estar determinada por la naturaleza jurídica del suelo en donde se instalen (pública o privada).

Por lo tanto, podría concluirse que los bienes inmuebles por adhesión son aquellos que siendo bienes muebles por naturaleza se adhieren a un bien inmueble: (i) de forma permanente para el uso y beneficio del inmueble, es decir tienen vocación de permanencia, (ii) al separarlos se deterioran o destruyen, y (iii) son propiedad de una misma persona (jurídica o natural).

Por su parte, el artículo 658 del Código Civil define los inmuebles por destinación como aquellos que “se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo, de que puedan separarse sin detrimento (...)”.

Mediante el Concepto 107567 de diciembre de 2007, la Contaduría General de la Nación (CGN) también precisó respecto de este tipo de bienes que “son muebles por naturaleza que están considerados como inmuebles a título de accesorios de un inmueble al cual están unidos. Están destinados al uso y beneficio de un inmueble”.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante el mismo auto indicado en líneas anteriores reiteró que son inmuebles por destinación las cosas que, siendo muebles por su naturaleza, se reputan

inmuebles por estar destinadas de manera permanente al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, pese a que puedan separarse sin detrimento.

En ese sentido, podría concluirse que los bienes inmuebles por destinación son aquellos que siendo bienes muebles por naturaleza se destinan a un bien inmueble de forma permanente y accesorio para el uso y beneficio del inmueble, pero que pueden retirarse sin causar daño o detrimento al inmueble por naturaleza.

Si bien la definición de bien inmueble se encuentra regulada principalmente por las normas civiles, en Colombia la normativa sectorial hace algunas referencias prácticas sobre los bienes inmuebles. Por ejemplo, en el régimen de servicios públicos, el artículo 135 de la Ley 142 de 1994 precisa que la propiedad de las redes, equipos y elementos que integran una acometida externa será de quien los hubiere pagado, si no fueran inmuebles por adhesión.

Adicionalmente, mediante el Concepto 346 del 18 de mayo de 2021, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios consideró que cuando se realiza la venta de un bien inmueble “se produce la cesión de los contratos de servicios públicos, toda vez que dicha cesión opera de pleno derecho, y adicionalmente incluye la propiedad de los bienes inmuebles por adhesión o destinación utilizados para usar el servicio”.

Al respecto, podría concluirse que, aunque las normas y las autoridades del sector de servicios públicos en Colombia utilizan la noción de bienes inmuebles y reconocen la categoría de bienes inmuebles por adhesión o destinación, no crean una definición distinta a la definición civil.

La regulación del sector minero energético (principalmente el Decreto 1073 de 2015 –Decreto Único del Sector Minas y Energía– y el Código de Petróleos, Decreto 1056 de 1953) hace múltiples referencias a *inmuebles*, pero no los define. En cambio, asume la definición y clasificación del Código Civil (inmuebles por naturaleza, por adhesión y por destinación) y los usa para efectos procedimentales.

La NIC 40 (propiedades de inversión) define las *inversiones inmobiliarias* como propiedades que se tienen para obtener rentas, plusvalías o ambas y menciona como ejemplos los terrenos, edificios o inmuebles de propiedad de la entidad y que generan plusvalías. La NIC 16 (propiedad, planta y equipo) y NIIF 16 (arrendamientos) también se refieren a inmuebles/edificios/terrenos en su tratamiento contable, sin definir *bien inmueble*.

De manera que, con el fin de definir y caracterizar los bienes inmuebles que deben considerarse a la hora de realizar el *test de sustrato inmobiliario* en Colombia, necesariamente debe remitirse a la legislación civil, pues son las únicas normas que definen este concepto en Colombia. Sin embargo, no debe descartarse la posibilidad de utilizar otras normas sectoriales específicas como fuente adicional e interpretativa de los casos particulares que

deban analizarse y que resulten ser complejos de clasificar a la luz de las normas civiles.

En todo caso, la necesidad de tomar como base las normas civiles y la casi nula regulación sectorial para analizar este tipo de activos en actividades empresariales complejas refleja una escasa sofisticación de las normas internas en Colombia para abordar realidades económicas cada vez más complejas. Esto implica a su vez que ante eventuales discusiones frente a la autoridad tributaria en un futuro próximo los operadores fiscales deberán realizar análisis más exhaustivos que implican sin lugar a duda una gran habilidad argumentativa.

3. Porcentaje de participación de los inmuebles

Los CDI ni la legislación colombiana establecen la forma en que debe realizarse la proporcionalidad, es decir, no establecen la variable de comparación del valor de los activos inmobiliarios de la sociedad. Lo que ha generado algunas interpretaciones sobre este punto en concreto.

De acuerdo con lo señalado en el párrafo 28.4 de los comentarios al convenio modelo OCDE para realizar el *test de sustrato inmobiliario* es necesario comparar el valor contable de los activos poseídos por la sociedad objeto de venta que sean considerados como propiedad inmobiliaria con el valor contable de la totalidad de activos poseídos por la sociedad sin tener en cuenta las deudas o pasivos.

“28.4. El apartado 4 autoriza la tributación de la totalidad de las ganancias atribuibles a las acciones a las que se aplica incluso cuando una parte del valor de la acción proviene de activos distintos de la propiedad inmobiliaria situada en el Estado de la fuente. En general, se determinará si las acciones de una sociedad obtienen o no más del 50 por ciento de su valor, directa o indirectamente de la propiedad inmobiliaria situada en un Estado contratante comparando el valor de esta última con el de todos los activos propiedad de la sociedad sin tener en cuenta las deudas u otros pasivos de esta (garantizados o no con hipotecas sobre la propiedad inmobiliaria).”

Por lo tanto, bajo la interpretación de la OCDE, deberán analizarse los estados financieros de la sociedad colombiana para comparar el valor de los activos que deban clasificarse como bienes inmobiliarios con la totalidad de los activos de la sociedad sin tener en cuenta los pasivos, a fin de determinar el porcentaje de participación de los inmuebles sobre la totalidad de los activos.

Respecto de la fecha de los estados financieros que deben tenerse en cuenta para realizar el cálculo, si bien no existe claridad normativa o doctrinal al respecto, desde una perspectiva fiscal sensata debería optarse por seleccionar en cada caso particular, unos estados financieros que reflejen

la realidad económica de la sociedad más cercana a la fecha de la venta de las acciones. Esto, con el fin de eventualmente sustentar ante la autoridad tributaria el corte de los estados financieros seleccionados para realizar el cálculo del sustrato inmobiliario. En cualquier caso, la compañía deberá contar con argumentos económicos o técnicos que sustenten los registros contables de los estados financieros utilizados para realizar el cálculo con el fin de soportar eventualmente ante la administración de impuestos la realidad económica de los registros contables.

Otra aproximación que podría plantearse para determinar el porcentaje de participación de los inmuebles consiste en realizar una interpretación literal del artículo 13 (4) del convenio, considerando que la regla del convenio no hace referencia al número de bienes inmuebles que posea la sociedad ni al porcentaje de bienes inmuebles dentro del activo de la sociedad colombiana.

Esta interpretación cobra sentido al observar que en los conceptos de la DIAN, particularmente el Concepto 020445 de 2010 y el Concepto 29883 del 2019, al referirse a la regla del sustrato inmobiliario de los convenios, la entidad copia de forma literal el texto del artículo 13 (4) de la siguiente manera: “si las ganancias obtenidas de la enajenación de acciones o de otros derechos de participación cuyo valor se derive directa o indirectamente en más de un 50 % de bienes inmuebles ubicados en Colombia, dicha renta puede ser gravada en Colombia sin limitación alguna respecto de la aplicación de la norma interna que prevé la tributación relativa a las rentas por enajenación de activos fijos (...)”.

De manera que podría concluirse que si el valor o precio de las acciones no se determina o no proviene en más de un 50 % de bienes inmuebles localizados en Colombia, el país que tiene la potestad para gravar la utilidad es únicamente el país de la residencia.

En ese caso, deberá justificarse técnica y económicamente que el precio de las acciones no proviene de bienes inmuebles localizados en Colombia, puesto que el precio de las acciones se estableció en consideración a la actividad económica que ejecuta la sociedad en Colombia y de acuerdo con criterios financieros que permiten asignar un valor a dichas acciones.

Es decir que la regla que establece el convenio de someter la renta a imposición no depende del número o porcentaje de bienes inmuebles que posea la sociedad, sino de determinar si el precio de las acciones deriva de bienes inmuebles localizados en Colombia.

A la fecha no existe un criterio claro que determine la posición de la autoridad tributaria sobre la forma en que debe realizarse el cálculo del porcentaje de participación. Sin embargo, en criterio de la autora la aproximación que opta por comparar el porcentaje con base en los activos totales de la compañía registrados en los estados financieros es una posición que permite mayor

sustento ante la autoridad tributaria, no solo porque corresponde a la interpretación de la OCDE, sino porque permite brindar una explicación más robusta en tanto la contabilidad de las compañías refleja la realidad económica de las empresas. No obstante, no debe perderse de vista que la aproximación del precio de las acciones contempla y se centra en la realidad económica de la operación desde un punto de vista financiero, sustentada en la realidad económica del negocio.

4. Periodo y porcentaje de tenencia de las acciones

En algunos convenios como aquellos del grupo 4 en adelante, se establece un requisito de temporalidad y porcentaje de tenencia de las acciones. El requisito de temporalidad hace referencia al término de tenencia de las acciones por parte de los vendedores con el fin de evitar estructuras abusivas previas a la venta de las acciones con el fin de obtener los beneficios de los convenios. Por su parte, el requisito de porcentaje de tenencia de las acciones que va desde el 10 % hasta el 25 % tiene como principal objetivo evitar estrategias de dilución de los accionistas cuyas utilidades eventualmente resultarán gravadas.

En ese sentido, los convenios más recientes tienden a incluir requisitos adicionales al sustrato inmobiliario simple con el fin de cerrar en mayor medida, ciertas estrategias abusivas y, asimismo, contemplar reglas adicionales que permitan gravar las acciones con independencia de que exista sustrato o no, bajo el supuesto de la participación activa y sustancial del vendedor sobre la sociedad objeto de la transacción.

Finalmente, deberá considerarse que el concepto de acciones no es estándar en los convenios, en cada caso se incorporan diferentes conceptos que incluyen participaciones sociales, intereses, cuotas, derechos representativos de capital, derechos comparables como participaciones en un *partnership* o *trust*, sociedad de personas o fondo fiduciario. Por lo tanto, en algunas situaciones el supuesto que cobija la regla abarca más casos que otros, por lo que deberá analizarse en cada escenario particular.

5. Casos prácticos

5.1. Canadá vs. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L., 2021 SCC 49 (Corte Suprema de Canadá)⁽⁹⁾

Alta Energy (compañía estadounidense) estructuró su inversión en recursos no convencionales (*shale oil*) en Alberta mediante una subsidiaria cana-

(9) Canada vs. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L., 2021 SCC 49 (Supreme Court of Canada). (Exención de *business property* bajo tratado y GAAR doméstica). <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

diense (Alta Canadá). En 2012 interpusieron una sociedad en Luxemburgo (Alta Luxembourg) que adquirió las acciones de Alta Canadá. En 2013, Alta Luxembourg vendió esas acciones a un tercero y obtuvo una ganancia de capital superior a 380 millones de dólares canadienses, por la que solicitó exención en Canadá con base en el Convenio Canadá–Luxemburgo.

La solicitud se apoyó en el artículo 13 (4) y (5) del Convenio, que cede al Estado de residencia la potestad para gravar ganancias por acciones cuyo valor deriva principalmente de bienes inmuebles, cuando el negocio de la sociedad se desarrolla en esos inmuebles (*business property exemption*). La administración canadiense negó el beneficio y, en subsidio, invocó la GAAR (regla general antiabuso) doméstica para desconocer el efecto del tratado.

La exención invocada por Alta Luxembourg corresponde a la exclusión en la definición de propiedad inmobiliaria que establece el artículo 13 (4) para bienes empresariales. En caso de la existencia de este tipo de bienes, el Estado que tiene la potestad para gravar la operación es el Estado de la residencia y no de la fuente. La justificación detrás de esta exención es fomentar la inversión; refleja el hecho de que es la actividad empresarial, y no el bien inmueble en sí mismo, la que impulsa el valor del inmueble.

Por lo tanto, el artículo 13 (4) asigna a Luxemburgo el derecho a gravar las ganancias indirectas obtenidas por sus residentes provenientes de bienes inmuebles situados en Canadá y utilizados en una actividad empresarial.

5.2. Resource Capital Fund IV LP vs. Administración de impuestos de Australia, 2019 (Corte Federal de Australia)⁽¹⁰⁾

Resource Capital Fund IV LP, constituida como *corporate limited partnerships* (CLP) en Islas Caimán, invirtió en Talison Lithium Limited, una compañía australiana dedicada a extracción y procesamiento de litio. En 2013 enajenó sus acciones, generando una ganancia sustancial. La administración australiana (ATO) emitió liquidaciones imponiendo impuesto sobre esa ganancia.

El tribunal concluyó que los activos subyacentes incluían derechos mineros, arrendamiento y licencias mineras que constituyen “*mining, quarrying*

(10) Resource Capital Fund IV LP vs. Commissioner of Taxation, 2019 (Federal Court of Australia). (Derechos mineros como *real property* y participación inmobiliaria indirecta). <https://taxnews.ey.com/news/2019-0708-australia-taxation-of-exit-gains-made-by-offshore-funds-rcf-iv-appeal#:~:text=In%20March%202013%2C%20RCF%20IV%20and%20V%20made%20a%20gain%20on%20the%20disposal%20of%20their%20interests%20in%20Talison%20Lithium%20Limited%2C%20an%20Australian%20company%20engaged%20in%20the%20production%20of%20lithium%2C%20with%20projects%20in%20Western%20Australia%20and%20Chile.>

or *prospecting rights*". Considerados adecuadamente, el valor de la propiedad inmobiliaria superó el de los no inmobiliarios, por lo que la Corte Federal consideró que las acciones eran "*indirect Australian real property interests*".

5.3. Tradehold Ltd vs. Autoridad Tributaria de Sudáfrica, 2012, (Corte Suprema de Apelación de Sudáfrica)⁽¹¹⁾

Tradehold Ltd (holding sudafricano) poseía el 100 % de Tradeagro Holdings Ltd (su principal activo). El 2 de julio de 2002, la junta resolvió celebrar en adelante todas sus reuniones en Luxemburgo, trasladando así su lugar de dirección efectiva a Luxemburgo. Tradehold Ltd realizó la venta de Tradeagro Holdings Ltd.

Hasta el 26 de febrero de 2003, la definición interna de *residente* en Sudáfrica incluía a las sociedades incorporadas en Sudáfrica (con independencia de la dirección efectiva). Ese día se enmendó la definición para alinear la residencia con el CDI (cláusula de *tie-breaker*).

La autoridad fiscal (SARS) practicó una liquidación adicional alegando una "disposición presunta" de activos (principalmente la participación en Tradeagro Holdings) generando una ganancia de capital en el año gravable 2003 (*exit tax*).

La Corte Suprema negó la pretensión de la autoridad tributaria considerando que bajo el artículo 13 (4) del Convenio entre Luxemburgo y Sudáfrica la noción de enajenación tiene un alcance amplio y deben respetarse las reglas de residencia del artículo 4 (3).

5.4. Vodafone International Holdings B.V. vs. Union of India, (2012) 6 SCC 613 (Corte Suprema de India)⁽¹²⁾

En 2007, Vodafone International Holdings B.V. (Países Bajos) adquirió la totalidad de las acciones de CGP Investments (Cayman). CGP, a través de

(11) Commissioner for the South African Revenue Service vs. Tradehold Ltd, [2012] ZASCA 61; [2012] 3 All SA 15 (SCA); 2013 (4) SA 184 (SCA); 74 SATC 263 (8 May 2012). (Residencia, *exit tax* y alcance del art. 13 del CDI). <https://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2012/61.html#:~:text=It%20follows%20therefore%20that%20from%202%20July%202002%2C%20when%20Tradehold%20relocated%20its%20seat%20of%20effective%20management%20to%20Luxembourg%2C%20the%20provisions%20of%20the%20DTA%20became%20applicable%20and%20that%20country%20had%20exclusive%20taxing%20rights%20in%20respect%20of%20all%20of%20Tradehold%E2%80%99s%20capital%20gains.>

(12) Vodafone International Holdings B.V. vs. Union of India (2012). Lawful Legal.

una cadena societaria, poseía indirectamente el 67 % de Hutchison Essar Limited (HEL), una compañía india de telecomunicaciones. La transacción (aprox. 11.1 mil millones de dólares) se ejecutó íntegramente *offshore* entre no residentes.

La autoridad fiscal india reclamó la sujeción a imposición en India (ganancia de capital y retención en la fuente), sosteniendo que, en sustancia, hubo una transferencia indirecta de activos situados en India (la participación de control en HEL), amparándose principalmente en la regla de fuente del artículo 9 (1) (i) de la *Income-tax Act* y en deberes de retención (sección 195).

La Corte concluyó que no existía hecho gravado en India bajo la ley vigente en el momento. Por lo tanto, este es un precedente relevante que sugiere que sin base normativa expresa, no se puede “mirar a través” de la sociedad extranjera para gravar activos inmobiliarios indios. Tras este fallo se modificó la regulación india con el fin de introducir una regla explícita de transferencias indirectas basada en valor sustancial de activos en India.

Bibliografía

- Vodafone International Holdings B.V. vs. Union of India, (2012) 6 SCC 613 (Supreme Court of India). (Corte Suprema de India, sobre transferencias indirectas y fuente).
- Concep. 346/2021, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- Resource Capital Fund IV LP vs. Commissioner of Taxation, 2019 (Federal Court of Australia). (Derechos mineros como *real property* y participación inmobiliaria indirecta). <https://taxnews.ey.com/news/2019-0708-australia-taxation-of-exit-gains-made-by-offshore-funds-rcf-iv-appeal#:~:text=In%20March%202013%2C%20RCF%20IV%20and%20V%20made%20a%20gain%20on%20the%20disposal%20of%20their%20interests%20in%20Talison%20Lithium%20Limited%2C%20an%20Australian%20company%20engaged%20in%20the%20production%20of%20lithium%2C%20with%20projects%20in%20Western%20Australia%20and%20Chile>.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), modelo de convenio sobre la renta y sobre el patrimonio: comentarios al art. 13, párr. 28.4. (método contable para el umbral del 50 %: comparar activos sin pasivos).
- L.142/1994, art. 135.
- International Accounting Standards Board, IAS 40 Investment Property. (Propiedades de inversión; referencia a terrenos/edificios).

- International Accounting Standards Board, IAS 16 Property, Plant and Equipment. (Tratamiento contable de inmuebles/PP&E).
- International Accounting Standards Board, IFRS 16 Leases. (Arrendamientos; referencias a inmuebles/edificios/terrenos).
- Concep. 29883/2019, DIAN.
- Concep. 020445/2010, DIAN.
- D. 1073/2015.
- D. 1056/1953.
- CSJ, Cas. Civil, Auto ene. 21/2019, Rad. 11001-02-03-000-2018-03958-00. M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.
- C. E., Sec. Tercera, Sent. AP-9093, mar. 21/2002. M. P. Jesús María Carrillo Ballesteros.
- C. E., Sec., Sent., mar. 14/2019. M. P.
- Concep. 107567/2007, Contaduría General de la Nación.
- C. C., arts. 656 y 658.
- Commissioner for the South African Revenue Service vs. Tradehold Ltd, [2012] ZASCA 61; [2012] 3 All SA 15 (SCA); 2013 (4) SA 184 (SCA); 74 SATC 263 (8 May 2012). (Residencia, exit tax y alcance del art. 13 del CDI). <https://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2012/61.html#:~:text=It%20follows%20therefore%20that%20from%202%20July%202002%2C%20when%20Tradehold%20relocated%20its%20seat%20of%20effective%20management%20to%20Luxembourg%2C%20the%20provisions%20of%20the%20DTA%20became%20applicable%20and%20that%20country%20had%20exclusive%20taxing%20rights%20in%20respect%20of%20all%20of%20Tradehold%E2%80%99s%20capital%20gains.>
- Canada vs. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L., 2021 SCC 49 (Supreme Court of Canada). (Exención de *business property* bajo tratado y GAAR doméstica). <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

REDEFINIENDO
EL CONCEPTO DE REGALÍAS:

LA TRIBUTACIÓN DE SERVICIOS DIGITALES
EN EL MARCO DE LOS CONVENIOS PARA
EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN

Andrés Felipe Bolaños Rincón

Contenido

Introducción. 1. La evolución normativa del concepto de explotación en el ordenamiento tributario colombiano. 1.1. Del Estatuto Tributario a la Ley 2277 de 2022. 1.2. La actualización terminológica y sus implicaciones. 2. El concepto de regalías frente a los servicios digitales. 2.1. El verbo rector: explotación, uso y concesión de uso. 2.2. La distinción fundamental: el derecho versus el producto que lo contiene. 2.3. El *cloud computing* como categoría. 3. Regalías en los convenios de Colombia: tres grupos. 3.1. Primer grupo: servicios técnicos como regalías. 3.2. Segundo grupo: servicios técnicos no incluidos bajo regalías. 3.3. Tercer grupo: artículo independiente. 3.4. La cláusula de nación más favorecida y el convenio con el Reino Unido. 4. Presencia económica significativa: respuesta unilateral y sus limitaciones. 4.1. El régimen en la Ley 2277 de 2022. 4.2. Críticas al diseño de los umbrales y las tarifas. 5. Análisis crítico. 5.1. El alcance de la explotación: un concepto de lectura patrimonial. 5.2. El *cloud computing* como unidad jurídica indivisible. 5.3. El régimen de PES: aspiración legítima, diseño deficiente. 6. Conclusiones y recomendaciones. Bibliografía.

Redefiniendo el concepto de regalías: La tributación de servicios digitales en el marco de los convenios para evitar la doble tributación

Andrés Felipe Bolaños Rincón⁽¹⁾

Introducción

La tributación de los servicios digitales ocupa hoy un lugar central en la agenda del derecho tributario internacional. Las tensiones entre la economía digital y los sistemas tributarios tradicionales se generan además por el ritmo al que evoluciona la tecnología y por la diversidad de nuevos servicios. Cada año, los actores del mundo digital transforman sus modelos de negocio, y las reglas de juego cambian no solo en virtud de reformas legislativas o pronunciamientos administrativos, sino por los hechos económicos que el derecho debe regular.

En este contexto, el panel organizado por la IFA, capítulo Colombia, bajo el título *Redefiniendo el concepto de regalías: la tributación de servicios digitales en el marco de los convenios para evitar la doble tributación* abordó con precisión técnica y sentido práctico esta problemática: ¿cuándo un pago por servicios digitales constituye una regalía sujeta a retención en la fuente en Colombia, y cuándo debe tratarse como beneficio empresarial bajo las reglas de los convenios de doble imposición?

El panel, moderado por Juan Andrés Palacios⁽²⁾, contó con la participación de expertos tributarios como Daniel Duque⁽³⁾, Isabella Bello⁽⁴⁾ y Nathalie Medina⁽⁵⁾. Su desarrollo se estructuró en tres fases: un recuento histórico de la normativa colombiana sobre regalías; análisis de la interacción entre esa normativa interna y los lineamientos internacionales, especialmente los comentarios al Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE); y lo que los propios

(1) Asociado director de Romero Strategy Lab. Abogado de la Universidad de los Andes. Especialista en Impuestos de la Pontificia Universidad Javeriana. Magíster (LL. M.) en Tributación de Georgetown University.

(2) Socio de Lewin & Wills.

(3) Socio de Brigard Urrutia Abogados.

(4) Directora de Impuestos de PwC Colombia.

(5) Asociada senior, Cuatrecasas Colombia.

panelistas denominaron “la fase de la desesperación”, relativa a las medidas unilaterales adoptadas por Colombia para preservar su base gravable.

El presente artículo recoge y desarrolla los principales ejes temáticos del panel, complementándolos con referencias normativas, jurisprudenciales y de derecho comparado, y formula una posición crítica propia sobre los desafíos que enfrenta Colombia en este terreno.

1. La evolución normativa del concepto de explotación en el ordenamiento tributario colombiano

1.1. Del Estatuto Tributario a la Ley 2277 de 2022

El Estatuto Tributario estableció desde su expedición un listado de ingresos de fuente nacional entre los cuales, el numeral 7 del artículo 24, hace referencia a los beneficios provenientes de la propiedad científica, literaria y artística⁽⁶⁾. El elemento definitorio que ese artículo empleó fue el término “explotación”. Ese mismo término concordaba con el artículo 408 del Estatuto Tributario, que fija la tarifa de retención en la fuente aplicable a los pagos al exterior por concepto de regalías.

La Ley 223 de 1995 introdujo una modificación relevante al ampliar el alcance del artículo 24, reforzando la atracción de fuente colombiana sobre la explotación de intangibles⁽⁷⁾.

Con la redacción vigente del Estatuto Tributario, el artículo 408 incluye expresamente el concepto de “explotación de *software*” (no incluido en el artículo 408 del Estatuto Tributario inicial, ni en el vigente al momento de la Ley 223 de 1995), lo que evidencia el esfuerzo legislativo por actualizar los supuestos de sujeción a la realidad tecnológica. Pese a ello, la estructura normativa se mantuvo anclada en el verbo rector “explotación”, cuyo contenido concreto sigue generando una controversia interpretativa.

(6) El numeral 7 del artículo 24 del Estatuto Tributario establecía: “Artículo 24. Se consideran de fuente nacional los siguientes ingresos: (...) 7. Los beneficios o regalías de cualquier naturaleza provenientes de la explotación de toda especie de propiedad industrial, o del ‘know how’, o de la prestación de servicios de asistencia técnica, sea que estos se suministren desde el exterior o en el país. Igualmente, los beneficios o regalías provenientes de la propiedad literaria, artística y científica explotada en el país”.

(7) La modificación del numeral 7 del artículo 24 del Estatuto Tributario establecía: “Artículo 24. Se consideran ingresos de fuente nacional los provenientes de la explotación de bienes materiales e inmateriales dentro del país (...) 7. Los beneficios o regalías de cualquier naturaleza provenientes de la explotación de toda especie de propiedad industrial, o del ‘know how’, o de la prestación de servicios de asistencia técnica, sea que estos se suministren desde el exterior o en el país. Igualmente, los beneficios o regalías provenientes de la propiedad literaria, artística y científica explotada en el país”.

Más recientemente, la Ley 2277 de 2022 introdujo el régimen de presencia económica significativa (PES) en el ordenamiento colombiano. Por primera vez, la legislación colombiana incorporó la expresión “derechos de uso” o “explotación”, tomada del lenguaje de la OCDE. Como se señaló durante el panel, esta incorporación abrió la puerta a una pregunta de carácter interpretativo: ¿son estos dos conceptos sinónimos en el ordenamiento colombiano, o tienen alcances diferenciados?

1.2. La actualización terminológica y sus implicaciones

Para iluminar el concepto de “explotación”, se recurrió a la definición de la Real Academia Española (RAE), según la cual, “explotar” significa, en su acepción económica, sacar provecho de algo o, en sentido peyorativo, usar indebidamente⁽⁸⁾. Estas definiciones comparten una idea fundamental: la existencia de un aprovechamiento, sea económico o indebido, del objeto sobre el que recae la acción. Esto implica que el solo uso personal de un contenido, sin propósito económico ni infracción de los derechos del titular, no encuadraría en ninguna de las dos definiciones.

Este punto de partida conceptual resulta determinante para el análisis, pues permite identificar la primera y más importante línea divisoria: entre el aprovechamiento económico de un derecho que podría constituir explotación en sentido estricto y el simple acceso o uso personal de un servicio o producto digital, que no comporta tal aprovechamiento.

2. El concepto de regalías frente a los servicios digitales

2.1. El verbo rector: explotación, uso y concesión de uso

Una de las contribuciones más precisas del panel consistió en identificar la estructura de la definición de “regalías”, tanto en la norma interna colombiana como en el Modelo de Convenio de la OCDE. Los panelistas recalcaron que toda definición de regalías contiene, por un lado, un verbo rector y, por otro, el objeto sobre el que recae esa acción.

En la norma interna colombiana, el verbo rector es “explotar”; por su parte, en el Modelo de Convenio de la OCDE⁽⁹⁾, el verbo rector es “usar” o “con-

(8) Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra “explotar” tiene tres definiciones:

1. Extraer de las minas la riqueza que contienen.
2. Sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio.
3. Utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona.

(9) En el Modelo de Convenio de la OCDE, versión 2017, la definición del numeral 2 del artículo 12 establece lo siguiente: “The term ‘royalties’ as used in this Article means

ceder en uso". El objeto, en ambos casos, es la propiedad intelectual, industrial o el *know-how*.

Sin embargo, el problema no está en el verbo rector. Los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE precisan que la "concesión de uso" implica algo adicional a la simple posibilidad de acceder a un sistema: se requiere que el usuario tenga la posibilidad de modificar el código fuente del *software*, de realizar modificaciones significativas sobre el intangible, o de explotarlo económicamente.

Esta precisión conecta directamente con la Decisión 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Comunidad Andina, que define los derechos patrimoniales del autor como aquellos que permiten reproducir, distribuir, comunicar o transformar la obra, facultades que implican una apropiación económica del derecho, no su mero disfrute⁽¹⁰⁾.

A partir de esta lectura, el panel fue categórico en señalar qué no sería considerado como "regalía" bajo los comentarios al Modelo de la OCDE: no lo es el simple acceso a un sistema; tampoco lo son los pagos por acceso a bases de datos de información, ni la adquisición de copias para uso personal. En todos estos casos, se concluyó de manera unánime que el tratamiento tributario correcto es el de servicios, no el de regalías.

2.2. La distinción fundamental: el derecho versus el producto que lo contiene

El segundo eslabón del análisis que, en criterio del panel, los conceptos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) omiten, consiste en distinguir entre el derecho intelectual en sí mismo y un producto que puede basarse en ese derecho o contenerlo.

Un ejemplo para ilustrar esta diferencia: cuando un usuario colombiano paga una tarifa mensual por una plataforma de *streaming*, los términos y condiciones del servicio pueden otorgar dos cosas: el acceso a las obras disponibles en la plataforma y el acceso al *software* en sí mismo. Sin embargo, en ningún caso se están transfiriendo derechos patrimoniales sobre las obras del catálogo ni sobre el código fuente de la aplicación. El usuario no puede reproducir el contenido para distribuirlo, no puede explotar económicamente las obras a las que accede, y no adquiere ningún derecho de uso o concesión sobre el *software* en sentido propio. Lo que recibe es acceso a un

payments of any kind received as a consideration for the use of, or the right to use, any copyright of literary, artistic or scientific work including cinematograph films, any patent, trade mark, design or model, plan, secret formula or process, or for information concerning industrial, commercial or scientific experience".

(10) CAN, Decisión 351 (1993): Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (art. 13, cap. V).

servicio que contiene o se basa en propiedad intelectual, pero sin que esa propiedad intelectual le sea transferida ni cedida en uso.

Esta complejidad se acentúa en el modelo de suscripción frente al de compra de una unidad. Si en el pasado la adquisición de un contenido podía generar la discusión sobre si implicaba alguna forma de explotación de la obra, el modelo de *streaming*, en el que el usuario paga una tarifa por acceso a un catálogo prácticamente ilimitado, hace aún más difícil de entender ese pago como contraprestación por la explotación de derechos de propiedad intelectual específicos.

El panel concluyó que la DIAN, en su doctrina reiterada desde 2007, no ha superado el primer eslabón del análisis, qué significa el verbo rector, y no ha desarrollado el segundo: sobre qué debe recaer ese verbo rector. La doctrina no ha desarrollado un criterio técnico que distinga adecuadamente entre la prestación de un servicio y la cesión de un derecho. Así, equiparar licenciamiento de *software* con regalía, sin más análisis, constituye un error de caracterización jurídica con implicaciones severas para la seguridad jurídica de los contribuyentes.

2.3. El *cloud computing* como categoría

Otro ejemplo utilizado para demostrar esta dificultad fue el tratamiento del *cloud computing*. La dificultad no radica únicamente en su complejidad técnica, sino en que las definiciones disponibles, incluyendo las que ha utilizado la propia DIAN, resultan insuficientes para capturar su naturaleza.

En el panel se propuso una definición operativa: el *cloud computing* es el derecho o el acceso a capacidad computacional a través de una red. Esta definición, aunque simplificada, tiene la virtud de destacar que lo que se adquiere en el *cloud computing* no es *software* en sentido tradicional, sino una capacidad funcional, es decir, la posibilidad de procesar información, almacenar datos, ejecutar aplicaciones. Este se presta de forma continua, elástica y medida a través de una infraestructura compartida.

Las cinco características que definen técnicamente este modelo son: el autoservicio bajo demanda, el acceso amplio a red, la agrupación de recursos, la elasticidad rápida y el servicio medido.

En Colombia, se ha identificado que el *cloud computing* se despliega en tres modalidades: *software* como servicio (SaaS), plataforma como servicio (PaaS) e infraestructura como servicio (IaaS). La diferencia entre estos modelos radica en el nivel de control que conserva el usuario. En ninguno de estos modelos el cliente adquiere propiedad intelectual ni se le ceden derechos sobre el *software* subyacente.

El panel identificó el criterio que ha utilizado la DIAN para reclasificar una operación de *cloud computing* como servicio técnico y en ese sentido, con la consiguiente retención en la fuente: la exigencia de que el servicio sea totalmente automatizado, sin intervención humana. Este criterio fue objeto de crítica unánime: en la realidad del mercado, prácticamente ningún servicio de *cloud computing* es completamente automatizado. Siempre existirá algún componente de soporte técnico, parametrización o asistencia que involucra intervención humana. Exigir automatización total puede representar exigir algo que el mercado no ofrece, y conduce a una recaracterización masiva de operaciones que, por su naturaleza, son servicios digitales.

El panel también abordó el problema práctico de los contratos mixtos, aquellos en que un mismo proveedor ofrece, bajo un único contrato, servicios de SaaS, acceso a bases de datos, almacenamiento y soporte técnico. Con base en el artículo 28-1 del Estatuto Tributario, se sugiere hacer el desglose de cada componente. Sin embargo, en la práctica este desglose es frecuentemente imposible, tanto porque los proveedores no están dispuestos a discriminar su oferta, como porque la naturaleza integral del servicio puede resistir la desagregación.

3. Regalías en los convenios de Colombia: tres grupos

El análisis de los pagos por servicios digitales bajo la red de convenios para evitar la doble imposición (CDI) suscrita por Colombia puede realizarse a partir de la existencia de tres grandes grupos.

3.1. Primer grupo: servicios técnicos como regalías

El primer grupo de CDI vigentes para Colombia está integrado por aquellos en que el artículo 12, relativo a “regalías”, incluye expresamente dentro de su definición los pagos por “asistencia técnica” y “servicios técnicos”. En este grupo se encuentran, entre otros, los convenios con Canadá, Chile, México, España, Suiza y Emiratos Árabes Unidos.

La consecuencia práctica de esta inclusión es que los pagos por servicios digitales con componentes técnicos quedarían gravados en el país de la fuente. Esto independientemente de que, desde la perspectiva del análisis del verbo rector y el objeto de la cesión, no existiría propiamente una explotación de derechos intelectuales.

Un rasgo característico de varios de los convenios de este grupo es la presencia de cláusulas de nación más favorecida vinculadas al artículo 12, aspecto que será analizado en más detalle.

3.2. Segundo grupo: servicios técnicos no incluidos bajo regalías

El segundo grupo lo conforman los CDI en los que el artículo 12 no incluye los “servicios técnicos” en la definición de “regalías”. Bajo estos convenios, entre los que se encuentran Francia, Países Bajos, Italia, Japón y el Reino Unido, cuando un pago por servicios digitales no encuadra en la definición de regalías, el análisis se traslada al artículo 7, relativo a “beneficios empresariales”. Conforme a la regla general de ese artículo, el país de la fuente solo puede gravar esas rentas si el prestador del servicio cuenta con un establecimiento permanente en el país.

Esta estructura genera una consecuencia de primera importancia: en ausencia de establecimiento permanente, Colombia pierde la potestad tributaria sobre estos pagos. Por esta razón, cobra especial relevancia el análisis de si las actividades de implementación, parametrización o integración de un *software* prestadas desde el exterior pueden generar un establecimiento permanente en Colombia, sea por la duración de las actividades o por la presencia física del personal del proveedor en el país.

Nótese que además, dos convenios de este grupo, Países Bajos y Japón, contemplan una tarifa reducida aplicable cuando el pago corresponde al uso de equipos, diferenciándolo del *uso de derechos*. En estos casos, la tarifa disminuye al 2 % y al 5 %, respectivamente, lo que evidencia que el propio texto del CDI establece una distinción entre categorías que la práctica de la DIAN tiende a tratar como equivalentes.

3.3. Tercer grupo: artículo independiente

El tercer grupo, cuyos tratados no se encuentran vigentes, comprende los convenios con Brasil, Luxemburgo y Uruguay. En estos instrumentos, existe una disposición independiente, el artículo 13.3 en los casos de Brasil y Luxemburgo, y el artículo 14.4 en el caso de Uruguay, que grava los pagos por servicios de naturaleza gerencial, técnica o consultiva.

La diferencia estructural frente a los CDI del segundo grupo es significativa: mientras que en estos últimos la potestad tributaria colombiana sobre los servicios técnicos depende de la existencia de un establecimiento permanente, en los convenios de este tercer grupo esos servicios quedan gravados en el país de la fuente aun cuando el prestador no tenga establecimiento permanente en Colombia. Esto tiene relevancia particular para los servicios de *cloud computing* prestados de forma remota que no implican desplazamiento físico del personal del proveedor al territorio colombiano.

3.4. La cláusula de nación más favorecida y el convenio con el Reino Unido

Uno de los aspectos más relevantes debatidos en el panel tiene que ver con la activación de las cláusulas de nación más favorecida previstas

en varios CDI, a raíz de la entrada en vigencia del convenio con el Reino Unido.

El convenio con el Reino Unido no incluye “servicios técnicos” en la definición de “regalías”. Sin embargo, varios de los CDI del primer grupo, entre ellos los de México, Canadá y República Checa, contemplan cláusulas de nación más favorecida con redacción amplia, según la cual el tratamiento previsto en esos convenios se actualiza automáticamente cuando Colombia suscribe un CDI posterior que otorga *un tratamiento más favorable o prevé una naturaleza distinta* para ciertos pagos.

En el Concepto 191 de 2020, la DIAN analizó este efecto para cada uno de los países con cláusula de nación más favorecida. La conclusión fue diferenciada: para España, Suiza y Chile, cuyos convenios vinculaban la activación de la cláusula a una tarifa impositiva inferior o a una exención, la DIAN concluyó que la eliminación de los “servicios técnicos” del artículo 12 del convenio con el Reino Unido no activaba la mejora. Para México, Canadá y República Checa, la DIAN reconoció la activación y concluyó que los servicios técnicos y de asistencia técnica deben tratarse, bajo esos convenios, como “beneficios empresariales” conforme al artículo 7 y no como “regalías” conforme al artículo 12.

La sentencia del Consejo de Estado del 4 de abril de 2024⁽¹¹⁾ confirmó esta aproximación literal de la DIAN respecto a los CDI con España, Suiza y Chile, avalando la interpretación según la cual la cláusula de nación más favorecida de esos convenios específicos no fue activada por el convenio con el Reino Unido.

En lo personal, en la opinión del autor, esta interpretación peca de exceso de literalidad, ya que la intención de la cláusula de nación más favorecida es replicar el tratamiento más beneficioso para un concepto, el cual estaría previsto en otro convenio. En ese sentido, considera el autor que la posición de la DIAN y del Consejo de Estado debería reconsiderarse.

4. Presencia económica significativa: respuesta unilateral y sus limitaciones

4.1. El régimen en la Ley 2277 de 2022

Como tema de cierre del panel, se analizó el régimen de presencia económica significativa introducido por la Ley 2277 de 2022, el cual se ve como medida unilateral adoptada por Colombia para recuperar capacidad de gravar

(11) C. E., Sec. Cuarta, Sent. 25411, abril 4/2024. M. P. Stella Jeanette Carvajal Basto. En esta Sentencia, el Consejo de Estado resolvió una demanda de nulidad simple interpuesta en contra del Concepto 191 del 17 de febrero de 2020 de la DIAN.

los servicios digitales, los cuales ya no estarían gravados por dos razones convergentes: la evolución tecnológica que ha redefinido los modelos de negocio digitales alejándolos de las categorías convencionales de regalía, y la expansión de la red de CDI que en numerosos casos traslada la potestad tributaria al Estado de residencia del prestador del servicio.

Ante la demora en la implementación de una solución multilateral coordinada, en particular, la adopción del pilar uno del Marco Inclusivo de la OCDE/ G20 sobre erosión de la base imponible y traslado de beneficios (BEPS, por sus siglas en inglés), Colombia adoptó este régimen, que establece un nexo digital para gravar a los prestadores extranjeros de servicios digitales sin necesidad de que cuenten con establecimiento permanente en el país.

4.2. Críticas al diseño de los umbrales y las tarifas

En materia de umbrales, el régimen colombiano establece dos criterios acumulativos para que un prestador extranjero quede sujeto a tributación: uno cuantitativo, que exige ingresos brutos superiores a 31.300 UVT (aproximadamente 360.000 dólares), y uno cualitativo, que requiere la interacción o el potencial mercadeo a 300.000 usuarios o clientes en Colombia.

El umbral cuantitativo es significativamente más bajo que los que contemplan otras jurisdicciones: el Reino Unido, por ejemplo, exige ingresos globales superiores a 500 millones de libras esterlinas e ingresos jurisdiccionales superiores a 50 millones de libras esterlinas. Esta diferencia implica que empresas que no alcanzarían los umbrales del pilar uno, diseñados precisamente para grandes grupos multinacionales, pueden quedar sujetas al régimen colombiano de PES, generando una asimetría con el estándar internacional de referencia.

El criterio cualitativo suscitó también críticas sobre su operatividad: la norma incluye el potencial mercadeo como factor de activación del régimen, lo que extiende el nexo digital a situaciones en que la empresa extranjera ni siquiera ha efectuado transacciones con usuarios colombianos, sino que simplemente tiene la posibilidad de dirigir su oferta al mercado colombiano.

En cuanto a las tarifas, este régimen contempla una retención en la fuente del 10 % practicada por el cliente colombiano, o bien una tarifa del 3 % sobre los ingresos brutos cuando el prestador extranjero opta por registrarse ante la DIAN y cumplir directamente con la obligación tributaria. Esta tarifa del 10 % está fuera de los rangos que contemplan las medidas unilaterales de otras jurisdicciones.

5. Análisis crítico

El recorrido trazado en las secciones anteriores permite formular las siguientes posiciones críticas sobre el estado actual de la tributación de los servicios digitales en Colombia.

5.1. El alcance de la explotación: un concepto de lectura patrimonial

La discusión sobre qué significa el término “explotación” no es nueva, pero su análisis resulta insatisfactorio y superficial. La posición que aquí se defiende es que el concepto de explotación, tanto en la norma interna como en los CDI, debe interpretarse con base en el provecho económico: solo existe explotación cuando el beneficiario del pago adquiere o ejerce derechos de contenido económico sobre la propiedad intelectual o industrial, esto es, cuando puede reproducirla, distribuirla, comunicarla o transformarla con fines de aprovechamiento económico propio.

Esta interpretación encuentra suficiente soporte doctrinal de carácter internacional. Así, la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones define los derechos patrimoniales del autor como aquellos que otorgan facultades de reproducción, distribución, comunicación y transformación con propósito de aprovechamiento económico. Por su parte, la RAE define *explotar* como sacar provecho económico de algo. Y finalmente, los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE evidencian que se requiere de un provecho económico, y se diferencia de una simple prestación de un servicio.

Desde esta perspectiva, el simple uso, o acceso personal a un servicio de contenido digital sin propósito de explotación económica no configura “explotación” en ninguna de las acepciones relevantes.

La doctrina de la DIAN, que durante más de dos décadas ha equiparado licenciamiento de *software* con regalía, exclusivamente analizando un verbo rector. Una interpretación correcta del artículo 24 y del artículo 408 del Estatuto Tributario exigiría indagar no solo por qué acción se realiza pago, sino qué objeto se adquiere: si adquiere derechos patrimoniales sobre la propiedad intelectual, habrá explotación; si adquiere acceso a un servicio que contiene o se basa en esa propiedad intelectual, habrá prestación de servicios.

Nótese que esta distinción no es semántica: determina la existencia o no de obligación de retención en la fuente, y la interacción con los CDI. Mantenerla con rigor es, en últimas, una exigencia del principio de legalidad tributaria.

5.2. El *cloud computing* como unidad jurídica indivisible

La segunda posición crítica parte de la naturaleza del *cloud computing* como fenómeno tecnológico y jurídico diferenciado. La exigencia de automatización total como requisito para calificar un servicio de *cloud computing* y no como servicio técnico sujeto a retención es un criterio que desconoce la realidad del mercado y conduce a resultados irrazonables.

Además, la posición que se defiende aquí es que el *cloud computing*, en sus diversas modalidades debe ser tratado como una unidad jurídica indivi-

sible, y no como la suma de sus componentes. Esta posición se sustenta en tres argumentos.

Primero, el argumento de la naturaleza esencial del servicio. Lo que el cliente adquiere en un contrato de *cloud computing* es capacidad computacional y continuidad de servicio, no la ejecución de actos técnicos discretos. Los componentes de soporte técnico, parametrización o asistencia que puedan existir en el contrato no son el objeto principal de la prestación, sino condiciones necesarias para la entrega del servicio integral.

Segundo, el argumento de la accesoriedad. Cuando los servicios de soporte, parametrización o asistencia son residuales, pueden utilizarse o no, no tiene justificación jurídica ni económica elevarlos a la categoría de elemento determinante de la naturaleza del contrato. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Tercero, el argumento de la proporcionalidad. El criterio de la DIAN genera consecuencias desproporcionadas: un mismo servicio de *cloud computing* quedaría sujeto o no a retención en la fuente dependiendo de si el proveedor incluye o no soporte técnico en su contrato, con independencia del volumen o la relevancia económica de ese soporte.

La propuesta interpretativa es que la calificación tributaria de un contrato de *cloud computing* debe basarse en el análisis de la prestación principal y en la irrelevancia de los componentes accesorios cuando estos son mínimos o potencialmente inexistentes. Solo cuando el componente de servicio técnico sea autónomo, relevante y económicamente separable debería ser objeto de tratamiento diferenciado.

5.3. El régimen de PES: aspiración legítima, diseño deficiente

Finalmente, respecto al régimen PES, se reconoce que se trata de una idea correcta, Colombia tendría derecho a gravar los beneficios generados en su territorio por empresas extranjeras que explotan económicamente el mercado colombiano, aun cuando no tengan presencia física en el país.

Sin embargo, esta legitimidad no debe avalar cualquier diseño en aras de buscar más recursos. En primera medida, se deberían revisar los umbrales a estándares mucho más internacionales. En segunda instancia, debería corregirse el criterio de interacción con el mercado colombiano. El actual introduce un elemento de indeterminación que afecta gravemente la seguridad jurídica. Una empresa extranjera que tiene un sitio web en español accesible desde Colombia, sin haber realizado una sola transacción con un usuario colombiano, podría teóricamente estar en situación de potencial mercadeo en el sentido de la norma.

6. Conclusiones y recomendaciones

El debate sobre la tributación de los servicios digitales en Colombia revela un sistema normativo que enfrenta las siguientes tensiones: la velocidad del cambio tecnológico, la rigidez de categorías jurídicas, y la fragmentación de soluciones que oscilan entre el ámbito interno, el convencional y el multilateral. De este análisis se derivan las siguientes conclusiones y recomendaciones.

El concepto de “explotación” como verbo rector de la definición de regalías debe leerse siempre que haya un aprovechamiento patrimonial. El simple acceso a un servicio digital o a un contenido para uso personal, sin adquisición de derechos económicos, es una prestación de servicios y no una cesión de derechos intelectuales.

Servicios como *cloud computing* deberían analizarse como una unidad jurídica indivisible y no de manera desagregada respecto de servicios adicionales y residuales. El criterio de automatización total utilizado por la DIAN hace muy difícil el análisis práctico de las operaciones, y lleva al absurdo de recomendar la división de servicios, por más irrisorios que sean.

Finalmente, se sugiere la revisión y modificación del régimen de presencia económica significativa. Fundamentalmente, se deberían revisar los umbrales implementados, tanto de nivel de ingresos, como de clientes o supuestos de interacción. Un régimen mejor diseñado sería más equitativo y fácil de aplicar.

Bibliografía

- CAN, Decisión 351 (1993): Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.
- C. E., Sec. Cuarta, Sent. 25411, abril 4/2024. M. P. Stella Jeanette Carvajal Basto.
- Concep. 74171/2005, DIAN.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Concepto de 2019 (reconsideración del Concepto Nro. 74171 de 2005).
- Concep. 191/2020, DIAN.
- ET.
- L. 223/1995.
- L. 2277/2022.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention. París: OCDE, 2017.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio. Versión abreviada. París: OCDE, 2017.

JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
Y EL CONSEJO DE ESTADO
EN TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL:
20 AÑOS DE EVOLUCIÓN

Daniel Díaz Rivera

Contenido

Introducción. 1. La jurisprudencia como fuente de construcción del derecho tributario internacional en Colombia. 1.1. La función judicial en la articulación entre derecho tributario interno y derecho internacional. 1.2. El rol de la Corte Constitucional en materia de tributación internacional. 1.3. El rol del Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa. 2. Aplicación judicial de las reglas del derecho internacional tributario. 2.1. Aplicación de normas de origen internacional en la jurisprudencia colombiana. 2.2. Convenios para evitar la doble imposición (CDI). 2.2.1. Convenios para evitar doble imposición en el Consejo de Estado. 2.2.2. Convenios para evitar doble imposición en la Corte Constitucional. 2.3. Influencia de la adhesión de Colombia a la OCDE en la interpretación judicial tributaria. 2.4. Precios de transferencia en la jurisprudencia colombiana. 3. Jurisdicción nacional y derecho aplicable en controversias tributarias con elemento internacional. 3.1. Control judicial de las normas tributarias: vías de acceso a las altas cortes. 3.1.1. Vías de acceso a la Corte Constitucional. 3.1.2. Vías de acceso al Consejo de Estado. 4. La equidad tributaria como parámetro de control en un contexto de tributación internacional. 4.1. La equidad como manifestación del principio de igualdad en materia tributaria. 4.2. Capacidad contributiva en la jurisprudencia constitucional en tributación internacional. 5. Conclusiones. Bibliografía.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en tributación internacional: 20 años de evolución

Daniel Díaz Rivera⁽¹⁾

Introducción

En el episodio 5 de la segunda temporada de *Rick and Morty*, denominado *Get Schwifty* (o *Ponte Ricoso*, en la traducción a español de Latinoamérica)⁽²⁾ aparecen en el cielo unas cabezas denominadas *cromulons*, alterando completamente la vida en la Tierra. Los *cromulons* son cabezas gigantes de dimensiones planetarias que surcan el cosmos operando bajo una lógica propia. Estos seres no invaden mediante la fuerza tradicional, sino que imponen un mandato absoluto: la Tierra ha sido seleccionada para participar en un concurso musical de talentos de escala galáctica. Bajo la intimidante sentencia *show me what you got* (muestren lo que tienen), los *cromulons* obligan a la humanidad a abandonar sus leyes y preocupaciones cotidianas para producir, de forma inmediata, una pieza que satisfaga sus estándares externos. No hay espacio para la negociación ni para la soberanía cultural; si el planeta no logra armonizar su *melodía* con las expectativas de estas entidades superiores, la consecuencia es la descalificación y la aniquilación total.

Esta *auditoría cósmica* asemeja a la auditoría internacional efectuada por múltiples organismos e incluso por otros países sobre la normativa colombiana (o de cualquier otro país) respecto de su adherencia a estándares internacionales. Aunque en el caso de este *soft law* pareciera que el castigo por un fracaso al cumplir los estándares internacionales es mucho menos drástico que la evaporación del mundo, resulta claro que el tono de juicio que adoptan los expertos al ver la realidad colombiana en comparación

(1) Abogado de la Universidad del Rosario, magíster en Derecho, Gobierno y Gestión de la Justicia de la Universidad de los Andes. Actualmente candidato a magíster en la Escuela Superior de Guerra de Colombia en el programa de Estrategia y Geopolítica. Asociado senior y líder del área de litigio tributario de Serrano Martínez CMA. Ha trabajado en tres de las firmas internacionales más importantes con presencia en Colombia, y en la Corte Constitucional de Colombia.

(2) A todas luces mejor que la traducción a español de España: “Estamos Cerdís”.

con los estándares internacionales no puede sino asimilarse a perder un concurso de talentos.

La globalización económica ha transformado de manera profunda la forma en que los Estados ejercen su potestad tributaria. Hoy, las rentas, los capitales y las estructuras empresariales se mueven con una rapidez y complejidad que desbordan los marcos tradicionales del derecho tributario interno, generando tensiones constantes entre soberanía fiscal, cooperación internacional, protección de los derechos de los contribuyentes y protección del recaudo nacional. En este contexto, la tributación internacional se ha convertido en uno de los escenarios más sensibles del derecho público contemporáneo, al situarse en la intersección entre el deber constitucional de contribuir, la competitividad económica y los compromisos internacionales asumidos por los Estados.

En Colombia, este fenómeno no es meramente teórico. En las últimas dos décadas, el país ha celebrado un número creciente de convenios para evitar la doble imposición, ha adoptado estándares internacionales promovidos por la OCDE y ha fortalecido mecanismos de control fiscal como el régimen de precios de transferencia. Sin embargo, este proceso de internacionalización normativa no ha estado exento de controversias, por el contrario, ha planteado interrogantes centrales sobre los límites constitucionales del poder tributario, la vigencia efectiva de los principios de equidad y capacidad contributiva, y el rol que deben desempeñar los jueces frente a normas técnicas de origen internacional que inciden directamente en la carga fiscal de los contribuyentes. Aunado a lo anterior, a la luz de sistemas que tienen en su centro la legitimidad tributaria que emana del poder popular, no deja de causar dudas la adopción ciega de estándares internacionales, el rol de ordenamientos supranacionales, y la relación que el legislador tiene con el sistema internacional.

En este escenario, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha cumplido un papel decisivo, no solo como instancias de control de constitucionalidad y legalidad, sino como verdadero espacio de construcción progresiva del derecho tributario internacional en Colombia. Las cifras ilustran esta realidad, pues según la Asociación Iberoamericana de Tribunales de Justicia Fiscal o Administrativa, durante un período de gestión, apenas el 1.5 % de las providencias del Consejo de Estado abordaron directamente controversias de tributación internacional, concentrándose mayoritariamente en precios de transferencia; este dato revela tanto la complejidad técnica de la materia como las dificultades estructurales de acceso a la justicia tributaria en escenarios transnacionales.

El presente escrito se inscribe en este contexto y desarrolla, desde una perspectiva recopilativa, expositiva y crítica, los principales ejes jurispuden-

ciales discutidos en el 14.º Congreso Colombiano de Tributación Internacional (IFA Colombia 2025), particularmente en el panel dedicado a la evolución de la jurisprudencia de las altas cortes en esta materia, en el que intervinieron Lucy Cruz de Quiñones y Miryam Stella Gutiérrez Argüello. A partir de las reflexiones allí expuestas, el texto examina cómo la jurisprudencia ha construido criterios de interpretación y control frente a normas tributarias con elementos internacionales, así como las tensiones derivadas del formalismo procesal, el margen de configuración del legislador y la creciente influencia de estándares internacionales de *soft law*.

El análisis se estructura en cinco bloques temáticos. En primer lugar, se estudia la jurisprudencia como fuente de construcción del derecho tributario internacional en Colombia, con especial énfasis en el rol diferenciado de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. En segundo término, se analiza la aplicación judicial de las reglas del derecho internacional tributario, incluidos los convenios para evitar la doble imposición, los estándares de la OCDE, y el régimen de precios de transferencia. Posteriormente, se aborda la cuestión de la jurisdicción y el derecho aplicable en controversias tributarias con elemento internacional, así como las dificultades estructurales derivadas del formalismo procesal y de las exigencias de admisibilidad de las acciones en dicha jurisdicción. Finalmente, se examinan la equidad tributaria y la capacidad contributiva como parámetros constitucionales de control en un contexto de tributación internacional, poniendo de relieve el papel del juez como garante último de la justicia fiscal nacional, en un ámbito que cada vez pretende ser más global.

1. La jurisprudencia como fuente de construcción del derecho tributario internacional en Colombia

1.1. La función judicial en la articulación entre derecho tributario interno y derecho internacional

El aparato judicial, especialmente las altas cortes colombianas, actúa como instancia de mediación, interpretación, control y solución de controversias entre la potestad tributaria del Estado, los derechos de los contribuyentes y las regulaciones internacionales debidamente adheridas al sistema de normas colombiano. En el sistema colombiano, esta función se materializa a través del control de constitucionalidad de las leyes, incluyendo aquellas de carácter tributario, función asignada a la Corte Constitucional, y mediante el control de legalidad de los actos administrativos, tanto de determinación, fiscalización y recaudo, como de aquellos de carácter general específicamente tributarios y especialmente cuando resuelven cuestiones transnacionales, función asignada a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La labor desarrollada por estos jueces no se subsume en una comprobación pasiva de la legalidad formal de las actuaciones del legislador o de la administración. Por el contrario, su intervención interpreta normas, aplica principios y fortalece la seguridad jurídica en el país. A la luz del derecho de igualdad, incluso, la interpretación de estos jueces indica el camino que deben seguir otros falladores al recibir casos similares. Esto implica que tienen un rol primordial en la construcción y delimitación del deber constitucional de contribuir, consagrado en el artículo 95, numeral 9, de la Constitución Política, deber que se encuentra expresamente condicionado por los principios de justicia y equidad. De ahí que la actividad judicial se oriente, de manera estricta, a garantizar que el ejercicio del poder tributario no desborde los límites impuestos por la Constitución ni desconozca los compromisos internacionales válidamente asumidos por el Estado colombiano.

“Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”.

De acuerdo con el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, el derecho tributario internacional se configura como el conjunto de normas jurídicas que regulan los aspectos tributarios de las relaciones económicas y sociales que incorporan un elemento de internacionalidad. En este contexto, si bien los Estados conservan la facultad soberana de definir los elementos estructurales de las obligaciones tributarias, también es cierto que, en su condición de sujetos de derecho internacional, pueden celebrar acuerdos internacionales que, en el caso colombiano, una vez ratificados, se integran al ordenamiento jurídico interno y producen efectos jurídicos vinculantes.⁽³⁾

Es claro que en este accionar participa todo el aparato estatal, por lo que no puede predicarse que las normas internacionales adoptadas en debida forma por Colombia permanezcan como normas de carácter internacional, sino que han sido insertadas en debida forma al ordenamiento. No obstante, veremos situaciones en las que el ordenamiento colombiano se ve influenciado por principios, recomendaciones, lineamientos o documentos similares que, aunque se quisiera, no podrían ser incorporados directamente al ordenamiento nacional sin su réplica expresa en una ley de la República.

(3) Ester Borderas y Pere Moles, *Derecho tributario internacional* (Barcelona: Editorial el Fisco, 2008), [páginas consultadas].

A partir de lo anterior, resulta imprescindible precisar que la finalidad recaudatoria del tributo, aunque indispensable para la financiación del Estado, no constituye por sí sola la causa jurídica de la obligación tributaria. El derecho tributario, a diferencia de la hacienda pública o de la política fiscal, se ocupa de regular una relación jurídica específica entre el contribuyente y el Estado, relación que se encuentra atravesada por garantías constitucionales tanto sustantivas como procedimentales. Dentro de todas las garantías constitucionales concedidas a los contribuyentes, destaca la inclusión de la capacidad contributiva dentro del cálculo recaudatorio. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-488 de 2024, define la capacidad contributiva como “la posibilidad de contribuir al gasto público del Estado de tal forma que la persona aún mantenga condiciones dignas de vida”. Este mandato aplicará tanto para las normas de origen nacional, como para aquellas normas internacionales que han sido adoptadas por el país.

En este orden de ideas, la función judicial no opera únicamente como un mecanismo de control frente al legislador y la administración tributaria, sino que se erige como un espacio de construcción progresiva del derecho tributario en el país. A través de sus decisiones, las altas cortes determinan el alcance de los principios tributarios en contextos transnacionales, fijan criterios de interpretación de las normas internacionales incorporadas al ordenamiento interno y delimitan los márgenes de actuación del Estado frente a los contribuyentes en un entorno económico cada vez más globalizado.

1.2. El rol de la Corte Constitucional en materia de tributación internacional

La Corte Constitucional integra la rama judicial del poder público y fue creada por la Constitución Política de 1991 con la finalidad expresa de preservar su integridad y supremacía. En desarrollo de esa función, esta corporación cumple un papel decisivo en la configuración del derecho tributario colombiano, particularmente en aquellos escenarios en los que el ejercicio de la potestad impositiva del Estado incorpora elementos de internacionalidad. Su intervención se materializa, principalmente, a través del control abstracto de constitucionalidad de las leyes tributarias, control que en ningún caso se limita a la verificación formal del trámite legislativo, sino que se extiende de manera directa al examen de la compatibilidad material de dichas normas con los principios constitucionales que estructuran el sistema tributario.

La Corte Constitucional opera como un contrapeso frente a la tendencia expansiva del poder tributario, especialmente en contextos de reformas fiscales orientadas al incremento de la recaudación. En ese sentido, resulta indispensable reiterar que la necesidad de financiar al Estado no exonera al legislador del deber de respetar los límites constitucionales derivados

de los principios de justicia y equidad, consagrados de manera expresa en el artículo 95, numeral 9, de la Constitución Política, ni aquellos previstos en el artículo 363, relativos a la equidad, la eficiencia, la progresividad y la irretroactividad del sistema tributario.

La Corte ha sido clara al señalar que la Constitución no está diseñada para proteger al Estado frente al contribuyente, sino al contribuyente frente al poder, en la medida en que la obligación tributaria constituye una carga pública de carácter coercitivo. En consecuencia, cuando se somete al escrutinio constitucional una norma tributaria, el análisis debe concentrarse en establecer si el legislador ha desbordado los márgenes de la justicia tributaria, bien sea mediante la imposición de cargas desproporcionadas, la ruptura injustificada del principio de igualdad o la afectación indebida de la capacidad contributiva, entre otros supuestos.

Una de las dificultades principales que tiene la materialización de la protección de estos derechos y principios se evidencia en el ejercicio del control de constitucionalidad en materia tributaria. A través de este ejercicio la protección constitucional ha sido tensionada por una interpretación cada vez más expansiva del margen de configuración del legislador. En los últimos años, la Corte ha tendido a calificar dicho margen como “amplio”, llegando en algunos casos a asimilarlo a una forma de discrecionalidad política, lo que ha derivado en una reducción sensible de la intensidad del control judicial en asuntos de alta complejidad técnica. Esta aproximación resulta problemática, en la medida en que el margen de configuración no puede entenderse como una habilitación para redefinir conceptos jurídicos consolidados, para alterar sustancialmente los parámetros constitucionales del sistema tributario bajo el pretexto de la técnica fiscal o, de base, para vulnerar los derechos de los contribuyentes. Precisamente sobre este punto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-405 de 2023, señaló que: “En materia tributaria, en atención al amplio margen de configuración del Legislador, esta Corporación ha empleado por defecto un test leve, aduciendo que, en materia económica, es suficiente que el fin buscado por la norma sea legítimo, que no esté expresamente prohibido y que el medio sea potencialmente adecuado para alcanzar tal fin. Con todo, la Corte ha precisado que cuando se afecten derechos fundamentales o se adviertan ‘indicios de inequidad o arbitrariedad’ se justifica la aplicación de un test más riguroso, que puede obedecer a un escrutinio intermedio o estricto. Así, por ejemplo, en materia económica una norma que discrimine por razón de la raza o la opinión política sería claramente sospechosa y seguramente el test leve no sería el apropiado”.

Aunado a este relajamiento del control aplicable a la normativa tributaria en la Corte Constitucional, el incremento sostenido de sentencias inhibitorias en materia tributaria resulta particularmente relevante y no puede ser minimizado. Estas decisiones no solo ponen de presente las dificultades que enfren-

tan los demandantes en la estructuración de cargos de inconstitucionalidad en un ámbito altamente técnico, sino que evidencian, además, una elevación progresiva de la carga argumentativa exigida para acceder a un pronunciamiento de fondo. Esta exigencia se torna aún más gravosa cuando se trata de normas tributarias complejas o con componentes internacionales, en las que el margen de comprensión y discusión se ve sustancialmente reducido.

Al respecto resulta necesario reiterar que la acción de inconstitucionalidad se encuentra consagrada en la Constitución Política colombiana, por un lado, como un derecho de todo ciudadano (art. 40-6) y por otro como un deber de atención de la Corte Constitucional (art. 241). No obstante, ante la imposición de requisitos argumentativos específicos mediante la Sentencia C-1052 de 2001, se ha puesto en duda la permanencia de esta acción como pública.

Concretamente esta sentencia indicaba, tesis que ha sido sostenida desde entonces, que una demanda debe exponer razones “claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes”⁽⁴⁾.

Requisito	Explicación de la sentencia
Claridad	“La claridad de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque ‘el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental’, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa”.
Certeza	“Adicionalmente, las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean <i>ciertas</i> significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente ‘y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita’ e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; ‘esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden”.

(4) Ver el fundamento 3.4.2. de la citada Sentencia.

Requisito	Explicación de la sentencia
Especificidad	“De otra parte, las razones son <i>específicas</i> si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través ‘de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada’. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos ‘vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales’ que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad”.
Pertinencia	“La <i>pertinencia</i> también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que ‘el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico’; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola ‘de inocua, innecesaria, o reiterativa’ a partir de una valoración parcial de sus efectos”.
Suficiencia	“Finalmente, la <i>suficiencia</i> que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante.

Requisito	Explicación de la sentencia
Suficiencia	Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren <i>prima facie</i> convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, sí despiertan <i>una duda mínima</i> sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional”.

Estos requisitos, y la exigencia en su aplicación, han implicado un aumento en rechazos e inhibiciones por parte de la Corte Constitucional al momento de fallar en múltiples asuntos, pero con especial énfasis en asuntos de carácter técnico, en los cuales los argumentos de constitucionalidad deben enlazarse con discusiones de carácter técnico.

1.3. El rol del Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa

El Consejo de Estado se configura como el máximo juez de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y como cuerpo supremo consultivo del Gobierno nacional. En su condición de órgano de cierre de dicha jurisdicción, cumple un papel preponderante en la construcción y desarrollo del derecho tributario internacional en Colombia y, a diferencia de la Corte Constitucional, cuyo control es de carácter abstracto y se ejerce directamente sobre la ley, la intervención del Consejo de Estado se produce a partir del examen de actos administrativos concretos, circunstancia que determina tanto el alcance de su competencia como la forma en que se incorporan y aplican las normas y principios del derecho tributario internacional en el sistema colombiano.

En ese sentido, su función se enmarca en el control de legalidad, esto es, la verificación de la conformidad de las actuaciones administrativas con la ley tributaria que previamente puede o no haber sido validada por la Corte Constitucional. Por esta razón, la competencia del Consejo de Estado no consiste en abrir (o reabrir) el debate constitucional sobre la validez de la disposición normativa, sino en examinar si las normas tributarias han sido correctamente interpretadas y aplicadas por la administración, incluso cuando estas incorporan referencias a convenios para evitar la doble imposición, estándares de la OCDE u otros instrumentos de origen internacional.

Una de las características centrales del control que ejerce el Consejo de Estado es su naturaleza de justicia rogada. El juez contencioso administrativo se encuentra estrictamente delimitado por los cargos formulados por la parte demandante, lo que reduce de manera significativa el alcance que su pronunciamiento puede tener y su capacidad de actuación oficiosa. Esta lógica procesal, aunque responde a garantías propias del debido proceso, condiciona de forma decisiva el desarrollo jurisprudencial en materia de derecho tributario.

Ahora bien, aunque la producción jurisprudencial de la Sección Cuarta en materia tributaria es amplia y constante, el número de providencias que abordan de manera directa controversias de derecho tributario internacional resulta comparativamente reducido. Esta situación no obedece exclusivamente a la ausencia de conflictos, sino también a factores estructurales del sistema, como los tiempos propios de la fiscalización, el agotamiento de la sede administrativa y la duración de las instancias judiciales, que hacen que los asuntos con componente internacional lleguen al juez contencioso administrativo varios años después del período gravable discutido.

Al respecto téngase en cuenta que la mayoría de los convenios para evitar la doble imposición suscritos por Colombia con países como España, Suiza, Chile y Canadá son posteriores a los años 2005–2010. Así entonces, dado que un proceso tributario en Colombia puede tardar entre ocho y doce años desde la actuación inicial de la DIAN hasta la sentencia definitiva del Consejo de Estado⁽⁵⁾ (Lewin & Wills, 2024), apenas en la actualidad se podría estar presenciando una “primera ola” de decisiones judiciales relacionadas con la aplicación de estos tratados.

De acuerdo con la Asociación Iberoamericana de Tribunales de Justicia Fiscal o Administrativa (AITFA), en su informe titulado *Jurisprudencia sobre Tributación Internacional, Consejo de Estado de Colombia*, elaborado en 2021 por el magistrado Julio Roberto Piza Rodríguez, durante el período analizado se profirieron únicamente 43 providencias relativas a casos de tributación directa internacional, lo que representó aproximadamente el 1.5 % de la producción jurisprudencial del período (p. 2). De estas decisiones, el 80 % correspondió a asuntos de precios de transferencia, el 12 % a impuesto sobre la renta y patrimonio, y el 4 % a la aplicación de normas de la Comunidad Andina.

(5) “Colombian Corporate Taxation Overview 2023”, *Lewin & Wills*, <https://lewinywills.com/wp-content/uploads/2023/06/2023-OVERVIEWpantalla.pdf>.

2. Aplicación judicial de las reglas del derecho internacional tributario

2.1. Aplicación de normas de origen internacional en la jurisprudencia colombiana

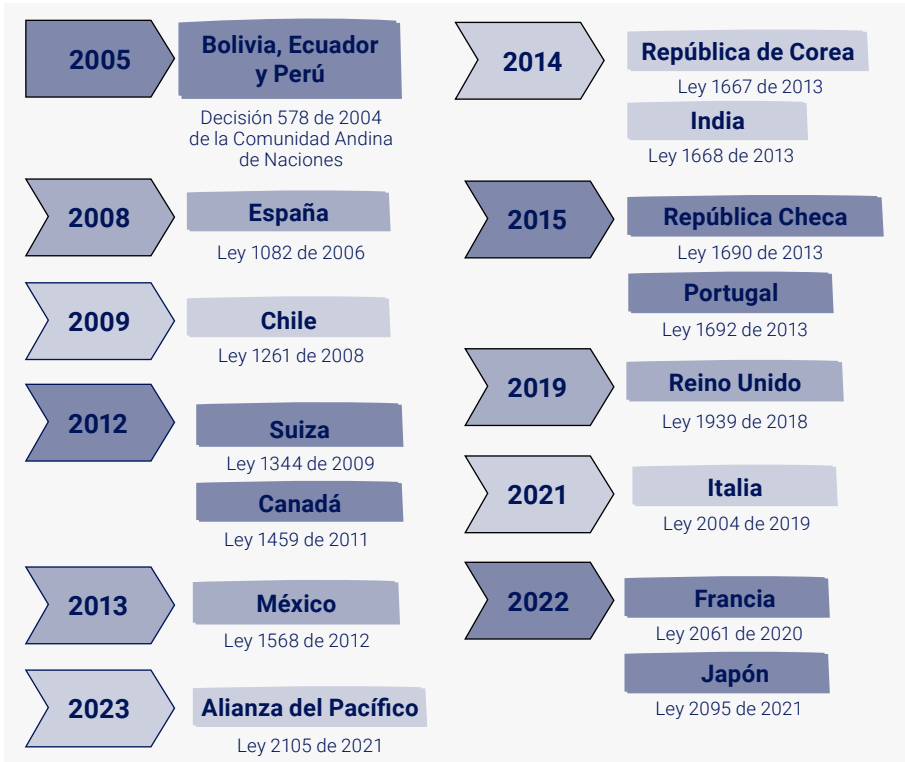
La aplicación de normas de origen internacional en materia tributaria por parte de las altas cortes se desarrolla dentro de un marco institucional previamente definido por la Constitución Política y por la estructura del sistema jurídico interno. En consonancia con ello, la jurisprudencia ha reiterado que, aun cuando determinadas reglas tributarias provengan de convenios internacionales o de instrumentos de carácter supranacional, su aplicación se encuentra necesariamente mediada por el derecho interno colombiano y por los mecanismos propios de la jurisdicción nacional. Por esta misma razón, la incorporación de convenios y otros acuerdos internacionales al ordenamiento jurídico no desplaza de manera automática la normativa interna, ni altera la naturaleza del control judicial ejercido, sino que se mantiene el ejercicio de un control de legalidad fundado en las reglas procesales y sustanciales del derecho colombiano.

El juez administrativo no aplica el derecho internacional tributario de forma autónoma o abstracta, sino siempre a partir de un planteamiento concreto formulado por las partes. Así entonces, la invocación de un convenio o de un estándar internacional debe estar debidamente integrada a los cargos de la demanda y sustentada en los hechos probados del proceso, pues de lo contrario, el juez carece de competencia para pronunciarse, incluso si el asunto plantea un problema jurídico de evidente relevancia internacional.

2.2. Convenios para evitar la doble imposición (CDI)

Los convenios para evitar la doble imposición (CDI) tienen como finalidad principal resolver los conflictos normativos derivados de la concurrencia de potestades tributarias sobre una misma renta, prevenir prácticas de evasión fiscal, fortalecer la seguridad jurídica de los inversionistas internacionales y racionalizar las cargas tributarias que deben soportar los contribuyentes que operan en contextos transnacionales. Concretamente, estos instrumentos reparten competencia tributaria entre dos jurisdicciones, de manera previa y clara, para evitar discusiones posteriores e instancias de doble imposición.

A finales de 2025, Colombia contaba con los siguientes acuerdos para eliminar la doble tributación vigentes en materia de impuestos sobre la renta:



Fuente: Elaboración propia.

Desde la perspectiva de la Corte Constitucional, la implementación de un CDI requiere no solamente que sean celebrados y aprobados conforme al procedimiento constitucional, sino también que sus finalidades y cláusulas resulten compatibles con los principios superiores de la carta política. Así, en la Sentencia C-091 de 2021 se reiteró que el análisis que hace la Corte respecto de estas normas se centra en confirmar que los convenios suscritos por Colombia cumplan no solo con los principios del derecho internacional, sino con la normativa constitucional interna.

“Como ya lo ha sostenido en otras oportunidades, la Corte constata que estas reglas se ajustan a la práctica de los Estados en materia de instrumentos internacionales. En efecto, se trata de cláusulas generales propias del derecho de los tratados, comprendidas en la Convención de Viena, que respetan los principios del derecho internacional aceptados por Colombia (artículo 9 de la C. P.). Así mismo, son compatibles con la Constitución y, en particular, con el principio de irretroactividad de la ley tributaria (inciso 2 del artículo 363 de la C. P.)”.

2.2.1. *Convenios para evitar doble imposición en el Consejo de Estado*

En la práctica contencioso-administrativa, el Consejo de Estado ha resuelto la aplicación concreta de estos principios en controversias en las que los contribuyentes han invocado tanto disposiciones sustantivas de los convenios para evitar la doble imposición como la cláusula de no discriminación, con el fin de controvertir actos administrativos proferidos por la DIAN. Un ejemplo representativo de ello lo constituye la Sentencia del 4 de abril de 2024 (radicado 25411), en la cual se analizó si la entrada en vigor del CDI suscrito entre Colombia y el Reino Unido implicaba, de manera automática, la activación de las cláusulas de nación más favorecida previstas en los CDI celebrados con España, Suiza y Chile. En particular, se discutía si dicha activación suponía que determinados pagos dejaran de calificarse como regalías gravables en el Estado de la fuente para ser tratados como beneficios empresariales no sujetos a imposición en la fuente, salvo en presencia de un establecimiento permanente.

El Consejo de Estado sostuvo que no toda mejora en el tratamiento fiscal derivada de un nuevo convenio activa automáticamente una cláusula de nación más favorecida, partiendo de un criterio de interpretación literal y sistemático que adoptó la corporación, conforme a lo dispuesto en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, destacando la necesidad de respetar la autonomía de la voluntad de los Estados contratantes. En consecuencia, precisó que los beneficios derivados de dichas cláusulas no pueden extenderse más allá de lo expresamente pactado en el texto convencional, ni ser ampliados por vía interpretativa bajo el solo argumento de una mejora posterior en el tratamiento fiscal.

“Respecto de la cláusula de la nación más favorecida, la Corte Constitucional ha reconocido que, cuando el País receptor de la inversión concede una ventaja a un Tercer Estado, nace el derecho de los demás Estados a recibir el trato no menos favorable, extendido a los derechos y ventajas concedidos antes y después de la entrada en vigor del tratado que consagra dicho trato, en el ámbito de materias reguladas por aquél, por cuenta del efecto cascada que la jurisprudencia constitucional le atribuyó a la aplicación de dicha cláusula consistente en que cualquier condición beneficiosa que Colombia concediera a otro Estado, en razón de las ventajas comparativas que supusiera cada negociación, le podrían ser extensibles a otros convenios suscritos con terceros países, dando lugar, incluso, a reemplazar las cláusulas del tratado suscrito con un Estado por las previstas en otro instrumento, si estas últimas resultaren más favorables”.

“Es así, porque el cambio de calificación jurídica establecido en el nuevo régimen fiscal mencionado no disminuyó dichas regalías en términos de “quantum”, impidiendo con ello que se configurara el elemento comparativo

determinante del trato diferencial que el principio de nación más favorecida busca repeler, en tanto que no estaríamos ante un tipo impositivo inferior, es decir, que se haya limitado a reducir la alícuota prevista para el mismo, sino ante la supresión de este último con la consiguiente tributación de los servicios mencionados a título de “utilidades empresariales” en el País de la Residencia y, excepcionalmente, en el País de la fuente, cuando la actividad de servicio se realiza mediante un establecimiento permanente situado en el otro Estado Contratante”.

Por otra parte, en relación con el criterio de residencia fiscal en el marco de los convenios para evitar la doble imposición, el Consejo de Estado, en la Sentencia del 17 de mayo de 2018 (rad. 20729), precisó que la residencia constituye un factor de vinculación entre el Estado y el sujeto pasivo que legitima el ejercicio del poder tributario, el cual se fundamenta, entre otros elementos, en la permanencia física del contribuyente en el territorio nacional. En ese contexto, al analizar el convenio suscrito entre la República de Colombia y el Reino de España, la corporación reiteró que la noción de “residente de un Estado contratante” remite de manera expresa a la legislación interna de cada Estado, excluyendo a quienes se encuentren sujetos a imposición únicamente por rentas de fuente territorial.

“Conforme con el numeral 1 del artículo 4 de la Ley 1082 de 31 de julio de 2006, para efectos del convenio suscrito entre el Reino de España (del que es nacional el demandante y la República de Colombia, para evitar doble imposición, la expresión residente de un Estado contratante significa ‘toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales’. Esta expresión ‘no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado, o por el patrimonio situado en el mismo’”.

En el caso concreto, fueron demandados los actos administrativos mediante los cuales la DIAN negó la expedición de la certificación de acreditación de residencia fiscal en Colombia a un ciudadano español, al considerar que no se acreditó el tiempo mínimo de permanencia exigido por el Estatuto Tributario. El demandante sostenía que, para dicho cómputo, debían incluirse los días de entrada y salida del territorio nacional, con independencia de la efectiva permanencia durante veinticuatro horas.

No obstante, para la época de los hechos, el artículo 10 del Estatuto Tributario exigía una permanencia superior a ciento ochenta (180) días calendario, sin establecer reglas específicas sobre el cómputo de los días de ingreso y salida. Ante ese vacío normativo, resultaban aplicables las dispo-

siciones generales de la Ley 4 de 1913, conforme a las cuales el concepto de “día” equivale a un período completo de 24 horas, lo que excluía la posibilidad de contabilizar el día de salida. En consecuencia, el Consejo de Estado concluyó que la actuación de la DIAN se encontraba ajustada a derecho, siendo inaplicable la modificación introducida con posterioridad por la Ley 1607 de 2012, que solo a partir de su vigencia precisó el método de contabilización de la permanencia para efectos de residencia fiscal.

En adición a lo anterior, el Consejo de Estado, en Sentencia del 12 de agosto de 2021 (radicado 25257), reiteró que la residencia fiscal constituye un criterio de conexión que legitima el ejercicio del poder tributario y se determina conforme a los CDI, pero también en consonancia a la normativa interna. En el ordenamiento colombiano, la sujeción al impuesto sobre la renta de las personas naturales depende de la residencia fiscal y de la fuente de las rentas, de modo que los residentes tributan por sus ingresos y patrimonio de fuente nacional y extranjera, mientras que los no residentes solo lo hacen por rentas de fuente nacional.

Para la época de los hechos del caso, el artículo 10 del Estatuto Tributario establecía como criterios de residencia: i) la permanencia física en el territorio nacional por más de ciento ochenta (180) días calendario, y ii) la conservación en Colombia del núcleo familiar o del asiento principal de los negocios, criterios que en todo caso operaban de manera autónoma y no excluyente.

“En ese orden, los criterios de vinculación a la residencia en un Estado no se aplican de manera subsidiaria o excluyente, pues en caso de configurarse cualquiera de los supuestos previstos en la norma, se entiende que la persona natural posee la residencia fiscal en el país. De ahí que, independientemente de la permanencia continua o discontinua, en caso de que la Administración encuentre probado que el contribuyente tiene asentados los negocios en el país, este pasa a ser residente para todos los efectos fiscales en Colombia”.

“Del análisis de las pruebas aportadas al proceso puede advertirse que la actora tenía el asiento principal de sus negocios en Colombia para el año 2010, lo que la hacía residente fiscal en el país, en los términos del artículo 10 del ET vigente para la época de los hechos. Adicionalmente, cuando la contribuyente fue requerida para que aportara prueba del pago del impuesto por ganancia ocasional o plusvalía por la venta del inmueble en dicho país, presentó recibo de unos impuestos pagados en España en 2012 que no concuerdan con el año gravable en discusión”.

La jurisprudencia del Consejo de Estado confirma que la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición en Colombia está sujeta a una interpretación estricta, conforme a la Convención de Viena, atendiendo a su

objeto y finalidad y a la normativa interna, sin que sea admisible la extensión automática de beneficios fiscales por vía interpretativa. Ni las cláusulas de nación más favorecida ni las reglas de residencia fiscal desplazan los criterios definidos por el legislador nacional ni habilitan un control judicial expansivo, manteniéndose íntegro el control de legalidad y la autonomía de la voluntad de los Estados contratantes de un CDI.

2.2.2. *Convenios para evitar doble imposición en la Corte Constitucional*

La Corte Constitucional desempeña un rol central en el proceso de incorporación y control de constitucionalidad de los convenios para evitar la doble imposición en el ordenamiento colombiano, en la medida en que le corresponde verificar su compatibilidad con los principios y límites constitucionales que rigen el sistema tributario de manera automática. En este marco, las siguientes son algunas de las decisiones proferidas por dicha corporación sobre la materia:



Fuente: Elaboración propia.

En la Sentencia C-187 de 2022, mediante la cual la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del convenio entre la República de Colombia y Japón para eliminar la doble tributación en materia del impuesto sobre la renta y prevenir la evasión y la elusión tributaria, la corporación reiteró que los convenios para evitar la doble imposición (CDI) constituyen instrumentos de coordinación normativa interestatal, orientados a prevenir *ex ante* la doble imposición jurídica internacional mediante la asignación ordenada de potestades tributarias y el establecimiento de reglas claras de distribución de la base gravable entre los Estados contratantes.

La Corte precisó que el ejercicio concurrente de la potestad impositiva por parte de los Estados, fundado en distintos criterios de vinculación, puede dar lugar a conflictos fiscales internacionales que afectan negativamente el comercio y la inversión transfronteriza, en la medida en que “resulta poco atractivo tributar dos veces, así sea en montos distintos, por el mismo concepto”, lo cual desincentiva la inversión extranjera y distorsiona el comercio internacional. En ese sentido, identificó tres modalidades principales de conflicto: i) fuente–fuente, derivado de discrepancias sobre el lugar de generación del ingreso; ii) residencia–residencia, originado en la concurrencia de pretensiones impositivas basadas en la residencia del contribuyente, y iii) fuente–residencia, en el que un mismo ingreso es gravado simultáneamente por el Estado de la fuente y el Estado de la residencia.

Así, la Corte reafirmó que los CDI cumplen una función estructural en el derecho tributario internacional, al racionalizar el ejercicio del poder tributario soberano y reducir los efectos económicos adversos asociados a la superposición de gravámenes.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que “los anteriores objetivos son compatibles con los mandatos constitucionales de lograr la prosperidad general (artículo 2 de la C. P.), contribuir al financiamiento de los gastos del Estado de manera justa y equitativa (artículo 95, numeral 9, de la C. P.), internacionalizar las relaciones económicas (artículos 226 y 227 de la C. P.) y alcanzar el desarrollo económico (artículo 334 de la C. P.)”.

Además, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-316 de 2022, precisó que los instrumentos interadministrativos de homologación fiscal entre Estados, como los celebrados en el marco de la Alianza del Pacífico, se inscriben en la lógica de los CDI y son constitucionalmente válidos en tanto previenen la sobreimposición y fomentan la inversión, sin afectar la soberanía tributaria de los Estados, que conservan la definición de los elementos esenciales del tributo conforme a su derecho interno.

“La Sala ha aclarado que los convenios para evitar la doble tributación tienen aplicación preferente sobre la normativa interna, no porque sean una norma de mayor jerarquía, sino en virtud del criterio de especialidad. A esto se suma el principio *pacta sunt servanda*, según el cual los compromisos internacionales adquiridos por un Estado en el marco de un tratado internacional deben cumplirse de buena fe. Lo anterior significa que no derogan de forma alguna las normas generales internas de carácter tributario, sino que sus disposiciones deben aplicarse de manera preferente cuando se configuren los supuestos de hecho que estos regulan”.

2.3. Influencia de la adhesión de Colombia a la OCDE en la interpretación judicial tributaria

Antes de iniciar un análisis respecto de los criterios específicos de la OCDE es necesario preguntarse por el rol que estos criterios de *soft law* tienen en Colombia. Lo anterior especialmente porque esta no es la única instancia en que se toman criterios que no necesariamente cuentan con legitimidad democrática para analizar o influir en la normativa colombiana. Es claro que en su condición de principios y lineamientos, jueces, contribuyentes y administrados deberán acudir a estos lineamientos únicamente en calidad de apoyo para la interpretación de la norma democrática nacional. No obstante, el rol de estas *recomendaciones* a nivel nacional en ocasiones plantea discusiones relevantes.

La adhesión de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) constituye un hito relevante en el proceso de internacionalización de su política económica y tributaria. No obstante, este fenómeno plantea retos significativos para la jurisdicción interna, en la medida en que la incorporación, directa o indirecta, de estándares internacionales exige un ejercicio cuidadoso de articulación entre el derecho tributario interno y los referentes técnicos provenientes del ámbito internacional. En particular, cuando tales estándares son invocados en sede judicial, se impone a los jueces el deber de examinar su impacto a la luz del orden constitucional y legal colombiano, evitando tanto su aplicación automática como su desconocimiento absoluto.

En este contexto, Girón Uribe (2018)⁽⁶⁾ analiza el proceso mediante el cual los estándares de *soft law* elaborados en el seno de la OCDE han adquirido progresivamente relevancia normativa en Colombia, especialmente a través de los convenios para evitar la doble imposición. Estos instrumentos, si bien se caracterizan por su naturaleza técnica y por su origen no vinculante, han demostrado una capacidad efectiva para influir en el derecho positivo interno, siempre bajo un esquema de adhesión voluntaria y mediante el cumplimiento de los procedimientos legislativos y constitucionales exigidos para su incorporación. De esta manera, el *soft law* tributario internacional no opera como fuente formal directa, pero sí como un insumo técnico que permea la producción normativa y la interpretación jurídica en materia tributaria.

Esta comprensión resulta coherente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-492 de 2019, al examinar la constitucionalidad de la ley aprobatoria de la adhesión de Colombia a la Convención de la OCDE. En

(6) Paula A. Girón Uribe, "La conversión del *soft law* de la OCDE en *hard law* en Colombia: especial referencia a los convenios para evitar la doble imposición suscritos por Colombia con Francia y Reino Unido", *Revista de Derecho Fiscal*, n.º 12 (2018).

dicha providencia, la Corte fue enfática en señalar que la pertenencia a esta organización no genera obligaciones automáticas ni impone directamente normas tributarias en el ordenamiento interno. Sin embargo, precisó que la adhesión sitúa a Colombia dentro de un espacio institucional de formulación de estándares internacionales que sirven como referentes para el diseño de políticas públicas y, eventualmente, para la interpretación judicial de las normas tributarias nacionales.

En efecto, estándares desarrollados en el marco de la OCDE como los derivados del Plan de Acción contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado Artificial de Beneficios (BEPS), o las directrices de precios de transferencia no tienen carácter vinculante inmediatamente. No obstante, su adopción parcial o total por el legislador y su utilización técnica por la administración tributaria han incidido de manera significativa en la evolución doctrinaria y jurisprudencial del derecho tributario internacional colombiano. Esta influencia se proyecta, especialmente, en la forma como se interpretan conceptos complejos asociados a operaciones transnacionales, estructuras empresariales y mecanismos de planificación fiscal.

Uno de los ámbitos en los que esta tensión se ha hecho más evidente es el relativo al Plan de Acción BEPS, concebido por la OCDE como una respuesta coordinada frente a prácticas que permiten el traslado artificial de beneficios fiscales entre distintas jurisdicciones y la consecuente erosión de las bases imponibles nacionales. Según la propia OCDE, este Plan busca contrarrestar estrategias que, mediante prácticas abusivas, artificiosas o formalmente lícitas, separan los ingresos gravables de las actividades económicas que efectivamente los generan, aprovechando incoherencias existentes entre los sistemas tributarios de distintos países. En palabras de Girón Uribe (2018, p. 88)⁽⁷⁾, se trata de evitar “la erosión de la base gravable al separar los ingresos imponibles de las actividades que los generaron, utilizando las fricciones, lagunas o incongruencias en la interacción de normas en los diferentes países respecto a operaciones internacionales”.

Es así como, en este nuevo contexto, los organismos de cooperación multilateral se insertan hoy en un sistema más amplio de gobernanza global. Este sistema involucra no solo a los Estados miembros, sino también a otros actores institucionales y normativos, y permite que los estándares producidos en dichos foros influyan, de manera indirecta pero significativa, en los ordenamientos jurídicos internos. En el caso colombiano, este fenómeno plantea el desafío de integrar tales referentes técnicos sin desdibujar los

(7) Paula A. Girón Uribe, “La conversión del *soft law* de la OCDE en *hard law* en Colombia: especial referencia a los convenios para evitar la doble imposición suscritos por Colombia con Francia y Reino Unido”, *Revista de Derecho Fiscal*, n.º 12 (2018): [páginas consultadas].

principios constitucionales que rigen la tributación, en particular la legalidad, la equidad, la capacidad contributiva y la seguridad jurídica.

2.4. Precios de transferencia en la jurisprudencia colombiana

El régimen de precios de transferencia constituye uno de los instrumentos más relevantes del derecho tributario con incidencia transnacional contemporánea, razón por la cual resulta pertinente examinar el tratamiento que ha recibido en la jurisprudencia de las altas cortes en Colombia. En esencia, dicho régimen tiene como finalidad garantizar que las operaciones realizadas entre partes vinculadas se valoren conforme al principio de plena competencia, evitando la manipulación artificial de precios, costos y márgenes de utilidad con el propósito de erosionar la base imponible o trasladar beneficios a jurisdicciones de menor tributación.

En ese marco, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) ha precisado que la declaración informativa de precios de transferencia es el mecanismo mediante el cual “los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios obligados a la aplicación de las normas que regulan el régimen de precios de transferencia y que cumplan con las condiciones para ser declarantes, ponen en conocimiento de la DIAN las operaciones que realizaron durante el año gravable con vinculados del exterior, vinculados ubicados en Zonas Francas o con personas, sociedades, entidades o empresas ubicadas, residentes o domiciliadas en paraísos fiscales (s. f.)”. Esta obligación se encuentra prevista de manera expresa en el artículo 260-9 del Estatuto Tributario y desarrollada de forma sistemática en el capítulo XI del mismo cuerpo normativo.

Desde una perspectiva constitucional, la Corte Constitucional ha reconocido de manera temprana la legitimidad de los mecanismos de control fiscal asociados a las operaciones entre partes vinculadas. En efecto, en la Sentencia C-690 de 2003, al examinar la constitucionalidad del régimen de precios de transferencia, se sostuvo que: “para hacer frente a la erosión de las bases impositivas que se produce cuando, con propósito netamente tributario, se fijan determinados precios de transferencia en operaciones que se realizan con partes localizadas en jurisdicciones de baja o nula imposición, los Estados han venido desarrollando herramientas que permitan a las administraciones tributarias revisar y objetar el valor de los bienes y servicios que haya sido fijado en operaciones entre partes relacionadas”.

“Desarrollar un sistema para la fijación de los precios de transferencia no es una tarea sencilla, dada la gran cantidad de variables que incide en la determinación del precio de los bienes y servicios en un mercado abierto. Sin embargo se ha avanzado en la dirección de señalar que los precios acordados entre empresas vinculadas, típicamente, empresas de un mismo grupo económico, deben fijarse, para efectos tributarios, a partir de los que para

operaciones similares y en condiciones también similares habrían sido establecidos por personas independientes”.

Posteriormente, en la Sentencia C-815 de 2009, la Corte Constitucional reiteró que el régimen de precios de transferencia se encuentra plenamente comprendido dentro del margen de configuración legislativa en materia tributaria. En particular, sostuvo que la determinación de las sanciones asociadas al incumplimiento de la obligación de presentar la declaración informativa de las operaciones realizadas con vinculados económicos o partes relacionadas del exterior, así como de los ingresos netos o del patrimonio bruto reportados en la declaración del impuesto sobre la renta del respectivo período gravable, no vulnera derechos constitucionales. Ello, en la medida en que dicha declaración informativa anual cumple una función esencial para la correcta determinación del impuesto sobre la renta, al estar orientada a prevenir prácticas de elusión y evasión fiscal, en protección del interés general y de la suficiencia del recaudo tributario.

No obstante lo anterior, es preciso advertir que la técnica fiscal internacional no sustituye el derecho positivo interno, sino que lo complementa dentro de los límites fijados por la Constitución y la ley. Esta distinción ha sido desarrollada por el Consejo de Estado, particularmente en relación con la deducibilidad de pagos efectuados a casas matrices u oficinas del exterior. En efecto, el artículo 124 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 85 de la Ley 223 de 1995, dispone que los pagos realizados por filiales, sucursales, subsidiarias o agencias en Colombia a favor de sus casas matrices por conceptos tales como gastos de administración o dirección, regalías o explotación y adquisición de intangibles, solo son deducibles cuando sobre ellos se haya practicado la correspondiente retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta.

En la Sentencia del 9 de mayo de 2019 (rad. 20780), el Consejo de Estado adoptó una interpretación estricta de dicha disposición, al precisar que la práctica de la retención en la fuente constituye un presupuesto sustancial de procedencia de la deducción y no un requisito meramente formal o accesorio. La Sala destacó que el legislador parte de la premisa de que estos pagos se encuentran sujetos a gravamen en Colombia y que la retención en la fuente opera como un mecanismo de recaudo anticipado del impuesto, destinado a asegurar la efectividad del sistema tributario en operaciones realizadas con no residentes.

De manera particularmente relevante para el régimen de precios de transferencia, el Consejo de Estado concluyó que la observancia del principio de plena competencia no exonera al contribuyente del cumplimiento de los requisitos sustanciales de deducibilidad establecidos en la legislación interna. En consecuencia, aun cuando una operación entre una filial colombiana

y su casa matriz haya sido debidamente documentada y valorada conforme a las reglas de precios de transferencia, la deducción del gasto resulta improcedente si no se practicó la retención en la fuente exigida por el artículo 124 del Estatuto Tributario. La corporación fue enfática en señalar que el régimen de precios de transferencia no introduce excepciones a dicho requisito ni desplaza las condiciones de procedencia definidas expresamente por el legislador.

3. Jurisdicción nacional y derecho aplicable en controversias tributarias con elemento internacional

3.1. Control judicial de las normas tributarias: vías de acceso a las altas cortes

3.1.1. Vías de acceso a la Corte Constitucional

En el sistema jurídico colombiano, el control constitucional de los tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias no es una facultad discrecional de la Corte Constitucional, sino un mecanismo para garantizar la supremacía de la Constitución Política frente a los compromisos internacionales asumidos por el Estado. De acuerdo a la Sentencia C-187 de 2022, el control de constitucionalidad de los tratados internacionales se caracteriza por ser: (i) previo al perfeccionamiento del convenio, pero posterior a la aprobación del Congreso y a la sanción presidencial; (ii) automático, pues se activa con el envío de la ley aprobatoria a la Corte Constitucional por el presidente de la República, dentro de los 6 días siguientes a la sanción gubernamental; (iv) integral, puesto que el control de constitucionalidad tiene por objeto revisar los aspectos formales y materiales de la ley y del tratado; (v) tiene fuerza de cosa juzgada absoluta; (vi) es un requisito *sine qua non* para la ratificación del convenio y, por último, (vii) preventivo, por cuanto su finalidad es garantizar la supremacía de la Constitución y el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano.

En ese mismo sentido, mediante el Auto 136 de 2014, la Corte precisó que el carácter integral del control de constitucionalidad no exige una referencia expresa y detallada a la totalidad de las disposiciones constitucionales para entender surtida una revisión plena y exhaustiva del instrumento sometido a examen, por el contrario, la integralidad del control se presume cumplida a partir del pronunciamiento de fondo de la corporación. De este modo, el carácter concluyente y vinculante de dicho control se desprende directamente de la exigencia misma de su integralidad, la cual se entiende incorporada en la sentencia que declara la exequibilidad del tratado y de la ley aprobatoria.

Aunado a lo anterior, si el legislador decide adoptar alguna norma, lineamiento, recomendación o modificar en alguna medida el ordenamiento nacional para cumplir con algún compromiso internacional, podrá cualquier ciudadano acudir a la Corte para impugnar la constitucionalidad de dicha norma. Lo anterior, con la dificultad que ya ha sido reseñada respecto del carácter público de la acción de inconstitucionalidad.

3.1.2. *Vías de acceso al Consejo de Estado*

La vía ordinaria de acceso al Consejo de Estado en materia de tributación internacional se ejerce mediante la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos definitivos proferidos por la DIAN, cuando se alegue su ilegalidad por indebida aplicación del derecho interno o de normas de origen internacional. Conforme al artículo 138 del CPACA, la demanda debe identificar con precisión el acto acusado, exponer los hechos relevantes, formular el concepto de violación y concretar el restablecimiento del derecho pretendido.

El agotamiento previo de la sede administrativa constituye un presupuesto procesal obligatorio, de modo que la jurisdicción contencioso-administrativa solo puede activarse una vez culminado el trámite administrativo, incluidos los recursos procedentes. Cumplido dicho requisito, el control judicial puede recaer, entre otras cosas, sobre la legalidad de liquidaciones oficiales sustentadas en convenios internacionales, la correcta motivación de actos que incorporan criterios de precios de transferencia o la aplicación de cláusulas convencionales en contravía de las reglas internas de legalidad y debido proceso.

Las decisiones de los tribunales administrativos son apelables ante el Consejo de Estado, que ejerce un control de legalidad sobre la interpretación normativa y la valoración probatoria. No obstante, el recurso puede fracasar por deficiencias técnicas, en particular cuando el apelante se limita a reiterar los argumentos de la demanda sin controvertir de manera directa los fundamentos de la sentencia de primera instancia.

4. La equidad tributaria como parámetro de control en un contexto de tributación internacional

En este capítulo se pretenden presentar brevemente dos principios centrales al derecho constitucional tributario en Colombia que deben, y efectivamente lo hacen, actuar como límite al ejercicio del legislador no solo en ámbitos nacionales, sino cuando la norma tiene incidencia internacional o transnacional.

4.1. La equidad como manifestación del principio de igualdad en materia tributaria

El deber de contribuir al financiamiento del Estado se erige como un mandato constitucional estructural, fundado en los principios de justicia y equidad, que obliga a que la imposición tributaria se configure con arreglo a criterios racionales y proporcionales. En consecuencia, el sistema tributario no puede operar como un mecanismo puramente recaudatorio, sino como una expresión normativa del pacto social, orientada a la distribución equitativa de las cargas públicas, en los términos de los artículos 95.9 y 363 de la Constitución Política.

“El principio de equidad tributaria exige que el legislador disponga una justa distribución de las obligaciones fiscales según criterios de generalidad, uniformidad y progresividad y, de esa forma, se abstenga de instituir cargas excesivas o beneficios [tributarios] exagerados que no consulten la capacidad económica de los sujetos pasivos en razón a la naturaleza y fines del impuesto en cuestión (Sentencia C-205 de 2024)”.

Desde esta perspectiva, el principio de equidad tributaria, en tanto concreción del principio de igualdad en materia fiscal, no se predica de manera aislada respecto de cada contribuyente, sino del sistema tributario en su integridad. La Sentencia C-205 de 2024 consolida esta lectura del principio de equidad tributaria, al imponer al legislador el deber de abstenerse tanto de establecer cargas fiscales desproporcionadas como de consagrar beneficios tributarios irrazonables que desconozcan la capacidad contributiva del sujeto pasivo.

La jurisprudencia constitucional ha delimitado el principio de equidad tributaria en dos dimensiones operativas: equidad vertical y equidad horizontal. La equidad vertical, estrechamente articulada con el principio de progresividad, impone que los sujetos con mayor capacidad contributiva asuman una carga fiscal proporcionalmente superior, de manera que el sistema tributario cumpla una función redistributiva acorde con los fines del Estado social de derecho. Por su parte, la equidad horizontal exige que contribuyentes ubicados en situaciones económicas y fácticas equivalentes reciban un tratamiento tributario sustancialmente igual, como expresión directa del principio de igualdad.

En escenarios internacionales, la equidad tributaria se erige como un criterio decisivo para evitar tratamientos discriminatorios entre residentes y no residentes, así como entre operaciones domésticas y transfronterizas comparables. Así, en el marco de la tributación internacional, el principio de equidad opera como un límite material a la potestad impositiva del legislador y

como un parámetro interpretativo vinculante para el juez, quien debe asegurar que la incorporación y aplicación de normas internas, convenios internacionales o estándares técnicos no deriven en cargas desproporcionadas ni en beneficios injustificados que comprometan el equilibrio del sistema tributario colombiano.

4.2. Capacidad contributiva en la jurisprudencia constitucional en tributación internacional

La capacidad contributiva constituye uno de los pilares estructurales del sistema tributario colombiano y un criterio esencial para la concreción de los principios de justicia, equidad e igualdad en materia fiscal. Aunque no se encuentra formulada de manera expresa en la Constitución Política, la Corte Constitucional ha reconocido de forma reiterada que este principio exige que las cargas públicas se distribuyen atendiendo a la aptitud económica real de los contribuyentes. De acuerdo con la Sentencia C-405 de 2023, la capacidad contributiva se caracteriza por: “la posibilidad económica de tributar, esto es, como la idoneidad subjetiva, no teórica sino real, en cuanto depende de la fuerza económica del sujeto, para ser llamado a cumplir con el deber de pagar tributos”. Tal capacidad está asociada a la “posibilidad de contribuir al gasto público del Estado de tal forma que la persona aún mantenga condiciones dignas de vida”.

La jurisprudencia constitucional ha precisado que el principio de capacidad contributiva no impone una equivalencia aritmética entre el gravamen y la riqueza sometida a imposición, pero sí exige un control estricto de razonabilidad y proporcionalidad que descarte cargas fiscales confiscatorias o manifiestamente irrazonables. Este estándar ha cobrado especial relevancia en el examen de disposiciones aplicables a contribuyentes con operaciones internacionales, en particular aquellas referidas a la imposición de rentas de fuente extranjera, tributos patrimoniales con alcance extraterritorial y esquemas de tributación mínima.

Por su parte, el Consejo de Estado ha acogido de manera pacífica la doctrina constitucional en torno al principio de capacidad contributiva, al concebirlo como el mandato conforme al cual los sujetos pasivos de un tributo deben concurrir al financiamiento del Estado en proporción a su capacidad económica real. En la Sentencia de Unificación del 26 de noviembre de 2020 (rad. 21329), la corporación precisó que: “desde una perspectiva constitucional el impuesto sobre la renta se guía, en mayor medida que otras figuras impositivas del sistema tributario, en el principio de capacidad contributiva que exige que los sujetos pasivos del impuesto aporten a la financiación de los gastos públicos en función de su capacidad económica”.

5. Conclusiones

El análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en materia de tributación internacional permite afirmar que, en Colombia, el derecho tributario internacional no se ha construido primordialmente a partir de una codificación sistemática, sino mediante un proceso gradual y fragmentado de elaboración jurisprudencial. En este escenario, las altas cortes han asumido un rol estructural como instancias de mediación entre la potestad tributaria del Estado, los compromisos internacionales, los principios constitucionales y la normativa de rango legal que rigen el sistema tributario. Sin embargo, dicha mediación no ha sido homogénea ni exenta de tensiones, particularmente en lo que respecta a la intensidad del control judicial y a la efectividad material de los principios de justicia, equidad y capacidad contributiva en contextos transnacionales.

La Corte Constitucional ha consolidado una línea jurisprudencial que reconoce la legitimidad constitucional de los convenios para evitar la doble imposición, de los instrumentos de cooperación fiscal y de los estándares internacionales promovidos por la OCDE. No obstante, este reconocimiento ha venido acompañado de una interpretación amplia del margen de configuración del legislador en materia tributaria, lo que ha derivado en un control judicial predominantemente benevolente, incluso frente a normas de alta complejidad técnica y con impactos significativos sobre la carga fiscal de los contribuyentes.

Por su parte, el Consejo de Estado ha desarrollado una jurisprudencia eminentemente casuística y restrictiva, condicionada por la lógica de la justicia rogada y por un formalismo procesal que limita su capacidad de pronunciarse de manera estructural sobre el derecho tributario internacional. Aunque su producción jurisprudencial en materia tributaria es amplia, los datos muestran que las controversias de tributación internacional representan un porcentaje marginal del total de providencias, concentrándose principalmente en precios de transferencia. Esta circunstancia no responde a la inexistencia de conflictos fiscales internacionales, sino a factores estructurales como la duración de los procesos, la complejidad técnica de los litigios y las exigencias formales de acceso a la jurisdicción, que ralentizan la consolidación de criterios jurisprudenciales estables.

En relación con los instrumentos internacionales, la jurisprudencia ha optado por interpretaciones estrictas de los convenios para evitar la doble imposición, alineadas con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y con la preservación de la autonomía de la voluntad de los Estados contratantes. Si bien este enfoque contribuye a la seguridad jurídica y evita extensiones interpretativas indebidas de beneficios fiscales, también

ha limitado el potencial de dichos instrumentos como herramientas para mitigar cargas excesivas o corregir asimetrías tributarias en escenarios transnacionales.

En este punto resulta central afirmar que las interpretaciones judiciales en materia de tributación internacional deben atender de manera prioritaria a las condiciones fiscales, económicas y sociales propias de Colombia. Los estándares internacionales, en particular aquellos promovidos por la OCDE, contienen reglas generales diseñadas para países con estructuras tributarias, niveles de desarrollo y capacidades institucionales sustancialmente disímiles. En consecuencia, su aplicación no puede ser automática ni meramente técnica, pues ello supondría desconocer las necesidades específicas de recaudo, redistribución y equidad que caracterizan al sistema tributario colombiano. Es precisamente en este escenario donde la evaluación judicial adquiere un papel decisivo, al permitir filtrar y adaptar dichos estándares a la realidad constitucional y fiscal interna.

La equidad tributaria y la capacidad contributiva operan como límites materiales indispensables frente a la expansión del poder tributario, pero su efectividad depende de la disposición de los jueces para ejercer un control sustantivo y contextualizado. Un control judicial excesivamente formalista corre el riesgo de consolidar soluciones normativas formalmente alineadas con estándares internacionales, pero materialmente incongruentes con las exigencias del Estado social de derecho. El desafío pendiente para la jurisprudencia colombiana consiste en fortalecer una interpretación que, sin desconocer los compromisos internacionales ni la técnica fiscal, sitúe de manera efectiva a la justicia tributaria y a las condiciones fiscales del país en el centro del análisis judicial.

Bibliografía

- “Asociación Iberoamericana de Tribunales de Justicia Fiscal o Administrativa”. *Boletín informativo: Jurisprudencia sobre tributación internacional, Consejo de Estado de Colombia*, <https://aitfa.org/wp-content/uploads/bol-202109.pdf>.
- Borderas, Ester, y Pere Moles. *Derecho tributario internacional*. Barcelona: Editorial el Fisco, 2008.
- C. E., Sec. Cuarta, Sent. 21329, nov. 26/2020. M. P. Julio Roberto Piza Rodríguez.
- C. E., Sec. Cuarta, Sent. 25411, abr. 4/2024. M. P. Stella Jeannette Carvajal Basto.
- C. E., Sec. Cuarta, Sent. 21144, may. 17/2018. M. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.
- C. E., Sec. Cuarta, Sent. 25257, ago. 12/2021. M. P. Stella Jeannette Carvajal Basto.
- C. E., Sec. Cuarta, Sent. 20780, may. 9/2019. M. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.
- C. E., Sec. Cuarta, Sent. 21329, nov. 26/2020. M. P. Julio Roberto Piza Rodríguez.
- C. Const., Sent. C-690/03, ago. 12/2003. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- C. Const., Sent. C-815/09, nov. 18/2009. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
- C. Const., Sent. C-492/19, oct. 22/2019. M. P. José Fernando Reyes Cuartas.
- C. Const., Sent. C-091/21, abr. 14/2021. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- C. Const., Sent. C-187/22, jun. 1/2022. M. P. Paola Andrea Meneses Mosquera.
- C. Const., Sent. C-316/22, sep. 7/2022. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- C. Const., Sent. C-405/23, oct. 11/2023. M. P. Diana Constanza Fajardo Rivera.
- C. Const., Sent. C-488/24, nov. 21/2024. M. P. Paola Andrea Meneses Mosquera.
- “Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)”. *Preguntas frecuentes. Declaración informativa de precios de transferencia*, https://www.dian.gov.co/Transaccional/GuaServiciosLinea/preguntas_frecuentes_Declaracion_PT.pdf.
- Girón Uribe, Paula A. “La conversión del *soft law* de la OCDE en *hard law* en Colombia: especial referencia a los convenios para evitar la doble imposición suscritos por Colombia con Francia y Reino Unido”. *Revista de Derecho Fiscal*, n.º 12 (2018): 69–120, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/5412/9290>.
- “Lewin & Wills”. *Colombian corporate taxation overview 2024*, <https://lewin-wills.com/en/colombian-corporate-taxation-overview-2024/>.

NUEVAS REGLAS DE LOS MODELOS
DE CONVENIO 2025 Y LA AGENDA
ESTRATÉGICA DEL COMITÉ DE EXPERTOS
DE LA ONU:

PERSPECTIVAS PARA COLOMBIA
Y AMÉRICA LATINA

Felipe Cárdenas Sánchez

Contenido

Introducción. 1. Comentarios frente a las nuevas reglas del modelo ONU. 2. Comentarios frente al *side-by-side system* del G7. 3. Conclusiones. Bibliografía.

Nuevas reglas de los modelos de convenio 2025 y la agenda estratégica del Comité de Expertos de la ONU:

Perspectivas para Colombia y América Latina

Felipe Cárdenas Sánchez⁽¹⁾

Introducción

En el ámbito de la política fiscal internacional, dos organismos destacan por su influencia, liderazgo técnico y capacidad de generar estándares globales: la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Por un lado, la OCDE, integrada principalmente por países desarrollados, ha sido históricamente el epicentro de la elaboración de normas tributarias internacionales, especialmente a través de su modelo de convenio tributario, sus directrices sobre precios de transferencia y las iniciativas del Proyecto BEPS del Marco Inclusivo, que han moldeado la forma en que los países enfrentan el fenómeno de la erosión de bases gravables y la planificación fiscal agresiva.

Por el otro, la ONU a través del Comité de Expertos en Cooperación Internacional en Materia Fiscal, representa una plataforma más amplia e inclusiva, con una fuerte participación de países en desarrollo que buscan un sistema tributario internacional más equilibrado y justo. Su modelo de convenio tributario y sus recientes esfuerzos por establecer una convención marco sobre cooperación tributaria internacional, reflejan un enfoque orientado a la creación de un órgano intergubernamental que trabaje en fortalecer los derechos de imposición de los países donde se genera la actividad económica. Juntas, la OCDE y la ONU, son los referentes internacionales del actual debate sobre gobernanza, buenas prácticas y política fiscal global.

(1) Abogado de la Universidad de los Andes, magíster en Derecho Internacional de los Negocios de la Universidad Sorbona-Assas, París II (Francia), magíster en Fiscalidad Internacional de la Universidad Europea (España), especialista en Derecho Comercial y en Derecho de los Negocios por la Universidad del Rosario. Actualmente Asesor de la Oficina de Tributación Internacional de la Dirección General de la DIAN.

En el Congreso de IFA Colombia del año 2025 se realizó un análisis sobre las nuevas reglas de tributación internacional previstas en el modelo de convenio de la ONU, la agenda estratégica del Comité de Expertos de la ONU bajo la perspectiva latinoamericana y algunas reflexiones en torno a los últimos desarrollos de la OCDE con respecto al Pilar dos. En el marco de esta temática, a continuación se presentan las ideas principales planteadas por los panelistas y unas reflexiones del autor.

En 2025, el Comité de Expertos en Cooperación Internacional en Materia Fiscal de la ONU realizó una actualización del modelo de convenio tributario de las Naciones Unidas, que sirve como referencia para la negociación de tratados bilaterales destinados a eliminar la doble imposición y asignar derechos tributarios entre países.

Esta revisión refleja cambios importantes en materia de política fiscal derivados principalmente de la transformación en la manera de negocios y de la globalización de la economía, especialmente en relación con la provisión de servicios transfronterizos, la explotación de recursos naturales, la digitalización de la economía y las preocupaciones sobre la poca o nula tributación de ciertos ingresos en algunas jurisdicciones.

Entre las novedades destacadas está la introducción de una *subject to tax rule* (STTR) que limita los beneficios de los tratados cuando los ingresos no son gravados de forma significativa en el país de residencia, fortaleciendo así los derechos de imposición de los países donde se genera la renta. Además, en el nuevo modelo de la ONU se han añadido o actualizado artículos para permitir que los países impongan impuestos sobre proveedores extranjeros de servicios sin presencia física y para ampliar la tributación en sectores como servicios, seguros y ciertos pagos relacionados con los recursos naturales.

Por su parte, la OCDE ha trabajado, por un lado, en la actualización de las disposiciones y de los comentarios al modelo de convenio de la OCDE, versión 2017, y por el otro, en desarrollar guías administrativas adicionales para regular el pilar dos a fin de implementar el impuesto mínimo global en diferentes jurisdicciones, y poner en práctica el *side-by-side system* propuesto por los países del G7 que permitirá la coexistencia del sistema GILTI americano+ con las reglas GloBE.

Priorizando los trabajos más novedosos de cada uno de esos órganos durante los últimos años, el panel se estructuró de la siguiente manera: desde la perspectiva ONU se hace una presentación de algunos de los cambios principales del modelo de convenio de la ONU 2025, con especial énfasis en el nuevo artículo 12AA de honorarios por servicios. Desde la perspectiva de la OCDE, se comparten reflexiones en cuanto a los desafíos que genera el

acuerdo del sistema *side-by-side* que pretende la coexistencia del GILTI del sistema fiscal americano dentro del sistema de las reglas GloBE.

1. Comentarios frente a las nuevas reglas del modelo ONU

La discusión se centró en la exposición de las nuevas reglas del modelo ONU, comenzando por la presentación del nuevo artículo 12AA del modelo ONU 2025 y explicando el contexto histórico relacionado con la evolución del modelo de la ONU, haciendo una analogía con el antiguo artículo 14 de servicios personales independientes. En criterio de los panelistas, el modelo ONU refleja la necesidad de regular de manera comprensiva las rentas derivadas de honorarios por servicios transfronterizos, eliminando el artículo 12A y dejando una nueva disposición que incluya la prestación de cualquier tipo de servicio, con independencia del lugar desde donde se preste. El artículo 12AA del modelo ONU 2025, traducido al español indica lo siguiente:

"Artículo 12AA. HONORARIOS POR SERVICIOS.

1. Los honorarios por servicios originados en un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante podrán ser gravados en ese otro Estado.

2. No obstante lo dispuesto en los artículos 8, 12B, 12C, 16, 17, 18 y 19, los honorarios por servicios originados en un Estado contratante también podrán ser gravados en ese Estado contratante y de conformidad con su legislación; pero si el beneficiario efectivo de los honorarios es residente del otro Estado contratante, el impuesto así aplicado no excederá del ____ por ciento (el porcentaje se establecerá mediante negociaciones bilaterales) del importe bruto de los honorarios.

3. El término "honorarios por servicios", a los efectos del presente artículo, significa cualquier pago a título oneroso por cualquier servicio" (...).

Con el nuevo artículo 12AA se da un giro estructural de la potestad tributaria hacia el Estado fuente para que pueda gravar los honorarios por la prestación de servicios. En opinión de los panelistas, esta modificación puede verse como una moneda de dos caras. Por un lado, una solución pragmática en tanto se deja de lado la discusión del lugar donde se presta el servicio, luego es innecesaria la caracterización o el lugar donde este se presta. Esta nueva disposición no tiene reglas referentes al nexo y a umbrales, luego tampoco sería necesario el análisis de determinar el involucramiento humano o si es un servicio automatizado, y el análisis de establecimiento permanente pierde relevancia. También se evita la práctica de segregación de contratos, impidiendo que la compensación se distribuya artificialmente entre diferentes tratamientos tributarios.

Por el otro lado de la moneda, uno de los panelistas manifiesta que este sistema puede generar una externalidad adicional, pues el recaudo puede darse incluso a costa de los propios ciudadanos del Estado de la fuente. En su opinión, si bien se podría presentar un aumento del recaudo, al tener una mayor potestad tributaria bajo el artículo 12AA, tal recaudo puede dar origen a la activación de cláusulas *gross-up* ante la existencia de la obligación de practicar retención en la fuente por parte del pagador.

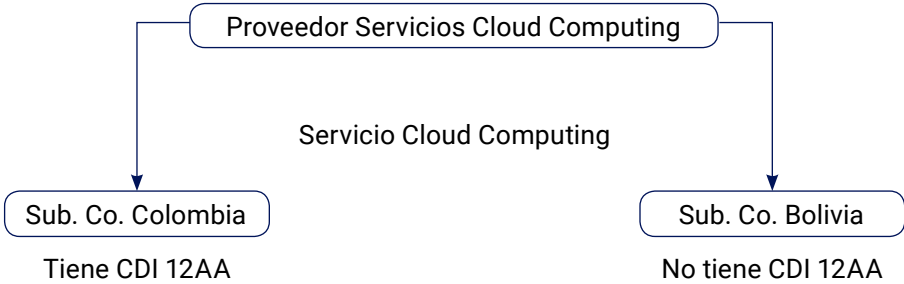
Una cláusula *gross-up* es aquella que, por ejemplo, indicaría que los pagos que el cliente deba efectuar al proveedor se tienen que realizar “libres y exentos de cualquier impuesto, retención o deducción de naturaleza tributaria, presente o futura”. En caso de que, conforme a la legislación tributaria aplicable, el cliente esté obligado a efectuar retenciones en la fuente, impuestos, tasas o contribuciones sobre dichos pagos, con la activación de este tipo de cláusulas el cliente tendrá la obligación de incrementar el monto a pagar (*gross-up*) de tal forma que el proveedor reciba el mismo importe neto que habría recibido de no existir dicha retención.

De otra parte, se destaca que para los negocios de margen bajo, este tipo de retenciones genera una mayor sobrecarga que a veces puede superar los márgenes de algunos modelos de negocios. En esta medida, se plantea que un esquema de retenciones altas no siempre se compadece de todos los modelos de negocio, por ejemplo, en el caso de intermediarios a cambio de un margen de interacción entre usuario y plataforma, lo cual redundaría en mayores precios para el consumidor o puede generar que simplemente se decida no prestar los servicios en un mercado específico.

Se recomienda, adicionalmente, que la política fiscal asociada a la tributación de servicios en el ámbito digital debe permitir calcular el impuesto sobre un resultado neto para no afectar a los modelos de negocio con márgenes bajos y evaluar un eventual tratamiento diferencial entre negocios B2B y B2C.

También se hace énfasis en la necesidad de identificar el mecanismo idóneo para recaudar este impuesto vía retención en la fuente, ya que la experiencia en el caso colombiano ha demostrado que si son los bancos los que practican la retención existen dificultades operativas con la implementación de este mecanismo, por ejemplo, cuando la transacción se realiza con bancos extranjeros que no reporten ese tipo de operaciones en Colombia. Por ello, se destaca la importancia de contar con un mecanismo eficaz para recaudar este impuesto.

Con el fin de analizar esta discusión en una situación concreta, se planteó el caso de la prestación de un servicio de *cloud computing* que hace un proveedor independiente del exterior a unas compañías en Bolivia y Colombia.



Del análisis del caso se concluyó que, por ejemplo, en Bolivia no habría incremento de precio dado que en Bolivia los convenios para evitar la doble imposición (CDI) no tienen este tipo de disposición 12AA, y que, en todo caso, esa clase de servicios no estarían gravados por el sistema tributario en Bolivia. Con respecto al tratamiento de servicios, en Bolivia y siguiendo los comentarios del modelo de convenio de la OCDE, en un paquete de servicios o (*bundling*) de *software as a service*/licencias, se individualiza cada servicio según su naturaleza para identificar su tratamiento tributario. Ahora bien, en un escenario del artículo 12AA segregar los servicios se vuelve innecesario tanto en el caso de Bolivia como en el de Colombia.

En Colombia, ante la existencia de un artículo 12AA en un CDI se discute el posible efecto de cláusulas de *gross-up* que terminen asumiendo los usuarios en Colombia, salvo que esté acompañado de una posibilidad de crédito fiscal en la otra jurisdicción. Este tipo de artículos podría generar un incremento de precio, con la posible pérdida de competitividad o incremento de costo a nivel local.

Por su parte, se plantea que existen modelos de negocios que no resisten una retención dentro del modelo financiero, luego una posible solución podría ser permitir un esquema de tributación sobre una base neta o unas reglas para la atribución de ingresos, costos y gastos ante un eventual establecimiento permanente, con la posibilidad de deducir costos y gastos atribuibles en su integridad, así como permitir la aplicación del crédito tributario por parte del prestador de servicios del exterior.

2. Comentarios frente al *side-by-side system* del G7

En la segunda parte del panel se plantean las dificultades que representa la implementación de un sistema *side by side* que permitiría la coexistencia del sistema fiscal americano con las reglas GloBE del pilar dos.

Antes que todo, se explica el funcionamiento de pilar dos de la OCDE/G20, el cual fue creado para garantizar una tributación efectiva de al menos un quince por ciento. Las reglas GloBE aplican a los grupos multinacionales

con ingresos anuales consolidados iguales o superiores a 750 millones de euros. De acuerdo con el reporte de la OCDE que definió el prototipo de las reglas GloBE (*Pillar 2 blueprint*), este umbral utiliza las mismas limitaciones y definiciones previstas para los reportes país por país y fue establecido para maximizar sinergias, facilitar el cumplimiento y evitar efectos adversos sobre las pequeñas empresas multinacionales.

Al estar cubiertos por las reglas GloBE, los grupos multinacionales deben calcular la tasa efectiva de tributación (*effective tax rate*, con sigla ETR) por cada entidad constitutiva, tomando como punto de partida la utilidad neta de los estados financieros consolidados y los impuestos cubiertos asociados a esa utilidad, de forma agregada por cada jurisdicción. Una vez realizados estos cálculos, cuando la ETR de cada entidad constitutiva a nivel jurisdiccional sea inferior a la tarifa mínima de tributación (15 %), surge la obligación de pagar un *impuesto complementario* o *top-up tax* que incrementa el monto total del impuesto a pagar por la entidad constitutiva del grupo multinacional hasta alcanzar la tasa mínima de tributación.

Concretamente, las reglas GloBE operan de la siguiente manera y orden de prelación:

- En primer lugar, el impuesto complementario puede ser recaudado a través de un impuesto mínimo complementario doméstico calificado (*qualified domestic minimum top-up tax*, con sigla QDMTT), el cual se aplicará en la jurisdicción donde se encuentren domiciliadas las entidades constitutivas que deban pagar el impuesto complementario. Con la implementación de un QDMTT, el impuesto complementario lo recaudaría la propia jurisdicción cuando la entidad constitutiva del grupo multinacional tenga una tasa efectiva de tributación inferior al 15 %. El QDMTT evita la aplicación del impuesto complementario en la otra jurisdicción, siempre y cuando dicho impuesto se trate de un impuesto mínimo complementario calificado.

- Cuando no se implemente un QDMTT, el impuesto complementario podrá ser recaudado con la aplicación de la regla de inclusión de rentas (*income inclusion rule*, con sigla IIR), la cual podrá aplicar la jurisdicción donde se encuentra domiciliada la casa matriz última del grupo multinacional (UPE), con respecto a las utilidades de las entidades constitutivas que hagan parte del grupo multinacional, siempre y cuando éstas no hayan estado sometidas a un QDMTT.

- En su defecto y ante la inexistencia de una IIR, el impuesto complementario podrá ser recaudado mediante la regla de rentas insuficientemente gravadas (*undertaxed profit rules*, con sigla UTPR), la cual podrá aplicar la jurisdicción donde se encuentre domiciliada una entidad constitutiva del grupo multinacional, con respecto a las utilidades de las otras entidades constitutivas del grupo e, incluso, las de la propia casa matriz. Con la aplicación de

esta regla, se deniega la deducción de gastos o se requiere un ajuste equivalente en la jurisdicción de una entidad subsidiaria, con el fin de producir un incremento equivalente en los impuestos pagados por el grupo multinacional.

Este sistema articulado de reglas está diseñado para garantizar un nivel mínimo de tributación por parte del grupo multinacional. Así mismo, la aplicación metódica de estas reglas permite que el impuesto se aplique de manera ordenada por las jurisdicciones que decidan implementar las reglas GloBE, lo cual evita escenarios de sobre imposición por la eventual aplicación simultánea de impuestos complementarios en distintas jurisdicciones.

Tras el inicio de la implementación de las reglas GloBE a nivel mundial, en el 2025, el presidente Donald Trump manifestó que EE. UU. no acompañaría la integración del sistema americano a las reglas GloBE, dado que dicho proceso implicaría la intervención del órgano legislativo. Así mismo, planteó una posible retaliación fiscal a través de la sección 899 del proyecto OBBBA (*One Big Beautiful Bill Act*), con cargos fiscales adicionales contra individuos y corporaciones de países con ciertos impuestos que el Congreso americano considera extraterritoriales o discriminatorios hacia EE. UU., en cuyos casos habría aplicado mayores impuestos sobre la renta y retenciones.

El 28 de junio de 2025, el Gobierno canadiense emitió la declaración del G7 que describía un entendimiento común entre EE. UU. y los demás países del G7 (Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón y el Reino Unido) sobre un sistema de colaboración en paralelo según el cual los grupos con sede en EE. UU. quedarían exentos de la regla de inclusión de ingresos (IIR) y la regla de rentas insuficientemente gravadas (UTPR), en virtud del pilar dos del BEPS, en reconocimiento de las normas de impuesto mínimo vigentes en EE. UU. a las que están sujetos. A cambio, la propuesta del artículo 899 se eliminó de la versión final aprobada del proyecto de ley *One Big Beautiful Bill Act* del presidente Trump.

El *statement side-by-side* del G7 es una declaración política dentro del marco de tributación mínima global del pilar dos de la OCDE/G20, diseñada para abordar precisamente las preocupaciones de EE. UU. sobre la duplicación de impuestos para sus empresas multinacionales (MNE). La idea central es permitir que el régimen de tributación mínima estadounidense vigente, conocido como las normas GILTI (ingresos globales intangibles de baja tributación, por sus siglas en inglés), coexista o funcione en paralelo con las normas del pilar dos de la OCDE, lo que, en la práctica, exime a las empresas con sede en EE. UU. de ciertos mecanismos del pilar dos. Se destacan cuatro aspectos principales de este entendimiento común:

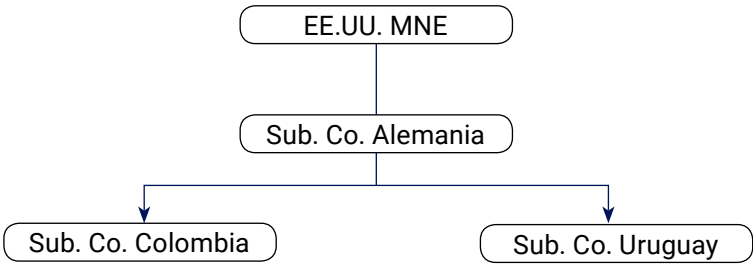
1. Regla de exclusión: ante una UPE residente de EE. UU., los demás Estados no pueden aplicar las reglas GloBE.

- 2. Coexistencia de las reglas GloBE con la legislación fiscal estadounidense.
- 3. Aplicación continua de otros impuestos. Los QDMTT pueden ser aplicados y no se entienden excluidos con la entrada en aplicación del sistema *side-by-side*.
- 4. EE. UU. se obliga a mantener la igualdad de condiciones y a luchar contra la erosión de la base imponible, tratamiento fiscal de créditos fiscales no reembolsables.

Por su parte, se indica que el organismo técnico que se ocuparía de implementar y regular el sistema *side-by-side* es el Grupo de Trabajo WP11 de Planeación Fiscal Agresiva del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE. Como consecuencia de dicha declaración, el WP11 anunció la manera de implementar el acuerdo, pero luego dicha solución, se destaca, tiene que ser incorporada en la legislación interna de cada Estado implementador del Pilar dos, y en el caso de la Unión Europea, mediante una directiva.

El objetivo del *statement side-by-side* del G7 es materializar desde el punto de vista técnico un sistema de reglas GloBE para que las entidades constitutivas cuyas UPE estén en EE. UU. no se vean afectas por las reglas del Pilar dos, específicamente por la IIR y la UTPR. Se discuten diferentes alternativas para implementar el mandato del G7, entre las que se habló de un posible diseño de diferentes *safe harbours* que podría coexistir con el sistema de las reglas GloBE actuales y lograr los efectos esperados.

Se analizó un caso de una eventual UPE en EE. UU. con una POPE (*partially owned parent entity*) en Alemania que obtiene una renta pagada por una entidad en Colombia, situación que podría generar inconsistencia y afectar la potestad de EE. UU. con respecto a la aplicación de las reglas GloBE.



Se concluye durante el panel que el *side-by-side* no afectaría la aplicación de un QDMTT en la jurisdicción que implemente dicho impuesto y que

el *safe harbour* que se diseñe debe garantizar la posibilidad de que se pueda aplicar el impuesto complementario de la legislación del impuesto mínimo de la jurisdicción que califique para el *side by side safe harbour*. Con la propuesta del *side-by-side*, en este caso Alemania no podría aplicar las reglas GloBE y será EE.UU. que podría aplicar su régimen GILTI para someter a imposición a las entidades constitutivas del grupo multinacional que tributen por debajo de la ETR.

3. Conclusiones

Para cerrar la discusión e, el panel sintetiza el debate y plantea recomendaciones para la agenda del Comité de Expertos de la ONU para el periodo 2025-2029:

1. Con respecto a la tributación de servicios digitales, se sugiere que en el diseño de este tipo de reglas se permita una opción de pago del impuesto bajo un resultado neto, acompañado con un mecanismo de retención en la fuente aplicada sobre el pago bruto. Adicionalmente, propone diseñar un manual para el modelo del recaudo de negocios B2C.

2. Como una medida de política fiscal, uno de los panelistas plantea que los impuestos saludables son un tema importante a incluir en la agenda estratégica de los asuntos a discutir por el Comité de Expertos de la ONU. Específicamente, se sugiere la creación de un grupo de trabajo que una esfuerzos para la creación de un manual de impuestos saludables que describa los objetivos de salud pública, reducción del consumo de ciertos productos que afectan la salud y que explique en términos generales la manera de implementar la respectiva legislación.

3. Se identifica la necesidad de profundizar en los comentarios y explicaciones del modelo de convenio de la ONU 2025, dados los múltiples cambios realizados en esta versión. Son muchas modificaciones, entre ellas, la *subject to tax rule* (STTR), el artículo 5A de establecimiento permanente de recursos naturales, cambios al artículo 8 de transporte internacional, artículo 12 (regalías) que incluye expresamente el *software*, artículo 12c (seguros) y el *fast track instrument*, entre otros, requieren un desarrollo más didáctico para la comprensión de estas nuevas disposiciones. De tal suerte, se debe trabajar en la explicación de las nuevas disposiciones del modelo ONU para facilitar su entendimiento y resolver las dudas que se pueden presentar con respecto a las discusiones planteadas por los panelistas, entre ellas, la repercusión de la tributación de servicios digitales bajo las reglas del artículo 12AA y eventuales situaciones del *gross-up* y aplicación de créditos tributarios por impuestos pagados en el exterior.

4. Del mismo modo, se insiste en que encontrar soluciones a la figura del establecimiento permanente sin presencia física es un tema crucial, pero que requiere también un eventual cambio en el artículo 7 de beneficios empresariales que le permita atribuir rentas a ese lugar fijo de negocios sin presencia física.

5. Se hace una reflexión acerca del apoyo y relacionamiento que debería tener el Comité de Expertos Tributarios con el proceso de negociación de la convención marco de la ONU, a efectos de que sea un soporte estratégico del proceso de negociación de la Convención Marco.

Finalmente, en opinión del autor las nuevas reglas del modelo ONU reflejan una evidente transformación en la política fiscal asociada a la tributación de servicios transfronterizos, así como a la necesidad de introducir mecanismos novedosos para evitar situaciones de doble no imposición o de erosión de la base imponible.

Si bien el Comité de Expertos de la ONU debería enfocarse en la explicación de los últimos cambios al modelo de la ONU, también es importante que dicho Comité pueda brindar el apoyo técnico a las discusiones que actualmente se llevan a cabo en la Convención Marco de la ONU, ya que durante el 2026 y 2027 tendrán lugar todas las discusiones técnicas encaminadas a encontrar soluciones para: una asignación justa de la potestad tributaria bajo la red mundial de CDI, incluida la tributación equitativa de las empresas multinacionales; combatir la evasión y la elusión fiscal por parte de personas con altos patrimonios; diseñar mecanismos de cooperación fiscal internacional que contribuyan al logro de los objetivos de desarrollo sostenible en sus tres dimensiones: económica, social y ambiental, de manera equilibrada e integrada; realizar una asistencia administrativa mutua eficaz en materia fiscal, incluyendo la transparencia y el intercambio de información con fines fiscales; combatir los flujos financieros ilícitos relacionados con la tributación, la elusión fiscal, la evasión fiscal y las prácticas fiscales perjudiciales, y diseñar mecanismos de prevención y resolución de controversias fiscales, entre otros compromisos ambiciosos de alto valor.

Todo este trabajo puede requerir de un apoyo técnico y estratégico que el Comité de Expertos de la ONU podría brindar como órgano consultivo para algunas de las materias discutidas en la convención marco. Lo anterior, sumado a que el Comité Intergubernamental de Negociación sobre el Convenio Marco de las Naciones Unidas para la Cooperación Tributaria Internacional es un órgano de la ONU de muy reciente creación y requiere de las capacidades técnicas y administrativas suficientes para afrontar el desafío que implica lograr un consenso mundial acerca de todas estas temáticas de fiscalidad internacional.

Por su parte, para el caso del *side-by-side system* de la OCDE habrá que evaluar la eficacia del diseño de los *safe harbours* que garantice la coexistencia del GILTI y otros posibles regímenes tributarios de otras jurisdicciones que después se sumen al *side-by-side system* con las reglas GloBE, sin que estos movimientos geopolíticos alteren el sistema de tributación mínima propuesto por la OCDE. El Pilar dos es una de las creaciones más novedosas para combatir los desafíos restantes de BEPS y para garantizar una tributación mínima a nivel global, que implica un cambio de paradigma en la manera de someter a tributación a las empresas multinacionales a nivel global.

Bibliografía

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Materia Tributaria, Informe del trigésimo período de sesiones (Nueva York, 24-27 de marzo de 2025), E/2025/45/Add.1-E/C.18/2025/3, <https://docs.un.org/en/E/2025/45/Add.1>
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Materia Tributaria, Informe del trigésimo período de sesiones (Nueva York, 27-30 de marzo de 2023), Texto propuesto de un instrumento de vía rápida para simplificar la modificación de los tratados bilaterales sobre doble tributación E/C.18/2025/2, <https://docs.un.org/es/E/C.18/2025/2>
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Materia Tributaria, Informe del trigésimo período de sesiones (Nueva York, 27-30 de marzo de 2023), E/C.18/2023/CRP.12 <https://docs.un.org/en/E/2025/45/Add.1>
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two), Side-by-Side Package: Inclusive Framework on BEPS, OECD, <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policysub-issues/global-minimum-tax/side-by-side-package.pdf>.

OPERACIONES DE FINANCIAMIENTO
INTRAGRUPO BAJO ESCRUTINIO:

DE LA TASA DE INTERÉS
A LA RAZONABILIDAD DE LA DEUDA,
LA SUSTANCIA ECONÓMICA Y LA PRUEBA

Krishu Miranda Fuenmayor

Contenido

Introducción. 1. Contenido mínimo del principio de plena competencia en operaciones financieras intragrupo: sustancia, riesgo y opciones realistas disponibles. 2. La correcta determinación de los hechos como primera etapa del análisis. 2.1. Características económicas relevantes de la operación. 2.2. Coherencia documental y límites a la modificación de los términos de la operación. 3. Particularidades del análisis de comparabilidad en préstamos y tesorería intragrupo. 3.1. Método y disponibilidad de comparables en la valoración de préstamos intragrupo. 3.2. Remuneración, calificación crediticia y fuerza del grupo. 4. Jurisprudencia comparada: España (cash pooling), Perú (depósitos vs. préstamos) y Colombia (depósitos mercantiles remunerados). 4.1. España: cash pooling, simetría financiera y sustancia funcional. 4.2. Perú: recaracterización de depósitos intragrupo y proactividad del Tribunal Fiscal. 4.3. Colombia: depósitos mercantiles remunerados y límites a la recaracterización administrativa. 4.4. Lectura comparada: convergencias, tensiones y estándar emergente. 5. Tendencias recientes: Australia (quantum de deuda), Chile (antielusión) y Costa Rica (recepción normativa OCDE). 5.1. Australia: del precio del dinero al control del quantum de deuda. 5.2. Chile: financiamiento intragrupo y control antielusión basado en sustancia. 5.3. Costa Rica: recepción normativa del estándar OCDE y financiamientos implícitos. 5.4. Lectura conjunta: hacia un estándar reforzado de razonabilidad económica. 6. Conclusiones. Bibliografía.

Operaciones de financiamiento intragrupo bajo escrutinio:

De la tasa de interés a la razonabilidad de la deuda, la sustancia económica y la prueba

Krishu Miranda Fuenmayor⁽¹⁾

Introducción

En el contexto de los grupos empresariales, la organización de la tesorería y de las fuentes de financiamiento constituye una de las decisiones más relevantes para el adecuado desarrollo de la actividad económica. La definición de una política financiera eficiente suele perseguir, de manera concurrente, la optimización de la liquidez de las distintas entidades del grupo, la reducción de los costos financieros y la contención de la carga fiscal⁽²⁾, en un proceso continuo de asignación racional de recursos orientado a mejorar la eficiencia global del grupo⁽³⁾. En este marco, instrumentos como los préstamos intragrupo, las garantías financieras, las estructuras de *cash pooling*⁽⁴⁾ y los mecanismos de centralización de tesorería inciden de forma directa en la política de financiación, junto

-
- (1) Abogada de la Universidad del Rosario; especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado; especialista y magíster en Tributación de la Universidad de los Andes. Candidata al doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Tributario; del Instituto Colombiano de Derecho Procesal; del Instituto de Estudios en Derecho Sancionatorio, y del Centro de Estudios en Derecho Procesal. Profesora de Procedimiento Tributario en programas de especialización y maestría de la Pontificia Universidad Javeriana y de la Universidad Santo Tomás.
- (2) O. Moerer, "BEPS Actions and Reactions: The 'Third Law of Motion' in Intercompany Financing?", *Tax Management Transfer Pricing Report* 25, n.º 22 (2017): 1.
- (3) Vid. W. Schön, "Transfer Pricing - Business Incentives, International Taxation and Corporate Law", en *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics*, editado por W. Schön y K. Konrad (Berlin-Heidelberg: Springer Verlag, 2012), 57.
- (4) El *cash pooling* es un mecanismo de gestión centralizada de tesorería mediante el cual las entidades de un grupo concentran excedentes y necesidades de liquidez en una estructura común, compensando saldos acreedores y deudores (de forma real o notional), para optimizar el uso del efectivo y reducir costos financieros; sus efectos, en precios de transferencia, se analizan conforme al principio de plena competencia, según funciones, riesgos y activos de cada entidad. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 10.5-10.7 (2022).

con las decisiones relativas a la obtención de recursos de terceros independientes.

Desde una perspectiva tributaria, estas decisiones no han sido neutrales. Las diferencias estructurales entre el tratamiento fiscal de la renta derivada de instrumentos de deuda —típicamente deducible— y aquella asociada a la participación en los fondos propios —no deducible— han generado históricamente un incentivo al endeudamiento intragrupo, con impacto directo en la base imponible. No resulta extraño, por tanto, que las operaciones financieras entre entidades vinculadas hayan sido identificadas como uno de los mecanismos más frecuentes de planificación fiscal y, en algunos casos, de traslado de beneficios entre jurisdicciones⁽⁵⁾. Frente a este riesgo, los ordenamientos internos han reaccionado mediante reglas de limitación a la deducibilidad de intereses, normas de recalificación deuda-capital y, más recientemente, a través de un control intensivo bajo el principio de plena competencia y las cláusulas generales antiabuso o antielusión.

Sin embargo, el debate contemporáneo sobre el financiamiento intragrupo ha dejado de centrarse exclusivamente en la deducibilidad del gasto financiero o en la corrección aritmética de la tasa de interés. Hoy, estas operaciones se sitúan en la intersección de tres fuerzas que se refuerzan mutuamente: (i) el tradicional diferencial fiscal entre intereses y dividendos; (ii) el fortalecimiento del control sobre la localización de beneficios y, en particular, sobre la remuneración de las funciones financieras dentro de los grupos, y (iii) la consolidación —cada vez menos *soft*— de un estándar técnico internacional que exige examinar no solo el ‘precio’ del dinero, sino el porqué del endeudamiento, su cuantía, su estructura, el riesgo asumido y, de manera central, la sustancia económica que lo sustenta.

Este desplazamiento conceptual resulta evidente en la evolución reciente del derecho comparado. El panel que da origen a este trabajo se concentró en tres decisiones que, leídas en conjunto, sintetizan con claridad la discusión actual. En primer lugar, la Sentencia 3721/2025 del Tribunal Supremo español, relativa a estructuras de *cash pooling*, en la que se enfatiza la necesidad de atender a la sustancia funcional de los flujos financieros y a la coherencia en la remuneración de las posiciones acreedoras y deudoras. En segundo lugar, la Resolución 05495-13-2024 del Tribunal Fiscal peruano, que caracteriza como préstamos intragrupo determinadas operaciones

(5) Inter alia M. A. Desai, C. F. Foley y J. R. Hines (2004). “A Multinational Perspective on Capital Structure Choice and Internal Capital Markets” (The Journal of Finance, vol. 59, n.º 6, p. 2451-2487). H. Huizinga, L. Laeven y G. Nicodeme (2008). “Capital Structure and International Debt Shifting” (Journal of Financial Economics, vol. 88, n.º 1, p. 80-118). C. Fuest, S. Hebous y N. Riedel (2011) “International Debt Shifting and Multinational Firms in Developing Economies” (Economics Letters, vol.113, n.º 2, p.135-138).

calificadas formalmente como depósitos, destacando el peso probatorio del lenguaje contractual y contable. Finalmente, la Sentencia 27844 del Consejo de Estado colombiano (caso Cerro Matoso), que admite la validez de un depósito mercantil remunerado y fija límites a la recaracterización de la operación cuando el contribuyente acredita condiciones de plena competencia.

En el debate del panel se planteó, incluso, una hipótesis deliberadamente provocadora: que a las autoridades tributarias ‘no les gustan’ los depósitos intragrupo porque, al calificarse como tales, suelen generar una remuneración inferior a la de un préstamo, con la consiguiente reducción de la base gravable en la jurisdicción de la fuente. No obstante, aunque esta explicación resulta intuitiva, es insuficiente. Las decisiones judiciales y los desarrollos doctrinales recientes muestran que la preocupación fiscal es más sofisticada: no se trata únicamente de recaudo, sino de caracterización económica adecuada, de atribución coherente de remuneraciones conforme a funciones y riesgos, y, cada vez con mayor intensidad, de la razonabilidad del monto de la deuda y de la capacidad real del deudor para soportarla.

En este sentido, el debate ha migrado desde la pregunta clásica: ‘¿la tasa es de mercado?’ hacia una más exigente: ‘¿esta relación jurídica y económica sería aceptada y defendible frente a un tercero independiente?’. Este giro se refleja de manera expresa en el capítulo X de las *Directrices de la OCDE* (2022) sobre transacciones financieras intragrupo, que amplía el perímetro de análisis a estructuras de tesorería centralizada, *cash pooling*, garantías y financiamientos implícitos, y se ve reforzado por desarrollos administrativos recientes. Entre ellos destacan el draft PCG 2025/D2 de la Australian Taxation Office, que pone el acento en la razonabilidad del *quantum* de deuda y no solo en la tasa de interés, así como el Oficio SII n.º 2342 de la administración tributaria chilena, que reconoce que el financiamiento intragrupo no es elusivo *per se*, pero exige verificar sustancia, trazabilidad, exigibilidad, capacidad económica y efectos reales más allá del ahorro tributario.

A partir de este contexto, el presente trabajo se propone dos objetivos. Por un lado, sistematizar los criterios que se desprenden de la jurisprudencia reciente en España, Perú y Colombia, identificando convergencias, tensiones y estándares probatorios relevantes. Por otro, articular dichos criterios con la tendencia normativa y administrativa internacional, representada por las *Directrices OCDE* y por desarrollos en jurisdicciones como Australia y Chile, incorporando además un ejemplo significativo de recepción latinoamericana del estándar OCDE a través de la regulación costarricense sobre obligaciones informativas y el tratamiento de determinadas operaciones de tesorería y financiamientos implícitos. El propósito último es ofrecer un marco analítico que permita comprender por qué el control del financiamiento intragrupo ya no se agota en la determinación de una tasa de interés, sino que exige

una explicación económica integral, coherente y probatoriamente robusta de la estructura de endeudamiento adoptada por los grupos empresariales.

1. Contenido mínimo del principio de plena competencia en operaciones financieras intragrupo: sustancia, riesgo y opciones realistas disponibles

Antes de abordar los aspectos específicos del análisis de comparabilidad aplicable a las operaciones de financiamiento intragrupo —en particular, a los préstamos entre entidades vinculadas— resulta necesario detenerse en una cuestión previa, de carácter estructural: qué exige, en su contenido mínimo, el principio de plena competencia cuando se proyecta sobre transacciones financieras intragrupo. Esta aclaración no es meramente introductoria. Por el contrario, condiciona de manera decisiva el alcance, la metodología y los límites del análisis posterior, así como la validez de los ajustes que eventualmente pretendan realizar las administraciones tributarias.

En términos generales, las normas de precios de transferencia parten de una premisa básica: la existencia de una vinculación entre las partes que intervienen en la operación. La razón de ser de este presupuesto es conocida. Allí donde existe una comunidad de intereses económicos, el legislador presume que las partes podrían pactar condiciones distintas de aquellas que habrían acordado sujetos independientes en circunstancias comparables, lo que justifica la intervención correctiva del derecho tributario. Si una relación comercial queda fuera del perímetro subjetivo definido por la normativa de operaciones vinculadas, no resulta jurídicamente admisible efectuar ajustes extracontables por esta vía, con independencia de que la operación pueda generar otros debates fiscales.

Ahora bien, constatada la vinculación, el principio de plena competencia no opera como una regla de resultado predeterminado, sino como una técnica de reconstrucción hipotética. Su finalidad no es sancionar la existencia de la relación intragrupo, sino recrear, mediante una ficción jurídica, las condiciones que habrían sido pactadas entre partes independientes que persiguen intereses propios y contrapuestos. Esta ficción —central en toda la arquitectura de precios de transferencia— exige eliminar metodológicamente la comunidad de intereses que caracteriza a las partes vinculadas y sustituirla por el comportamiento que cabría esperar de sujetos independientes que negocian en el mercado.

Desde esta perspectiva, el contenido mínimo del principio de plena competencia en materia de financiamiento intragrupo no puede reducirse a la determinación de una tasa de interés ‘razonable’ en abstracto. Por el contrario,

implica un análisis integral y secuencial, que comienza por la correcta delimitación de los hechos y culmina en la valoración económica de la operación tal y como habría sido aceptada —o no— por terceros independientes. Esta idea, que subyace a la normativa interna y a la doctrina clásica en la materia, ha sido reforzada de manera explícita por el capítulo X de las *Directrices de la OCDE* (2022), al exigir que el análisis se extienda a la sustancia de la operación, al riesgo efectivamente asumido y a las opciones realistas disponibles para las partes.

En primer lugar, la aplicación del principio de plena competencia presupone un examen caso por caso, orientado a comparar las circunstancias concretas de la operación vinculada con aquellas de operaciones realizadas entre partes independientes que puedan considerarse equiparables. Esta exigencia descarta cualquier aproximación mecánica o apriorística. La predeterminación del resultado —por ejemplo, asumir de antemano que toda operación intragrupo debe remunerarse como un préstamo bancario estándar— es incompatible con la lógica del análisis de comparabilidad, que exige partir de los hechos específicos y depurar progresivamente los comparables hasta alcanzar el mayor grado de precisión posible según la información disponible.

Esta exigencia cobra una relevancia particular en el ámbito de las operaciones financieras intragrupo. A diferencia de otras transacciones, los préstamos, las estructuras de tesorería centralizada o los mecanismos de *cash pooling* presentan un alto grado de heterogeneidad en términos de plazo, moneda, garantías, perfil de riesgo, finalidad económica y contexto del grupo. Por ello, resulta especialmente problemático compatibilizar la lógica del principio de plena competencia con el uso de referencias que no reflejan condiciones reales de mercado o que se apoyan en simplificaciones excesivas.

En segundo lugar, el principio de plena competencia impone la necesidad de comparar únicamente operaciones entre partes independientes, precisamente para neutralizar la comunidad de intereses inherente a las relaciones intragrupo. Los métodos de comparabilidad previstos en la normativa parten de esta premisa elemental: si los comparables seleccionados corresponden a operaciones entre entidades vinculadas, la ficción jurídica que sustenta el régimen de precios de transferencia se vacía de contenido. En otras palabras, la búsqueda de equivalentes entre partes independientes no es un formalismo, sino el núcleo mismo del mecanismo corrector.

Ahora bien, el avance más significativo en la comprensión contemporánea del principio de plena competencia en materia financiera reside en reconocer que no toda operación celebrada entre partes vinculadas sería necesariamente aceptada por partes independientes, incluso

antes de discutir su precio. Este punto marca un quiebre con una visión tradicional, centrada casi exclusivamente en la tasa de interés. El capítulo X de las *Directrices OCDE* introduce de manera expresa esta cuestión al señalar que, antes de determinar la remuneración, debe evaluarse si la operación —en su estructura y cuantía— sería razonablemente aceptada entre terceros, considerando las alternativas realistas disponibles para cada parte.

Así, el contenido mínimo del principio de plena competencia incorpora hoy una dimensión adicional: la aceptabilidad económica de la operación. Esto implica preguntarse no solo a qué tasa se habría pactado un préstamo, sino también si ese nivel de endeudamiento, con ese perfil de riesgo y en ese contexto económico, habría sido concedido por un prestamista independiente, o si, por el contrario, un tercero habría optado por exigir capital, modificar condiciones o directamente no otorgar el financiamiento. Esta lógica resulta particularmente visible en los desarrollos recientes que ponen el foco en la razonabilidad del monto de la deuda, desplazando el análisis desde el ‘precio del dinero’ hacia la estructura misma del financiamiento.

En tercer lugar, el principio de plena competencia exige una alineación entre sustancia económica y remuneración. La atribución de retornos debe ser coherente con las funciones efectivamente desempeñadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos. En el ámbito financiero, esta exigencia cobra especial relevancia cuando se analizan estructuras como el *cash pooling* o la tesorería centralizada, en las que una entidad del grupo puede limitarse a funciones administrativas sin asumir riesgos crediticios relevantes. En tales casos, la lógica del principio de plena competencia conduce a cuestionar la apropiación de márgenes financieros propios de una intermediación bancaria, en ausencia de sustancia funcional que los justifique.

Finalmente, el principio de plena competencia, en su contenido mínimo, incorpora una dimensión probatoria estructural. La reconstrucción hipotética de condiciones de mercado no puede realizarse en abstracto, sino sobre la base de hechos correctamente determinados y documentados. La identificación de las características económicas relevantes de la operación, la coherencia entre la documentación contractual y la realidad económica, y la consistencia del lenguaje contable y financiero se convierten en elementos centrales del análisis. No se trata, por tanto, de un ejercicio puramente técnico, sino de un proceso que exige una narrativa económica coherente y verificable.

En suma, el principio de plena competencia aplicado a operaciones financieras intragrupo exige, como contenido mínimo: (i) la correcta identificación de una relación de vinculación que justifique la intervención correctiva; (ii) un análisis de comparabilidad construido caso por caso sobre

operaciones entre partes independientes; (iii) la evaluación de la aceptabilidad económica de la operación y de sus alternativas realistas disponibles; (iv) la coherencia entre funciones, riesgos y remuneración, y (v) una base probatoria sólida que refleje fielmente la sustancia de la transacción. Solo a partir de estas premisas resulta posible abordar, con rigor, las etapas posteriores del análisis, relativas a la determinación de los hechos y a la aplicación concreta de los métodos de comparabilidad en préstamos y tesorería intragrupo.

2. La correcta determinación de los hechos como primera etapa del análisis

Uno de los aspectos más frecuentemente subestimados en el análisis de operaciones financieras intragrupo es la determinación correcta y completa de los hechos relevantes. Sin embargo, desde la perspectiva del principio de plena competencia, esta etapa no constituye un paso preliminar accesorio, sino el presupuesto lógico y metodológico sobre el cual descansa todo el análisis de comparabilidad posterior. La adopción de una metodología adecuada para fijar los hechos condiciona no solo el grado de precisión del análisis, sino también su coherencia interna y su fidelidad a la realidad económica de la operación⁽⁶⁾.

La propia OCDE ha insistido en que el análisis de precios de transferencia debe partir de una comprensión profunda de las circunstancias del contribuyente y de los elementos clave de la operación, con base, en particular, en un análisis funcional riguroso, que permita identificar las funciones desempeñadas, los riesgos asumidos y los activos utilizados, así como seleccionar correctamente la parte objeto de análisis, el método más apropiado y el indicador financiero relevante. Solo a partir de esta fijación inicial de los hechos resulta posible concretar los factores de comparabilidad que deberán ser considerados en etapas posteriores del análisis.

En el ámbito específico de las operaciones financieras intragrupo, la relevancia de esta etapa se ve acentuada por la complejidad inherente de estas transacciones y por el riesgo de distorsión que surge cuando se introducen, de manera *ex post*, elementos ajenos a la operación tal y como fue efectivamente acordada y ejecutada por las partes. De ahí que resulte indispensable distinguir entre dos planos analíticos distintos: (i) la determinación de las

(6) J. Reyneveld y M. Bonekamp (2012) "Non Business Motivated Loans: Considerations from an Economic Perspective" (International Transfer Pricing Journal, vol. 19, n.º 3, p. 227-236), p. 232. P. Fris, S. Gonnet (2010) "The state of the art in comparability for transfer pricing" (International transfer pricing journal, vol. 17, n.º 2, p. 99-106), p.104.

características económicas relevantes de la operación, y (ii) el examen crítico de los límites dentro de los cuales puede intervenir la administración tributaria sin desnaturalizar el análisis de comparabilidad.

2.1. Características económicas relevantes de la operación

La determinación de las características económicas relevantes de la operación constituye el primer paso sustantivo del análisis y reviste una importancia capital, en la medida en que define el marco fáctico sobre el cual se llevará a cabo la búsqueda de comparables, la selección del método de valoración, la realización de ajustes de comparabilidad y, en última instancia, la procedencia —o no— de ajustes sobre la base imponible. Esta etapa exige atender no solo a las condiciones formalmente pactadas, sino también a la posición relativa de las partes —acreedor y deudor— y a las circunstancias económicas que rodean la transacción.

La normativa de precios de transferencia identifica un conjunto de factores que deben ser considerados para fijar dichas características, entre los cuales destacan: (i) las características específicas del bien o servicio objeto de la operación; (ii) las funciones asumidas por las partes, con identificación de los riesgos asumidos y los activos utilizados; (iii) los términos contractuales, en cuanto reflejo de la distribución de responsabilidades, riesgos y beneficios; (iv) las circunstancias económicas relevantes, incluyendo las características de los mercados, y (v) las estrategias empresariales. A ello se suma cualquier otra circunstancia relevante razonablemente accesible para el contribuyente, como la existencia de pérdidas, decisiones regulatorias, ahorros de localización o sinergias derivadas de la pertenencia a un grupo empresarial.

En el caso de los préstamos intragrupo, este ejercicio adquiere una dimensión particularmente técnica. Elementos como el plazo de amortización del principal, la forma de repago (amortización constante, amortización única al vencimiento o esquemas híbridos), la periodicidad y modalidad del pago de intereses, la existencia de tipos fijos o variables referenciados a tasas interbancarias, la moneda, la clasificación de la deuda (ordinaria, subordinada, privilegiada), la existencia de garantías, cláusulas condicionales, opciones de prepago o penalidades, inciden directamente en el perfil de riesgo de la operación y, por ende, en su valoración. No es económicamente equivalente un préstamo con amortización del principal al vencimiento a cinco años y sin garantías que una línea de crédito a corto plazo respaldada por un aval, y esta diferencia debe reflejarse tanto en la selección de comparables como en la remuneración pactada.

Asimismo, las circunstancias exógenas que rodean la operación —y que escapan al control de las partes— pueden tener un impacto decisivo en la

determinación de sus características económicas relevantes. El momento del ciclo económico, las condiciones macroeconómicas generales, los cambios regulatorios, la disponibilidad de financiamiento en un sector específico, la evolución de los tipos de interés, la prima de riesgo país o las fluctuaciones cambiarias son factores que pueden alterar de manera significativa la percepción de riesgo y el costo del capital. Pretender valorar una operación financiera sin considerar este contexto equivale a abstraerla artificialmente de la realidad en la que fue celebrada.

En este marco, el análisis funcional cobra especial importancia. Desde la perspectiva del prestamista, las funciones típicas incluyen la evaluación y control del riesgo crediticio, la definición de los términos del préstamo —cuantía, plazo, remuneración— y la gestión de la documentación. Desde la óptica del deudor, resultan relevantes las funciones orientadas a la planificación del calendario de pagos, la eventual concesión de garantías y el cumplimiento de las obligaciones contractuales. La identificación precisa de estas funciones permite delimitar quién asume realmente los riesgos y, por tanto, quién debe ser remunerado por ellos⁽⁷⁾.

La asunción de riesgos constituye, probablemente, el elemento más sensible en la determinación de las características económicas relevantes de una operación de financiamiento intragrupo. Resulta indispensable distinguir entre los riesgos que recaen sobre el acreedor —riesgo de crédito, riesgo de mercado, riesgo cambiario— y aquellos que corresponden al deudor, vinculados a la ejecución exitosa de su actividad económica. Esta distinción es crucial para evitar confusiones conceptuales que conduzcan a una asignación incorrecta de retornos.

En este punto, la discusión sobre el denominado retorno libre de riesgo resulta ilustrativa. La OCDE ha sugerido que una entidad que no desempeña funciones relevantes de control del riesgo podría estar limitada a una remuneración equivalente a un retorno libre de riesgo. Sin embargo, esta aproximación ha sido objeto de críticas fundadas. En primer lugar, porque puede desconocer el riesgo económico real asumido por el prestamista; en segundo lugar, porque ciertos instrumentos de deuda pública pueden generar retornos negativos, lo que conduciría a resultados económicamente absurdos, y, finalmente, porque en la práctica financiera es común que existan esquemas de delegación de funciones de gestión del riesgo sin que ello implique la transferencia del riesgo económico subyacente. La analogía del inversor que contrata a un gestor de fondos resulta esclarecedora: aunque

(7) M. E. P. van der Breggen (2006) "Intercompany loans: observations from a transfer pricing perspective", nota 34, p. 296. A. Lee (2018) "Transfer Pricing of Financial Transactions", nota 9, p.256.

delegue decisiones, sigue siendo quien asume las ganancias o pérdidas de la inversión⁽⁸⁾.

Finalmente, debe destacarse que una base documental sólida no solo incrementa la transparencia frente a la administración de impuestos, sino que posiciona al contribuyente en una situación más robusta para defender su análisis. No obstante, la documentación no puede evaluarse de manera aislada. Resulta imprescindible verificar si la conducta efectiva de las partes se ajusta a los términos expresados y si la calificación jurídica adoptada refleja fielmente la operación tal y como ha sido verdaderamente estructurada y ejecutada.

2.2. Coherencia documental y límites a la modificación de los términos de la operación

La correcta determinación de los hechos también exige cautela frente al riesgo de distorsión del análisis derivado de la introducción de elementos que alteran la operación tal y como fue acordada entre las partes vinculadas. En este ámbito, existe una tensión evidente entre la amplitud de las posibilidades de configuración contractual de que disponen los contribuyentes y los límites que debe respetar la administración tributaria al intervenir en el análisis de comparabilidad.

Es cierto que, a diferencia de lo que ocurre entre partes independientes, en el seno de un grupo empresarial existe una mayor capacidad para influir sobre variables económicas relevantes, como la proporción entre deuda y capital, las perspectivas de generación de retornos o el calendario de pago⁽⁹⁾. Sin embargo, esta circunstancia no habilita a la administración para modificar unilateralmente los términos contractuales en la etapa de determinación de los hechos, pues ello desnaturalizaría el análisis de comparabi-

(8) Algo similar es lo acordado en: TPG10 par. 9.25-9.27. Vid. M. Koomen (2015) "Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle - Part II" (International Transfer Pricing Journal, vol. 22, n.º 4, p. 230-244), p. 236.

(9) R. J. Vann (2010) "Taxing International Business Income: Hard-Boiled Wonderland and the End of the World" (World Tax Journal, vol. 2, n.º 3, p. 291-346), p. 333 indica que, entre partes vinculadas, la asignación del beneficio muchas veces depende del golpe de un bolígrafo (stroke of a pen) por existir una voluntad única detrás de las operaciones entre partes vinculadas, que en último término facilitará un margen de planificación fiscal significativo, incluso a pesar de los límites que impone la normativa sobre precios de transferencia. En el mismo sentido, vid. W. W. Chip (2012) "The mystery of intangibles" (Tax management international journal, vol. 41, n.º 5, p. 229-233), p. 230. M. A. Sullivan (2013) "How to Prevent the Great Escape of Residual Profits" (Tax Notes, vol. 141, n.º 1, p. 13-16), p. 14 y M. Pankiv (2017) Contemporary Application of the Arm's Length Principle in Transfer Pricing (Amsterdam: IBFD), p. 99.

lidad y conduciría a resultados arbitrarios, contrarios al mandato del principio de plena competencia.

La propia OCDE ha advertido que el desconocimiento o la alteración de los términos de la operación solo puede admitirse como solución de última *ratio*, cuando resulte imposible llevar a cabo un análisis de comparabilidad razonable. Antes de ello, deben agotarse las herramientas propias de la valoración, en particular los ajustes de comparabilidad razonablemente precisos, que permiten adaptar el comparable más próximo a las características de la operación vinculada, sin necesidad de reescribir la transacción.

En este contexto, la noción de opciones realistas disponibles debe ser interpretada con cautela. Si bien resulta legítimo considerar qué alternativas habrían evaluado un acreedor o un deudor independientes —por ejemplo, acudir a una institución financiera—, una lectura excesivamente expansiva de este concepto podría conducir a ficciones incompatibles con la lógica del principio de plena competencia, como simular renegociaciones inexistentes o negar la propia existencia del préstamo sin respaldo en la conducta efectiva de las partes. El análisis debe centrarse en valorar la operación tal como fue celebrada, modulando su remuneración dentro de un rango de plena competencia delimitado por la remuneración mínima exigible por el acreedor y la máxima aceptable para el deudor.

Solo en escenarios extremos —como aquel en que un deudor en situación de insolvencia inminente recibe financiamiento que ningún tercero habría concedido— resultaría razonable desconocer la operación en su totalidad. Fuera de estos supuestos excepcionales, el principio de plena competencia impone una aproximación gradual y técnica, orientada a ajustar comparables antes que a reconfigurar contratos.

En definitiva, la correcta determinación de los hechos no solo constituye el punto de partida del análisis de comparabilidad, sino también un límite material a la intervención administrativa. Fijar adecuadamente las características económicas relevantes de la operación y respetar la coherencia entre documentación, conducta y realidad económica es condición indispensable para un análisis de plena competencia riguroso y jurídicamente sostenible. A partir de esta base, resulta posible abordar —con mayor precisión— las particularidades del análisis de comparabilidad en préstamos y tesorería intragrupo, que se examinan en el apartado siguiente.

3. Particularidades del análisis de comparabilidad en préstamos y tesorería intragrupo

Una vez fijadas las características económicas relevantes de la operación, el análisis de comparabilidad debe partir necesariamente de esa delimi-

tación fáctica para avanzar hacia la búsqueda de comparables adecuados y la selección del método más idóneo, con el objetivo de alcanzar un resultado que refleje, en la mayor medida posible, las condiciones que habrían sido pactadas entre partes independientes en circunstancias equiparables. En el ámbito de los préstamos y de las operaciones de tesorería intragrupo, esta tarea presenta dificultades específicas que justifican un tratamiento diferenciado respecto de otras categorías de operaciones vinculadas.

En efecto, las operaciones financieras intragrupo se caracterizan por una elevada heterogeneidad y por la escasez relativa de transacciones comparables plenamente equiparables entre partes independientes. Ello obliga a asumir, desde el inicio, que el análisis de comparabilidad no conducirá normalmente a una cifra única y exacta, sino a un rango de resultados razonables, dentro del cual la remuneración pactada podrá considerarse conforme al principio de plena competencia. Esta constatación no debilita el análisis, sino que lo hace más realista y coherente con la lógica económica de los mercados financieros.

3.1. Método y disponibilidad de comparables en la valoración de préstamos intragrupo

La precisión del análisis de comparabilidad depende, en primer término, del grado de coincidencia entre los factores de comparabilidad relevantes y del método escogido en función de la naturaleza de la operación y de la información disponible. En el caso de los préstamos intragrupo, el método que, en abstracto, mejor refleja el principio de plena competencia es el método del precio libre comparable no controlado (PC), en la medida en que permite contrastar la remuneración pactada en la operación vinculada con la remuneración acordada en operaciones de financiamiento equivalentes entre partes independientes.

Dentro del método PC, el análisis debe priorizar, siempre que sea posible, el uso de comparables internos, dada la mayor disponibilidad y fiabilidad de la información relativa a sus condiciones. Estos comparables pueden referirse tanto al acreedor —por ejemplo, préstamos otorgados a terceros independientes— como al deudor —préstamos recibidos de entidades no vinculadas—, o incluso a otras entidades del grupo que hayan celebrado operaciones financieramente comparables con terceros, siempre que se realicen los ajustes necesarios para neutralizar diferencias relevantes. La utilización de comparables internos, no obstante, exige una evaluación crítica rigurosa, pues no toda operación financiera con terceros resulta automáticamente comparable si difieren de manera significativa factores como el plazo, la moneda, el nivel de subordinación o las garantías.

Cuando no existen comparables internos adecuados, resulta legítimo acudir a comparables externos, lo que introduce nuevas complejidades. Una práctica habitual consiste en utilizar referencias de préstamos concedidos por entidades financieras a sujetos independientes. Estas referencias pueden servir como punto de partida, pero requieren ajustes sustanciales para reflejar las diferencias estructurales entre un préstamo bancario y un préstamo intragrupo, particularmente en lo relativo a la estructura de costos, el apetito de riesgo y el margen de intermediación propio de la actividad bancaria. En ausencia de ajustes razonablemente precisos, la referencia bancaria pierde valor comparativo y puede conducir a resultados distorsionados.

En este contexto, el uso de bases de datos especializadas que recogen información sobre préstamos entre entidades independientes puede ofrecer un soporte adicional al análisis, siempre que se verifique la calidad de la información y la comparabilidad efectiva de las operaciones seleccionadas. De manera complementaria, en ciertos casos resulta admisible recurrir al mercado secundario de bonos, dada la abundancia de información disponible, aunque este enfoque exige ajustes adicionales para reflejar diferencias en liquidez, costos de emisión, negociación y riesgo de impago.

Otra aproximación posible consiste en partir de una tasa de referencia libre de riesgo —como la deuda soberana de alta calificación o tasas interbancarias— y añadir un margen que refleje el riesgo específico de la operación, en función de sus características económicas relevantes. Este enfoque resulta especialmente útil en contextos donde la información comparativa es limitada, pero exige una justificación técnica sólida del margen aplicado, pues de lo contrario corre el riesgo de convertirse en un ejercicio arbitrario.

Adicionalmente, la OCDE reconoce la validez del método del costo de financiación⁽¹⁰⁾, mediante el cual se identifica el costo efectivo incurrido por el acreedor para obtener los fondos —incluyendo el costo de capital, los gastos de gestión y el riesgo asumido— y se añade un margen acorde con el principio de plena competencia. Aunque este método no se menciona siempre de forma expresa en la normativa interna, su lógica es análoga a la del método del costo adicionado o incrementado y resulta especialmente pertinente cuando el acreedor actúa como centro financiero del grupo con funciones claramente delimitadas.

(10) En el ordenamiento colombiano, este enfoque se encuadra dentro del método del costo adicionado, en la medida en que parte de identificar los costos efectivamente incurridos por el acreedor para obtener los fondos y adicionar un margen de plena competencia acorde con las funciones y riesgos asumidos, en línea con lo reconocido por la OCDE para operaciones financieras intragrupo.

Cualquiera que sea el método adoptado, debe asumirse que el resultado del análisis no suele ser un valor puntual, sino un rango intercuartil de valores, dentro del cual la remuneración del préstamo puede considerarse de mercado. La determinación del punto específico dentro del rango ha sido objeto de debate doctrinal y jurisprudencial. Mientras algunas decisiones aceptan que cualquier punto del rango cumple el principio de plena competencia, otras favorecen la adopción de la mediana como medida estadística que reduce el riesgo de error asociado a defectos de comparabilidad. En todo caso, la utilización de herramientas estadísticas debe entenderse como un mecanismo para mejorar la fiabilidad del resultado, no como un sustituto del análisis económico subyacente.

Finalmente, es posible reforzar el análisis mediante pruebas de razonabilidad complementarias, orientadas a verificar si la situación financiera del deudor tras la operación resulta comparable a la de entidades independientes en condiciones similares. Indicadores como la *ratio* deuda/EBITDA⁽¹¹⁾ o la relación deuda/capital⁽¹²⁾ pueden ofrecer información valiosa sobre la capacidad real del deudor para atender sus obligaciones financieras, sin que ello implique convertir estas métricas en reglas automáticas de valoración.

3.2. Remuneración, calificación crediticia y fuerza del grupo

La determinación de la remuneración de un préstamo intragrupo depende de múltiples factores interrelacionados, entre los cuales destaca la

(11) El *ratio* deuda/EBITDA es un indicador de apalancamiento que mide la capacidad de una empresa para atender su endeudamiento a partir de su generación operativa de recursos, expresando el número de años que serían necesarios para repagar la deuda financiera —bruta o neta— utilizando el EBITDA en condiciones constantes; en el análisis de financiamiento intragrupo se emplea como prueba complementaria de razonabilidad del endeudamiento y de capacidad de endeudamiento desde la perspectiva de un tercero independiente, sin constituir un método autónomo de precios de transferencia. Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 10.64–10.68 (2022); see also Aswath Damodaran, *Applied Corporate Finance* 206–09 (4th ed. 2015).

(12) La relación deuda/capital (*debt-to-equity ratio*) es un indicador financiero de estructura de capital que mide el grado de apalancamiento de una entidad en función de la proporción entre recursos ajenos y fondos propios; en el contexto del financiamiento intragrupo, este *ratio* se utiliza como herramienta complementaria para evaluar la razonabilidad de la estructura de endeudamiento, la capacidad de absorción de pérdidas y la aceptabilidad del nivel de deuda desde la perspectiva de un tercero independiente, sin operar como umbral automático ni como método autónomo de precios de transferencia. Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 10.60–10.63 (2022); see also Stephen A. Ross *et al.*, *Corporate Finance* 464–66 (11th ed. 2016).

solvencia del deudor (*creditworthiness*). La calificación crediticia constituye, en efecto, uno de los elementos más determinantes del costo del financiamiento, en tanto refleja la probabilidad de impago percibida por el acreedor y, por ende, la prima de riesgo exigida.

La evaluación de la solvencia del deudor requiere considerar tanto factores cuantitativos —*ratios* financieras, estabilidad de flujos de caja, viabilidad del proyecto financiado— como factores cualitativos, tales como la calidad de la gestión, la estructura organizativa o la estrategia empresarial. En la práctica, esta evaluación suele materializarse en una calificación crediticia, ya sea explícita —cuando existe un *rating* otorgado por agencias especializadas— o implícita, construida a partir de modelos internos o referencias de mercado.

Uno de los debates más complejos en este ámbito es el relativo al impacto de la pertenencia a un grupo empresarial sobre la calificación crediticia individual de una entidad. En ausencia de garantías explícitas, suele admitirse que la integración en un grupo genera ciertos beneficios implícitos —como la expectativa de apoyo financiero— que pueden mejorar la percepción de solvencia frente a terceros. La cuestión controvertida reside en determinar hasta qué punto estos beneficios deben ser considerados en el análisis de comparabilidad y si su existencia justifica una remuneración inferior a la que habría correspondido a una entidad aislada.

La postura de la OCDE se inclina por reconocer la existencia de estos beneficios implícitos derivados de la pertenencia a un grupo, sin exigir su remuneración, siempre que no exista un compromiso expreso de garantía. En cambio, cuando una entidad del grupo asume de manera explícita la obligación de respaldar la deuda de otra, el compromiso asumido constituye una función económicamente relevante que debe ser retribuida conforme al principio de plena competencia. Esta distinción resulta conceptualmente relevante, pero plantea dificultades prácticas en la medida en que la frontera entre apoyo implícito y garantía explícita no siempre es nítida.

Un ámbito particularmente controvertido es el tratamiento de las garantías intragrupo cuando el acreedor es la matriz. La OCDE ha sugerido que, en ciertos supuestos, la existencia de control sobre los activos de la subsidiaria podría limitar el impacto de las garantías en la valoración del préstamo. Sin embargo, esta aproximación resulta problemática cuando la matriz no es el único accionista o cuando los activos ya se encuentran gravados en favor de terceros, casos en los cuales la preferencia crediticia de la matriz no es evidente. Estas situaciones evidencian la necesidad de un análisis cuidadoso, que evite simplificaciones excesivas y refleje la realidad jurídica y económica de la estructura.

En definitiva, el análisis de comparabilidad en préstamos y tesorería intragrupo exige una aproximación técnica y matizada, que combine métodos de valoración adecuados, un uso crítico de los comparables disponibles y una evaluación rigurosa de la solvencia del deudor y de la fuerza del grupo. Solo mediante este enfoque resulta posible determinar una remuneración que refleje de manera razonable las condiciones de mercado y que sea consistente con la sustancia económica de la operación, evitando tanto la infra-remuneración como la sobreremuneración artificial de los flujos financieros intragrupo.

4. Jurisprudencia comparada: España (cash pooling), Perú (depósitos vs. préstamos) y Colombia (depósitos mercantiles remunerados)

El análisis jurisprudencial comparado permite observar con claridad cómo los estándares dogmáticos desarrollados en torno al principio de plena competencia, la determinación de los hechos y el análisis de comparabilidad se proyectan en decisiones concretas, con resultados que, aunque distintos, responden a una lógica común. Las experiencias de España, Perú y Colombia muestran que el escrutinio sobre las operaciones de financiamiento intragrupo no se articula en torno a prohibiciones formales, sino a criterios sustantivos de caracterización económica, coherencia probatoria y razonabilidad del endeudamiento, cuya aplicación depende de las circunstancias específicas de cada caso.

4.1. España: cash pooling, simetría financiera y sustancia funcional

La Sentencia 3721/2025 del Tribunal Supremo español constituye uno de los precedentes más relevantes en materia de financiamiento intragrupo, particularmente en relación con los sistemas de tesorería centralizada o *cash pooling*. El caso analizado giraba en torno a un esquema en el cual una entidad del grupo actuaba como centro de tesorería, recibiendo excedentes de liquidez de determinadas filiales —remunerados como ‘depósitos’— y otorgando financiamiento a otras —tratado como ‘préstamos’—, generando una asimetría en la remuneración de las posiciones acreedoras y deudoras.

El Tribunal Supremo descartó esta construcción, partiendo de una premisa central: en estructuras de *cash pooling* intragrupo, los saldos positivos no pueden asimilarse automáticamente a depósitos bancarios, ni la entidad central puede equipararse a una institución financiera independiente si no desempeña funciones equivalentes ni asume riesgos crediticios relevantes. Desde esta óptica, los flujos financieros debían calificarse como préstamos intragrupo de corto plazo, lo que imponía la necesidad de aplicar una remuneración coherente y simétrica conforme al principio de plena competencia.

Lo relevante del fallo no radica únicamente en la recaracterización, sino en el método empleado. El Tribunal pone el énfasis en el análisis funcional y en la sustancia económica de la operación, destacando la ausencia de personal, infraestructura y capacidad decisoria en la entidad líder del *pool*, así como la insuficiencia de la prueba pericial aportada, por su carácter excesivamente general y desvinculado de la operación concreta. Con ello, la Sentencia ilustra de manera clara los límites de un análisis que pretende justificar márgenes financieros propios de la intermediación bancaria sin la correspondiente sustancia funcional.

Desde la perspectiva del principio de plena competencia, el caso español evidencia dos conclusiones relevantes: (i) la necesidad de analizar la aceptabilidad económica de la estructura de tesorería y no solo la tasa aplicada, y (ii) la exigencia de coherencia entre funciones, riesgos y remuneración, descartando la apropiación de retornos financieros sin un correlato funcional verificable.

4.2. Perú: recaracterización de depósitos intragrupo y proactividad del Tribunal Fiscal

La Resolución 05495-13-2024 del Tribunal Fiscal peruano ofrece una aproximación distinta, pero conceptualmente alineada con los principios desarrollados en los apartados anteriores. En este caso, una entidad peruana había colocado fondos en una vinculada extranjera bajo la denominación de 'depósitos', remunerados con tasas pasivas. La administración tributaria cuestionó dicha calificación y sostuvo que, en realidad, se trataba de préstamos intragrupo que debían devengar tasas activas de mercado.

El Tribunal Fiscal no solo confirmó la recaracterización, sino que asumió un rol particularmente activo en el análisis de comparabilidad. Ante la insuficiencia del estudio presentado por el contribuyente, el Tribunal procedió a identificar tasas de referencia correspondientes a préstamos otorgados por entidades no financieras a plazos equivalentes, reforzando la tesis de que la operación tenía naturaleza crediticia y no de simple custodia de liquidez.

Un elemento especialmente ilustrativo del caso peruano es la relevancia otorgada al lenguaje contable y contractual utilizado por el propio contribuyente. El Tribunal destacó que, en la documentación interna y en el estudio de precios de transferencia, la operación era descrita como un 'préstamo intercompañía', y la entidad peruana aparecía caracterizada como prestamista. Esta incoherencia discursiva fue utilizada como indicio adicional para reforzar la recaracterización, poniendo de relieve que la prueba en materia de precios de transferencia no se agota en cifras, sino que incluye la narrativa económica construida por el propio contribuyente.

El caso peruano muestra, así, una aplicación estricta del principio de plena competencia, en la que confluyen tres elementos: (i) una caracterización económica basada en la disponibilidad de los fondos y la asunción de riesgo crediticio; (ii) una lectura exigente de la coherencia documental, y (iii) una actitud proactiva del Tribunal Fiscal que reduce el margen de defensa *ex post* cuando la determinación inicial de los hechos es deficiente.

4.3. Colombia: depósitos mercantiles remunerados y límites a la recaracterización administrativa

El tercer caso analizado ofrece un contrapunto relevante a las decisiones de España y Perú. En la Sentencia 27844 del 31 de octubre de 2025, el Consejo de Estado colombiano examinó una operación estructurada como depósito mercantil remunerado de excedentes de liquidez entre entidades vinculadas del grupo, que la administración de impuestos pretendía recaracterizar como préstamo intragrupo para imponer una remuneración superior.

La controversia giró, en lo esencial, en torno a dos problemas metodológicos: (i) la calificación jurídica y económica de la operación (depósito vs. préstamo) y (ii) la calidad del análisis de comparabilidad empleado para sustentar el ajuste. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) cuestionó la tasa aplicada e intentó sustituir el análisis del contribuyente por un comparable interno asociado a un préstamo bancario con un tercero independiente, argumentando que ese sería el punto de referencia idóneo para fijar una tasa de mercado. El Consejo de Estado desestimó esta aproximación, subrayando que la mera existencia de remuneración no transforma el depósito mercantil en un mutuo y que la administración no puede “imponer” una figura distinta por preferencia conceptual, sin superar el test de comparabilidad.

La decisión resulta particularmente ilustrativa porque reafirma dos ideas centrales para el principio de plena competencia. En primer lugar, la exigencia de valorar la operación conforme a su sustancia, lo cual implica reconocer que la función económica del depósito mercantil puede ser, precisamente, la colocación temporal de excedentes de caja bajo reglas de disponibilidad y cálculo de intereses compatibles con instrumentos de bajo riesgo. En segundo lugar, la sentencia fija un estándar probatorio relevante: si el contribuyente acredita, mediante comparables externos adecuados, que la remuneración se encuentra dentro del rango intercuartil de mercado, no es procedente desplazarla a un nivel superior sin demostrar que el comparable propuesto por la administración es efectivamente equiparable en términos de plazo, moneda, riesgo, garantías y demás características económicas relevantes.

En síntesis, el caso colombiano muestra que la intensificación del control sobre financiamientos intragrupo no conduce necesariamente a recaracterizaciones automáticas. Cuando la operación está debidamente determinada en sus hechos, documentada de forma coherente y soportada con un análisis de comparabilidad consistente, la recaracterización encuentra límites. Esta conclusión es clave para la lectura comparada: mientras España y Perú evidencian escenarios en los que la sustancia funcional y la coherencia documental habilitan la recalificación, Colombia ilustra el reverso metodológico, esto es, el control judicial sobre la calidad técnica del ajuste y sobre la suficiencia probatoria de la administración.

4.4. Lectura comparada: convergencias, tensiones y estándar emergente

Leídas en conjunto, las tres experiencias jurisdiccionales permiten identificar un núcleo común y, al mismo tiempo, matices relevantes en la aplicación del principio de plena competencia a operaciones de financiamiento intragrupo.

Existe convergencia en torno a la primacía de la sustancia económica sobre la forma, a la necesidad de una determinación rigurosa de los hechos y a la centralidad de la comparabilidad como herramienta correctora. No obstante, los desenlaces difieren en función de la calidad de la prueba, la coherencia documental y la aceptabilidad económica de la operación. Allí donde la estructura carece de sustancia funcional (España) o donde la documentación contradice la calificación formal (Perú), los tribunales no dudan en recaracterizar. Allí donde el contribuyente logra acreditar una lógica económica defendible y condiciones de mercado (Colombia), la recaracterización encuentra un límite.

Este contraste permite afirmar que el problema no radica en la figura utilizada —depósito, préstamo o *cash pooling*—, sino en la capacidad de explicar y probar por qué esa figura es coherente con la realidad económica del caso concreto. Esta constatación prepara el terreno para el análisis de las tendencias administrativas y normativas recientes, que, como se verá a continuación, profundizan el desplazamiento del control desde la tasa de interés hacia la razonabilidad del endeudamiento y la sustancia económica del financiamiento intragrupo.

5. Tendencias recientes: Australia (quantum de deuda), Chile (antielusión) y Costa Rica (recepción normativa OCDE)

El análisis jurisprudencial comparado pone de manifiesto que el control del financiamiento intragrupo ya no se articula únicamente a través de la reca-

racterización puntual de determinadas operaciones, sino que responde a una tendencia más amplia de evolución del estándar técnico. Esta tendencia se expresa, con distintos matices, en desarrollos administrativos y normativos que, sin abandonar el principio de plena competencia, desplazan el foco desde la mera verificación de la tasa de interés hacia un examen más profundo de la razonabilidad económica del endeudamiento, su sustancia y sus efectos reales. Los casos de Australia, Chile y Costa Rica ilustran con claridad este movimiento.

5.1. Australia: del precio del dinero al control del quantum de deuda

La publicación del draft PCG 2025/D2 por parte de la Australian Taxation Office (ATO) constituye uno de los desarrollos más explícitos en cuanto al cambio de eje del análisis en materia de financiamiento intragrupo. A diferencia de aproximaciones tradicionales centradas casi exclusivamente en la tasa de interés, la guía australiana redefine el marco de evaluación para incorporar con mayor intensidad otros componentes esenciales de la operación financiera.

En particular, la ATO introduce un escrutinio sistemático sobre el monto de la deuda asumida por la entidad local, evaluando si dicho nivel de apalancamiento resulta razonable desde una perspectiva económica, atendiendo a una serie de condiciones objetivas. La guía enfatiza que no basta con demostrar que la tasa aplicada se encuentra dentro de un rango de mercado; es necesario, además, explicar por qué un tercero independiente habría aceptado prestar —o endeudarse— por ese monto específico, en ese contexto económico y con ese perfil de riesgo.

Este enfoque se alinea de manera directa con el capítulo X de las *Directrices OCDE*, en particular con la exigencia de considerar las opciones realistas disponibles para las partes. La ATO parte de la premisa de que un análisis de plena competencia incompleto —centrado únicamente en el precio— puede conducir a resultados artificiales si se ignora la pregunta previa sobre la aceptabilidad del endeudamiento mismo. Así, la incapacidad de soportar documentalmente la decisión económica que llevó a establecer un determinado nivel de deuda puede derivar en la recharacterización total o parcial de la operación, incluso cuando la tasa de interés, aisladamente considerada, sea defendible.

Desde una perspectiva comparada, el enfoque australiano resulta particularmente relevante porque transforma en criterio operativo una idea que ya estaba latente en la doctrina OCDE y en la jurisprudencia analizada: la plena competencia no se satisface cuando se fija correctamente el precio de una estructura económicamente injustificable. En este sentido, el control

del *quantum* de deuda se convierte en una herramienta central para detectar situaciones de sobreapalancamiento intragrupo sin sustancia económica suficiente.

5.2. Chile: financiamiento intragrupo y control antielusión basado en sustancia

Una aproximación distinta, aunque conceptualmente convergente, se observa en el Oficio SII n.º 2342 de la administración tributaria chilena, que analiza estructuras de préstamos intragrupo entre sociedades vinculadas pertenecientes a un mismo grupo empresarial. A diferencia del enfoque australiano —más explícitamente anclado en precios de transferencia—, el SII chileno articula su análisis desde la óptica de las cláusulas generales antielusión contenidas en el Código Tributario.

El pronunciamiento parte de una afirmación relevante: los préstamos intragrupo no constituyen, por sí mismos, una conducta elusiva. Sin embargo, dicha afirmación se encuentra condicionada a la verificación de una serie de elementos sustantivos, entre los que destacan la existencia de condiciones de mercado (*arm's length*), la efectividad de las obligaciones asumidas, la trazabilidad y destino de los fondos, la capacidad financiera real de las partes, la coherencia con la política de distribución de utilidades y la generación de efectos económicos o jurídicos relevantes más allá del mero ahorro tributario.

Este enfoque resulta particularmente ilustrativo porque muestra cómo el estándar de plena competencia permea el análisis antielusión, aun cuando no se invoque formalmente el régimen de precios de transferencia. El SII no cuestiona la estructura por su sola configuración intragrupo, sino por la eventual ausencia de sustancia económica o por la utilización instrumental del financiamiento para alterar artificialmente la carga fiscal. En este sentido, el control se desplaza desde la forma jurídica hacia la función económica real del financiamiento, en línea con las exigencias desarrolladas en la doctrina OCDE y reflejadas en la jurisprudencia comparada.

La experiencia chilena confirma, así, que el financiamiento intragrupo se ha convertido en un terreno de intersección entre precios de transferencia y antielusión, donde la defensa de la operación exige una narrativa económica consistente que explique no solo la tasa, sino también la lógica empresarial del endeudamiento y sus efectos reales.

5.3. Costa Rica: recepción normativa del estándar OCDE y financiamientos implícitos

El caso costarricense ofrece un ejemplo adicional de cómo el estándar OCDE en materia de transacciones financieras intragrupo comienza a ser

internalizado normativamente en América Latina. A través de desarrollos regulatorios recientes, Costa Rica ha incorporado obligaciones informativas y reglas operativas que amplían el perímetro del control más allá de los préstamos formalmente documentados, para incluir financiamientos implícitos, estructuras de tesorería centralizada y determinadas operaciones intercompañía que, aunque no se presenten como deuda en sentido estricto, cumplen una función financiera equivalente.

Este enfoque resulta particularmente relevante porque refuerza una idea central del artículo: la determinación de los hechos y la caracterización económica de la operación preceden a cualquier discusión sobre comparabilidad o remuneración. Al exigir información detallada sobre estas operaciones y someterlas al escrutinio del principio de plena competencia, la regulación costarricense reduce el espacio para estructuras que, sin sustancia económica clara, pretendan escapar al control fiscal mediante calificaciones formales.

En clave comparada, Costa Rica ilustra una tendencia incipiente pero significativa: la transición desde un control reactivo —basado en ajustes *ex post*— hacia un modelo preventivo, apoyado en deberes de información y en la ampliación del concepto de operación financiera relevante a efectos fiscales.

5.4. Lectura conjunta: hacia un estándar reforzado de razonabilidad económica

Consideradas en conjunto, las experiencias de Australia, Chile y Costa Rica permiten identificar un estándar emergente en materia de financiamiento intragrupo. Este estándar no abandona el principio de plena competencia, pero lo densifica, incorporando de manera explícita preguntas que antes se abordaban de forma marginal o implícita: ¿es razonable el nivel de endeudamiento?, ¿existe sustancia económica verificable?, ¿la operación produce efectos reales más allá del ahorro fiscal?, ¿habría sido aceptada por un tercero independiente en condiciones comparables?

El denominador común de estos desarrollos es el desplazamiento del análisis desde el control aislado de la tasa hacia una evaluación integral de la estructura financiera, en la que la documentación, la trazabilidad, la coherencia funcional y la capacidad económica del deudor adquieren un rol central. Esta evolución refuerza la conclusión anticipada por la jurisprudencia comparada: el problema del financiamiento intragrupo ya no es —o no solo— el ‘precio’ del dinero, sino la defendibilidad económica y probatoria del endeudamiento mismo.

Este marco prepara el terreno para las conclusiones, orientadas a sistematizar las implicaciones prácticas de este estándar reforzado para el diseño, documentación y defensa de operaciones financieras intragrupo.

6. Conclusiones

El análisis desarrollado a lo largo de este trabajo confirma que las operaciones financieras intragrupo se han convertido en uno de los terrenos más complejos y sensibles del derecho tributario internacional contemporáneo. No por su novedad, sino por la densidad técnica que hoy exige su correcta evaluación bajo el principio de plena competencia. El financiamiento intragrupo ya no puede abordarse como una cuestión meramente aritmética ni como un ejercicio aislado de fijación de tasas de interés. Se trata, por el contrario, de un análisis integral que involucra sustancia económica, coherencia funcional, razonabilidad del endeudamiento y capacidad probatoria.

Desde esta perspectiva, el trabajo ha tenido como propósito principal construir un marco analítico de buenas prácticas, a partir de una lectura crítica y sistemática de las recomendaciones de la OCDE, de la jurisprudencia reciente en España, Perú y Colombia, y de las tendencias administrativas observadas en Australia, Chile y Costa Rica. La relevancia del análisis reside en una constatación básica, pero frecuentemente ignorada: la determinación de una remuneración de plena competencia en operaciones financieras intragrupo es un ejercicio de alta complejidad técnica, que, mal abordado, puede generar riesgos fiscales significativos; pero que, correctamente estructurado, permite mitigar dichos riesgos y dotar de defendibilidad a estructuras legítimas de financiamiento empresarial.

En primer lugar, se han examinado las cuestiones controvertidas relativas al contenido mínimo del principio de plena competencia en supuestos de financiamiento intragrupo. Este análisis ha permitido evidenciar que una interpretación reduccionista del principio —limitada a la tasa de interés— resulta incompatible con su lógica interna y con los desarrollos más recientes del estándar internacional. La plena competencia exige hoy verificar no solo el ‘precio’ del dinero, sino la aceptabilidad económica de la operación, la asignación coherente de riesgos y la existencia de opciones realistas disponibles para las partes. En este punto, la jurisprudencia analizada muestra tensiones evidentes entre aproximaciones más formales y lecturas sustantivas del principio, lo que refuerza la necesidad de una metodología rigurosa y conceptualmente consistente.

En segundo lugar, el trabajo ha puesto de relieve la centralidad de la correcta determinación de los hechos como primera etapa del análisis de comparabilidad. La identificación de las características económicas relevantes de la operación, el análisis funcional, la evaluación de los riesgos efectivamente asumidos y la coherencia entre documentación contractual, lenguaje contable y conducta real de las partes no constituyen aspectos accesorios, sino presupuestos indispensables para cualquier valoración posterior. La experiencia comparada demuestra que muchos ajustes —y muchas

derrotas procesales— no se explican por un error en la tasa, sino por una deficiente construcción del relato económico de la operación.

En tercer lugar, una vez fijado adecuadamente el punto de partida fáctico, se han abordado las particularidades del análisis de comparabilidad en préstamos y tesorería intragrupo. Se ha evidenciado que, aunque el método PC suele ser conceptualmente preferible, su aplicación práctica enfrenta limitaciones relevantes derivadas de la escasez de comparables plenamente equiparables. Ello obliga a aceptar rangos de mercado, a realizar ajustes razonablemente precisos y, en ciertos casos, a recurrir a aproximaciones complementarias como el análisis del costo de financiación o pruebas de razonabilidad financiera. Asimismo, se ha destacado el papel determinante de la solvencia del deudor y de su calificación crediticia, así como la necesidad de abordar con cautela el impacto de la pertenencia a un grupo empresarial y de los beneficios implícitos asociados a dicha pertenencia.

El análisis jurisprudencial comparado ha permitido, además, extraer una conclusión transversal: no existe una aversión estructural a una figura jurídica específica —depósito, préstamo o *cash pooling*—, sino un escrutinio creciente sobre la coherencia económica de la operación. España y Perú ilustran escenarios en los que la falta de sustancia funcional o la incoherencia documental habilitan la recaracterización; Colombia, por su parte, muestra que una operación correctamente determinada, documentada y valorada conforme a mercado puede resistir con éxito el control administrativo. El estándar emergente no sanciona la planificación financiera legítima, pero sí penaliza la improvisación técnica y la debilidad probatoria.

Las tendencias administrativas recientes refuerzan esta lectura. Australia explicita el desplazamiento hacia el control del *quantum* de deuda; Chile integra el análisis de sustancia y efectos económicos desde una óptica antielusión; Costa Rica amplía el perímetro del control mediante obligaciones informativas y la inclusión de financiamientos implícitos. En conjunto, estos desarrollos confirman que el debate ha migrado definitivamente desde la pregunta ‘¿la tasa es de mercado?’ hacia una más exigente y estructural: ‘¿esta estructura de financiamiento es razonable, sustantiva y defendible frente a un tercero independiente?’.

Como reflexión final, no puede dejar de destacarse que este trabajo surge del recuento de un panel técnico liderado y discutido por mujeres en un espacio profesional históricamente dominado por narrativas y voces homogéneas. Ello no es un dato anecdótico. La discusión sobre financiamiento intragrupo —compleja, técnica y estratégicamente relevante— exige miradas diversas, rigor conceptual y una disposición crítica frente a soluciones

simplistas. En ese sentido, el panel y este artículo no solo aportan a la comprensión técnica del tema, sino que reivindican la importancia de espacios de diálogo especializados, plurales y técnicamente exigentes, capaces de enriquecer el debate tributario desde perspectivas sólidas y complementarias.

En definitiva, el financiamiento intragrupo no es, ni debe ser, un terreno de automatismos. Es un ámbito que exige método, coherencia y profundidad analítica. Quienes diseñan, documentan y defienden estas operaciones están llamados a abandonar enfoques defensivos de corto plazo y a construir estructuras económicamente explicables, técnicamente robustas y probatoriamente sostenibles. Esa es, quizá, la enseñanza más clara que se desprende del recorrido comparado aquí realizado.

Bibliografía

- Wittendorff, Jens *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law, 2010.
- Vann, R. J., "Taxing International Business Income: Hard-Boiled Wonderland and the End of the World". *World Tax Journal* 2, n.º 3 (2010): 291-333.
- "Update of the United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries. Co-coordinators' Report on the Work of the Subcommittee on Transfer Pricing (2019)". *United Nations*, https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2019/04/18STM_CRP1_Update-UN-Practical-Manual-on-Transfer-Pricing.pdf
- Tax Notes, Sullivan, M. A., How to Prevent the Great Escape of Residual Profits, 141 *Tax Notes* 13, 14 (2013).
- Tax Mgmt. Transfer Pricing Rep., van der Breggen, M. E. P., Does Debt Matter? The Transfer Pricing Perspective, 16 *Tax Mgmt. Transfer Pricing Rep.* 200, 202 (2007).
- Tax Mgmt. Transfer Pricing Rep., van der Breggen, M. E. P., Intercompany Loans: Observations from a Transfer Pricing Perspective, 15 *Tax Mgmt. Transfer Pricing Rep.* 296, 298 (2006).
- Tax Mgmt. Transfer Pricing Rep., Hollas, J. C. & Hands, G., Intercompany Financial Transactions: Selecting Comparable Data, 18 *Tax Mgmt. Transfer Pricing Rep.* 1240 (2010).
- Tax Mgmt. Transfer Pricing Rep., Hollas, J. C. & Hands, G., Intercompany Financial Transactions: Factors to Consider in Analyzing the Impact of Implicit Parental Support, 22 *Tax Mgmt. Transfer Pricing Rep.* 1302, 1303–04 (2014).
- Tax Mgmt. Int'l J., Chip, W. W., The Mystery of Intangibles, 41 *Tax Mgmt. Int'l J.* 229, 230 (2012).
- Tax Planning Int'l Rev., Hoor, O. R., Darche, C. & Schmitz-Merle, S., New Transfer Pricing Circular Regarding Intra-Group Financing Activities, 44 *Tax Plan. Int'l Rev.* n.º 1 (2017).
- Springer, Schön, W., Transfer Pricing – Business Incentives, International Taxation and Corporate Law, in *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics* 47, 57 (W. Schön & K. Konrad eds., Springer 2012).
- Springer, Horst, T., Credit Ratings and the Debt-Related Costs for a Subsidiary of a Multinational Firm, in *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics* 159–84 (W. Schön & K. Konrad eds., Springer 2012).

- Rasch, M., Revised Guidance on Intercompany Financing, 24 Int'l Transfer Pricing J. 176 (2017).
- Russo, A. & Moerer, O., Introduction, in Transfer Pricing and Intra-Group Financing: The Entangled Worlds of Financial Markets and Transfer Pricing 1, 23–29 (A. Bakker & M. M. Levey eds., IBFD 2012).
- Robillard, R., Contractual Arrangements and the Delineation of a Transaction: A Duo in Crisis Mode, 45 Intertax 801, 805 (2017).
- Pankiv, M., Contemporary Application of the Arm's Length Principle in Transfer Pricing 99 (IBFD 2017).
- "OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (2022)". OECD, <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm>.
- Navarro Ibarrola, R., El desconocimiento de operaciones vinculadas en el marco del principio de plena competencia del art. 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, § 4.2.1. (2018).
- Moerer, O., BEPS Actions and Reactions: The "Third Law of Motion" in Intercompany Financing?, 25 Tax Mgmt. Transfer Pricing Rep. n.º 22 (2017).
- Koomen, M., Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle – Part II, 22 Int'l Transfer Pricing J. 230, 236 (2015).
- Lee, A., Transfer Pricing of Financial Transactions, 2 Transfer Pricing Int'l 255, 256–58 (2018).
- Journal of Financial Economics, Huizinga, H., Laeven, L. & Nicodeme, G., Capital Structure and International Debt Shifting, 88 J. Fin. Econ. 80 (2008).
- Journal of Finance, Desai, M. A., Foley, C. F. & Hines, J. R., A Multinational Perspective on Capital Structure Choice and Internal Capital Markets, 59 J. Fin. 2451 (2004).
- Intertax, Greil, S. & Schilling, D., Intragroup Financial Transactions: Avoiding BEPS and Applying the Arm's-Length Principle, 45 Intertax 253 (2017).
- Intertax, Greil, S. & Schilling, D., Cross-Border Financial Transactions and Arm's Length Interest Rates: A Two-Step Approach, 44 Intertax 802, 807 (2016).
- International Transfer Pricing Journal, Fris, P. & Gonnet, S., The State of the Art in Comparability for Transfer Pricing, 17 Int'l Transfer Pricing J. 99, 104–05 (2010).

- Fuest, C., Hebous, S. & Riedel, N., International Debt Shifting and Multinational Firms in Developing Economies, 113 Econ. Letters 135 (2011).
- Butler, J., Pengelly, J. & Wang, L., Commissioner Issues Draft Practical Compliance Guideline on Cross-Border Related-Party Financing Arrangements, 24 Int'l Transfer Pricing J. 364 (2017).
- Bonekamp, M. & Snel, F., Financial Transactions: Dutch Guidance Versus the OECD Discussion Draft, 25 Int'l Transfer Pricing J. 417 (2018).

ASPECTOS INTERNACIONALES DE LA REFORMA TRIBUTARIA

Alejandro Sotello Riveros

Contenido

Introducción. 1. Consideraciones en materia de dividendos. 1.1. Capacidad contributiva del contribuyente. 1.2. Entorno económico y empresarial del país. 2. Consideraciones en materia de activos digitales. 3. Otras propuestas. 3.1. Enajenaciones indirectas: responsabilidad solidaria. 3.2. Cambio de titularidad de inversiones extranjeras: condición resolutoria. 3.3. Sede efectiva de administración: estructuraciones y reestructuraciones. 3.4. Establecimientos permanentes: aplicación de normativa formal y sustancial. 4. Conclusiones. Bibliografía.

Aspectos internacionales de la reforma tributaria

Alejandro Sotello Riveros⁽¹⁾

Introducción

El proyecto de ley de financiamiento (al menos la versión conocida en septiembre de 2025) incluía diversas propuestas en materia de normas de tributación internacional. Aunque dichas propuestas no fueron incorporadas en los decretos tributarios expedidos posteriormente por el Gobierno nacional en el marco de los estados de excepción, sí permiten anticipar posibles cambios legislativos futuros, así como analizar, desde una perspectiva crítica, la falta de una política fiscal en materia de tributación internacional.

Bajo este contexto, el presente artículo tiene como objetivo recoger, desde una perspectiva de opinión, las memorias del panel académico adelantado por los expertos Ruth Yamile Salcedo, Adrián Rodríguez y Mauricio Piñeros, en el marco del 14.º Congreso de Tributación Internacional. El análisis se centrará en los siguientes tres bloques temáticos: (i) el régimen de tributación a los dividendos; (ii) el régimen de tributación de activos digitales, y (iii) otras disposiciones relevantes entre las que se incluyen la sede efectiva de administración, el cambio de titularidad de inversiones extranjeras, las enajenaciones indirectas, y las obligaciones formales de los establecimientos permanentes.

Entre los hallazgos principales se destaca que las propuestas en materia de dividendos (eliminación del descuento del 19 % y aumento de la tarifa para entidades extranjeras del 20 % al 30 %) hubieran generado una tarifa combinada sociedad-socio de hasta el 70.5 %, lo cual desconoce los principios constitucionales de capacidad contributiva, progresividad y no confiscatoriedad (artículos 34 y 363 de la Constitución, Sentencia C-209 de 2016), además de evidenciar una desconexión con la realidad empresarial colombiana representada en más de un 90 % en pequeñas y medianas empresas (pymes).

(1) Abogado de la Universidad de los Andes; especialista en Derecho Comercial de la misma Universidad y especialista en Derecho Tributario de la Universidad Externado de Colombia; LL. M. en International Tax Law de la Universidad de la Florida (EE. UU.). Asociado senior de impuestos en Pérez-Llorca, Gómez Pinzón Abogados.

En materia de activos digitales, si bien la iniciativa resulta rescatable por establecer un marco normativo definido, adolece de deficiencias técnicas como la falta de claridad sobre los obligados formales en enajenaciones indirectas que involucran activos digitales. Finalmente, las propuestas sobre condición resolutoria en el cambio de titularidad y sobre reporte de estructuraciones por parte de entidades con sede efectiva de administración (SEA) presentaban graves inconsistencias de técnica legislativa que las tornan inaplicables o contradictorias con los principios del derecho tributario.

1. Consideraciones en materia de dividendos

En Colombia, el régimen de impuesto a los dividendos parte de un sistema de doble tributación entre sociedad y socio. Esto ocurre porque los dividendos percibidos por los socios, provenientes de utilidades no gravadas a nivel de la sociedad que los distribuye (por ejemplo, como consecuencia de la aplicación de un beneficio tributario), vuelven a quedar sujetos al impuesto en cabeza del socio o accionista.

Con la expedición de la Ley 2277 de 2022 se buscó mitigar (de manera parcial) el impacto de la doble tributación en los dividendos percibidos por personas naturales residentes bajo un mecanismo de descuento cedular y progresivo. De acuerdo con este instrumento se otorga al accionista persona natural residente un descuento del 19 % (sujeto a una fórmula establecida en la norma). No obstante, lo cierto es que el régimen de tributación sobre los dividendos parte del sistema de doble tributación.

El proyecto de reforma tributaria introducía modificaciones sustanciales en materia de tributación a los dividendos que, lejos de eliminar el efecto de doble tributación existente, lo profundizaban. En efecto, la primera de dichas propuestas consistía en eliminar el mencionado descuento del 19 %, suprimiendo así el mecanismo que parcialmente mitigaba el impacto de la doble imposición a nivel de las personas naturales residentes.

En segundo lugar, el proyecto contemplaba un incremento en las tarifas aplicables a los dividendos distribuidos a entidades del exterior. Se propuso incrementar del 20 % al 30 % la tarifa del impuesto sobre dividendos o participaciones percibidos por sociedades u otras entidades extranjeras, así como por personas naturales no residentes en Colombia. Este incremento también se proponía para los dividendos y participaciones pagados o abonados en cuenta a establecimientos permanentes en Colombia de sociedades extranjeras.

De haberse aprobado estas modificaciones, junto con las propuestas de incrementar las sobretasas sectoriales aplicables al sector financiero y a las industrias extractivas (con incrementos que variaban del 0 % al 15 %), y el

aumento de la tarifa marginal aplicable a personas naturales residentes hubiera alcanzado el 41 %, esto habría conllevado un incremento sustancial y desproporcionado de la tarifa combinada sociedad-socio en Colombia.

En efecto, de haberse aprobado el proyecto de reforma tributaria, la tarifa combinada sociedad-socio habría alcanzado los siguientes niveles:

- (i) Tarifa combinada sociedad-socio persona jurídica sin sobretasa: 54 %.
- (ii) Tarifa combinada sociedad-socio persona jurídica con sobretasa: 65 %.
- (iii) Tarifa combinada sociedad-socio persona natural: 70.5 %.

Como conclusión inicial, resulta más evidente que este tipo de propuestas genera una clara tendencia a desincentivar la inversión en Colombia e, incluso, a provocar procesos de desinversión. Evidenciando la ausencia de una política fiscal internacional en Colombia que procure la seguridad jurídica necesaria para hacer atractiva la inversión extranjera en el país.

Adicionalmente, desde una perspectiva constitucional y de política fiscal internacional, este tipo de propuestas apuntan a un recaudo desordenado que desconoce tanto la capacidad contributiva de los contribuyentes como el entorno económico y empresarial del país.

1.1. Capacidad contributiva del contribuyente

La doctrina constitucional ha sido consistente en afirmar que las competencias tributarias del legislador no son ilimitadas. Por el contrario, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que el ejercicio de la potestad impositiva del legislador se encuentra limitado, entre otros, a los principios de equidad, eficiencia y progresividad tributaria consagrados en el artículo 363 de la Constitución Política, así como a la garantía de no confiscatoriedad que se deriva del artículo 34 de la Constitución.

Dicho de otra manera, el legislador no puede ignorar los límites sustanciales que la Constitución impone a todo ejercicio del poder tributario, dentro de los cuales se encuentra el principio de progresividad, el cual exige que la carga fiscal sea proporcionalmente mayor para quienes tienen mayor capacidad contributiva, sin que se llegue a aniquilar la fuente misma de la tributación (Sentencia C-209 de 2016).

Bajo esta perspectiva, las modificaciones al régimen de tributación a los dividendos propuesta eran evidentemente contrarias al principio de progresividad y capacidad contributiva. En efecto, el pretender imponer una tarifa combinada sociedad-socio que puede llegar al 70 % supone tratar la capa-

cidad contributiva de los contribuyentes como si fuese absolutamente ilimitada, lo cual contradice de manera frontal la jurisprudencia constitucional reseñada. Una tarifa combinada de esas proporciones únicamente implicaría, en palabras de la Corte Constitucional, “aniquilar la fuente misma de la tributación”, ya que terminarían desincentivando la inversión y, peor aún, incentivando la desinversión.

En segundo término, la propuesta de reforma al régimen de los dividendos y, en general, un sistema orientado a la *doble tributación* adolece de una deficiencia conceptual al no abordar la relación integrada entre sociedad-socio.

La sociedad no es, en estricto sentido, más que un vehículo jurídico por medio del cual una persona o grupo de personas (socio/socios) organiza y realiza sus negocios. Por consiguiente, no puede concebirse conceptualmente que se está ante dos capacidades contributivas distintas e independientes, sino ante una sola capacidad que debe examinarse de manera integrada.

Es por esta razón que en materia tributaria internacional se han desarrollado sistemas para eliminar o atenuar la doble tributación económica de los dividendos, ya sea mediante mecanismos de integración a nivel de la sociedad, como la deducción de los dividendos distribuidos o el sistema de doble tasa, o a nivel del socio, como el sistema de imputación o crédito fiscal y la exención parcial o total del dividendo. Estos modelos parten todos de una premisa común: que gravar la misma renta en ambos niveles sin correctivo alguno resulta contrario a los principios de equidad y progresividad tributaria.

Esta omisión no es un asunto meramente técnico, sino que tiene profundas implicaciones constitucionales. Al tratar a la sociedad y al socio como si fuesen titulares de capacidades contributivas enteramente separadas, la reforma multiplica artificialmente la base gravable y produce una tributación combinada que, como se ha señalado, puede alcanzar tasas efectivas cercanas al 70 %. Tal resultado no solo contraviene el principio de progresividad en los términos definidos por la Sentencia C-209 de 2016, sino que además vulnera la prohibición de confiscatoriedad, pues el contribuyente termina soportando una carga fiscal que excede con creces lo que razonablemente puede considerarse una participación legítima del Estado en la riqueza generada.

1.2. Entorno económico y empresarial del país

Finalmente, una propuesta como la incluida en el proyecto de reforma tributaria evidencia una desconexión entre la norma y la realidad empresarial colombiana. Precisamente, y según datos del Ministerio de Industria y Comercio, más del 90 % de las compañías en Colombia corresponden a

pequeñas y medianas empresas, situación que claramente fue ignorada al momento de proponer este tipo de disposiciones.

Por su parte, el Consejo Colombiano de Productividad ya ha advertido que las pymes colombianas no están en condiciones reales de afrontar estos niveles de tributación, ya que exceden sustancialmente la capacidad contributiva de este sector, que reiteramos, equivale a más del 90 % del tejido empresarial colombiano.

En suma, la elevada tarifa del impuesto sobre la renta de las personas jurídicas en Colombia (agravada por la sobretasa sectorial que también fue propuesta en el proyecto de reforma tributaria), sumada a una tributación adicional desproporcionada sobre los dividendos, únicamente generaría un incremento significativo y desproporcional a la carga fiscal que soportan los inversionistas y empresarios colombianos. Este efecto resulta especialmente lesivo si se considera que la mayoría del tejido empresarial del país está conformado por pequeñas y medianas empresas, cuya capacidad contributiva no les permitiría absorber semejante presión fiscal.

Adicionalmente, esta combinación de gravámenes situaría a Colombia fuera de los parámetros de competitividad tributaria, no solo en el ámbito regional, sino también en el plano global, lo cual desincentiva tanto la inversión nacional como la extranjera, y podría, incluso, propiciar fenómenos de desinversión en el país.

La pregunta que surge cuestiona: ¿es adecuado tener un régimen de doble tributación en materia de dividendos en Colombia? ¿Cuál sería la mejor solución a esta problemática?

En la opinión del autor, el régimen de doble tributación sobre dividendos vigente en Colombia resulta estructuralmente inconveniente para el desarrollo económico del país. Al someter la utilidad de la sociedad (vehículo de desarrollo empresarial del socio) a una imposición inicial en cabeza de la sociedad y, posteriormente, a una tributación adicional en cabeza del accionista al momento de la distribución implica una sobrecarga tributaria artificial que excede cualquier justificación constitucional y que en la práctica afecta la competitividad del país y promueve la desinversión.

Frente a esta problemática, los mecanismos descuento tributario (actualmente existente como solución) tampoco constituyen una alternativa deseable. Si bien estos instrumentos buscan aliviar parcialmente la carga derivada de la doble imposición, lo hacen a costa de introducir normas complicadas que únicamente terminan en complejizar un sistema tributario ya bastante complejo. Además, la estructura del descuento es claramente contraria al principio de progresividad, en la medida en que el monto del descuento se incrementa proporcionalmente al valor del dividendo distribuido.

Es decir, se produce el efecto paradójico de otorgar mayores beneficios a quienes perciben rentas más elevadas, contrariando abiertamente el principio de progresividad que debe orientar el sistema tributario en Colombia.

Por todo lo anterior, puede ser hora de incluir en el debate que Colombia adopte un sistema de exención plena que elimine de raíz la doble tributación entre sociedad y socio, al menos en lo que respecta a la distribución de dividendos entre residentes colombianos. Este sistema, usado en varios países, elimina de raíz la doble imposición en la relación sociedad-socio al reconocer que la renta ya fue objeto de tributación en cabeza de la sociedad que las genera.

Con ello, no solo se elimina la distorsión económica generada por la sobreimposición, sino que simplifica de manera sustancial la estructura impositiva, facilita su aplicación y reduce significativamente los costes de administración y cumplimiento. La política fiscal colombiana en materia de dividendos debe orientarse hacia normas claras, de aplicación sencilla y efecto inmediato, que promuevan la reinversión de utilidades y fortalezcan la competitividad del país como destino de inversión.

2. Consideraciones en materia de activos digitales

En Colombia, el auge en el uso de activos digitales puede remontarse al año 2017, a raíz de la introducción del bitcoin. Con el paso de los años, este mercado ha evolucionado y crecido de manera exponencial situando a Colombia como uno de los veinte países con mayor volumen de transacciones a nivel mundial y dentro de los cinco primeros en América Latina.

La normativa vigente no establece una definición única de lo que debe entenderse por criptoactivo. Por el contrario, coexisten al menos tres definiciones distintas de este concepto. La primera se encuentra contenida en el Concepto Unificado de Criptoactivos expedido por la DIAN; la segunda, en el Marco de Reporte de Referencia para Criptoactivos (Crypto-Asset Reporting Framework) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), y la tercera fue otorgada por la Superintendencia de Sociedades mediante oficio emitido en 2021.

En este contexto, el proyecto de reforma tributaria pretendía incluir su propia definición de activo digital, entendido como “toda representación digital e intangible de un derecho susceptible de valoración, que puede crearse, transferirse y/o almacenarse electrónicamente sobre tecnologías de registro distribuido, equivalentes o similares, excepto cuando se trate de un activo digital con un activo subyacente, en cuyo caso el tratamiento será el del subyacente”.

Con fundamento en esta definición, el proyecto de reforma tributaria proponía las siguientes modificaciones en materia de activos digitales, estableciendo, en términos generales, que el tratamiento tributario aplicable en Colombia dependerá del activo subyacente que se encuentre representado en el activo digital:

(i) Ingresos de fuente extranjera: los activos digitales no generan renta de fuente nacional, excepto cuando se trate de un activo digital con un activo subyacente, caso en el cual el tratamiento será el de dicho subyacente.

(ii) Bienes no poseídos en el país: de igual manera, los activos digitales no serán considerados como bienes poseídos en el país, salvo que cuenten con un activo subyacente, supuesto en el cual su tratamiento dependerá de la naturaleza de dicho subyacente (colombiano o extranjero, según corresponda).

(iii) Ajuste por diferencia en cambio: el tratamiento fiscal de diferencia en cambio será aplicable para los activos digitales respecto de su reconocimiento al momento de adquisición y venta.

(iv) Reporte de operaciones con activos digitales: los proveedores de servicios digitales domiciliados en Colombia o con operaciones en el país tendrán la obligación de reportar a la DIAN, las operaciones de sus usuarios que impliquen la conversión de activos digitales a pesos colombianos.

La propuesta de reforma tributaria contemplaba, adicionalmente, una modificación sustancial al régimen de enajenaciones indirectas previsto en el artículo 90-3 del Estatuto Tributario, con el propósito de extender su ámbito de aplicación a los activos digitales. En virtud de esta modificación, se proponía que las operaciones de enajenación de activos colombianos cuya contraprestación se efectuara mediante activos digitales quedarían sujetas a tributación en Colombia.

El tratamiento fiscal aplicable a dichas transacciones se determinaría en función del activo subyacente objeto de la enajenación, conforme a un principio de equivalencia que exige la aplicación de las normas tributarias como si la operación se hubiese perfeccionado directamente en jurisdicción colombiana.

Desde la óptica de la seguridad jurídica, la iniciativa legislativa resulta rescatable y conveniente, toda vez que establece un marco normativo definido —hasta ahora inexistente— para regular el uso de activos digitales como medio de pago en operaciones de enajenación, práctica que ha experimentado un crecimiento exponencial en Colombia.

En opinión del autor, resulta ampliamente rescatable la iniciativa del Gobierno nacional orientada a establecer un marco normativo claro que precise el concepto de activos digitales, determine su naturaleza jurídico-tributaria y regule el tratamiento fiscal aplicable a su enajenación cuando esta involucre la transferencia de activos colombianos.

No obstante, desde una perspectiva técnica, la norma propuesta adolecía de deficiencias estructurales que comprometían su aplicabilidad práctica. En particular, el texto normativo carecía de precisión en la determinación del sujeto obligado al cumplimiento de las obligaciones formales derivadas de una enajenación indirecta de activos digitales.

Así, por ejemplo, en el supuesto en que un residente fiscal extranjero fuera propietario de un activo digital cuyo subyacente correspondiera a un bien inmueble ubicado en Colombia, y procediera a su enajenación en favor de otro no residente, la disposición no establecía con claridad quién asumiría la obligación de presentar la declaración correspondiente ni en qué plazo debería hacerse, ¿es el vendedor propietario del activo digital?, ¿debe presentarse dentro del mes siguiente a la venta?

Por tanto, aun cuando la finalidad de la norma es conveniente, desde un punto de vista de seguridad jurídica, resulta necesario que el legislador precise los obligados a presentar la declaración en la venta de estos activos digitales, que en principio debería ser el vendedor del activo digital cuyo subyacente sea un activo colombiano. Adicionalmente, a efectos de blindar la aplicabilidad de esta norma, es necesario establecer un régimen sancionatorio propio.

3. Otras propuestas

3.1. Enajenaciones indirectas: responsabilidad solidaria

El proyecto de reforma tributaria pretendía adicionar un párrafo tercero al artículo 90-3 del Estatuto Tributario, relativo a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones derivadas de las enajenaciones indirectas.

Dicho párrafo reiteraba dos tipos de responsabilidad solidaria actualmente vigentes. En primer lugar, establecía la responsabilidad solidaria de la sociedad subordinada del enajenante en Colombia por los impuestos, sanciones e intereses, en caso de incumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas de la transferencia indirecta. En segundo lugar, contemplaba la responsabilidad solidaria del comprador cuando este tuviera conocimiento de que la operación constituye una transacción sujeta a tributación en Colombia.

Si bien estas disposiciones constituyen meras reiteraciones, el párrafo propuesto sí buscó introducir un nuevo tipo de responsabilidad relacionada con la extensión de la obligación formal de declarar al comprador.

Recordemos que, conforme a lo dispuesto en el párrafo 5.º del artículo 90-3 del Estatuto Tributario, el vendedor o enajenante indirecto tiene la obligación formal de presentar la declaración de renta por sustitución de inversión extranjera dentro del mes siguiente a la fecha de enajenación. No obstante, producto de una redacción deficiente de la norma incluida en el proyecto de reforma, podría interpretarse que la obligación de presentar dicha declaración (que en principio corresponde al vendedor) recaería igualmente en el comprador.

Esta situación conduciría, en la práctica, a un absurdo, puesto que el comprador del activo subyacente posiblemente no podría determinar elementos esenciales para el cálculo del impuesto, tales como el costo fiscal del enajenante.

Por tanto, es claro que, si esta modificación no obedeció a un error de redacción, debe eliminarse de una posible nueva reforma tributaria. En efecto, no es viable bajo ningún sentido establecer una obligación solidaria al comprador indirecto cuando este no tiene todos los elementos necesarios para determinar la obligación tributaria que únicamente debe recaer en el vendedor, como sujeto pasivo del impuesto.

3.2. Cambio de titularidad de inversiones extranjeras: condición resolutoria

La propuesta de reforma tributaria contemplaba la adición de un párrafo al artículo 326 del Estatuto Tributario, norma que establece que la declaración de renta correspondiente a la operación de cambio de titularidad de inversión extranjera, así como el pago del impuesto respectivo, constituyen requisitos para el registro del cambio de titular ante la autoridad cambiaria.

La norma propuesta disponía que el registro del accionista en el libro de socios quedaría supeditada a una condición resolutoria consistente en que el representante legal de la sociedad receptora de la inversión (esto es, la entidad colombiana cuyas acciones son objeto de enajenación) reciba, a más tardar dentro del mes siguiente a la transacción, la declaración de renta por sustitución de inversión extranjera y el pago del impuesto generado por el cambio de titular de inversión extranjera.

En caso de incumplimiento, señalaba la norma propuesta, operaría la condición resolutoria y se entendería que dicho registro en el libro de socios y accionistas nunca se había realizado. Adicionalmente, la propuesta incluía

una responsabilidad solidaria de la sociedad receptora de la inversión y de su representante legal por los impuestos, sanciones e intereses dejados de pagar.

Esta disposición presenta múltiples inconsistencias, derivadas tanto de su deficiente redacción como de las dificultades para su aplicación práctica. Destacamos las siguientes:

1. En primer lugar, se evidencia una clara falta de técnica legislativa. La norma parte de un supuesto de que el registro en el libro de socios se realiza a pesar de no haberse cumplido las formalidades previas exigidas por la ley.

2. La norma exige que el representante legal de la sociedad receptora de la inversión reciba el “pago, si hay lugar a ello, del impuesto que se genere por el cambio de titular de inversión extranjera”.

No obstante, desconoce que dicho pago se efectúa ante entidades bancarias, lo que constituye un error evidente de redacción y una manifiesta falta de técnica legislativa.

En adición a los anteriores puntos, quizá lo más preocupante de la norma propuesta es que la misma resulta inaplicable en la práctica.

En efecto, si la consecuencia del incumplimiento consiste en la resolución del negocio jurídico (esto es, la venta de las acciones) teóricamente el vendedor tendría que recuperar sus acciones como si la venta nunca se hubiera perfeccionado, mientras que el comprador tendría derecho a la devolución del precio pagado. En otras palabras, la consecuencia del incumplimiento sería que el negocio jurídico (i. e., compraventa de acciones) nunca se hubiera llevado a cabo.

Por tanto, al no existir compraventa no se genera un incremento patrimonial en cabeza del vendedor y, por consiguiente, no se realiza el hecho generador del impuesto, lo que implica que la consecuencia jurídica prevista para el incumplimiento (i. e., la condición resolutoria) termina eliminando el hecho imponible y la base gravable que la norma pretende proteger.

Por último, se destaca que el régimen sancionatorio que impone responsabilidad al representante legal es excesivo y desconoce todo principio de lesividad. En efecto, ni la sociedad cuyas acciones fueron vendidas, ni mucho menos su representante legal, participan en la operación de compraventa, por lo que imponerles una sanción resulta completamente desproporcionado y lesivo.

A juicio del autor, la disposición analizada carece de justificación desde una perspectiva práctica y, en consecuencia, su incorporación en reformas tributarias futuras resultaría inadecuada. Ello obedece a que, en el ámbito

de las operaciones de compraventa indirecta de acciones, la norma es clara en establecer un régimen de responsabilidad solidaria aplicable a la entidad subordinada en Colombia, lo que hace que al momento de negociar este tipo de acuerdos (desde la perspectiva contractual) se establezca un régimen de responsabilidad e indemnidad claro.

De igual manera, y aun cuando no existe una responsabilidad específica tratándose de enajenación de acciones directa por parte de un no residente, si constituye una práctica negocial consolidada que las partes regulen contractualmente la asignación de responsabilidades frente a las obligaciones tributarias derivadas de la transacción.

En particular, es común que dichos acuerdos impongan compromisos expresos a cargo del enajenante, vinculándolo al cumplimiento de sus obligaciones tributarias en Colombia (i. e., la presentación de la declaración de renta por sustitución de sociedad extranjera). Siendo esto así, la norma propuesta, además de mal redactada, no solo resulta innecesaria, sino que introduce una carga injustificada sobre el representante legal que es desproporcionada y excesiva.

En este sentido, en opinión del autor el legislador debería abstenerse de regular situaciones que el mercado y la práctica jurídica resuelven de manera eficiente y suficiente.

3.3. Sede efectiva de administración: estructuraciones y reestructuraciones

La reforma proponía adicionar un párrafo al artículo 12 del Estatuto Tributario, aplicable a las entidades que se consideran nacionales por tener su sede efectiva de administración (SEA) en Colombia. La disposición les impone la obligación de reportar a la DIAN y en sus estados financieros las operaciones que realicen en materia de estructuración de negocios y reestructuraciones empresariales.

En relación con la estructuración de negocios, la norma no define qué debe entenderse por dicho concepto. Por lo tanto, bajo una interpretación literal y exegética de la disposición, podría entenderse que queda comprendido cualquier negocio realizado por la SEA, lo cual tornaría la norma inaplicable en la práctica.

En cuanto a las reestructuraciones empresariales, la norma tampoco precisa cuáles de ellas deben ser reportadas. Adicionalmente, la exigencia de incluir esta información en los estados financieros plantea dudas sobre su implementación práctica, en particular respecto de su compatibilidad con las normas contables vigentes.

La consecuencia prevista para el incumplimiento de esta obligación de reporte resulta particularmente llamativa: la operación no reportada se tratará como una estructura abusiva conforme al artículo 869 del Estatuto Tributario. En este punto, cabe cuestionar dicho régimen sancionatorio, pues crea nuevas hipótesis de operación abusiva sin que sea necesario demostrar los elementos tradicionalmente exigidos para que una operación sea calificada como abusiva a efectos tributarios.

3.4. Establecimientos permanentes: aplicación de normativa formal y sustancial

La última disposición a analizar es la propuesta de adicionar un párrafo al artículo 20-2 del Estatuto Tributario, sobre la tributación de los establecimientos permanentes. La norma buscaba modificar esta disposición en el sentido de señalar que los establecimientos permanentes deben considerar la normativa formal y sustancial aplicable a los residentes fiscales y a las sociedades nacionales, fundamentándose en que los establecimientos permanentes responden tanto por sus rentas de fuente nacional como de fuente extranjera.

Según la exposición de motivos del proyecto, la administración tributaria ha detectado que la atribución de activos, funciones y riesgos a los establecimientos permanentes no se realiza de manera frecuente durante el año gravable, sino al final del período, y que en algunos casos dicha atribución resulta caprichosa o arbitraria. Por esta razón, se propone la aplicación integral de la normativa formal y sustancial para asegurar una correcta atribución conforme al estudio de funciones, activos y riesgos.

4. Conclusiones

El proyecto de ley de financiamiento conocido en septiembre de 2025 incluyó diversas propuestas en materia de tributación internacional. Aunque no fueron incorporadas en los decretos tributarios expedidos posteriormente por el Gobierno nacional en el marco de los estados de excepción, dichas propuestas permiten anticipar posibles cambios legislativos futuros y evidencian, desde una perspectiva crítica, la ausencia de una política fiscal coherente en esta materia.

En materia del régimen de dividendos, el proyecto de reforma pretendía eliminar el descuento del 19 % actualmente existente profundizando el sistema de doble imposición. Adicionalmente, proponía aumentar del 20 % al 30 % la tarifa aplicable a dividendos pagados a entidades del exterior y a personas naturales no residentes. Estas modificaciones, sumadas al incremento de sobretasas sectoriales (0 % a 15%) y al aumento de la tarifa marginal para personas naturales residentes hasta el 41 %, implicaban un incremento desproporcionado de la tarifa combinada sociedad-socio que podría llegar hasta el 70.5 %.

En materia de dividendos, la política fiscal colombiana debería orientarse hacia la sustitución del actual mecanismo de descuento tributario (que no es deseable dado que complejiza el sistema tributario y es contrario el principio de progresividad) por un régimen de exención pleno sobre los dividendos distribuidos entre residentes, bajo el reconocimiento de que la renta ya fue gravada en cabeza de la sociedad, lo que permitiría eliminar la doble imposición, simplificar la estructura impositiva, reducir los costos de cumplimiento, y fortalecer al país como destino atractivo para la inversión.

En materia de activos digitales, el proyecto de reforma pretendía incluir su propia definición de activo digital y propuso varias modificaciones: (i) los activos digitales no generan renta de fuente nacional, salvo que tengan un activo subyacente; (ii) no se consideran bienes poseídos en el país, a menos que cuenten con activo subyacente; (iii) se aplica el tratamiento de diferencia en cambio, y (iv) los proveedores de servicios digitales deben reportar operaciones a la DIAN. Adicionalmente, se modificaba el régimen de enajenaciones indirectas (artículo 90-3 del Estatuto Tributario) para extenderlo a activos digitales, sujetando a tributación en Colombia las operaciones cuya contraprestación se efectuará mediante activos digitales.

Es rescatable la intención del Gobierno de establecer un marco jurídico claro en materia de activos digitales. Sin embargo, la norma debe ser clara en materia de obligaciones formales y de cumplimiento, puesto que la incertidumbre dejada por su precaria redacción únicamente generaba que dicha disposición (como fue presentada por el Gobierno) resultara inaplicable en la práctica.

El proyecto adicionaba un párrafo al artículo 90-3 del Estatuto Tributario reiterando dos responsabilidades solidarias vigentes (sociedad subordinada y comprador conocedor). No obstante, por una redacción deficiente, podría interpretarse que la obligación formal de declarar del vendedor recaería también en el comprador, quien no podría determinar elementos esenciales como el costo fiscal del enajenante. Es claro que una propuesta como esta, si no fue un error de redacción, debe eliminarse completamente en posteriores proyectos de reforma tributaria. No es dable otorgar al comprador una obligación que únicamente puede recaer en el vendedor, y que en todo caso el comprador no tendría la posibilidad de cumplir.

Se proponía adicionar un párrafo al artículo 326 del Estatuto Tributario, sujetando el registro del accionista a una condición resolutoria: el representante legal debía recibir la declaración y el pago del impuesto dentro del mes siguiente a la transacción. En caso de incumplimiento, el registro se entendía como nunca realizado, y se imponía responsabilidad solidaria a la sociedad receptora y su representante legal.

La disposición presentaba múltiples inconsistencias de falta de técnica legislativa y una inaplicabilidad práctica, puesto que la condición resolutoria elimina el hecho imponible que la norma pretende proteger. Adicionalmente, la norma propuesta carecía de utilidad práctica, toda vez que las partes involucradas en operaciones de compraventa de acciones habitualmente regulan este tipo de obligaciones de manera contractual, dotándose así de mecanismos suficientes y eficaces para su cumplimiento. En este sentido, la intervención normativa resultaba no solo redundante, sino innecesaria. Por las razones expuestas, el autor considera que una disposición en estos términos no debería ser contemplada en futuros proyectos de reforma tributaria.

Finalmente, se proponía adicionar un párrafo al artículo 12 del Estatuto Tributario, obligando a las entidades con sede efectiva de administración (SEA) en Colombia a reportar a la DIAN y en sus estados financieros las operaciones de estructuración y reestructuración empresarial.

La norma no definía estos conceptos, lo que la tornaba inaplicable. Además, exigir su inclusión en estados financieros plantea dudas de compatibilidad con las normas contables vigentes. La consecuencia del incumplimiento era calificar la operación como estructura abusiva (artículo 869 del Estatuto Tributario), creando nuevas hipótesis de abuso sin necesidad de demostrar los elementos tradicionalmente exigidos.

En definitiva, Colombia requiere una política fiscal internacional que procure seguridad jurídica y competitividad para atraer inversión, en lugar de un recaudo desordenado que desconozca tanto la capacidad contributiva de los contribuyentes como la realidad económica y empresarial del país.

Bibliografía

- Proyecto de ley de financiamiento, 2025 (Colombia).
- Estatuto Tributario (E. T.), arts. 48 y 49 (Colombia).
- Constitución Política de Colombia, arts. 34 y 363.
- Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2016 (Colombia).
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (Mincit), Oficina de Estudios Económicos, Informe de tejido empresarial n.º 6 (febrero de 2026).
- DIAN, Concepto Unificado de Criptoactivos (2023); OECD, *Crypto-Asset Reporting Framework* 5 (2022).

COLOMBIA:

INVERSIONES EN, DESDE
Y A TRAVÉS DE EE. UU. Y PANAMÁ

Carolina Roldán Castellanos

Contenido

Introducción. 1. Desarrollo. 1.1. Etapa de entrada en la estructura.
1.1.1. Colombia. 1.1.2. EE. UU.. 1.1.3. Panamá. 1.2. Etapa operativa.
1.2.1. Colombia. 1.2.2. EE. UU.. 1.2.3. Panamá. 1.3. Etapa de salida.
1.3.1. Colombia. 1.3.2. EE. UU.. 1.3.3. Panamá. 2. Conclusiones y
recomendaciones. Bibliografía.

Colombia: Inversiones en, desde y a través de EE. UU. y Panamá

Carolina Roldán Castellanos⁽¹⁾

Introducción

El panel partió de un ejemplo particularmente ilustrativo: la denominada *estructura herradura*. En ella, inversionistas colombianos participan como beneficiarios de un *trust* estadounidense o como inversionistas en una *limited partnership* (LP), que a su vez invierte en una sociedad vehículo en Panamá. Esta sociedad panameña invierte en una compañía colombiana, la cual a su turno participa en una *holding* española que finalmente invierte en activos operativos en EE. UU., Panamá, la Unión Europea o en activos tangibles o intangibles en otras jurisdicciones.

Esta arquitectura de varios niveles refleja estructuras reales utilizadas en inversión internacional, *private equity* y planeación patrimonial. Este ejemplo permite analizar cómo interactúan los sistemas tributarios de Colombia, EE. UU., y Panamá a lo largo del ciclo de vida de la inversión.

El análisis se centró en tres fases: entrada, operación y salida. Cada jurisdicción abordó la estructura desde su propia lógica normativa, analizando tensiones entre sustancia y forma, entre territorialidad y antidiferimiento, y entre libertad de estructuración y límites antiabuso.

1. Desarrollo

1.1. Etapa de entrada en la estructura

1.1.1. Colombia

Desde la perspectiva colombiana, la discusión comenzó con la pregunta ¿cómo ingresan los fondos al *trust* o a la LP y cómo se registra esa inversión en el régimen cambiario? Si los beneficiarios del *trust* o los inversionistas de

(1) Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Tributación de la Universidad de los Andes. LL. M. in International Taxation, New York University School of Law (EE. UU). Representante YIN de la International Fiscal Association (capítulo Colombia) de junio de 2024 a junio de 2025. Actualmente es asociada senior del equipo de Impuestos de la firma Baker McKenzie.

la LP son residentes fiscales colombianos, conforme al artículo 10 del Estatuto Tributario, el análisis no puede limitarse al impuesto sobre la renta. El régimen cambiario colombiano obliga a examinar si la inversión en el exterior será registrada ante el Banco de la República. Este registro define el derecho al reembolso de capital, la posibilidad de canalizar dividendos a través del mercado cambiario, y la trazabilidad tributaria futura.

Si los fondos fluyen desde Colombia hacia el *trust*, la pregunta crítica es si tiene sentido registrar esa inversión. Si el *trust* no se registra, podría dificultarse la repatriación de utilidades. Si se registra, el inversionista adquiere derechos cambiarios, pero también tiene implicaciones tributarias relevantes.

La sociedad panameña que posteriormente invierte en Colombia también deberá registrarse como inversionista extranjero. A su vez, la compañía colombiana deberá reportar su inversión en España. Desde el primer momento, la estructura activa obligaciones formales en múltiples niveles.

Esta aproximación inicial revela un rasgo del sistema colombiano: antes de llegar a la discusión tributaria, la dimensión cambiaria ya condiciona la viabilidad de la estructura.

Sin embargo, el análisis principal desde la perspectiva colombiana se enfoca en el régimen de entidades controladas del exterior (ECE). En esta estructura, si el *trust* o la LP son controlados directa o indirectamente por residentes colombianos, y si a lo largo de la cadena se generan rentas pasivas como intereses, rendimientos financieros, venta de activos, o dividendos, el régimen ECE puede activar imputación inmediata.

El régimen colombiano contiene una lista taxativa de ocho categorías de ingresos pasivos. Este carácter cerrado no necesariamente lo hace más claro; por el contrario, su aplicación en estructuras complejas genera incertidumbre. Particularmente problemáticos son los proyectos inmobiliarios estructurados mediante LP extranjeras que desarrollan actividades productivas reales, pero cuyos ingresos pueden encajar técnicamente en categorías pasivas.

La consecuencia para el inversionista colombiano es que debe reconocer la renta en el momento de su generación en la entidad extranjera, incluso si no ha recibido distribución alguna. En el caso de un *trust*, el beneficiario podría verse obligado a declarar utilidades que nunca ha percibido ni puede exigir.

Aquí emerge una crítica estructural formulada durante el panel: el régimen ECE colombiano desconoce en ciertos casos la lógica económica del negocio y privilegia una aproximación formalista que no siempre refleja capacidad contributiva real.

1.1.2. EE. UU.

A diferencia de Colombia, EE. UU. permite que muchas entidades extranjeras elijan su tratamiento fiscal mediante el régimen *check the box*. A través del formulario 8832 ante el IRS (administración de impuestos), una entidad puede optar por ser tratada como corporación o como entidad transparente, quedando vinculada a esa elección por un período mínimo de cinco años.

Esta flexibilidad surge de la evolución histórica del derecho tributario estadounidense. El antiguo test de cuatro factores corporativos generaba litigios constantes sobre si una entidad debía tratarse como corporación o *partnership*. El IRS optó por permitir la elección, salvo en el caso de las denominadas *per se corporations*, que incluyen ciertas sociedades anónimas extranjeras.

La clasificación incide directamente en la aplicación de los regímenes de *controlled foreign corporations* (CFC) y *passive foreign investment companies* (PFIC). Si más del 50 % del voto o del valor de una entidad extranjera está en manos de *US persons*, puede configurarse una CFC. Por su parte, una entidad cuyos activos o ingresos sean predominantemente pasivos puede ser considerada PFIC, con consecuencias tributarias particularmente onerosas.

Para estos efectos, la determinación de quién se considera *US person* es amplia. Incluye ciudadanos estadounidenses, residentes permanentes (titulares de *green card*) y personas que cumplan el test de presencia sustancial (*substantial presence test*). El escenario más gravoso sería la doble residencia, cuando un individuo es simultáneamente residente fiscal colombiano y estadounidense.

La aproximación estadounidense privilegia la sustancia y la determinación material de control y tipo de ingreso, en contraste con el formalismo colombiano.

1.1.3. Panamá

Desde Panamá, bajo el régimen vigente, solo se gravan rentas de fuente territorial. En la estructura analizada, si la sociedad panameña no genera renta de fuente panameña, no habrá imposición local. Los dividendos de fuente extranjera tampoco generan tributación adicional. Igualmente, el dividendo solo se grava una vez.

Sin embargo, podrían venir cambios respecto de rentas pasivas extranjeras. Panamá enfrenta presión internacional y ha avanzado en la firma de tratados. Aunque no existe un régimen de ventas indirectas, la sustancia económica empieza a adquirir relevancia práctica.

1.2. Etapa operativa

La complejidad de la estructura analizada se observa en mayor medida durante la etapa operativa. Aquí interactúan simultáneamente el régimen ECE colombiano, los regímenes CFC y GILTI (renta global de un intangible con baja tributación, por sus siglas en inglés) estadounidenses, la potencial aplicación de PFIC y la neutralidad territorial panameña.

1.2.1. Colombia

Bajo el régimen ECE colombiano, en esta estructura no hay diferimiento posible respecto de rentas pasivas. La norma obliga al inversionista colombiano a reconocer en su renta las utilidades pasivas generadas en el exterior, en el momento de su generación, independientemente de que hayan sido distribuidas.

El problema práctico se agrava cuando se trata de *trust* o LP extranjeras que invierten en proyectos inmobiliarios reales. En estos escenarios, la distinción entre ingreso pasivo y activo no siempre coincide con la lógica económica del negocio. Un proyecto inmobiliario estructurado mediante una LP puede generar ingresos por valorización o por venta de activos que, desde una perspectiva económica, corresponden a actividad empresarial, pero que técnicamente pueden encajar en categorías pasivas bajo la redacción actual de la norma.

La consecuencia es que el beneficiario colombiano del *trust* o el inversionista en la LP debe tributar aun cuando no tenga acceso a los fondos. Esto genera una ruptura entre el principio constitucional de capacidad contributiva y la imposición efectiva.

Más aún, cuando finalmente las utilidades son distribuidas, el contribuyente colombiano enfrenta un problema probatorio complejo: ¿cómo demostrar que ya tributó sobre esas utilidades en ejercicios anteriores a otro nivel bajo el régimen ECE? La ausencia de mecanismos claros de imputación y reconocimiento puede derivar en doble o incluso triple tributación económica.

Adicionalmente, ni los tratados para evitar la doble imposición ni el régimen de compañías holding colombianas (CHC) resuelven completamente la problemática de imputación anticipada. Si bien el CHC puede mitigar la tributación sobre dividendos entrantes a Colombia, no elimina la obligación de imputación ECE sobre rentas pasivas generadas en niveles intermedios.

La conclusión implícita es que el régimen colombiano no incentiva que inversionistas colombianos utilicen vehículos colombianos para invertir en

el exterior. Por el contrario, obliga en muchos casos a recurrir a instituciones extranjeras para lograr neutralidad mínima.

1.2.2. EE. UU.

El régimen CFC tiene raíces históricas en la administración Kennedy-Johnson, cuando el Congreso estadounidense decidió que no permitiría que contribuyentes estadounidenses controlaran sociedades extranjeras que acumularan utilidades pasivas en el exterior sin tributación inmediata. Bajo este régimen, ciertas rentas pasivas (*Subpart F income*) son imputadas anualmente al accionista estadounidense.

Durante décadas, sin embargo, el sistema permitía diferimiento sobre ingresos activos generados en el país donde operaba la subsidiaria extranjera. Esto llevó a la acumulación de utilidades *offshore* por parte de multinacionales estadounidenses.

La reforma de 2017 (*Tax Cuts and Jobs Act*) modificó radicalmente el sistema. EE. UU. pasó de un régimen global con diferimiento a un modelo de territorialidad parcial con exención por participación para dividendos extranjeros. No obstante, simultáneamente introdujo el régimen GILTI, que amplía la base gravable al capturar ingresos considerados excesivos en relación con activos tangibles en el exterior.

En la estructura analizada, si en la cúspide existen *US persons* con control suficiente sobre la LP o las entidades intermedias, podría configurarse una CFC. Si la entidad extranjera no alcanza el umbral de control, pero tiene activos o ingresos predominantemente pasivos, puede caer en el régimen PFIC.

El régimen PFIC es particularmente severo. Si más del 50 % de los activos producen renta pasiva o si más del 75 % de los ingresos son pasivos, el accionista estadounidense puede enfrentar un régimen punitivo de diferimiento con intereses acumulados sobre distribuciones excesivas o ganancias de capital.

Asimismo, la determinación de *US person* es fundamental, en la medida en que la doble residencia puede generar la aplicación simultánea de régimen ECE colombiano y CFC/GILTI estadounidense sobre una misma renta.

1.2.3. Panamá

Desde la perspectiva panameña, la etapa operativa de la estructura muestra un contraste con los modelos colombiano y estadounidense. Mientras estos últimos han fortalecido significativamente sus regímenes de

antidiferimiento y transparencia fiscal internacional, Panamá mantiene un sistema de tributación territorial clásico que, en principio, no grava rentas de fuente extranjera.

En el contexto de la estructura analizada, la sociedad panameña actúa como vehículo intermedio que canaliza inversiones hacia Colombia y eventualmente hacia España u otras jurisdicciones. Durante la fase operativa, la pregunta central es si los flujos que recibe dicha entidad constituyen renta de fuente panameña o extranjera. Bajo el Código Fiscal panameño, únicamente las rentas cuya fuente se sitúa en territorio panameño están sujetas al impuesto sobre la renta, a la tarifa general del 25 %. En consecuencia, dividendos provenientes de Colombia, España o EE. UU. no generan imposición en Panamá, siempre que no deriven de actividades desarrolladas en territorio panameño.

Esta neutralidad operativa convierte a Panamá en una jurisdicción eficiente, desde el punto de vista de la acumulación y redistribución de utilidades extranjeras. Además, el sistema panameño no distingue entre tipos de inversionistas ni aplica un régimen de transparencia fiscal internacional similar al régimen ECE colombiano o al CFC estadounidense. Así, en la estructura, la sociedad panameña no estaría obligada a imputar rentas generadas por niveles inferiores ni a aplicar reglas de antidiferimiento sobre ingresos pasivos obtenidos por subsidiarias extranjeras.

Sin embargo, la ausencia de tributación en Panamá no implica ausencia de análisis en otras jurisdicciones. Desde la perspectiva colombiana, por ejemplo, las rentas acumuladas en la sociedad panameña pueden ser capturadas por el régimen ECE, si se configuran los elementos de control y naturaleza pasiva del ingreso. De igual forma, desde la óptica estadounidense, la existencia de *US persons* en la cúspide puede activar los regímenes CFC o PFIC, aun cuando Panamá no grave la renta.

Adicionalmente, en la práctica, autoridades tributarias de otras jurisdicciones, especialmente aquellas con las que Panamá mantiene tratados, pueden examinar si la sociedad panameña cuenta con dirección efectiva, reuniones de junta celebradas en territorio panameño, administración real y toma de decisiones sustanciales. La ausencia de sustancia podría afectar el acceso a beneficios de tratados o dar lugar a cuestionamientos bajo cláusulas de limitación de beneficios o disposiciones generales antiabuso en otras jurisdicciones.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que Panamá ha ampliado progresivamente su red de tratados y su participación en foros internacionales. La evolución hacia mayores estándares de transparencia y coopera-

ción tributaria internacional podría, en el mediano plazo, introducir ajustes en el tratamiento de rentas pasivas extranjeras o en los requisitos de sustancia para *holdings* puras. Por ello, la neutralidad operativa observada hoy no debe asumirse como estática ni inmutable.

1.3. Etapa de salida

1.3.1. Colombia

Desde la perspectiva colombiana, la salida de la inversión activa el régimen de enajenaciones indirectas, uno de los más controvertidos del Estatuto Tributario. Bajo este régimen, si se vende una participación en una entidad extranjera que, directa o indirectamente, posee activos ubicados en Colombia, se presume que se ha dado una venta indirecta de las acciones de la sociedad colombiana, o cualquier activo que se posea directamente en Colombia, en caso de no tratarse de una sociedad colombiana.

Adicionalmente, el artículo 90 de Estatuto Tributario establece que el precio mínimo de venta, en el caso de acciones, será el valor comercial de la sociedad colombiana o el 130 % de su valor patrimonial. Esta presunción puede generar bases gravables desconectadas del precio efectivamente recibido.

Aunque la filosofía antielusiva del régimen de enajenaciones indirectas es comprensible, su aplicación literal puede bloquear operaciones legítimas de reorganización o planeación patrimonial.

En la estructura analizada, si el *trust*, la LP o la sociedad panameña venden su participación, podría activarse la venta indirecta. Esto puede hacer inviable la salida, si existe un inversionista colombiano interpuesto. Así, se observa cómo el régimen tributario colombiano no incentiva que inversionistas colombianos utilicen vehículos colombianos para invertir en el exterior, pues la interposición de un *colombian investor* puede desencadenar consecuencias tributarias desproporcionadas.

1.3.2. EE. UU.

Desde la perspectiva estadounidense, la salida depende de varios factores: clasificación de la entidad, existencia de actividades en EE. UU. (*US trade or business*), aplicación de tratados y naturaleza del activo. Si una entidad extranjera realiza actividades regulares y recurrentes en EE. UU., puede estar sujeta a tributación sobre sus ingresos depurados. La tarifa del impuesto sobre la renta corporativo es del 21 %, y sobre dividendos puede aplicarse retención del 30 %, salvo reducción por tratado.

El tratado con España, por ejemplo, puede reducir la retención al 10 %, si se cumplen los requisitos de limitación de beneficios (LOB, por sus siglas en inglés). Este artículo exige que la entidad sea residente calificada y tenga sustancia económica real.

FIRPTA (por sus siglas en inglés, ley de impuestos sobre inversión extranjera en bienes inmuebles) constituye el ejemplo más cercano en EE. UU. a un régimen de ventas indirectas. Si más del 50 % del valor de una compañía corresponde a bienes inmuebles situados en EE. UU., la venta de sus acciones puede tratarse como venta de propiedad raíz ubicada en EE. UU., generando retención obligatoria del 15 %.

No obstante, fuera del ámbito inmobiliario, EE. UU. no tiene un régimen general de ventas indirectas comparable al colombiano.

Una alternativa interesante mencionada fue la liquidación completa. En ciertos casos, la liquidación de una subsidiaria estadounidense puede permitir repatriar utilidades sin segunda retención, siempre que no se reintroduzcan los fondos en EE. UU. durante diez años.

1.3.3. *Panamá*

Panamá no tiene régimen de ventas indirectas. Si el activo vendido no tiene fuente panameña, no se genera tributación local. Esto otorga neutralidad en la etapa de salida, salvo que existan activos panameños en la estructura. Adicionalmente, Panamá ha ampliado su red de tratados (17 vigentes y negociaciones en curso), lo que puede ofrecer beneficios adicionales en ciertos escenarios.

2. Conclusiones y recomendaciones

La estructura analizada es un reflejo de cómo operan hoy las inversiones transfronterizas reales en un entorno caracterizado por movilidad de capital, sofisticación financiera, y creciente interconexión normativa. Por esta razón, el análisis de la estructura permite llegar a conclusiones que trascienden el caso específico y muestran las tensiones que pueden llegar a existir entre modelos tributarios.

Una primera conclusión sería que el diferimiento como eje central de la planeación internacional puede verse estructuralmente erosionado en muchos casos. Colombia, mediante el régimen ECE, neutraliza el diferimiento respecto de rentas pasivas generadas en entidades extranjeras controladas. EE. UU., aunque adoptó una territorialidad parcial tras la reforma de 2017, amplió simultáneamente su base gravable a través de GILTI y mantiene vigentes

regímenes CFC y PFIC con amplia capacidad de captura de renta extranjera. En este contexto, la acumulación pasiva de utilidades en jurisdicciones intermedias ya no constituye una estrategia sostenible para inversionistas residentes en estas jurisdicciones.

La segunda conclusión es que la tensión entre forma y sustancia sigue siendo un eje diferenciador entre sistemas. El modelo estadounidense, con todos sus niveles de complejidad, tiende a estructurarse sobre test objetivos de control, composición de activos e ingresos, y análisis material del fenómeno económico. La clasificación de entidades, la aplicación de CFC, la determinación de PFIC o la activación de FIRPTA descansan en criterios que buscan capturar sustancia económica. En contraste, el sistema colombiano revela una tendencia más formalista, particularmente en la aplicación del régimen ECE y, con mayor intensidad aún, en el régimen de ventas indirectas. Las presunciones amplias y las bases mínimas determinadas por fórmulas legales pueden conducir a resultados desconectados de la capacidad contributiva real.

Esta diferencia metodológica tiene consecuencias prácticas significativas. En estructuras como la herradura, donde intervienen múltiples niveles societarios y jurisdicciones, la aplicación formalista puede generar sobreimposición acumulada y desincentivar la utilización de vehículos nacionales. De hecho, una de las reflexiones más contundentes del panel fue que el régimen colombiano, en su diseño actual, no incentiva que inversionistas colombianos utilicen instituciones jurídicas colombianas para invertir en el exterior. La interposición de un inversionista colombiano puede activar consecuencias de venta indirecta que, en la práctica, bloquean operaciones legítimas de reorganización o desinversión.

La tercera conclusión se relaciona con la fase de salida como momento crítico de validación estructural. Mientras que la etapa de entrada suele ser objeto de planeación detallada y la fase operativa puede manejarse con cumplimiento continuo, la etapa de salida concentra los riesgos acumulados durante la vida de la inversión. El régimen colombiano de ventas indirectas, con su alcance extendido a liquidaciones, donaciones, y aportes, demuestra cómo una norma concebida con finalidad antielusiva puede, por su redacción amplia, generar inseguridad jurídica y afectar operaciones con sustancia económica real. La comparación con FIRPTA en EE. UU. resulta ilustrativa: aunque ambos buscan capturar ganancias asociadas a activos inmobiliarios, el régimen estadounidense se limita a supuestos de alta vinculación con bienes inmuebles, mientras que el colombiano tiene un alcance potencialmente mucho más expansivo.

Adicionalmente, la coherencia interjurisdiccional se ha convertido en el verdadero eje de la planeación legítima. En estructuras de varios niveles,

no basta con optimizar la carga tributaria en una jurisdicción específica. Es necesario modelar simultáneamente el impacto de los regímenes antidiferimiento, la disponibilidad de créditos fiscales, la aplicación de tratados, y las reglas de salida en todas las jurisdicciones involucradas. La ausencia de esta visión integral puede generar fenómenos de doble o triple tributación económica, particularmente cuando no existen mecanismos claros de reconocimiento de impuestos previamente pagados bajo regímenes de imputación anticipada.

La territorialidad panameña ofrece neutralidad formal respecto de rentas extranjeras y ausencia de régimen de ventas indirectas. Sin embargo, la creciente presión internacional en materia de sustancia y transparencia limita el espacio para estructuras puramente instrumentales. La ausencia de exigencias formales estrictas de sustancia no elimina el riesgo de cuestionamientos en otras jurisdicciones, especialmente cuando se invocan beneficios convencionales o se analizan criterios de residencia efectiva.

Una conclusión, de carácter sistémico, es que la interacción entre regímenes antidiferimiento y regímenes de ventas indirectas produce un efecto acumulativo que puede desincentivar la internacionalización de capital residente. Cuando el sistema combina imputación anticipada sin distribución efectiva con presunciones amplias de realización en la salida, el resultado puede ser una carga fiscal desproporcionada respecto del flujo real de riqueza.

Desde una perspectiva de política tributaria, esto plantea una pregunta de fondo: ¿hasta qué punto el diseño actual logra equilibrar adecuadamente la protección de la base gravable con la promoción de competitividad internacional del capital residente? La respuesta no es sencilla, pero la experiencia práctica reflejada en el panel sugiere que el sistema colombiano podría beneficiarse de ajustes que incorporen con mayor fuerza el principio de capacidad contributiva y la consideración de sustancia económica real.

Finalmente, la estructura herradura evidencia que el debate contemporáneo ya no gira exclusivamente en torno a jurisdicciones de baja imposición, sino en torno a la arquitectura normativa comparada. EE.UU., Colombia y Panamá representan modelos distintos de aproximación a la fiscalidad internacional. Su interacción revela que el espacio para el arbitraje puro de clasificación o territorialidad se ha reducido drásticamente. El futuro de la planeación tributaria legítima radica menos en la ingeniería formal y más en la coherencia estructural, la sustancia económica y la anticipación rigurosa del ciclo completo de la inversión.

En síntesis, la lección central del panel es que ninguna estructura debe evaluarse únicamente por su eficiencia en la etapa de entrada. La verdadera medida de su viabilidad se encuentra en su comportamiento durante la operación y, especialmente, en la salida. Solo aquellas arquitecturas que mantengan coherencia interjurisdiccional, respeto por la sustancia económica y previsibilidad en el éxito pueden considerarse sostenibles en el entorno fiscal internacional actual.

Bibliografía

- Convenio entre el Reino de España y la República de Colombia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, 2005.
- Convention Between the Government of the United States of America and the Government of the Kingdom of Spain for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, 1990 (as amended).
- Internal Revenue Code of 1986, 26 U.S.C. §§ 951–965 (Subpart F); § 951A (GILTI); §§ 1291–1298 (PFIC); § 1445 (FIRPTA).
- Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). 2015. Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing.
- Código Fiscal de la República de Panamá.
- D. 1103/2020.
- D. 624/1989. E. T., arts. 10, 90, 90-3, 260-8, 319-8, 882, 894.
- Tax Cuts and Jobs Act. 2017. Pub. L. n.º 115-97.

TAX TECHNOLOGY EN EL CUMPLIMIENTO Y LA FISCALIZACIÓN TRIBUTARIA

Felipe Pardo

Contenido

Introducción. 1. Concepto y alcance de la *tax technology*. 1.1. *Tax technology* para los contribuyentes. 1.2. *Tax technology* para las administraciones tributarias. 2. Desafíos y límites de la *tax technology*. 3. Conclusiones. Bibliografía.

Tax technology en el cumplimiento y la fiscalización tributaria

Felipe Pardo⁽¹⁾

Introducción

El acelerado desarrollo de la tecnología ha conllevado a que diferentes herramientas tecnológicas como la inteligencia artificial o el *blockchain* sean utilizados no solo en la mayoría, sino en la totalidad de los ámbitos de la sociedad.

En ese sentido, el Estado no ha sido ajeno a la adopción de estas nuevas tecnologías y, por tanto, la transformación digital de las administraciones públicas se ha vuelto un tema de gran interés para los gobiernos y las instituciones internacionales. Esta transformación digital del Estado ha tenido un impacto particularmente relevante en el ámbito tributario.

En efecto, las administraciones tributarias vienen destinando grandes esfuerzos a la aplicación de diversas tecnologías en procesos como la identificación del sujeto pasivo, la declaración obligatoria de transacciones e ingresos, la aplicación de las normas tributarias y el cálculo de los impuestos adeudados, el pago de impuestos, las inspecciones y los procedimientos de ejecución y recurso. Todo esto con la finalidad de reducir costos administrativos asociados a la gestión tributaria y de facilitar el cumplimiento de obligaciones formales y sustanciales de los contribuyentes.

Sobre este punto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha señalado: “Los procesos en los que originalmente se utilizaba papel y se llevaban a cabo en parte de forma manual se han digitalizado progresivamente, lo que ha permitido un mayor intercambio de datos dentro de la administración y los organismos gubernamentales, la

(1) Felipe Pardo es director en Posse Herrera Ruiz. Codirige el área de cumplimiento tributario y dirige el área de cumplimiento contable de la firma. Es Contador Público de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Tributación de la Universidad de los Andes y se encuentra certificado internacionalmente en IFRS desde el año 2013 por el Instituto de Contadores Públicos de Inglaterra y Gales – ICAEW.

incorporación de datos de terceros y el uso de herramientas analíticas mejoradas. Si bien las distintas administraciones tributarias no se encuentran en el mismo punto en este camino, esta ha sido la dirección universal de avance entre las administraciones tributarias modernas”.

Sin embargo, a pesar de los avances que se han logrado hasta el momento, no puede desconocerse que las administraciones tributarias aún enfrentan desafíos estructurales asociados a la evasión, la elusión, la informalidad y los elevados costos de cumplimiento, tanto para los contribuyentes como para el propio fisco. A ello se suma la creciente complejidad de las operaciones económicas, especialmente en economías digitalizadas y globalizadas, que dificulta la aplicación de esquemas tradicionales de control tributario.

Así lo reconoce la OCDE (2024) al afirmar que “aunque estos progresos han beneficiado tanto a los contribuyentes como a las administraciones tributarias, el actual sistema de administración tributaria sigue teniendo algunas limitaciones estructurales significativas en cuanto a los resultados que puede lograr”.

En este contexto, la incorporación de nuevas tecnologías digitales, como la inteligencia artificial o el *blockchain*, se presenta como una oportunidad para las administraciones tributarias a fin de continuar en esa dinámica de transformación digital mediante la automatización de procesos, la capacidad para procesar y gestionar la cada vez mayor información de los contribuyentes, y el diseño de nuevos mecanismos para reducir las cargas tributarias de los contribuyentes y facilitar el cumplimiento tributario.

La incorporación de nuevas tecnologías digitales a los procesos de la administración tributaria ha sido denominada *tax technology*, y ha sido entendida como un conjunto de herramientas tecnológicas orientadas a mejorar el cumplimiento, la fiscalización y la gestión del riesgo tributario.

Sin embargo, si bien esta transformación digital de las administraciones tributarias tiene grandes ventajas, conlleva retos importantes asociados a la seguridad de la información, los costos de implementación, entre otros.

Por lo anterior, la finalidad de este artículo es analizar los diferentes aspectos relacionados con la aplicación de la *tax technology* en la fiscalización y el cumplimiento tributario.

1. Concepto y alcance de la *tax technology*

La *tax technology* puede definirse como el uso sistemático de tecnologías digitales para apoyar el diseño, la administración, el cumplimiento

y la fiscalización de los tributos. Este concepto abarca un espectro amplio de soluciones tecnológicas, que van desde herramientas básicas de digitalización hasta sistemas avanzados de analítica de datos e inteligencia artificial.

Desde el punto de vista funcional, la *tax technology* puede analizarse en dos dimensiones complementarias. En primer lugar, la tecnología orientada al contribuyente, cuyo objetivo principal es facilitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias mediante la automatización de procesos, la reducción de errores y la provisión de información oportuna. En segundo lugar, la tecnología utilizada por la administración tributaria, enfocada en la recaudación, la fiscalización y la gestión del riesgo fiscal.

1.1. *Tax technology* para los contribuyentes

Desde el punto de vista de los contribuyentes, es preciso señalar que la utilización de tecnologías digitales no busca eliminar las obligaciones formales y sustanciales, sino que pretende facilitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias con la finalidad de crear una cultura de cumplimiento voluntario.

En efecto, de acuerdo con la OCDE (2024), uno de los retos que enfrentan las administraciones tributarias es que, en muchas partes del sistema tributario actual, los contribuyentes toman decisiones en cuanto a la declaración, el cálculo y el pago de impuestos. Estas decisiones no solo se refieren a si cumplen o no, sino también al esfuerzo realizado para hacer las cosas bien, como mantener registros, tomarse el tiempo necesario para cumplir correctamente los formularios, resolver cualquier falta de comprensión y cumplir los requisitos y plazos de declaración.

En ese sentido, las administraciones tributarias hacen un gran esfuerzo para promover el cumplimiento voluntario, en particular mediante el desarrollo de nuevos servicios digitales, de nuevos canales de comunicación y de enfoques más centrados en el contribuyente.

Ahora bien, en este punto no puede perderse de vista que el cumplimiento tributario conlleva costos importantes para los contribuyentes que, en la mayoría de las ocasiones, se ven obligados a tercerizar el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, en especial, la relacionadas con el reporte de información.

Bajo este escenario, la adopción de nuevas tecnologías, no solo por parte de los contribuyentes, sino por parte de las administraciones tributarias permitiría alivianar las cargas formales que deben cumplir los contribuyentes y reducir los costos asociados al cumplimiento de estas obligaciones.

A manera de ejemplo, se ha evaluado la posibilidad de utilizar la tecnología de *blockchain* para efectos del cumplimiento de precios de transferencia.

Al ser un registro fiable y actualizado de la información, que permite no solo verificar la trazabilidad de las operaciones, sino automatizar las operaciones a través de la implementación de los contratos inteligentes y que es de fácil acceso por parte de los usuarios, ya sea empresas o administraciones tributarias, la tecnología de *blockchain* es una herramienta que permitiría alcanzar los objetivos perseguidos por la Acción 13 del Plan de acción BEPS.

También, la implementación de esta tecnología permite (i) que las empresas observen las normas de precios de transferencia y, en especial, el principio de plena competencia en el giro ordinario de sus negocios y no solo a la hora de suministrar información; ii) que las administraciones tributarias tengan acceso a información completa, necesaria y fiable que les permita identificar riesgos y adelantar procesos de fiscalización de una mejor manera, y (iii) facilitar la obtención de la información por parte de los contribuyentes reduciendo, de esa manera, los costos asociados al cumplimiento de estas obligaciones.

Así las cosas, las nuevas tecnologías aplicadas al ámbito del cumplimiento tributario no implican la eliminación de obligaciones formales y sustanciales para los contribuyentes, sino que facilitan su ejecución promoviendo una cultura de cumplimiento tributario voluntario (Rodríguez, 2024).

1.2. *Tax technology* para las administraciones tributarias

En el ámbito de la fiscalización, la *tax technology* ha transformado de manera profunda los métodos tradicionales de control. Históricamente, la fiscalización tributaria se ha basado en auditorías *ex post*, de carácter selectivo y con alto componente manual. Estos modelos presentan limitaciones significativas en términos de cobertura, eficiencia y oportunidad.

La incorporación de *big data*, inteligencia artificial y *machine learning*, entre otros, ha permitido desarrollar modelos de fiscalización basados en riesgos. A través del análisis de grandes volúmenes de información —proveniente de declaraciones, facturación electrónica, terceros y otras fuentes— las administraciones tributarias pueden identificar inconsistencias, detectar esquemas de evasión y priorizar los casos con mayor probabilidad de incumplimiento.

Este enfoque no solo optimiza el uso de recursos administrativos, sino que también incrementa la percepción de riesgo entre los contribuyentes. La

posibilidad de detección temprana y el uso de cruces automatizados reducen los incentivos para el incumplimiento deliberado y refuerzan la efectividad del sistema tributario.

Adicionalmente, la implementación de nuevas tecnologías desempeña un papel central en los modelos modernos de gestión del riesgo fiscal. Lo anterior en la medida en que, a través del uso de nuevas tecnologías como la inteligencia artificial, las administraciones tributarias pueden (i) procesar la cada vez mayor cantidad de información que reciben de los contribuyentes, y (ii) clasificar a los contribuyentes según su perfil de riesgo y diseñar estrategias diferenciadas de control y asistencia.

De esta manera, el uso de nuevas tecnologías permitiría el intercambio continuo de información, la identificación temprana de riesgos fiscales, y la resolución anticipada de controversias.

En todo caso, es importante tener en cuenta que la utilización de nuevas tecnologías no sustituye totalmente la gestión de los tributos, sino que le da herramientas a las administraciones tributarias para hacer más eficiente la fiscalización y el control de los contribuyentes.

2. Desafíos y límites de la *tax technology*

A pesar de los beneficios asociados a la *tax technology*, su implementación plantea importantes desafíos.

En primer lugar, es importante señalar que el diseño y la implementación de nuevas tecnologías a los procesos de los contribuyentes y de las administraciones tributarias requieren una inversión importante de tiempo y recursos. En ese sentido, las administraciones tributarias al tener recursos limitados para su funcionamiento pueden encontrar un obstáculo para la implementación de nuevas tecnologías en la financiación de estos proyectos.

En segundo lugar, la *tax technology* presenta un desafío asociado al talento humano necesario para la operación de las nuevas herramientas tecnológicas.

En ese sentido, conviene señalar que en la implementación de este tipo de tecnologías, tal y como lo afirma Cipollini (2021), se requiere del aporte de expertos de diferentes áreas del conocimiento como, por ejemplo, los expertos en impuestos que aseguren la comprensión funcional del campo y las prioridades o limitaciones operativas; los científicos de datos que determinen las técnicas estadísticas y los algoritmos que se utilizarán y dónde pueden o no ser efectivos; y los ingenieros de *software* que introduzcan las herramientas técnicas adecuadas para analizar y procesar las fuentes de datos, entre otros.

Esto plantea un reto para las administraciones tributarias que deben adecuar su planta de personal de manera que expertos de diferentes áreas trabajen conjuntamente en la operación de las nuevas tecnologías. En efecto, sin el aporte conjunto de las diferentes áreas del conocimiento sería imposible adaptar las nuevas tecnologías a los procesos de las administraciones tributarias y la transformación digital se terminaría convirtiendo en una quimera.

Esto representa un costo adicional en la implementación de la *tax technology* pues las administraciones tributarias se verían obligadas a invertir tiempo y recursos en (i) la capacitación de su personal o (ii) la contratación de personal nuevo.

Finalmente, la implementación de nuevas tecnologías presenta un riesgo importante en materia de la protección y seguridad de la información.

Sobre este punto, no puede perderse de vista que las administraciones tributarias manejan información sensible de los contribuyentes y, en esa medida, son responsables de la seguridad y el adecuado manejo de la información.

Sobre este punto, la OCDE (2024) ha reconocido que el procesamiento de una cantidad cada vez mayor de datos de los contribuyentes plantea una serie de problemas relacionados con (i) la privacidad y propiedad de los datos en la medida en que las administraciones podrían reunir información personal sobre las pautas de gasto, la ubicación y las relaciones individuales, (ii) pues existe un riesgo para la seguridad de los grandes conjuntos de información, y (iii) el uso y transparencia de los datos, porque actualmente se recopilan muchos datos a efectos del control del cumplimiento y las evaluaciones de riesgos, que pueden tener una relevancia menos directa para el cálculo de los impuestos.

Es por esto, que en la implementación de la *tax technology*, las administraciones tributarias deben garantizar que las tecnologías que utilicen garanticen que la información solo va a ser empleada para fines tributarios y que únicamente personas autorizadas podrán acceder a aquella.

En este contexto, resulta indispensable que la adopción de *tax technology* se acompañe de marcos normativos claros, principios de gobernanza tecnológica y mecanismos de supervisión que aseguren un uso proporcional, transparente y jurídicamente controlable de la tecnología.

3. Conclusiones

Para concluir es importante resaltar que la implementación de la *tax technology* ya no se trata de un tema hipotético, sino de un asunto real y vigente,

pues la tecnología se encuentra embebida en todos los ámbitos de la sociedad.

En ese sentido, la implementación de nuevas tecnologías, como inteligencia artificial, representa una transformación estructural del cumplimiento y la fiscalización tributaria. En esa medida, su correcta implementación, no solo reduciría los costos administrativos de los contribuyentes y de las administraciones tributarias, sino que permitiría mejorar la eficiencia administrativa, fortalecer el cumplimiento voluntario y optimizar la gestión del riesgo fiscal.

Sin embargo, la implementación de estas nuevas tecnologías presenta desafíos importantes para las administraciones tributarias asociadas a los costos de implementación y a la seguridad de la información. En definitiva, el desafío central consiste en equilibrar los objetivos de eficiencia y recaudación con la protección de los derechos del contribuyente y el respeto de los principios fundamentales del derecho tributario. El futuro de la administración tributaria dependerá, en gran medida, de la capacidad de integrar tecnología, derecho y política pública de manera coherente y sostenible.

Bibliografía

- Cipollini, C. "Blockchain and Smart Contracts: A Look at the Future of Transfer Pricing Control". *Intertax* 49, n.º 4 (2021): 315-332, <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/49.4/TAXI2021030>.
- "OECD". *Administración Tributaria 3.0: La transformación digital de la administración tributaria*, <https://doi.org/10.1787/f30c1100-es>.
- Reyes-Tagle, Gerardo, Christina Dimitropoulou y Cristian Camilo Rodríguez Peña 2023. *Digitalization of Tax Administration in Latin America and the Caribbean: Best-Practice Framework for Improving E-Services to Taxpayers*. <https://doi.org/10.18235/0005260>
- Rodríguez, J. "Compliance en la era digital: La aplicación de la tecnología blockchain en materia de precios de transferencia". En *Tributación en la era Digital*, editado por José Manuel Castro y Andrés Felipe Perdomo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2024.

CREACIÓN DE VALOR EN PRECIOS
DE TRANSFERENCIA BAJO
LAS ACCIONES BEPS 8 A 10:

¿CÓMO VA COLOMBIA?

Estephanie Munar Díaz

Contenido

Introducción. 1. Marco conceptual: intangibles en precios de transferencia (BEPS Acción 8) y su interacción con la contabilidad. 2. Identificación y caracterización del intangible: delimitación de la transacción, propiedad económica y funciones DEMPE. 3. Intangibles rutinarios vs. no rutinarios: relevancia para la asignación de utilidades y el análisis residual. 4. Valoración financiera de intangibles y su articulación con métodos de precios de transferencia. 5. Principales técnicas de valoración aplicadas a intangibles. 6. Consistencia entre valoración y precios de transferencia. 7. Consideraciones prácticas para Colombia: método más apropiado, evidencia y riesgos de fiscalización. 8. Conclusiones y recomendaciones. Bibliografía.

Creación de valor en precios de transferencia bajo las Acciones BEPS 8 a 10: ¿Cómo va Colombia?

Estephania Munar Díaz⁽¹⁾

Introducción

En un número creciente de grupos multinacionales, los activos intangibles explican una proporción sustantiva de las rentas económicas y, por esa misma razón, concentran parte significativa de la controversia en materia de precios de transferencia. La Acción 8 del Plan BEPS de la OCDE impulsa un cambio de énfasis: la asignación de beneficios vinculados a intangibles debe responder a la creación de valor, evitando que utilidades residuales se concentren en entidades que no ejecutan funciones relevantes, no controlan riesgos materialmente significativos o no cuentan con la capacidad financiera para asumirlos. No obstante, una lectura técnicamente completa de “creación de valor” exige incorporar los desarrollos de las Acciones 9 y 10: la primera, porque la atribución de retornos residuales presupone control decisorio sobre riesgos y capacidad financiera para soportarlos; y la segunda, porque obliga a reforzar la delimitación de la transacción y a descartar asignaciones que no respondan a racionalidad comercial o a la conducta efectiva de las partes. Complementariamente, las Acciones 9 y 10 refuerzan este enfoque al exigir coherencia en la asignación de riesgos y capital (control decisorio y capacidad financiera), y al imponer una delimitación económicamente realista de las transacciones intragrupo.

De esta manera, el análisis técnico trasciende la mera identificación nominal del intangible. Se exige una delimitación precisa de la transacción, la determinación de quién crea, mejora, mantiene, protege y explota el intan-

(1) Líder del área de Precios de Transferencia en Posse Herrera Ruiz. Profesional en Finanzas y Relaciones Internacionales, y especialista en Derecho Tributario de la Universidad Externado de Colombia, institución en la que actualmente cursa la Maestría en Derecho Tributario.

gible (DEMPE), y la construcción de una narrativa probatoria consistente, sustentada en evidencia, que justifique la remuneración de las partes involucradas.

Bajo este marco, la memoria desarrolla los ejes discutidos en la sesión y los complementa con consideraciones doctrinales y prácticas orientadas a fortalecer la defensa técnica del contribuyente en escenarios de fiscalización, con especial atención a la coherencia entre sustancia económica, contratos y contabilidad. En cuanto al alcance, la sesión se concentró en los ejes esenciales de la discusión BEPS sobre intangibles: (i) delimitación de la transacción; (ii) sustancia económica; (iii) funciones DEMPE; (iv) control de riesgos, y (v) aproximaciones de valoración. Sobre esa base, y con el fin de ofrecer una contribución útil para la práctica colombiana, esta memoria no se limita a reproducir el contenido expuesto, sino que lo desarrolla y lo complementa con precisiones conceptuales, implicaciones normativas y criterios operativos de documentación y defensa, en coherencia con el objeto y la lógica técnica del debate.

En particular, la discusión permite identificar como problemas jurídicos centrales (i) la tensión entre titularidad legal y propiedad económica del intangible para efectos de atribución de retornos; (ii) el estándar probatorio exigible para demostrar el desempeño de funciones DEMPE y el control de riesgos, y (iii) la selección del método más apropiado en contextos de baja comparabilidad. En ese marco, se contrastan dos aproximaciones: una lectura formal centrada en el soporte contractual/registral, y una lectura sustantiva orientada a la alineación entre retornos, funciones y riesgos. A partir de ello, esta memoria adopta una postura: la evaluación debe estructurarse como un “test de consistencia” entre contrato, conducta y contabilidad, de modo que la valoración financiera opere como mecanismo de corroboración del análisis funcional y no como sustituto en la determinación del método más apropiado y de la asignación de retornos.

Aunque en la discusión se afirmó que no sería necesario profundizar en definiciones normativas adicionales, esta memoria sostiene que la ausencia de mayor precisión conceptual en materia de intangibles (delimitación económica, evidencia DEMPE y control de riesgos) incrementa la ambigüedad interpretativa y, con ello, la discrecionalidad en fiscalización. Más que ausencia normativa, hay espacio para densificación interpretativa (doctrina/guías), a fin de elevar predictibilidad. En esa medida, un mayor desarrollo de criterios administrativos y guías técnicas contribuiría a la seguridad jurídica, a la consistencia en la aplicación del principio de plena competencia y a la reducción de controversias.

1. Marco conceptual: intangibles en precios de transferencia (BEPS Acción 8) y su interacción con la contabilidad

En precios de transferencia, el concepto de intangible es primordialmente económico: se refiere a un activo no físico ni financiero susceptible de generar beneficios económicos futuros y de ser controlado o explotado con carácter exclusivo o preferente. Este entendimiento puede divergir del enfoque contable, en el cual el reconocimiento suele depender, entre otros factores, de la separabilidad del activo, la existencia de control y la posibilidad de medición fiable.

En consecuencia, bajo el enfoque BEPS (Acciones 8-10), la relevancia de un intangible en precios de transferencia no depende exclusivamente de su reconocimiento contable: pueden existir intangibles económicamente significativos no registrados (por ejemplo, marcas autodesarrolladas, *know how*, algoritmos o relaciones comerciales). Sin perjuicio de que, en Colombia, la información contable y financiera constituya un insumo central de análisis y soporte documental, partidas como el *goodwill* adquirido, por su naturaleza residual, no determinan por sí solas el derecho a capturar beneficios; la atribución de retornos debe alinearse con la creación de valor, las funciones DEMPE y el control efectivo de riesgos.

Desde la óptica BEPS, la titularidad legal del intangible, aun cuando esté soportada en registros o contratos, no basta para justificar la apropiación del retorno residual. Lo determinante es la correspondencia entre la asignación de retornos y la contribución efectiva a la creación de valor: desempeño de funciones significativas, control de riesgos y capacidad financiera para soportarlos. Cuando una entidad solo ostenta la titularidad formal sin sustancia funcional, el retorno que puede reclamarse debería, en principio, limitarse a una remuneración acorde con su contribución real.

Esta tensión, contabilidad como insumo probatorio central en Colombia versus la aproximación económica BEPS basada en creación de valor, refuerza la necesidad de criterios interpretativos más precisos que orienten la identificación del intangible relevante, la trazabilidad DEMPE y el vínculo entre retornos y control de riesgos. Sin esa clarificación, aumentan las zonas grises en la delimitación de la transacción y en la sustentación probatoria.

En la práctica, la Acción 8 no opera aisladamente: la Acción 9 disciplina la asignación de retornos cuando el intangible se financia o se “posee”

formalmente en entidades con limitada sustancia, exigiendo evidenciar control de riesgos y capacidad financiera real. A su turno, la Acción 10 refuerza la necesidad de una delimitación precisa y de un test de coherencia contrato, conducta, economía, especialmente en esquemas intragrupo donde la transacción, tal como está descrita, podría no replicarse entre independientes. Adicionalmente, bajo la Acción 9, la asignación de retornos presupone identificar quién controla las decisiones relevantes sobre riesgos y quién cuenta con la capacidad financiera efectiva para asumirlos; y bajo la Acción 10, verificar que la transacción delineada sea consistente con la conducta y la racionalidad económica del negocio.

2. Identificación y caracterización del intangible: delimitación de la transacción, propiedad económica y funciones DEMPE

La identificación del intangible, para fines de precios de transferencia, se construye a partir de la delimitación de la transacción controlada. Esta delimitación comprende el alcance de los derechos transferidos o cedidos, la modalidad de explotación (uso, sublicencia, cesión plena), el ámbito territorial, la duración, la exclusividad, las limitaciones y obligaciones de mantenimiento, así como estándares técnicos o de calidad. En la práctica, la delimitación exige coherencia entre tres planos: los términos contractuales; los hechos y circunstancias operativas que muestran quién hace qué y con qué recursos, y el reflejo financiero y contable (presupuestos, centros de responsabilidad, asignación de costos y gastos asociados a funciones relevantes).

En línea con la Acción 9, la caracterización del intangible no se agota en identificar DEMPE: debe precisarse quién toma decisiones relevantes, quién supervisa y controla los riesgos asociados al desarrollo/explotación, y quién cuenta con capacidad financiera para asumirlos. Esto cobra especial importancia cuando existen entidades financiadoras o titulares formales, pues su retorno, en clave de plena competencia, depende del grado de control y de sustancia funcional demostrable, y no de la sola titularidad contractual.

Un punto crítico consiste en diferenciar entre intangibles susceptibles de transferencia económica efectiva, por ejemplo, patentes, marcas o tecnologías licenciables, y ventajas competitivas que, aunque relevantes económicamente, no son separables ni transables autónomamente, como sinergias del grupo o reputación agregada. Esta distinción cobra especial relevancia cuando el contribuyente pretende atribuir rentas residuales con base en un activo cuya existencia económica no es verificable o cuya explotación no se correlaciona con un control funcional efectivo.

Asimismo, el enfoque BEPS restringe la asignación de retornos residuales a entidades meramente tenedoras (*cash boxes*) que carecen de funciones de dirección, gestión o control. En estos supuestos, la remuneración debería reflejar, como máximo, el riesgo financiero efectivamente asumido, sin desplazar rentas económicas que corresponden a quienes realizan las funciones DEMPE y controlan los riesgos materialmente relevantes. En línea con la Acción 9, ello exige demostrar no solo financiación, sino control decisorio sobre los riesgos económicamente significativos y capacidad financiera real.

En la práctica, la controversia no suele radicar en la enunciación de DEMPE, sino en el umbral de evidencia exigible para demostrar control decisorio y asunción real de riesgos. Por ello, resulta deseable que existan lineamientos que delimiten un estándar probatorio mínimo (documentación contemporánea, trazabilidad de decisiones, asignación presupuestal y responsabilidades), de manera que la aplicación del análisis funcional sea más uniforme y predecible. A su turno, la Acción 10 refuerza que la delimitación debe reflejar la transacción efectivamente realizada (contrato más conducta), antes de cuantificar retornos.

3. Intangibles rutinarios vs. no rutinarios: relevancia para la asignación de utilidades y el análisis residual

La distinción entre intangibles rutinarios y no rutinarios opera como herramienta analítica para ordenar la atribución de utilidades en escenarios de baja comparabilidad, particularmente cuando participan varias entidades en la creación de valor. Los intangibles rutinarios suelen asociarse con funciones estandarizadas, replicables y de menor complejidad o riesgo, de modo que su remuneración puede estructurarse con métodos transaccionales tradicionales. Por el contrario, los intangibles no rutinarios se relacionan con ventajas competitivas sostenibles y con la generación de rentas económicas superiores al promedio del mercado, como marcas altamente posicionadas, tecnologías núcleo o carteras de clientes de alto valor.

Esta distinción es especialmente útil cuando se recurre a esquemas de partición de utilidades con componente residual: primero se remunera a las partes por funciones rutinarias y activos contributivos y, posteriormente, se asigna el excedente a quienes aportan activos únicos y valiosos. El riesgo técnico aparece cuando se presume que la mera titularidad contable o registral habilita, automáticamente, la captura de la utilidad residual. Si una entidad detenta formalmente una marca pero no ejecuta DEMPE ni controla decisiones estratégicas de posicionamiento o explotación, la

atribución del excedente puede resultar inconsistente con la sustancia económica exigida por BEPS. Bajo Acción 9, además, la atribución del residual debe ser consistente con el control efectivo de riesgos y no con una asignación meramente contractual; y bajo Acción 10, con una delineación económicamente plausible de la transacción.

De acuerdo con la Acción 9, la asignación del excedente residual debe ser consistente no solo con aportes DEMPE, sino con el control efectivo de los riesgos económicamente significativos; en ausencia de tal control, la parte que únicamente financia o detenta titularidad formal tendería a justificar, como máximo, un retorno acorde con su función real. Complementariamente, la Acción 10 exige verificar que el esquema de partición de utilidades responda a una transacción delineada con realismo económico y que no constituya un mecanismo para remunerar arreglos que no serían aceptados por partes independientes.

4. Valoración financiera de intangibles y su articulación con métodos de precios de transferencia

La valoración de intangibles es uno de los componentes más sensibles del análisis de precios de transferencia, dadas la singularidad del activo, la ausencia de mercados activos y la dependencia de supuestos críticos. En muchos casos, la falta de comparables externos conduce a la utilización de técnicas proyectivas que estiman el valor presente de los beneficios futuros atribuibles al intangible. En el marco colombiano, la determinación del precio o margen de plena competencia exige seleccionar y sustentar el método más apropiado conforme a las reglas de precios de transferencia. En escenarios de comparabilidad limitada, es usual que el análisis se apoye en modelación financiera, particularmente en flujos de caja descontados (FCD), como herramienta de soporte y corroboración de la razonabilidad económica de la transacción y de su consistencia con el análisis funcional y de riesgos, sin que ello implique sustituir el marco metodológico propio de precios de transferencia.

En ese contexto, el FCD debe construirse coherentemente con la Acción 9: la tasa de descuento, los escenarios y la distribución de flujos deben reflejar el perfil de riesgo del que realmente controla el riesgo y no una asignación contractual desconectada de la gobernanza real. Asimismo, bajo Acción 10, el modelo debe ser consistente con una delimitación económicamente plausible de la transacción; de lo contrario, la controversia tenderá a desplazarse hacia supuestos financieros para suplir inconsistencias de sustancia.

No obstante, la valoración financiera no puede concebirse como un ejercicio aislado. Su consistencia con el análisis funcional es determinante:

las proyecciones deben reflejar la asignación real de funciones y riesgos, y la atribución de retornos debe ser congruente con la capacidad efectiva de controlar riesgos y ejecutar DEMPE. Un modelo que adjudica valor residual a una entidad que no participa en la creación o control del intangible debilita la defensa técnica y expone al contribuyente a ajustes. Por ello, resulta esencial la coherencia entre la narrativa DEMPE y variables críticas como el horizonte de proyección, la tasa de descuento, la contribución marginal del intangible y la sensibilidad del modelo frente a escenarios alternativos.

En la práctica, uno de los puntos de mayor vulnerabilidad probatoria radica en la falta de alineación entre los supuestos del modelo y la evidencia interna disponible (planes de negocio, presupuestos y KPI), lo cual reduce su capacidad persuasiva en fiscalización. En consecuencia, resulta aconsejable incorporar, como estándar mínimo de defensa, análisis de sensibilidad y corroboraciones con información histórica y/o sectorial, cuando sea razonablemente disponible.

Cuando no existen referencias interpretativas suficientemente precisas sobre el vínculo entre DEMPE, control de riesgos y parámetros de valoración, la discusión tiende a desplazarse hacia disputas sobre supuestos (tasa de descuento, vida útil, contribución marginal) y no sobre la sustancia económica de la transacción. Ello sugiere que una mayor estandarización técnica ayudaría a focalizar el debate y elevar la calidad probatoria del análisis. En clave 8–10, ello implica que los supuestos del FCD deben ser coherentes con (i) quién controla los riesgos económicamente significativos (Acción 9), y (ii) la transacción efectivamente delineada según contrato y conducta (Acción 10).

5. Principales técnicas de valoración aplicadas a intangibles

Las técnicas de valoración de intangibles suelen agruparse en tres enfoques: ingresos, mercado y costos. En la práctica, el enfoque de ingresos es el más empleado, pues permite estimar el valor económico futuro generado por el intangible a partir de flujos atribuibles descontados a valor presente. En la práctica, muchas de estas aproximaciones se instrumentan mediante modelación de flujos de caja descontados (FCD), variando el *driver* económico (ahorro de regalías, diferencial incremental, excedentes residuales), lo cual permite mantener consistencia con un soporte financiero basado en descuento de flujos. Dentro de este enfoque, el método de ahorro en regalías (*relief-from-royalty*) estima el valor del intangible sobre la base del ahorro derivado de no pagar una regalía hipotética, lo que exige identificar

una tasa de regalía comparable, aplicarla sobre ingresos atribuibles y descontar el flujo neto resultante.

El método *con y sin* (*with-and-without*) estima el diferencial de valor comparando dos escenarios financieros, uno en el que el intangible existe y otro en el que se asume su ausencia, lo cual es particularmente útil cuando el intangible produce un impacto incremental significativo en ingresos o eficiencias. Por su parte, el método de excedentes de efectivo de múltiples períodos (MPEEM/MEM) asigna retornos a activos contributivos y funciones ordinarias y atribuye el excedente residual al intangible principal, siendo común en valoraciones de relaciones con clientes, tecnologías núcleo o activos integrados. En valoraciones de carteras de clientes, una variante frecuente consiste en proyectar flujos atribuibles considerando tasas de retención, márgenes y costos de servicio.

Finalmente, en enfoques residuales, el valor del intangible se infiere como la diferencia entre el valor presente del resultado operativo proyectado y la remuneración asignada a funciones rutinarias y activos contributivos. En cualquier caso, la robustez del ejercicio depende de la razonabilidad y trazabilidad de supuestos como tasas de descuento, tasas de regalía, crecimiento, vida útil y criterios de atribución funcional.

6. Consistencia entre valoración y precios de transferencia

Uno de los focos más sensibles en la evaluación de intangibles es la coherencia entre contratos, análisis funcional y modelación financiera. Cuando existe disonancia entre estos elementos, la probabilidad de ajustes aumenta sustancialmente. Así, si un contrato asigna riesgos de desarrollo a una entidad extranjera, pero en la práctica la toma de decisiones, el personal clave y los gastos relevantes se concentran en Colombia, la asignación contractual pierde fuerza frente a la evidencia operativa. Del mismo modo, si el modelo de valoración atribuye el valor residual del intangible a una entidad sin funciones operativas ni control de riesgos, se compromete el principio de alineación con la creación de valor.

La consistencia exige, entre otros aspectos, que la tasa de descuento refleje el perfil de riesgo del intangible y no un riesgo promedio del grupo; que los escenarios proyectados sean compatibles con planes de negocio y documentos internos, y que la atribución de retornos a activos contributivos responda a parámetros económicos verificables. En síntesis, la defensa técnica se fortalece cuando el modelo es replicable, sustentado y coherente con la realidad del negocio. Bajo Acción 10, además, cuando la transacción delineada no refleja la conducta efectiva o carece de racionalidad económica, el problema es previo a la cuantificación: primero debe

precisarse la transacción efectivamente realizada y luego valorar/defender el resultado.

En línea con la Acción 10, cuando la estructura contractual y la conducta efectiva no convergen, no se trata únicamente de un problema de precios, sino de delineación: corresponde evaluar si la transacción, tal como está descrita, tiene racionalidad comercial comparable a la que aceptarían terceros, o si requiere ser recaracterizada/delineada conforme a la sustancia económica, antes de cuantificar retornos.

7. Consideraciones prácticas para Colombia: método más apropiado, evidencia y riesgos de fiscalización

En el entorno colombiano, los principales retos operativos se concentran en dos frentes: la selección del método más apropiado y la calidad probatoria de la evidencia DEMPE. En materia metodológica, se observa el riesgo de aplicar métodos tradicionales en transacciones donde la singularidad del intangible y la baja comparabilidad justifican técnicas de valoración financiera. Para sustentar esta elección, es indispensable documentar de manera clara por qué los comparables resultan insuficientes y cómo la técnica seleccionada refleja de mejor forma el valor económico transferido. En estos casos, el soporte cuantitativo suele descansar, principalmente, en modelación mediante FCD/DCF, alineada con la delimitación de la transacción y el análisis de funciones/riesgos.

En el plano probatorio, la evidencia vinculada con DEMPE suele ser determinante: organigramas y roles, actas de decisiones relevantes, presupuestos de I+D, *marketing* o protección, descripciones de procesos de desarrollo y explotación, y mecanismos de control y supervisión. La consistencia entre esta evidencia y los contratos es crítica. A su vez, la modelación financiera debe construirse con supuestos razonables y verificables, idealmente contrastados con información histórica del negocio y análisis de sensibilidad. Como propuesta operativa, se recomienda estructurar una “matriz probatoria DEMPE” (personas, decisiones, presupuesto, riesgos) que permita trazar de forma auditable la creación y el control del valor, y alinear esa evidencia con el contrato y los registros contables. En línea con Acción 9, esta matriz debería evidenciar, además, los “puntos de decisión” sobre riesgos y la capacidad financiera efectiva asociada.

Complementariamente, sería conveniente avanzar hacia guías administrativas que precisen criterios operativos sobre intangibles (delimitación de la transacción, evidencia DEMPE, tratamiento de intangibles no registrados y consistencia contable), no como sustituto del análisis caso a caso, sino como marco de referencia para reducir divergencias interpreta-

tivas y mejorar la predictibilidad del control tributario. Asimismo, guías sobre criterios de control de riesgos/capital (Acción 9), y sobre delimitación reforzada y racionalidad económica (Acción 10) contribuirían a uniformar estándares probatorios.

Cuando la titularidad formal del intangible está en una entidad distinta de aquella que ejecuta funciones clave, la estructura debe justificarse y respaldarse con mecanismos efectivos de control. En ausencia de dicha consistencia, la autoridad podría cuestionar la asignación de retornos y reatribuirlos a la entidad que efectivamente crea y controla el valor, limitando al titular formal a un retorno acorde con su contribución. En términos interpretativos, ello refuerza que el retorno residual solo es defendible cuando existe sustancia funcional demostrable y control efectivo, evitando asignaciones basadas exclusivamente en la titularidad formal.

Esa densificación interpretativa sería particularmente valiosa para operacionalizar, en la práctica colombiana, los criterios de las Acciones 9 y 10: estándares mínimos sobre control de riesgos y capacidad financiera, y pautas de delineación reforzada en transacciones intragrupo de alta sensibilidad probatoria (por ejemplo: licencias/cesiones, servicios estratégicos vinculados a DEMPE, y esquemas de financiación del desarrollo).

8. Conclusiones y recomendaciones

Las Acciones BEPS 8 a 10 consolidan un cambio de paradigma: la atribución de beneficios vinculados a intangibles deja de descansar en la titularidad formal y se reorienta la sustancia económica, la creación de valor y la consistencia entre funciones DEMPE, riesgos y retornos. La distinción entre intangibles rutinarios y no rutinarios aporta estructura al análisis, en especial en métodos residuales o de partición de utilidades, pero exige respaldo empírico y probatorio suficiente para sostener la contribución diferencial del intangible en la generación de rentas económicas.

Aunque el debate se concentró en intangibles (Acción 8), una conclusión práctica es que la defensa técnica en Colombia se robustece cuando se integra el marco 8-10: (i) DEMPE y creación de valor; (ii) control de riesgos y capacidad financiera (Acción 9), y (iii) delineación económicamente plausible y racionalidad comercial (Acción 10). Esta lectura reduce zonas grises, mejora trazabilidad probatoria y acota controversias en fiscalización.

En escenarios de comparabilidad limitada, y bajo el enfoque BEPS de alineación entre retornos y creación de valor (Acciones 8-10), la mode-

lación financiera, en particular mediante flujos de caja descontados (FCD), puede operar como soporte cuantitativo del análisis DEMPE y del control de riesgos, siempre que descansen en supuestos trazables, verificables y coherentes con la evidencia del negocio. En ese sentido, la consistencia entre análisis DEMPE, contratos, contabilidad y modelación financiera resulta determinante para la credibilidad del ejercicio y para la solidez de la defensa técnica frente a cuestionamientos de la administración tributaria.

Desde Colombia, el marco normativo habilita el uso de métodos de valoración financiera cuando los métodos tradicionales no resultan idóneos; no obstante, el estándar de defensa técnica demanda una aproximación integral que articule, sin contradicciones, la delimitación de la transacción, la evidencia funcional, el control de riesgos y la selección del método más apropiado. Como propuesta, se sugiere consolidar un “paquete de defensa” integrado (delimitación reforzada de la transacción, narrativa DEMPE, contratos, contabilidad y modelación), acompañado de una política interna de gobierno del intangible que documente decisiones clave y control de riesgos.

En términos interpretativos, la atribución de retornos residuales debe condicionarse a evidencia contemporánea suficiente de creación de valor (DEMPE) y control efectivo de riesgos (Acción 9), y a una delimitación económicamente realista de la transacción conforme a contrato y conducta (Acción 10), evitando asignaciones sustentadas exclusivamente en la titularidad formal. Finalmente, desde una perspectiva de política tributaria y seguridad jurídica, una mayor densidad de pronunciamientos interpretativos y guías técnicas en materia de intangibles permitiría reducir ambigüedades, elevar estándares de documentación y acotar controversias en fiscalización, alineando la práctica colombiana con el enfoque BEPS de creación de valor.

Bibliografía

- E. T., art. 260-3. Incluye disposición sobre métodos de valoración financiera aplicables a operaciones con vinculados. Última modificación: Ley 2277 de 2022.
- D. 2120/2017. Por el cual se reglamentan los artículos del Estatuto Tributario en materia de precios de transferencia. Compilado en el Decreto Único Reglamentario 1625 de 2016.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10. 2015 Final Reports*. París: OECD Publishing, 2015.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. París: OECD Publishing, 2022.

TENDENCIAS EN *WEALTH MANAGEMENT*
Y *PRIVATE CLIENTS*:

UNA LECTURA CRÍTICA DESDE LA
TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL SOBRE
LA MIGRACIÓN PATRIMONIAL COLOMBIANA

Andrés Bermúdez Duchamp

Contenido

Introducción. 1. La presión tributaria como detonante de la planeación patrimonial internacional. 1.1. La carga agregada y el *government take* como variable de decisión. 1.2. Evidencia empírica colombiana sobre respuestas comportamentales al impuesto al patrimonio. 1.3. Migración fiscal, costos de cumplimiento y renuncia a la residencia. 1.3.1. Los costos de cumplimiento como detonante adicional. 1.3.2. Renuncia a la residencia y a la nacionalidad como fenómeno tributario. 2. Vehículos y jurisdicciones: del mito *offshore* a las jurisdicciones *robustas* y los déficits regulatorios. 2.1. La evolución de las jurisdicciones tradicionales y la nivelación regulatoria post-OCDE. 2.1.1. El estándar global de transparencia y el fin del arbitraje regulatorio. 2.1.2. Panamá: territorialidad, régimen SEM y la Ley 493 de 2025. 2.2. El reto colombiano: trusts y fundaciones de interés privado, déficit normativo y calificación fiscal forzada. 2.2.1. La ausencia de una regulación propia y el problema de la calificación. 2.2.2. Las consecuencias fiscales de la asimilación forzada. 2.3. Vehículos domésticos: la SAS, los límites del abuso y la planeación sucesoral. 2.3.1. La SAS como vehículo dominante de gestión patrimonial. 2.3.2. Los límites del abuso: la sentencia de la Superintendencia de Sociedades de noviembre de 2025 y el Concepto DIAN 018926 de 2023. 3. Conclusiones y recomendaciones. Bibliografía.

Tendencias en *wealth management* y *private clients*:

Una lectura crítica desde la tributación internacional sobre la migración patrimonial colombiana

Andrés Bermúdez Duchamp⁽¹⁾

Introducción

El panel *Tendencias en wealth management y private clients*, desarrollado en el marco del 14.º Congreso Colombiano de Tributación Internacional de 2025, abordó un fenómeno que hoy define buena parte de la agenda de los asesores patrimoniales en Colombia: la creciente demanda de estructuras de protección patrimonial por parte de familias de alto patrimonio y la consolidación de un movimiento sostenido de capital, personas y vehículos hacia jurisdicciones percibidas como más estables, predecibles y tributariamente racionales.

Los panelistas coincidieron en que, si bien la motivación tributaria no ocupa el primer lugar en la agenda de los clientes —dominada por el riesgo país, los procesos sucesorales y los conflictos familiares—, el componente fiscal opera como detonante decisivo que termina por precipitar la materialización de decisiones que antes solo se contemplaban como hipótesis.

El presente texto académico no busca reproducir literalmente lo discutido en el panel. Su propósito es estructurar, problematizar y desarrollar críticamente los ejes temáticos abordados, complementándolos con estándares internacionales emanados de la OCDE⁽²⁾, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial, así como con la doctrina y la jurisprudencia

(1) Abogado *magna cum laude* por la Universidad de los Andes, especialista en Tributación por la misma universidad; magíster en Derecho con énfasis en Tributación de la Universidad de Harvard. Fue subdirector de recursos jurídicos de la DIAN. Es director de la práctica de impuestos en Godoy, profesor de pregrado y posgrado en la Universidad de los Andes, y de posgrado en EAFIT.

(2) “OECD”. *Engaging with High Net Worth Individuals on Tax Compliance*, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2009/09/engaging-with-high-net-worth-individuals-on-tax-compliance_g1ghb3da/9789264068872-en.pdf.

colombiana más reciente. La pregunta central que subyace al fenómeno analizado puede formularse en los términos del informe de la OCDE *Tax Morale: What Drives People and Businesses to Pay Tax?*⁽³⁾: ¿qué impulsa realmente a las personas y a las empresas a participar en el sistema tributario y a cumplir voluntariamente con sus obligaciones fiscales?

Esta pregunta, abordada por los organismos multilaterales desde hace más de una década, adquiere una relevancia renovada en un entorno global caracterizado por la movilidad sin precedentes de capitales y personas, la digitalización de los servicios financieros, la facilidad de apertura de cuentas bancarias en jurisdicciones extranjeras desde un dispositivo móvil, y la proliferación de plataformas que democratizan el acceso a inversiones internacionales. En este contexto, la respuesta ya no puede descansar exclusivamente en la fiscalización y la sanción, sino que debe incorporar, como lo propone la OCDE, la construcción de confianza, la facilitación del cumplimiento y la percepción de justicia, equidad y reciprocidad del sistema.

La hipótesis que aquí se sostiene es que la actual configuración del sistema tributario colombiano (la permanencia del impuesto al patrimonio, la elevada tarifa marginal sobre rentas personales y los costos de cumplimiento) está produciendo una migración patrimonial cuya magnitud y consecuencias no han sido aún plenamente dimensionadas por el legislador y que, frente a ella, el ordenamiento doméstico ofrece respuestas técnicamente insuficientes para la calificación de figuras extranjeras como los *trusts* anglosajones y las fundaciones de interés privado. En últimas, lo que se pone en juego no es solo el recaudo, sino la propia moral tributaria de los contribuyentes colombianos de alto patrimonio, cuya disposición intrínseca a cumplir se erosiona cuando el sistema comunica mensajes contradictorios, impone cargas desproporcionadas y presume abuso en operaciones que son, en sustancia, el ejercicio legítimo de la libertad de configuración patrimonial.

1. La presión tributaria como detonante de la planeación patrimonial internacional

Una de las observaciones más agudas formuladas en el panel fue la calificación de “voracidad tributaria” atribuida al Estado colombiano tras la reforma tributaria de 2022, que volvió permanente el impuesto al patrimonio y proyectó su tarifa marginal, con propuestas de elevarla al 5 % en proyectos posteriores. La preocupación de los conferencistas no es meramente coyun-

(3) “OECD”. *Tax Morale: What Drives People and Businesses to Pay Tax?*, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2019/09/tax-morale_8d593d89/f3d8ea10-en.pdf.

tural, pues lo que denuncian es la acumulación progresiva de cargas que, sumadas, configuran lo que uno de los panelistas describió como una “presión tributaria al 70 %” sobre las personas naturales de altos patrimonios, integrada por el impuesto sobre la renta a tarifas marginales del 39 % (con propuestas de elevarla al 41 %), el impuesto al patrimonio permanente, los aportes a la seguridad social, el impuesto predial aumentado por el catastro multipropósito y, prospectivamente, el incremento de la tarifa de ganancias ocasionales del 10 % al 15 %.

Este diagnóstico no es ajeno al debate internacional. La OCDE, en su estudio *The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD*⁽⁴⁾, constató que los impuestos recurrentes sobre el patrimonio neto son hoy minoritarios entre los países desarrollados y advirtió que, en términos de eficiencia y equidad, los impuestos bien diseñados sobre los rendimientos del capital combinados con impuestos a la herencia son, en principio, preferibles a los impuestos sobre el patrimonio neto. La propia OCDE ha resaltado que los impuestos relacionados con la riqueza generan típicamente una contribución modesta al PIB —en promedio 1.18 % en los países OCDE analizados— y que su recaudo se concentra en pocas jurisdicciones. Colombia, al apostar por un impuesto al patrimonio permanente y de aplicación progresiva, se aleja de esa tendencia y se inscribe en una minoría que, como advirtieron los panelistas, “tiene un impuesto al patrimonio tan oneroso y permanente”.

Más recientemente, el Fondo Monetario Internacional, en su nota técnica *How to Tax Wealth* (2024)⁽⁵⁾, ha sido aún más enfático que la propia OCDE: “gravar los rendimientos efectivos es, en general, menos distorsionante y más equitativo que un impuesto al patrimonio; en consecuencia, en lugar de introducir impuestos al patrimonio, las prioridades de reforma deberían enfocarse en fortalecer el diseño de los impuestos sobre la renta del capital —particularmente las ganancias de capital— y cerrar las lagunas existentes”. La misma nota documenta, además, que el impuesto al patrimonio en países en desarrollo “genera, en promedio, 0.35 % del PIB, y rara vez ha excedido históricamente el 0.1 % del PIB”, cifra modesta que difícilmente justifica los costos administrativos y los efectos comportamentales que el tributo induce.

La excepcionalidad colombiana queda gráficamente expuesta en la literatura comparada reciente. La Tax Foundation, en *The High Cost of Wealth*

(4) “OECD”. *The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD*. *Tax Policy Studies*, <https://doi.org/10.1787/9789264290303-en>.

(5) Shafik Hebous, Alexander Klemm, Geerten Michielse y Carolina Osorio-Buitron. “How to Tax Wealth”. *IMF How to Note*, n.º 24/01 (2024): 1-38, <https://www.imf.org/-/media/files/publications/howtonotes/2024/english/htnea2024001.pdf>.

Taxes⁽⁶⁾, constata que “entre los países de la OCDE, solo cuatro lo imponen actualmente: Colombia, Noruega, España y Suiza” y advierte que estos impuestos “recaudan poco, generan altos costos administrativos e inducen una salida de personas adineradas y de su dinero”.

La economista Sarah Perret, en un trabajo publicado en *Fiscal Studies* (2021) tras un repaso sistemático de las experiencias OCDE, sintetiza el argumento académico contra el impuesto recurrente al patrimonio neto en términos que aplican plenamente al caso colombiano: “el principal argumento económico contra los impuestos al patrimonio neto es que, de modo comparable con los impuestos a la renta del capital, distorsionan los comportamientos de ahorro y, en última instancia, podrían reducir el stock de capital y el crecimiento de largo plazo”.

En la misma línea, Stuart Adam y Helen Miller, del Institute for Fiscal Studies del Reino Unido,⁽⁷⁾ han subrayado que un impuesto anual al patrimonio “penaliza a quien ahorra” y que “construir el argumento a favor de un impuesto anual al patrimonio es más complejo: exige explicar por qué resulta preferible gravar la misma riqueza cada año en lugar de obtener la misma recaudación gravando todas las fuentes de riqueza una sola vez, cuando se reciben o se gastan”.

Esta apuesta no es neutral. La literatura del FMI sobre administración tributaria a contribuyentes de alto patrimonio (HNWI) ha advertido que los regímenes que combinan elevadas tarifas marginales con impuestos recurrentes sobre el patrimonio inducen comportamientos elusivos sofisticados y exigen capacidades institucionales de fiscalización particularmente robustas, normalmente concentradas en unidades especializadas (HNWI Units). La OCDE⁽⁸⁾ ha identificado cuatro factores que justifican un escrutinio diferenciado sobre este segmento: la complejidad de sus asuntos, los volúmenes recaudatorios potencialmente comprometidos, el uso de planeación tributaria agresiva (ATP) y el efecto que su comportamiento de cumplimiento produce sobre la integridad general del sistema. Colombia carece, hasta hoy, de una unidad especializada con la madurez institucional descrita por estos estándares, lo que profundiza la asimetría entre el nivel de carga

(6) Daniel Bunn y Cristina Enache. “The High Cost of Wealth Taxes”. *Tax Foundation Europe* (2024): 1-18, <https://taxfoundation.org/research/all/global/wealth-tax-impact/>.

(7) Stuart Adam y Helen Miller. “The Economic Arguments For and Against a Wealth Tax”. *Fiscal Studies* 42, n.º 3-4 (2021): 457-483, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/1475-5890.12288>.

(8) “OECD”. *Engaging with High Net Worth Individuals on Tax Compliance*, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2009/09/engaging-with-high-net-worth-individuals-on-tax-compliance_g1ghb3da/9789264068872-en.pdf.

impositiva impuesta sobre el segmento y la capacidad real de fiscalización efectiva.

1.1. La carga agregada y el *government take* como variable de decisión

La distinción entre tasa nominal y tasa efectiva —entre la tarifa enunciada en la ley y la participación real del Estado en los flujos económicos del contribuyente, lo que técnicamente se conoce como *government take*— fue uno de los marcos conceptuales centrales de la presentación del panel. Esta distinción no es meramente académica, pues explica por qué muchas decisiones de planeación patrimonial no son captadas adecuadamente por las comparaciones simplistas de tarifas nominales entre jurisdicciones. Cuando se computan, además del impuesto sobre la renta, las cargas patrimoniales recurrentes, las cotizaciones de seguridad social, los impuestos prediales y los gravámenes municipales, la tasa efectiva colombiana sobre rentas pasivas y patrimonios consolidados puede situarse en niveles que la doctrina internacional califica como confiscatorios o cercanos a ese umbral.

La OCDE ha sido enfática en que, para diseñar políticas tributarias inclusivas, los Estados deben ponderar conjuntamente la distribución del ingreso y de la riqueza, dado que las brechas patrimoniales tienden a ser sistemáticamente mayores que las del ingreso —los deciles superiores de patrimonio concentran proporciones aproximadamente dos veces superiores a los deciles superiores de ingreso—. Sin embargo, la misma OCDE recuerda que los impuestos al patrimonio neto típicamente desempeñan un papel menor, con una tasa promedio del 0.5 % en el marco conjunto ingreso-patrimonio. La paradoja colombiana es palpable: se ha optado por uno de los instrumentos menos eficientes en términos comparados (el impuesto recurrente al patrimonio neto) sin haber consolidado los instrumentos más eficientes (impuestos a la herencia bien diseñados, impuestos a las ganancias de capital de tarifas razonables y simplificación administrativa).

Esta paradoja se acentúa al contrastarla con la evidencia internacional sobre tasas efectivas reales pagadas por las personas de mayor patrimonio. En EE. UU., Yagan⁽⁹⁾ reporta que las 400 familias más ricas pagan una tarifa efectiva del 9.4 %; en el Reino Unido, Advani, Hughson y Summers⁽¹⁰⁾ encon-

(9) Yagan, Danny. "What Is the Average Federal Individual Income Tax Rate on the Wealthiest Americans?". *Oxford Review of Economic Policy*, n.º 39 (2023): 438-450, <https://eml.berkeley.edu/~yagan/Top400FedIndRate.pdf>.

(10) Arun Advani, Andy Hughson y Andy Summers. "How Much Tax Do the Rich Really Pay? Evidence from the UK". *Oxford Review of Economic Policy* 39, n.º 3 (2023): 406-437, <https://doi.org/10.1093/oxrep/grad032>.

traron que cerca de un cuarto de quienes perciben remuneraciones anuales de al menos 3 millones de libras esterlinas soporta aproximadamente 12 % en impuestos, “35 puntos porcentuales por debajo de la tarifa nominal del trabajo”. La lección comparada es indicativa, pues incluso en jurisdicciones que no imponen un gravamen recurrente al patrimonio, los HNWI gestionan su carga efectiva muy por debajo de la nominal.

La respuesta de política pública, por tanto, no debería buscarse en sumar instrumentos cada vez más onerosos —como ha hecho Colombia—, sino en racionalizar los existentes y fortalecer la fiscalización efectiva. Un estudio del *American Economic Journal* del año 2022⁽¹¹⁾, con datos suizos, encontró que la elasticidad de la riqueza declarada frente al impuesto al patrimonio puede llegar al 40 %, lo que confirma que las bases gravables se erosionan rápidamente cuando el costo marginal del tributo se torna significativo.

1.2. Evidencia empírica colombiana sobre respuestas comportamentales al impuesto al patrimonio

El diagnóstico crítico que aquí se sostiene no es meramente conjetural ni se sustenta únicamente en categorías comparadas. Existe hoy un cuerpo empírico sólido —elaborado a partir de datos de la propia DIAN— que documenta con rigor cuantitativo cómo el impuesto al patrimonio induce respuestas comportamentales sustanciales en los contribuyentes colombianos.

Especialmente representativo en este campo es el trabajo de Juliana Londoño Vélez (UCLA) y Javier Ávila Mahecha (DIAN) quienes, en *Enforcing Wealth Taxes in the Developing World: Quasi-Experimental Evidence from Colombia*, publicado en *American Economic Review*,⁽¹²⁾ aprovecharon el programa de divulgación voluntaria diseñado por el Gobierno colombiano y la amenaza de detección desencadenada por la filtración de los Panama Papers para cuantificar la magnitud de la evasión patrimonial.

Su hallazgo es contundente: “existe una evasión sustancial —predominantemente *offshore*—: dos quintas partes del 0.01 % más rico evade impuestos,

(11) Marius Brülhart, Jonathan Gruber, Matthias Krapf y Kurt Schmidheiny. “Behavioral Responses to Wealth Taxes: Evidence from Switzerland”. *American Economic Journal: Economic Policy* 14, n.º 4 (2022): 111-150.

(12) Juliana Londoño Vélez y Javier Ávila Mahecha. “Enforcing Wealth Taxes in the Developing World: Quasi-Experimental Evidence from Colombia”. *American Economic Review: Insights* 3, n.º 2 (2021): 131-148, <https://eml.berkeley.edu/~saez/course/londonoAERI21.pdf>.

y esos evasores ocultan un tercio de su riqueza en el exterior”. Esta cifra resulta tres veces superior a la observada en Escandinavia y cuatro veces superior a la documentada en los Países Bajos, lo que evidencia que la evasión patrimonial colombiana se aproxima por su intensidad a la de los grandes evasores latinoamericanos del estudio comparado.

En un trabajo posterior y aún más detallado, publicado como *Behavioral Responses to Wealth Taxation: Evidence from Colombia*,⁽¹³⁾ los mismos autores revisaron datos tributarios de la DIAN para el período 1993-2016, vinculados con los Panama Papers, junto con cuatro reformas mayores al impuesto al patrimonio colombiano. Sus hallazgos resultan particularmente reveladores para el debate colombiano actual: “encontramos evidencia contundente de que los contribuyentes reducen instantáneamente la riqueza que declaran en respuesta a un impuesto al patrimonio. Estos efectos pueden persistir durante años, incluso después de que el impuesto al patrimonio ya no esté vigente, lo que aporta la primera evidencia de un efecto de histéresis para una política tributaria temporal. La respuesta se explica por la subdeclaración de partidas que las autoridades no pueden contrastar con terceros, como sobreestimar deudas y subdeclarar activos empresariales no reportados por terceros. Adicionalmente, los contribuyentes más ricos responden a los aumentos del impuesto al patrimonio escondiendo activos en entidades de difícil rastreo en paraísos fiscales”.

La relevancia de esta evidencia para el debate colombiano es doble. En primer lugar, confirma cuantitativamente la intuición cualitativa expresada por los panelistas: la “voracidad tributaria” no opera como mecanismo de mayor recaudo, sino como detonante de respuestas elusivas que erosionan la base gravable y deterioran la moral tributaria.

En segundo lugar, el efecto documentado por Londoño Vélez y Ávila Mahecha implica que las decisiones de planeación patrimonial inducidas por una reforma —incluso si la reforma se revierte— tienden a perpetuarse en el tiempo. Trasladado al escenario colombiano, las decisiones de constituir vehículos en el exterior, renunciar a la nacionalidad o trasladar la residencia fiscal a Panamá, España o el Reino Unido no se revertirán de modo automático aunque en el futuro se modere la presión tributaria sobre los HNWI. La política tributaria, en este sentido, opera como una puerta giratoria de salida de difícil reversión.

(13) Juliana Londoño Vélez y Javier Ávila Mahecha. “Behavioural Responses to Wealth Taxation: Evidence from Colombia”. *Review of Economic Studies* 92, n.º 4 (2025): 2.624-2.655, <https://doi.org/10.1093/restud/rdae076>.

En la misma dirección, el Oxford Review of Economic Policy⁽¹⁴⁾ concluye que la progresividad efectiva del sistema tributario en países en desarrollo de América Latina depende mucho más de la capacidad institucional de fiscalización que del diseño nominal del impuesto. Para Colombia, la implicación es directa pues la decisión de mantener un impuesto al patrimonio permanente, sin haber consolidado previamente una unidad especializada en HNWI y sin las capacidades reforzadas de cruce de información que ello exige, conduce —con base en la evidencia empírica disponible— a un escenario de erosión sostenida de la base gravable acompañado de una migración patrimonial cuya reversibilidad es, cuando menos, dudosa.

1.3. Migración fiscal, costos de cumplimiento y renuncia a la residencia

1.3.1. Los costos de cumplimiento como detonante adicional

Una variable subestimada en el análisis tradicional pero enfatizada en el panel son los costos de cumplimiento. La proliferación de obligaciones formales —declaración anual de activos en el exterior desde 2014, intercambio automático de información (CRS) desde 2017, Registro Único de Beneficiarios Finales (RUB), inscripción en el Sistema de Identificación de Estructuras sin Personería Jurídica (SIESPJ), reportes de información exógena, requerimientos de la DIAN derivados de cruces automáticos con jurisdicciones extranjeras— ha generado una carga administrativa que muchas familias perciben como desproporcionada frente a sus capacidades operativas.

La literatura del Banco Mundial documenta de modo persistente que los costos de cumplimiento tributario en América Latina son significativamente más elevados que los promedios internacionales, lo que erosiona la competitividad y la formalización⁽¹⁵⁾. El Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT) ha advertido que las exenciones y la complejidad normativa “reducen la capacidad recaudatoria, pueden alterar positiva o negativamente la incidencia redistributiva, causan ineficiencia económica al introducir excepciones que perturban la neutralidad del sistema, afectan la equidad al mantener a contribuyentes en una posición de privilegio económico frente a otros y producen un incremento en los costos de cumplimiento en la medida en que hacen más complejo el sistema tributario, reduciendo su transparencia”. El cuadro normativo colombiano, lejos de simplificarse, ha venido superponiendo capas de obligaciones que multiplican esos costos.

(14) Marcelo Bergolo, Juliana Londoño-Vélez y Darío Tortarolo. “Tax Progressivity and Taxing the Rich in Developing Countries: Lessons from Latin America”. *Oxford Review of Economic Policy* 39, n.º 3 (2023): 530-549, <https://doi.org/10.1093/oxrep/grad029>.

(15) “World Bank Group y PwC”. *Paying Taxes 2020*, <https://www.pwc.com/gx/en/services/tax/publications/paying-taxes-2020.html>

Lo relevante no es solo el efecto disuasorio sobre la evasión, sino que el costo de mantener estructuras opacas se ha incrementado drásticamente, mientras que el costo de mantener estructuras transparentes —pero sofisticadas— se ha vuelto comparativamente más asequible. Esta “nivelación de la cancha”, como la describió uno de los panelistas, modifica la racionalidad económica de la planeación patrimonial pues ya no se elige una jurisdicción por su precio o por su laxitud regulatoria, sino por su reputación, sus tratos y su seguridad jurídica.

1.3.2. *Renuncia a la residencia y a la nacionalidad como fenómeno tributario*

Probablemente la observación más inquietante del panel fue la mención de que un número creciente de personas con doble nacionalidad está evaluando renunciar a su ciudadanía colombiana para evitar el criterio auxiliar de residencia tributaria establecido en el artículo 10 del Estatuto Tributario (en adelante, ET), una vez se encuentran fuera del territorio nacional. Si bien ninguno de esos contribuyentes manifiesta abiertamente que la causa de la renuncia sea tributaria —arguyen razones de seguridad o personales—, la decisión normalmente tiene visos tributarios.

La OCDE ha advertido públicamente sobre el riesgo del abuso de los esquemas de residencia o ciudadanía por inversión (CBI/RBI) como mecanismo para evitar el CRS, e incluso ha publicado listas de esquemas de alto riesgo. El FMI⁽¹⁶⁾ documenta que jurisdicciones como San Lucía, Antigua y Barbuda, Dominica, San Cristóbal y Nieves, Granada, Comoras, Vanuatu, Malta, Chipre, Bulgaria y Austria han desarrollado regímenes de “pasaporte de conveniencia” cuya principal utilidad práctica reside en facilitar la modificación de la residencia tributaria reportable bajo el CRS⁽¹⁷⁾. En la sesión del panel se abordó que Panamá, mediante la Ley 493 de 2025, abrió el acceso a un pasaporte panameño tras dos años de visa de inversionista calificado y residencia permanente, sin exigir nacionalización.

Aquí se abre un dilema técnico-político para Colombia. El criterio de nacionalidad como factor auxiliar de residencia fiscal —concebido para evitar el desarraigo artificial— termina, en la práctica, induciendo el abandono definitivo de la nacionalidad por parte de quienes, en otras condiciones, habrían mantenido el vínculo. La política tributaria, lejos de retener al contribuyente, lo expulsa de forma costosa para la nación pues pierde recaudo presente, pierde vínculo con el contribuyente y pierde la posibilidad futura de reincorporación.

(16) *Ibid.*

(17) Judith Gold y Ahmed El-Ashram. “A Passport of Convenience”. *Finance & Development* 52, n.º 4 (2015): 48-51, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2015/12/gold.htm>.

2. Vehículos y jurisdicciones: del mito *offshore* a las jurisdicciones *robustas* y los déficits regulatorios

2.1. La evolución de las jurisdicciones tradicionales y la nivelación regulatoria post-OCDE

2.1.1. *El estándar global de transparencia y el fin del arbitraje regulatorio*

El panel describió con precisión un fenómeno estructural: las jurisdicciones tradicionalmente *offshore* —Islas Vírgenes Británicas, Nevis, Bahamas, Panamá— han sido sometidas en la última década a exigencias crecientes de transparencia, sustancia económica, reporte de beneficiarios finales y declaración tributaria anual, en parte como resultado del Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información. Como explicó uno de los panelistas, “se terminó un poco nivelando la cancha”, porque “estas jurisdicciones tradicionales *offshore* se han vuelto un poco más onerosas, también exigentes en términos de cumplimientos anuales”, al tiempo que las jurisdicciones llamadas *robustas* —España, Canadá, Reino Unido— se han vuelto más competitivas y han bajado sus costos relativos.

Este diagnóstico está respaldado por la propia evolución del Common Reporting Standard. Tras la cumbre del G20 en San Petersburgo en 2013, los líderes adoptaron el intercambio automático de información como “nuevo estándar global” y validaron el trabajo de la OCDE para desarrollar el CRS, que en julio de 2014 fue publicado en su versión final con un alcance amplio sobre instituciones financieras —custodios, depositarios, entidades de inversión y compañías de seguros especificadas⁽¹⁸⁾—.

Más recientemente, el Crypto-Asset Reporting Framework (CARF) y la enmienda al CRS extienden este estándar a los activos cripto, cerrando uno de los pocos espacios de opacidad que aún subsistían⁽¹⁹⁾. La consecuencia práctica es que el costo marginal de mantener una estructura tradicional *offshore*, en términos de cumplimiento, se aproxima al de mantener una estructura en una jurisdicción europea o norteamericana.

(18) Sebastian Beer, Maria Delgado Coelho y Sebastien Leduc. “Hidden Treasure: The Impact of Automatic Exchange of Information on Cross-Border Tax Evasion”. *IMF Working Paper*, n.º 286 (2019): 1-32, <https://www.elibrary.imf.org/view/journals/001/2019/286/article-A001-en.xml>.

(19) “OECD”. *International Standards for Automatic Exchange of Information in Tax Matters: Crypto-Asset Reporting Framework and 2023 Update to the Common Reporting Standard*, https://www.oecd.org/en/publications/international-standards-for-automatic-exchange-of-information-in-tax-matters_896d79d1-en.html.

A esta nivelación operativa se suma la nivelación reputacional. Como con elocuencia se señaló en el panel, los “mal llamados Panama Papers” produjeron un daño importante a la percepción internacional sobre el uso de jurisdicciones que, aun siendo legítimas, son percibidas con recelo en los procesos de revisión periodística, regulatoria o financiera. La consecuencia es la migración de muchas estructuras hacia jurisdicciones que ofrecen, además de cumplimiento normativo, una “marca país” más sólida: España, con su régimen ETVE que paga el 1.95 % sobre dividendos y una red de tratados prácticamente con todo el hemisferio, así como un acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones (APRI) particularmente útil; Canadá, cuyo *partnership* es ahora más asequible y que combina convenio de doble imposición con cláusulas de protección de inversiones en el marco del TLC, y el Reino Unido, recientemente añadido al portafolio tras la entrada en vigor del convenio bilateral con Colombia.

2.1.2. Panamá: territorialidad, régimen SEM y la Ley 493 de 2025

Pese al desplazamiento parcial de la atención hacia jurisdicciones europeas y norteamericanas, Panamá conserva su posición privilegiada como destino patrimonial colombiano por excelencia. El panel lo describió como “bueno, bonito y barato”, a lo que debe sumarse la cercanía geográfica, la lengua común y una carga regulatoria que, paradójicamente, hoy es comparable —y en algunos aspectos incluso superior— a la de Canadá, Reino Unido o Estados Unidos.

Sin embargo, la ventaja competitiva sustancial de Panamá radica en su régimen de territorialidad, pues solo grava la renta generada en territorio panameño, mientras que la renta extranjera no está sujeta a tributación local. Como subrayó uno de los panelistas, desde la perspectiva de Panamá “no nos gusta la noción que nosotros tenemos de renta global”; la territorialidad es “un gatillo indiscutible para atraer ese flujo de inversión y de personas”. A ello se suma el régimen de sede de empresas multinacionales (SEM), hoy aplicado a aproximadamente 180 compañías, que permite a las personas vinculadas a esas estructuras adquirir un estatus migratorio sin pago de impuestos sobre los ingresos generados en esa condición.

Como se explicó en la sesión, la novedad más significativa es la Ley 493 de 2025, expedida el 28 de octubre de 2025. Esta norma permite que quienes hayan obtenido la visa de inversionista calificado durante dos años y tengan residencia permanente puedan optar por solicitar el pasaporte panameño (en sentido estricto, no la nacionalidad), ampliando significativamente la utilidad práctica del esquema. Las modalidades de inversión exigidas oscilan entre 300.000 dólares y 750.000 dólares (en bienes raíces, fideicomisos, valores o depósitos a plazo fijo), umbral que la práctica considera moderado para el segmento de personas con altos patrimonios. También se describió

que el proceso migratorio es ágil (entre 30 y 60 días hábiles), no exige residencia física continua e incluye dependientes, lo que confirma a Panamá como una jurisdicción de *plan B* particularmente atractiva.

Desde una perspectiva técnica, este conjunto de incentivos no debe leerse aisladamente. La Ley 493 debe entenderse en el contexto de un Estado panameño que ha redoblado, en años recientes, sus controles internos —notificación obligatoria de cambios de estado civil o domicilio, fortalecimiento de las autoridades migratorias, alineación con estándares internacionales de transparencia— precisamente para robustecer la atracción reputacional. Así, Panamá compite hoy ofreciendo simultáneamente baja tributación territorial y alto cumplimiento internacional, modelo que, como sostuvieron los panelistas, parece consolidarse de manera irreversible.

2.2. El reto colombiano: trusts y fundaciones de interés privado, déficit normativo y calificación fiscal forzada

2.2.1. La ausencia de una regulación propia y el problema de la calificación

Uno de los puntos más sensibles —y con menor desarrollo por la normativa nacional— es la calificación tributaria de figuras jurídicas extranjeras que carecen de reconocimiento sustantivo pleno en el derecho civil y mercantil colombiano. Es el caso paradigmático de los *trusts* anglosajones y de las fundaciones de interés privado (en adelante, FIP).

Como bien se subrayó en el panel, la legislación civil y mercantil colombiana no regula de forma específica las FIP ni contempla el *trust* como instrumento autónomo (Colombia no es parte del Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable al Trust de 1985, y la figura nacional más próxima al *trust* es el contrato de fiducia). Sin embargo, la legislación tributaria nacional sí reconoce y regula este tipo de vehículos, otorgándoles un alcance que con frecuencia se aparta de su lógica de origen.

En efecto, contrario a lo que podría asumirse, las FIP sí cuentan con una definición normativa de carácter tributario en el ordenamiento colombiano. Así, por ejemplo, el artículo 1.2.1.1.2. del Decreto 1625 de 2016 (Decreto Único Reglamentario en materia tributaria, en adelante DUR) dispone que “se consideran de interés privado las fundaciones creadas por iniciativa particular, cuando sus bienes o rentas puedan destinarse en todo o en parte a fines distintos de los de utilidad común o de interés social”. A su vez, el artículo 13 del ET asimila las FIP a sociedades de responsabilidad limitada para efectos tributarios, mientras que el artículo 303 del ET dispone que el valor de las rentas o pagos periódicos provenientes de FIP a favor de personas naturales residentes en el país se considera ganancia ocasional.

En materia de impuesto al patrimonio, el numeral 3 del artículo 295-3 del ET asimila las participaciones en FIP, *trusts*, seguros con componente de ahorro material, fondos de inversión y otros negocios fiduciarios en el exterior a derechos fiduciarios, aplicándoseles lo dispuesto en los artículos 271-1 y 288 del ET. Finalmente, el artículo 882 del ET establece expresamente que las entidades controladas del exterior sin residencia fiscal en Colombia (en adelante, ECE) “comprenden vehículos de inversión tales como sociedades, patrimonios autónomos, *trusts*, fondos de inversión colectiva, otros negocios fiduciarios y fundaciones de interés privado, constituidos, en funcionamiento o domiciliados en el exterior, ya sea que se trate de entidades con personalidad jurídica o sin ella, o que sean transparentes para efectos fiscales o no”.

La amplitud del lenguaje normativo es deliberada y técnicamente justificable desde la lógica antidiferimiento, pero tiene un costo conceptual considerable. Así pues, la norma trata como entidades susceptibles de configurar ECE figuras que, en sus jurisdicciones de origen, no necesariamente lo son y cuya naturaleza jurídica difiere sustancialmente de la de una sociedad mercantil. En otras palabras, el ordenamiento colombiano —a través del DUR, del ET y de la doctrina administrativa— ha construido un régimen tributario para *trusts* y FIP sin que exista, en paralelo, un reconocimiento sustantivo de su naturaleza civil o comercial.

El *trust* anglosajón es, en su concepción originaria, una relación fiduciaria —no una entidad— en virtud de la cual un *settlor* transfiere activos a un *trustee* para que sean administrados en beneficio de uno o varios beneficiarios bajo las instrucciones del instrumento constitutivo. La fundación de interés privado panameña, por su parte, es una persona jurídica *sui generis* que combina elementos de fundación con elementos de *trust*, sin accionistas ni dueños en sentido tradicional. La asimilación que el ordenamiento colombiano realiza al régimen ECE responde a una lógica de transparencia fiscal, pero genera distorsiones técnicas significativas pues la identificación del “controlante” en una fundación sin beneficiarios determinados es problemática. Además, la atribución de rentas pasivas a un beneficiario discrecional puede ser jurídicamente forzada, y la presunción de control por domicilio en jurisdicción no cooperante o de baja imposición —establecida en el parágrafo 2 del artículo 882 del ET— invierte la carga probatoria, de modo que la planeación legítima debe justificarse constantemente *ex post*.

2.2.2. Las consecuencias fiscales de la asimilación forzada

La presentación del panel sintetizó con claridad las consecuencias fiscales de esta asimilación. En materia de impuesto al patrimonio, los *trusts* tributan “por el costo fiscal del derecho fiduciario (patrimonio subyacente)”, aun cuando en la jurisdicción de origen pueda no existir un “derecho” patri-

monial reconocible para el beneficiario discrecional. En cuanto a la carga tributaria de los rendimientos se mencionó que depende de la normatividad de cada jurisdicción, aunque usualmente se reconocen activos y se gravan beneficios en Colombia. Respecto de la planeación sucesoral, el *trust* ofrece flexibilidad para cumplir la voluntad del *settlor* en la distribución del patrimonio, incluyendo condiciones de acceso, tratamiento especial para menores y modalidades revocables o irrevocables. Finalmente, en lo atinente a la protección de activos, los recursos se transfieren a un patrimonio autónomo administrado por un tercero y sujeto a tratamientos específicos.

El problema técnico es que cada uno de estos atributos —reconocidos en el derecho comparado como esenciales del *trust*— se ve potencialmente desvirtuado por la calificación fiscal colombiana. Si la administración tributaria, vía interpretación, atribuye al *settlor* o al beneficiario discrecional el patrimonio subyacente, la separación patrimonial que justifica la figura queda desfigurada. Análogamente, si dicha autoridad califica una fundación de interés privado como una entidad transparente cuyos beneficiarios son los partícipes ocultos del patrimonio, la lógica de gobernanza intergeneracional propia de las FIP queda igualmente desnaturalizada.

Este déficit regulatorio sitúa a los contribuyentes en una situación de inseguridad jurídica que estimula, paradójicamente, la migración de las propias estructuras hacia ordenamientos cuyo tratamiento doméstico es más predecible —como EE. UU. para ciertos *trusts*, o España para determinadas configuraciones societarias— y desincentiva el uso de instrumentos que en otros sistemas comparados son herramientas estándar de planeación patrimonial. Por ello, como recomendación de política pública, Colombia debería avanzar hacia un reconocimiento sustantivo, o al menos hacia una tipificación tributaria diferenciada, de los *trusts* y fundaciones de interés privado, distinguiendo entre los regímenes revocables e irrevocables, entre los beneficiarios determinados y discrecionales, y entre las funciones de protección patrimonial y las de planeación sucesoral. La asimilación indiferenciada al régimen ECE constituye, en términos de técnica legislativa, una respuesta fiscal a un fenómeno que es, ante todo, civil y comercial.

2.3. Vehículos domésticos: la SAS, los límites del abuso y la planeación sucesoral

2.3.1. La SAS como vehículo dominante de gestión patrimonial

En el caso colombiano, la sociedad por acciones simplificada (en adelante, SAS), creada por la Ley 1258 de 2008, se ha consolidado como el vehículo dominante de gestión patrimonial. Las cifras presentadas en el panel son contundentes. En 2024 se registraron 82.522 nuevas sociedades en Colombia, según Confecámaras, de las cuales el 57.2 % corresponden a SAS, frente al 32.2 % de sociedades anónimas, el 7.2 % de sociedades de responsabi-

lidad limitada y un 3.13 % de otras formas asociativas. Como afirmó uno de los panelistas, la Ley 1258 es “una genialidad” y “puede tener defectos, pero funciona bastante bien”.

La utilidad de la SAS en la gestión patrimonial radica en su capacidad para articular la propiedad familiar mediante tipologías diferenciadas de acciones (con votos múltiples, con derechos económicos preferentes o con limitaciones específicas), preservar el gobierno corporativo a través de generaciones, mantener una estructura cerrada de propiedad y permitir la administración centralizada de activos diversos. Específicamente en relación con el impuesto al patrimonio, la SAS ofrece una ventaja técnica relevante pues cuando una persona natural —que no lleva contabilidad— transfiere un inmueble a una SAS, las acciones se reciben por el valor del aporte y, si posteriormente se ajusta el valor catastral del inmueble, ese aumento patrimonial se refleja en la sociedad y no en el valor patrimonial de las acciones del aportante. Este efecto, plenamente legal, deriva del propio diseño legislativo del impuesto al patrimonio, que obliga a declarar las acciones por el menor valor entre el costo fiscal y el valor intrínseco.

2.3.2. Los límites del abuso: la sentencia de la Superintendencia de Sociedades de noviembre de 2025 y el Concepto DIAN 018926 de 2023

La línea entre planeación legítima y abuso es, sin embargo, cada vez más delgada y está siendo objeto de pronunciamientos administrativos y jurisdiccionales relevantes. La Superintendencia de Sociedades, mediante sentencia del 6 de noviembre de 2025 (radicado 2024-800-00094), determinó que una SAS había sido utilizada con el propósito de eludir las restricciones legales propias del régimen de las asignaciones forzosas, en perjuicio de cuatro herederos legitimarios. El fallo declaró la nulidad absoluta de los actos defraudatorios celebrados a través de la sociedad, incluido el aporte en especie de tres bienes inmuebles efectuado por la causante. Los principales indicios de uso indebido identificados fueron: conflicto familiar previo entre los herederos; falta de propósito económico real (carácter meramente instrumental de la sociedad); aporte en especie sin necesidad de capitalización ni proyección empresarial; venta de las acciones a valor nominal pocos días después de su suscripción, y deudas con los accionistas equivalentes al 23.34 % del activo total.

La sentencia es especialmente didáctica porque distingue con claridad entre el uso legítimo de la SAS como herramienta de planeación patrimonial y sucesoral —plenamente válido— y su uso para vulnerar derechos de terceros legitimarios. Como sintetizó el panel, “las cosas se pueden hacer, pero las tienen que hacer bien y no hacerlas bien para perjudicar al otro”; si todos los hermanos hubieran estado en igualdad de condiciones, “no hubiera pasado nada y se hubieran ahorrado una ganancia ocasional”. La sentencia

confirma que la SAS sigue siendo “indiscutiblemente el mecanismo más utilizado en Colombia para hacer protección patrimonial”.

En esta misma línea, el panel realizó un estudio profundo del Concepto DIAN 018926, int. 1670 de 2023, en el que se abordó el aporte de bienes inmuebles a una SAS para diluir el valor intrínseco de las acciones y disminuir la base gravable del impuesto al patrimonio. El concepto concluyó que se puede configurar abuso en materia tributaria cuando concurren tres elementos: (i) la existencia de un acto o conjunto de actos jurídicos con finalidad de defraudar el pago o disminuir la base del impuesto al patrimonio; (ii) la ausencia de propósito económico real y justificado en esa actuación, y (iii) que la transacción se haya realizado para obtener directamente el beneficio del menor valor declarable.

El Concepto DIAN merece una crítica doctrinal de fondo, que el panel formuló con precisión y que aquí se comparte plenamente. La presunción de abuso no puede derivarse del solo hecho de aportar bienes a una sociedad familiar. La organización del patrimonio para que los herederos cuenten con reglas claras de acceso, uso y disposición de los bienes familiares es, en sí misma, un propósito legítimo reconocido en todos los ordenamientos comparados. El eventual efecto de dilución de la base del impuesto al patrimonio no es producto de la conducta del aportante, sino del propio diseño del artículo del ET que obliga a declarar las acciones por el menor valor entre costo fiscal y valor intrínseco. Pretender que el contribuyente declare por el mayor valor —cuando la ley impone declarar por el menor— constituye una pretensión administrativa de alteración del régimen sustantivo.

Este es uno de los espacios donde el discurso del “propósito legítimo” debe ser depurado con rigor, y es precisamente aquí donde el informe de la OCDE *Tax Morale: What Drives People and Businesses to Pay Tax?*⁽²⁰⁾ adquiere su mayor pertinencia para el análisis del caso colombiano.

La moral tributaria, definida por la OCDE como “la motivación intrínseca para pagar impuestos”, constituye un aspecto vital de todo sistema fiscal, en la medida en que la mayoría de los regímenes depende del cumplimiento voluntario de los contribuyentes para la obtención del grueso de sus recaudos. El informe de la OCDE identifica una correlación significativa y positiva entre dicha moral y el cumplimiento fiscal, tanto en economías desarrolladas como en países en desarrollo. El hallazgo central del estudio es que ese impulso ético no se agota en la decisión racional del contribuyente frente a la probabilidad de detección y la severidad de la sanción, sino que se inscribe

(20) “OECD”. *Tax Morale: What Drives People and Businesses to Pay Tax?*, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2019/09/tax-morale_8d593d89/f3d8ea10-en.pdf.

en un entramado complejo de relaciones dinámicas entre confianza, facilitación y fiscalización, siguiendo la teoría de cambio propuesta por el Banco Mundial.

Precisamente, la OCDE concluye que “fortalecer el cumplimiento tributario no consiste únicamente en mejorar la fiscalización y el cumplimiento forzado, sino también en perseguir el cumplimiento cuasi-voluntario mediante la construcción de confianza y la facilitación de los pagos, todo ello sustentado en un sistema creíble, justo y equitativo de fiscalización”. Esta conclusión tiene implicaciones directas para el caso colombiano.

El estudio identifica varios factores institucionales que impulsan la moral tributaria: (i) la percepción de que se vive en una sociedad meritocrática; (ii) la confianza en el Gobierno nacional; (iii) la percepción de que la redistribución fiscal es esencial (esto es, que el Estado debe gravar a los ricos para apoyar a los pobres), y (iv) la percepción de que la democracia es el mejor sistema de gobierno. El denominador común de todos estos factores es que “el desempeño del Gobierno y su capacidad de respuesta a las necesidades de los ciudadanos impulsan la moral tributaria”.

Para el caso específico de América Latina, los datos del estudio muestran una tendencia preocupante: la moral tributaria ha venido disminuyendo desde 2011, pasando del 54 % de latinoamericanos que nunca justificarían evadir impuestos al 48 % en 2015, mientras que quienes consideran que la evasión es “justificable” aumentaron del 17 % al 27 % en el mismo período⁽²¹⁾. La OCDE vincula esta caída con la desaceleración económica regional y con “reversiones recientes en la reducción de la pobreza y la desigualdad, combinadas con tendencias globales como el cambio tecnológico, el envejecimiento de la población y una serie de escándalos de corrupción”, que han creado “un clima de incertidumbre sobre la capacidad de las instituciones públicas para responder eficazmente a las necesidades de los ciudadanos en América Latina”.

En materia de moral tributaria empresarial, el estudio de la OCDE utiliza la certidumbre tributaria como indicador de la moral tributaria de las multinacionales y concluye que “cuando las multinacionales perciben baja certidumbre tributaria, es menos probable que participen activa o positivamente en el sistema fiscal”. El impacto de la incertidumbre tributaria es significativamente mayor en los países en desarrollo que en los países de la OCDE, y sus consecuencias incluyen modificaciones en la estructura empresarial, costos adicionales y cambios en las decisiones de inversión. Las principales

(21) “OECD”. *Tax Morale: What Drives People and Businesses to Pay Tax?*, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2019/09/tax-morale_8d593d89/f3d8ea10-en.pdf.

fuentes de incertidumbre tributaria identificadas por las empresas incluyen, entre otras, la inconsistencia con los estándares internacionales, la falta de experiencia de las administraciones tributarias y la falta de comprensión de las estructuras empresariales de las multinacionales.

La aplicación de estos hallazgos al Concepto DIAN 018926 de 2023 y a la doctrina administrativa sobre abuso en el uso de la SAS es directa y palmaria. Cuando la administración tributaria emite conceptos que presumen abuso fiscal en operaciones que son, en su sustancia, el ejercicio legítimo de la libertad de configuración patrimonial —y que, además, producen un efecto tributario que es consecuencia directa de la regla legal imperativa del menor valor entre costo fiscal e intrínseco—, se erosiona precisamente la confianza que la OCDE identifica como factor determinante de la moral tributaria. El mensaje que se comunica al contribuyente es contradictorio: se le exige cumplir estrictamente con la ley, pero se le penaliza por aplicar la regla técnica que esa misma ley le impone. Este tipo de señales, según la evidencia empírica recogida por la OCDE, reduce la moral tributaria y, paradójicamente, incrementa tanto la elusión como la migración patrimonial.

Colombia debe avanzar hacia una doctrina administrativa que distinga con nitidez entre la planeación lícita —incluso si su efecto es la reducción legítima de bases gravables— y el abuso fiscal, cuyo elemento característico no es el ahorro tributario sino la artificiosidad de las construcciones jurídicas.

3. Conclusiones y recomendaciones

El análisis precedente permite formular las siguientes conclusiones y recomendaciones de política tributaria y de práctica profesional.

Primera. La planeación patrimonial internacional no es, ni debe ser presentada, como un fenómeno de evasión o defraudación. Las estructuras analizadas son perfectamente válidas y responden a motivaciones legítimas predominantemente no tributarias —protección frente al riesgo país, planeación sucesoral, prevención de conflictos familiares y organización del gobierno corporativo familiar—, aunque el componente fiscal opere como instrumento decisivo de la materialización de las decisiones. La política pública colombiana debería abandonar el enfoque criminalizador y reconocer que la migración patrimonial es, ante todo, un síntoma del desajuste entre la presión tributaria interna y los retornos que ofrecen jurisdicciones competidoras, en línea con la lectura que de este tipo de fenómenos hace la OCDE.

Segunda. La presión tributaria agregada sobre las personas naturales y los costos de cumplimiento se han convertido, de manera conjunta, en un

factor estructural —no coyuntural— de migración fiscal. La permanencia del impuesto al patrimonio, las tarifas marginales del 39 % sobre rentas, la sobrecarga predial del catastro multipropósito y el incremento de tarifas de ganancias ocasionales, sumados a la superposición del CRS, el RUB, el SIESPJ, la información exógena, las declaraciones de activos en el exterior y los cruces automáticos de la DIAN, configuran un *government take* y una carga administrativa que la propia OCDE considera, en términos comparados, contra-productores. Se recomienda repensar el diseño del impuesto al patrimonio —considerando alternativas técnicamente más eficientes como impuestos a la herencia bien diseñados y la racionalización de tarifas marginales sobre rentas pasivas— y avanzar en una consolidación de las obligaciones formales que elimine duplicidades y establezca umbrales razonables para el segmento de personas naturales.

Tercera. La renuncia a la nacionalidad colombiana por razones fundamentalmente tributarias es un fenómeno emergente que merece atención legislativa. El criterio auxiliar de residencia por nacionalidad, concebido como mecanismo antielusión, está produciendo el efecto opuesto al inducir el abandono definitivo del vínculo jurídico con la nación. Una revisión del artículo 10 del ET, en línea con los estándares OCDE sobre abuso de los esquemas de residencia o ciudadanía por inversión (CBI/RBI), podría diseñar mecanismos más sofisticados que retengan el vínculo nacional sin generar incentivos a la renuncia.

Cuarta. El cambio reputacional de las jurisdicciones tradicionalmente *offshore* tras el ciclo Panama, Paradise y Pandora Papers, junto con la nivelación regulatoria producida por el CRS, el Foro Global de Transparencia y, más recientemente, el Crypto-Asset Reporting Framework, ha disuelto el arbitraje regulatorio clásico y ha desplazado la decisión de jurisdicción hacia variables de reputación, red de tratados, seguridad jurídica y calidad institucional. En este nuevo mapa, Panamá se consolida como destino patrimonial regional por excelencia, gracias a la combinación de territorialidad fiscal, régimen SEM, facilidades migratorias, dolarización, agenda de infraestructura y la reciente Ley 493 de 2025 sobre pasaporte panameño para inversionistas calificados. La consecuencia para Colombia es que la convergencia tributaria con Panamá —ya sea mediante reducciones tarifarias selectivas o regímenes de excepción para residentes que retornen capitales— debería ser objeto de evaluación seria, junto con la actualización de los modelos de asesoría para incorporar variables reputacionales y de gobernanza internacional.

Quinta. La calificación tributaria de los *trusts* anglosajones y de las fundaciones de interés privado constituye uno de los déficits regulatorios más significativos del ordenamiento colombiano. La asimilación indiferenciada al régimen ECE, prevista en el párrafo 1 del artículo 882 del ET, desnatura-

liza estas figuras, genera inseguridad jurídica y desplaza estructuras hacia jurisdicciones con doctrina interna más predecible.

Se recomienda avanzar hacia un reconocimiento sustantivo —al menos parcial— de estas figuras (distinguiendo entre *trusts* revocables e irrevocables, beneficiarios determinados y discrecionales, y entre las funciones de protección patrimonial, planeación sucesoral y aseguramiento), explorar la adhesión al Convenio de La Haya de 1985 sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento, y elaborar una tipología diferenciada de FIP. En el plano doméstico, la SAS sigue siendo —y debe seguir siendo— el vehículo dominante de planeación patrimonial y sucesoral, pero la doctrina administrativa debe distinguir con rigor entre el efecto de dilución natural derivado de la regla técnica del menor valor entre costo fiscal e intrínseco —que es producto de la ley— y el abuso fiscal en sentido propio, aplicando la cláusula general antiabuso con prudencia y discriminación.

El debate público sobre planeación patrimonial debe abandonar la asociación automática con la defraudación: como lo recuerda el informe de la OCDE *Tax Morale*, fortalecer el cumplimiento no consiste únicamente en mejorar la fiscalización, sino en edificar confianza, facilitar el cumplimiento y sustentar la percepción de un sistema creíble, justo y equitativo. La función académica del derecho tributario internacional consiste, precisamente, en construir el marco conceptual que distinga con nitidez la planeación legítima del abuso, el ahorro fiscal lícito de la defraudación y la migración patrimonial razonable de la fuga clandestina de capitales. Esa tarea es responsabilidad compartida del legislador, el juez, el foro académico, los gremios profesionales y las administraciones tributarias dispuestas a privilegiar el diálogo y la cooperación por encima de la sospecha y la persecución indiferenciada, como condición necesaria para retener —y eventualmente repatriar— el capital y el talento que hoy migran hacia jurisdicciones competidoras.

Bibliografía

- Beer, Sebastian, Maria Delgado Coelho y Sebastien Leduc. “Hidden Treasure: The Impact of Automatic Exchange of Information on Cross-Border Tax Evasion”. *IMF Working Paper*, n.º 286 (2019): 1-32, <https://www.elibrary.imf.org/view/journals/001/2019/286/article-A001-en.xml>.
- Adam, Stuart y Helen Miller. “The Economic Arguments For and Against a Wealth Tax”. *Fiscal Studies* 42, n.º 3-4 (2021): 457-483, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1475-5890.12288>.
- Advani, Arun, Andy Hughson y Andy Summers. “How Much Tax Do the Rich Really Pay? Evidence from the UK”. *Oxford Review of Economic Policy* 39, n.º 3 (2023): 406-437, <https://doi.org/10.1093/oxrep/grad032>.

- Bergolo, Marcelo, Juliana Londoño-Vélez y Darío Tortarolo. “Tax Progressivity and Taxing the Rich in Developing Countries: Lessons from Latin America”. *Oxford Review of Economic Policy* 39, n.º 3 (2023): 530-549, <https://doi.org/10.1093/oxrep/grad029>.
- Brülhart, Marius, Jonathan Gruber, Matthias Krapf y Kurt Schmidheiny. “Behavioral Responses to Wealth Taxes: Evidence from Switzerland”. *American Economic Journal: Economic Policy* 14, n.º 4 (2022): 111-150.
- Bunn, Daniel y Cristina Enache. “The High Cost of Wealth Taxes”. *Tax Foundation Europe* (2024): 1-18, <https://taxfoundation.org/research/all/global/wealth-tax-impact/>.
- “International Monetary Fund Buchanan”. *Revenue Administration: Implementing a High-Wealth Individual Compliance Program*, <https://www.imf.org/-/media/files/publications/tnm/2017/tnm1707.pdf>.
- D. 624/1989, art. 868.
- “Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT)”. *Overview of Tax Expenditures in Latin America: main statistics of the CIAT database*, https://www.ciat.org/Biblioteca/DocumentosdeTrabajo/2018/WP_05_2018_pelaez.pdf.
- C. E., Sec. Cuarta, Sent. 26473, ago. 18/2022. M. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello.
- Concep. 018926/2023, DIAN.
- Gold, Judith y Ahmed El-Ashram. “A Passport of Convenience”. *Finance & Development* 52, n.º 4 (2015): 48-51, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2015/12/gold.htm>.
- Ospina García, Julieta. “Del régimen de entidades controladas del exterior, características e implicaciones de su incorporación en el régimen tributario colombiano”. *Revista de Derecho Fiscal*, n.º 13 (2018): 129-150, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/5679/9154>.
- Hebous, Shafik, Alexander Klemm, Geerten Michielse y Carolina Osorio-Buitron. “How to Tax Wealth”. *IMF How to Note*, n.º 24/01 (2024): 1-38, <https://www.imf.org/-/media/files/publications/howtonotes/2024/english/htnea2024001.pdf>.
- L. 1258/2008.
- L. 1819/2016.
- L. 493/2025.
- Londoño Vélez, Juliana y Javier Ávila Mahecha. “Enforcing Wealth Taxes in the Developing World: Quasi-Experimental Evidence from Colombia”. *American Economic Review: Insights* 3, n.º 2 (2021): 131-148, <https://eml.berkeley.edu/~saez/course/londonoAERI21.pdf>.

- Londoño Vélez, Juliana y Javier Ávila Mahecha. “Behavioural Responses to Wealth Taxation: Evidence from Colombia”. *Review of Economic Studies* 92, n.º 4 (2025): 2.624-2.655, <https://doi.org/10.1093/restud/rdae076>.
- “OECD”. *Building Transparent Tax Compliance by Banks*, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2009/07/building-transparent-tax-compliance-by-banks_g1ghb2db/9789264067851-en.pdf.
- “OECD”, *Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard*, <https://www.oecd.org/en/networks/global-forum-tax-transparency.html>.
- “OECD”. *Engaging with High Net Worth Individuals on Tax Compliance*, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2009/09/engaging-with-high-net-worth-individuals-on-tax-compliance_g1ghb3da/9789264068872-en.pdf.
- “OECD”. *International Standards for Automatic Exchange of Information in Tax Matters: Crypto-Asset Reporting Framework and 2023 Update to the Common Reporting Standard*, https://www.oecd.org/en/publications/international-standards-for-automatic-exchange-of-information-in-tax-matters_896d79d1-en.html.
- “OECD”. *Measures of Tax Compliance Outcomes: A Practical Guide*, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2014/10/measures-of-tax-compliance-outcomes_g1g496ea/9789264223233-en.pdf.
- “OECD”, *Peer Review of the Automatic Exchange of Financial Account Information 2025 Update*, https://www.oecd.org/en/publications/peer-review-of-the-automatic-exchange-of-financial-account-information-2025-update_bbf150e4-en.html.
- “OECD”, *Tax Administration 2024: Comparative Information on OECD and Other Advanced and Emerging Economies*, https://www.oecd.org/en/publications/tax-administration-2024_2d5fba9c-en.html.
- “OECD”. *The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD. Tax Policy Studies*, <https://doi.org/10.1787/9789264290303-en>.
- “World Bank Group y PwC”. *Paying Taxes 2020*, <https://www.pwc.com/gx/en/services/tax/publications/paying-taxes-2020.html>.
- Superintendencia de Sociedades de Colombia, Sentencia 2024-800-00094 del 6 de noviembre de 2025.
- Yagan, Danny. “What Is the Average Federal Individual Income Tax Rate on the Wealthiest Americans?”. *Oxford Review of Economic Policy*, n.º 39 (2023): 438-450, <https://eml.berkeley.edu/~yagan/Top400FedIndRate.pdf>.

TRIBUTACIÓN DE LA ECONOMÍA DIGITAL EN COLOMBIA:

BALANCE Y PERSPECTIVAS

Laura Durán

Contenido

Introducción. 1. El panel: la problemática, posiciones y preocupaciones. 1.1. Críticas a PES. 1.2. Una lectura alternativa: por qué el PES es una medida razonable. 1.3. Conclusiones. 2. Activos digitales: retos inevitables y riesgos en una regulación en construcción. 2.1. Proyecto de ley 283 de 2025. 2.2. Obligaciones de reporte. 2.3. Conclusiones. 3. Competitividad y política pública: ¿estamos incentivando la exportación de servicios digitales o invitando a que se vayan?. 4. Conclusiones.

Tributación de la economía digital en Colombia: Balance y perspectivas

Laura Durán⁽¹⁾

Introducción

La acelerada digitalización de la economía mundial desordenó el mapa que durante décadas orientó los criterios de tributación nacional e internacional: los principios tradicionales de residencia y fuente ya no son suficientes ni alcanzan para explicar dónde se crea valor ni dónde debe gravarse. En ese vacío se instaló una evidencia incómoda. Las tecnológicas pueden generar ingresos sustanciales en jurisdicciones donde su presencia física y legal es nula. La Acción 1 del Plan BEPS (erosión de la base imponible y traslado de beneficios) abrió, con razón, la puerta a un nuevo nexo de vinculación económica basado en la participación activa en mercados digitales, más allá del establecimiento permanente tradicional u otros criterios⁽²⁾. El problema es que la política tributaria global optó por discutir mientras la economía digital decidió avanzar.

Si bien de esa discusión surgieron los pilares denominados *pillar one* y *pillar two*⁽³⁾, su implementación se presenta cada vez más compleja, lo que genera una situación crítica para aquellas jurisdicciones que evitan el rezago. Esto plantea interrogantes relevantes: ¿qué pueden hacer las jurisdicciones

(1) Laura Durán, asociada en la oficina de Baker McKenzie en Bogotá. Abogada graduada de la Universidad de los Andes, con especialización en Derecho Administrativo en la Universidad del Rosario y LL. M. en Tributación Internacional en King's College London. Cuenta con más de diez años de experiencia en materia tributaria, tanto a nivel nacional como internacional, enfocándose en consultoría y planeación fiscal. Antes de incorporarse a Baker McKenzie trabajó como asociada en Godoy Hoyos Abogados en Colombia. Ha asesorado clientes en industrias como la manufactura y la economía digital. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Tributario y beneficiaria de una beca por excelencia académica para asistir al International Tax Summer School (University of Cambridge e IRR & IBC Financial Events, 2015).

(2) "OECD", *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, acceso el 6 de mayo de 2026, <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

(3) "OECD", *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, acceso el 6 de mayo de 2026, <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-issues/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>.

que no pueden permitirse esperar hasta la culminación exitosa de una política global? La respuesta ha sido la adopción de soluciones unilaterales orientadas a capturar parte del recaudo que actualmente se les escapa. Se trata de una reacción imperfecta, pero comprensible: la inacción también constituye una decisión, y suele resultar costosa.

En el marco de 14.º Congreso Colombiano de Tributación Internacional, organizado por la IFA, el panel titulado *Tributación de la economía digital en Colombia: balances y perspectivas*, conformado por Alejandro Sanabria, Carmen Sanabria y Óscar Iván González, expuso la tensión central que atraviesa el debate: ¿se trata de un afán improvisado de recaudo o de una política pública legítima orientada a proteger la base tributaria? Esta es la cuestión que resulta indispensable abordar.

Las críticas al régimen PES y a la regulación de activos digitales suelen ignorar una realidad: la economía digital no espera. Mientras los consensos globales como *pillar one* siguen sin materializarse, Colombia optó por actuar. El PES no es improvisación, es una respuesta pragmática para asegurar recaudo y dar certeza en un entorno donde el valor se genera sin fronteras.

En este contexto, los activos digitales también se han convertido en un eje crítico de la discusión en materia de economía digital. El panel discutió como segundo punto del evento la propuesta del Gobierno colombiano⁽⁴⁾, sobre la regulación de activos digitales, así como las iniciativas en materia de reporte y trazabilidad, orientadas a garantizar transparencia y reducir riesgos de evasión, mediante obligaciones específicas para intermediarios y plataformas. Estas medidas, aunque incipientes, reflejan la necesidad de construir una arquitectura regulatoria que combine control efectivo con incentivos para la innovación. Colombia está avanzando hacia una definición de activos digitales en su marco tributario, reconociendo su naturaleza intangible, su contribución a la renta nacional y la necesidad de mecanismos de reporte. La discusión se centra en si dicha definición e iniciativas son acertadas como política pública.

Recaudar es necesario, pero no suficiente. La verdadera reforma es aquella que convierte a Colombia en una jurisdicción competitiva, con reglas que incentiven la innovación y ofrezcan seguridad jurídica. Para ello se requiere un sistema bien diseñado, una normativa antielusión proporcional y una administración tributaria digital que opere con la misma agilidad que los negocios, no al ritmo de los formularios.

(4) Proyecto de ley n.º 283 de 2025, ley de financiamiento, presentado por el Gobierno de Gustavo Petro (Colombia).

En la economía digital, la pasividad no es neutral. Colombia decidió actuar. Si logramos ajustar definiciones, compatibilidades, procedimientos y establecer un marco inteligente para los activos digitales, podremos pasar de una política centrada en el recaudo a una política tributaria que impulse la innovación y nos ubique en el mapa global. Ese es el debate que vale la pena.

1. El panel: la problemática, posiciones y preocupaciones

El panel encargado de discutir los recientes desarrollos en la tributación de la economía digital en Colombia se centró en cuestionar la pertinencia y calidad del diseño normativo de los servicios digitales, así como las iniciativas respecto de los activos digitales. Por último, se enfocó en discutir si existe una política pública que incentiva la creación de valor en Colombia, desde la perspectiva de la exportación de servicios.

1.1. Críticas a PES

La discusión sobre el tratamiento de PES fue, quizás, la más severa dentro del panel. A lo largo del debate se sostuvo que Colombia se precipitó al introducir el PES, ignorando la discusión multilateral sobre el *pillar one* dentro del marco inclusivo de la OCDE. Según esta postura, el legislador debió esperar hasta alcanzar un consenso internacional más sólido sobre la redistribución del derecho a gravar la economía digital.

La conclusión fue que la decisión no respondió a una política estructurada, sino a una necesidad inmediata de recaudo. Incluso se sugirió que, una vez se logre dicho consenso global, el PES podría resultar incompatible, obligando al país a desmontarlo.

Gran parte del debate se concentró en la definición de servicios digitales y en los umbrales para configurar una conexión con el mercado colombiano, tales como: (i) número de usuarios, o (ii) exhibir precios en pesos colombianos.

Adicionalmente, se afirmó que estos criterios generan zonas grises que permiten a las empresas planificar artificialmente, mientras que los agentes retenedores actúan bajo incertidumbre y cierta desprotección, pues no siempre saben si deben aplicar una retención del 3 %, del 10 % o del 20 %.

El panel coincidió en que la gran amplitud del concepto de *servicio digital*, incluyendo la cláusula de cierre que hace referencia a “cualquier servicio prestado por medios electrónicos”, podría terminar absorbiendo operaciones

que no deberían figurar bajo este régimen, generando confusión, controversias y riesgos para el responsable de la retención⁽⁵⁾.

Posteriormente, también se advirtió que la coexistencia del PES con los convenios para evitar la doble imposición (CDI) abre interrogantes aún no resueltos que conviene plantear⁽⁶⁾: ¿qué prevalece, el CDI o la norma interna? Esto es relevante porque habría riesgo de doble imposición o elección arbitraria de un régimen, cuando en teoría acogerse a un CDI es facultativo, no potestativo. ¿Los ingresos por la prestación de servicios digitales son *regalías*? Aquí es evidente que no hay una definición clara, lo que genera incertidumbre al momento de aplicar una tarifa y refleja una clara inseguridad jurídica.

Las conclusiones del panel en este tema se centraron en el diseño de la normativa actual y la política pública que la respalda. El PES, aunque pragmático, requiere una calibración técnica que reduzca la ambigüedad en definiciones y umbrales, evitando que se convierta en un obstáculo para la competitividad. Por otro lado, se concluyó que la eventual implementación de *pillar one* obligará a revisar la norma interna para evitar conflictos con compromisos multilaterales y riesgos de doble imposición. La falta de claridad en conceptos como *servicio digital* y en la interacción con los CDI genera inseguridad jurídica, lo que puede desincentivar la inversión y aumentar la litigiosidad. Más allá del recaudo, la política debe orientarse a consolidar un marco que incentive la innovación y la internacionalización de servicios digitales, evitando que la carga tributaria se perciba como punitiva.

1.2. Una lectura alternativa: por qué el PES es una medida razonable

Las críticas expuestas en el panel parten de premisas que considero no del todo acertadas: primero, Colombia debió esperar una solución global antes de adoptar un mecanismo propio. A mi juicio, esa lectura desconoce la realidad política y fiscal local e internacional. El régimen PES o cualquier impuesto a los servicios digitales son una realidad internacional, que pone en tela de juicio la viabilidad del *pillar one*. Por otro lado, el diseño de las normas es demasiado amplio, se presta para planificar y deja vulnerable

(5) E. T., art. 20-3, num. 2.11.

(6) Concep. 525/2024, DIAN. La entidad señaló que el artículo 20-3 del Estatuto Tributario regula la tributación por presencia económica significativa (PES) en Colombia. Esta figura aplica a los ingresos obtenidos por la venta de bienes o la prestación de servicios a clientes o usuarios ubicados en el país, considerándose como renta de fuente nacional. Sin embargo, dado el efecto prevalente de los convenios para evitar la doble imposición (CDI) en el sistema tributario, antes de aplicar el artículo 20-3 es indispensable verificar si existe un CDI vigente que cubra la operación analizada. Si el convenio regula dicha renta, se aplicarán sus disposiciones y no las normas sobre PES.

al agente retenedor. Considero que la tarea del legislador es bastante difícil, sobre todo en una economía tan cambiante como la digital. Proponer definiciones tan herméticas puede dejarlas cortas al momento de su aplicación. Además, el incluir una tarifa del 3 % versus las tarifas usuales del 20 % es un llamado al estándar internacional y a invitar a estos actores al pago de impuestos en el país⁽⁷⁾. A continuación, procedo a abordar cada uno de estos aspectos de fondo:

Primero. El *pillar one* lleva años en negociación, sin garantías de implementación inmediata ni de una distribución efectiva de potestad tributaria para países en desarrollo como Colombia. Mientras tanto, la economía digital crece a pasos acelerados, las bases gravables se desplazan a jurisdicciones de residencia y el recaudo se erosiona, especialmente en países con alta penetración tecnológica como Colombia. Pretender que el país espere indefinidamente a que la comunidad internacional se ponga de acuerdo equivale a renunciar a recursos importantes. La adopción del régimen PES no debe interpretarse como una medida improvisada, sino como una respuesta estratégica frente a la inercia global. El PES, por el contrario, refleja una posición proactiva en América Latina, por la cual Colombia es reconocida y modelo a seguir. Esta decisión permite al país anticiparse a los efectos de la deslocalización del valor, establecer reglas claras para la tributación de servicios digitales (los cuales antes no eran claros) y enviar una señal de seguridad jurídica a los agentes económicos.

Segundo. El panel interpretó la amplitud de la norma como un riesgo. Yo la interpreto como una virtud de diseño: permite adaptabilidad frente a nuevas modalidades digitales. Si fuera más cerrada, el legislador tendría que modificarla cada dos años, evitando así la obsolescencia normativa en un contexto de innovación acelerada, o inclusive con tratamientos que promueven la competencia desleal. Además, se alinea con estándares comparados que prefieren conceptos abiertos y evolutivos. Este enfoque flexible no es una anomalía; responde a una tendencia internacional que privilegia conceptos evolutivos frente a definiciones rígidas.

Tercero. ¿Puede existir planeación fiscal con el régimen PES? Sí, la planeación siempre ha sido parte del sistema tributario colombiano y solo es reprochable cuando es abusiva, algo que ya está regulado mediante herramientas como la cláusula general antiabuso y otros mecanismos de fisca-

(7) "Cámara de Representantes". *Comentarios al proyecto de ley de financiamiento PL283/2025 Cámara-262/2025 Senado*, acceso el 15 de diciembre de 2025, <https://www.camara.gov.co/wp-content/uploads/2025/11/ANDI-COMENTARIOS-PL-FINANCIAMIENTO-NOVIEMBRE2025-1.pdf>. Ver estudio de la ANDI sobre las tarifas aplicables en otras partes del mundo en materia de servicios digitales.

lización. Por tanto, reprochar el régimen por ser herramienta legítima de planeación equivale a desconocer que toda norma tributaria, en mayor o menor medida, genera espacios para la gestión fiscal. Además, es evidente que la tarifa del 3 % ha hecho exitoso el registro de proveedores de servicios digitales en el país y el efectivo pago del impuesto en Colombia.

Cuarto. El panel hizo énfasis en la desprotección del agente retenedor por falta de certeza jurídica. No obstante, en mi parecer, el legislador previó salvaguardas para los agentes retenedores, quienes pueden, y deben, verificar la situación de su proveedor mediante certificaciones o registro en Colombia, lo que reduce sustancialmente el riesgo operativo señalado en el panel.

Quinto. Respecto a la supuesta incompatibilidad del PES con los CDI, quiero dejar una reflexión. Los CDI principalmente existen para evitar que una misma renta sea gravada dos veces de manera injustificada. Si la norma doméstica, como sucede con el PES, ofrece un tratamiento más favorable que el previsto en el tratado en dados casos, lo lógico es que el contribuyente pueda optar por esa alternativa. Este contraste demuestra que el PES no solo es una opción competitiva, sino que además puede incentivar el cumplimiento voluntario al reducir la carga impositiva frente a lo que usualmente ocurriría bajo un convenio⁽⁸⁾.

1.3. Conclusiones

Mi invitación en este caso es a ver PES con otros ojos y aplaudir el trabajo del legislador en un tema que es bastante discutido. En el poco tiempo que ha aplicado la norma, se ha demostrado que es un sistema que funciona y que ha cumplido los diferentes objetivos (recaudo, justicia, claridad, equidad, entre otros). Comparto que hay oportunidades de mejora en el diseño de la norma, como lo es el tema del procedimiento y pago del impuesto. No obstante, la adopción representa un avance significativo hacia la modernización del sistema tributario, envía una señal de seguridad jurídica y posiciona a Colombia como un referente regional en la tributación de la economía digital.

2. Activos digitales: retos inevitables y riesgos en una regulación en construcción

El panel partió de la base del proyecto de ley 283 de 2025, el cual busca regular los activos digitales, y la Resolución 233 de 2025 en materia de información exógena.

(8) *Ibidem*.

2.1. Proyecto de ley 283 de 2025

El panel inició por comentar la propuesta del Gobierno colombiano, considerando para el efecto el oficio 1621 de 2023⁽⁹⁾.

Señaló que actualmente la ley no contempla una definición ni una regulación sobre activos digitales. El Gobierno nacional mediante el proyecto de ley 283 de 2025 propuso hacerlo, desde la perspectiva tributaria. La iniciativa del Gobierno colombiano buscó establecer por primera vez un marco normativo claro para los activos digitales, definiéndolos como “toda representación digital e intangible de un derecho susceptible de valoración, que puede crearse, transferirse y/o almacenarse electrónicamente sobre tecnologías de registro distribuido, equivalentes o similares⁽¹⁰⁾”. El panel analizó las propuestas del Gobierno respecto a la valoración, amortización y tributación de dichos activos conforme a su costo fiscal. El panel discutió la normativa propuesta sobre la consideración de estos activos de ser bienes no poseídos en el país y las posibilidades de planeación de estas propuestas.

La principal crítica del panel fue la necesidad y pertinencia de la norma, cuestionando si responde a una política pública estructurada o a un afán recaudatorio, y advirtiendo los riesgos de inseguridad jurídica derivados de definiciones amplias y procedimientos complejos. Se nombró el Concepto Unificado sobre Criptoactivos y si este era suficiente en dicha materia.

En mi concepto, la crítica es acertada. Si bien es cierto que existe un auge de la economía digital y nuevas formas de riqueza y transacciones que carecen de un marco regulatorio específico, ello justifica regular algo que aún no se comprende plenamente y que, por su naturaleza tecnológica, puede transformarse radicalmente en el corto plazo. Regular prematuramente podría generar normas obsoletas y costos de adaptación innecesarios.

Por otro lado, existen razones adicionales que evidencian la falta de idoneidad de la propuesta. El proyecto de ley se limita a regular las operaciones de *trading*, dejando de lado funciones esenciales de los criptoactivos y activos digitales, como su uso como medio de pago, la tokenización de activos y las aplicaciones en contratos inteligentes. Asimismo, no se observa un análisis integral de impacto que contemple los efectos económicos, tecnológicos y fiscales de la norma, ni su compatibilidad con estándares internacionales como los lineamientos del GAFI o el marco MICA de la Unión Europea. La propuesta tampoco articula de manera adecuada con el régimen cambiario, tributario y de protección al consumidor, lo que podría generar

(9) Concep. Unif. 100202208-1621/2023, DIAN.

(10) Proyecto de ley n.º 283 de 2025, ley de financiamiento, presentado por el Gobierno de Gustavo Petro (Colombia).

conflictos regulatorios y vacíos normativos. Finalmente, una regulación rígida y prematura corre el riesgo de desincentivar la innovación, frenar el desarrollo de soluciones basadas en *blockchain* y reducir la competitividad del país en la economía digital global.

2.2. Obligaciones de reporte

El proyecto de ley 283 de 2025, en su artículo 52, establece que los proveedores de servicios de activos digitales domiciliados en Colombia, o que realicen operaciones en el país, deberán reportar a la DIAN la información relacionada con las transacciones de sus usuarios que impliquen la conversión de moneda de curso legal a activos digitales, o viceversa. Sin esperar el resultado de los debates legislativos, la DIAN expidió la Resolución 233 de 2025, imponiendo obligaciones de reporte en materia de activos digitales, lo que anticipa la implementación de controles sin una definición normativa consolidada.

Durante el panel, la discusión se centró en la necesidad, alcance y definiciones de la norma. La principal crítica fue qué se entiende por proveedor de servicio de activo digital y si la norma aplica solo a proveedores colombianos o también a no residentes. Respecto a lo primero, se concluyó que no existe una definición clara sobre las personas o entidades obligadas a reportar, lo cual debería ser el primer paso para garantizar seguridad jurídica y efectividad en la aplicación. Persiste la duda sobre si la norma aplica únicamente a proveedores colombianos o también a entidades no residentes que operen en el país, lo que plantea retos de extraterritorialidad y fiscalización.

Son dos mis cuestionamientos principales. El primero, no queda claro cuál es la necesidad de dicha normativa frente al *crypto-asset reporting framework* (CARF) impulsado por la OCDE, que Colombia adoptará⁽¹¹⁾ y⁽¹²⁾. Surge la pregunta: ¿esto implicará un doble reporte para los mismos sujetos obligados, generando redundancias y mayores costos de cumplimiento? Mi segundo cuestionamiento se centra en si el objetivo es garantizar un reporte efectivo para prevenir la evasión fiscal, resulta indispensable contar con definiciones precisas sobre los sujetos obligados, las operaciones reportables y los criterios de alcance. De lo contrario, la norma podría generar inseguridad.

(11) "OECD", *Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard*, acceso el 6 de mayo de 2026, <https://web.archive-storage.oecd.org/aemint-web-archive-prod/web-archive/fb/fb3d99dbaf1724c2668982066d7e5c4e6ea2e87e07e-22b9321fba97f60879363.pdf>.

(12) Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), proyecto de resolución por la cual se adiciona el capítulo 11 sobre intercambio de información de proveedores de servicios de criptoactivos al título 6 de la parte 1 de la Resolución Única Externa, Resolución 227 de 2025 (aprobación para comentarios: 18 de nov. de 2025).

ridad jurídica, afectando tanto la implementación como la confianza de los actores del ecosistema.

2.3. Conclusiones

La regulación propuesta sobre activos digitales presenta vacíos críticos: falta de definiciones claras, riesgos de duplicidad con estándares internacionales y ausencia de análisis integral. Una norma apresurada puede generar inseguridad jurídica y frenar la innovación. Por tanto, se requiere un marco equilibrado que brinde certeza sin limitar el desarrollo tecnológico. Pero esto solo será posible con una política pública clara detrás de estas medidas.

3. Competitividad y política pública: ¿estamos incentivando la exportación de servicios digitales o invitando a que se vayan?

Un punto que el panel dejó ver con claridad es la preocupación por la falta de una política pública coherente que promueva la internacionalización del emprendimiento tecnológico colombiano. Y aquí coincidimos plenamente: si el Estado aspira a liderar en la economía digital, no basta con gravar al prestador extranjero; es indispensable no castigar al que nace y opera desde Colombia. Resulta contradictorio que uno de los sectores con mayor potencial de crecimiento, generación de empleo calificado y atracción de capital de riesgo, el de servicios digitales, siga enfrentando un entorno tributario que no premia la expansión global e incluso puede incentivar la relocalización fiscal.

Casos como el de Rappi ilustran bien el problema: *startups* que nacen en Colombia con vocación internacional pueden encontrar más atractivo crecer desde el exterior que desde el país que vio nacer su innovación. Contamos con una exención de IVA para la exportación de servicios⁽¹³⁾, un avance importante, pero no existe un beneficio equivalente en el impuesto sobre la renta que envíe la señal correcta: *crezca desde Colombia, que aquí vale la pena quedarse*. Si a esto sumamos la complejidad regulatoria y la desigualdad competitiva frente a plataformas extranjeras que tributan con un 3 % bajo el PES, el mensaje implícito parece ser que es mejor llegar desde afuera que crecer desde adentro.

Si realmente queremos estar a la altura de la transformación digital, deberíamos preguntarnos por qué un país que aspira a ser un *hub* tecnológico no cuenta aún con un régimen fiscal para exportadores de servicios digitales, integrado a incentivos de I+D, propiedad intelectual y atracción de inversión. No se trata de eliminar la tributación, sino de diseñarla de manera inte-

(13) E. T., art. 481(c).

ligente: que cobre cuando debe cobrar, pero que también reconozca y proteja la creación de valor que se genera desde Colombia para el mundo.

La digitalización no solo reta la forma de recaudar, también exige repensar qué tipo de país queremos ser en la economía del futuro: ¿uno que se limita a perseguir bases gravables que llegan del exterior, o uno que construye su propio ecosistema, fortalece su tejido empresarial tecnológico y convierte a sus *startups* en exportadoras de servicios globales? El PES fue un paso necesario. El paso que falta es aún más ambicioso: alinear la tributación con una estrategia de desarrollo, para que Colombia deje de ser un mercado pasivo y se convierta en un protagonista activo del comercio digital internacional.

4. Conclusiones

El panel evidenció que la tributación de la economía digital plantea retos complejos en seguridad jurídica, coordinación internacional y capacidad administrativa.

La economía digital demanda respuestas ágiles y coherentes: el PES fue un avance importante, pero falta camino por recorrer. Colombia necesita complementar este régimen con políticas públicas integrales y marcos regulatorios claros que fomenten la innovación, fortalezcan la competitividad y eviten la fuga de talento y capital. Solo así el país podrá posicionarse como un actor relevante en el comercio digital global.

Lo verdaderamente determinante para el futuro es que estas normas se integren en una estrategia nacional que incentive la creación y exportación de valor desde Colombia. Recaudar es necesario, pero no es la única razón: debemos garantizar que los emprendimientos tecnológicos que nacen aquí tengan razones para permanecer y crecer en el país. El desafío no es desmontar lo avanzado, sino perfeccionar lo existente y complementarlo con incentivos que impulsen la innovación local, evitando que el ecosistema digital colombiano se expanda hacia afuera mientras se debilita en casa.



La Asociación Fiscal Internacional (IFA) – Capítulo Colombia es el capítulo colombiano de la *International Fiscal Association*, organización internacional dedicada al estudio y desarrollo del derecho tributario internacional y comparado.

Esta publicación inaugura el proyecto editorial de IFA Colombia, concebido para contribuir a la reflexión y al análisis de los desafíos de la tributación internacional en Colombia y en el mundo.