

LOS PARAÍOS FISCALES Y LA REFORMA TRIBUTARIA

*Ciro Meza Martínez**

RESUMEN

El presente artículo analiza la regulación colombiana concerniente a los paraísos fiscales como parte de una estrategia mundial dirigida a confrontar algunas de las prácticas lesivas que se llevan a cabo en dichas jurisdicciones. Se refiere al entorno internacional así como también analiza las disposiciones relacionadas con los paraísos fiscales en la Ley 788 de 2002.

Palabras clave: reforma tributaria, jurisdicciones, deducibilidad de pagos.

ABSTRACT

This article analyzes the Colombian legal regulation concerning tax havens as a component of a global initiative to face some of the harmful practices that take place in these jurisdictions. It contains a background of the international situation as well as it analyses the relevant content that refers to tax havens in Law No. 788, 2003.

Key words: tax reform, jurisdiction, tax deduction.

Fecha de recepción: 8 de marzo de 2003.

* Abogado javeriano. Especialista en derecho de la comunicación de la Pontificia Universidad Javeriana con estudios en instituciones occidentales en la Universidad de Notre Dame, Indiana, Estados Unidos de América. Actualmente cursa la especialización de derecho tributario de la Universidad del Rosario. Abogado de Araújo Ibarra & Asociados S.A. El presente artículo es una expresión personal del autor y no compromete en su contenido a ninguna organización, ni constituye una expresión institucional de la firma Araújo Ibarra & Asociados S.A.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO INTERNACIONAL
2. LOS PARAÍSO FISCAL EN LA REFORMA TRIBUTARIA (LEY 788 DE 2003)
 - 2.1. Pagos o abonos en cuenta realizados jurisdicciones declaradas como paraísos fiscales
 - 2.2. Límites a la deducibilidad de los pagos (artículos 82 y 83)
 - 2.2.1. No serán deducibles los pagos a paraísos fiscales “salvo que se haya efectuado la retención en la fuente por concepto de impuesto sobre la renta y remesas”
 - 2.2.1.1. Sobre qué procede la retención
 - 2.2.1.2. El derecho a la deducción
 - 2.2.2. “Por cualquier concepto”
3. CONCLUSIONES
4. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO INTERNACIONAL

La ofensiva mundial contra los paraísos fiscales se mantiene, y son cada vez más los países que se adhieren a la necesidad de impartir modificaciones unilaterales a los regímenes internos para bloquear la posibilidad de utilizar estas jurisdicciones como mecanismos de evasión de tributaria.

De acuerdo con SEIICHI KONDO, secretario general de la OCDE¹ el auge de los paraísos fiscales se ha extendido hasta el punto que, según cifras del Fondo Monetario Internacional, en ellos se manejan activos de un valor cercano a los 5 trillones de dólares. Si bien el mecanismo de los paraísos fiscales ha servido como estrategia y motor económico de múltiples empresas de los más diversos sectores, también han servido como instrumentos para evasión y disminución de cargas fiscales. Incluso, los paraísos fiscales han generado los *free riders* o libres andantes, que en términos de la OCDE, son aquellos contribuyentes que se benefician del gasto público en sus países de origen, pero no contribuyen con su financiación al utilizar herramientas de evasión como los paraísos fiscales².

1 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

2 OCDE, *Harmful Tax Competition; An Emerging Global Sique*, 1998.

Esta organización, (que como se ha podido observar se ha vuelto en parámetro de conducta y punto de referencia en materia fiscal tanto para sus países miembros³ como para los que no lo son), ha establecido unos criterios que permiten la catalogación de determinada jurisdicción como paraíso fiscal. Dichos factores son los siguientes:

1. Imposición nominal o carencia absoluta de imposición: Es el punto de partida y hace referencia a la carencia de impuestos o la existencia de impuestos nominales sobre los ingresos.
2. La carencia de un efectivo sistema para el intercambio de información: Estos regímenes generalmente promulgan la normatividad necesaria para mantener estrictas reglas de confidencialidad que impiden que hasta las mismas autoridades puedan acceder a la información. De esta manera se limita el poder de vigilancia y control de las autoridades locales y extranjeras.
3. Falta de transparencia: las prácticas legales y administrativas no transparentes son aquellas que inhabilitan y establecen reglas para evitar el debido escrutinio de las empresas y el intercambio de información.
4. Carencia de actividades sustanciales: Este factor sugiere que la jurisdicción en cuestión soporta su estrategia de atracción de inversión únicamente en la materia fiscal; por consiguiente, no ofrece un entorno legal y comercial distinto al incentivo fiscal.

Con base en lo anterior, son varias las acciones que se han tomado dentro de las cuales se pueden resaltar la elaboración de una lista, identificando los paraísos fiscales del mundo, y la indicación de recomendaciones para que, tanto los estados miembros como los que no lo son, las acojan como parte de una estrategia mundial frente a las prácticas tributarias lesivas.

Con posterioridad al reporte de la OCDE sobre *La competencia tributaria lesiva*⁴, dicha organización elaboró una lista de jurisdicciones cuyas características

3 Vale recalcar que los miembros originales de la OCDE son Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Suiza, Turquía, Reino Unido, Alemania, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Portugal, España, Suecia, y los Estados Unidos. Posteriormente, se incorporaron Japón, Finlandia, Australia, Nueva Zelanda, México, República Checa, Hungría, Polonia, Corea y la República Eslovaca.

4 Dicho reporte, el cual fue publicado en 1998, surgió como resultado de la petición ministerial realizada por los países miembros de la OCDE en 1996. El estudio estableció una serie de recomendaciones que han venido siendo acogidas tanto por órganos al interior de la organización como por estados miembros y otros que no lo son.

coincidían con los criterios establecidos para determinar paraísos fiscales. Mediante el *Reporte a la reunión ministerial de 2000 y a las Recomendaciones del Comité de Asuntos Fiscales*⁵ la OCDE publicó una lista de más de 40 jurisdicciones con base en los criterios anteriormente mencionados.

Como consecuencia de lo anterior, gran parte de estas jurisdicciones manifestaron su intención de hacer más transparentes sus sistemas tributarios y se comprometieron a realizar efectivos intercambios de información de naturaleza tributaria. Hasta abril del año pasado quedaba una lista de siete jurisdicciones no dispuestas a colaborar. Salvo las jurisdicciones “no-cooperadoras”⁶ los demás países han suscrito compromisos para el intercambio efectivo de información los cuales, en principio, deberán hacerse efectivos a partir del año 2006⁷.

Adicional a los señalamientos hechos por esta organización en el sentido anteriormente mencionado, otras recomendaciones fueron planteadas las cuales, como se podrá observar, fueron acogidas por el legislador colombiano por medio de la Ley 788 de 2002. De estas recomendaciones vale destacar las siguientes:

1. Restricciones a la deducción de pagos hechos a residentes o domiciliados paraísos fiscales.
2. La imposición de retenciones en la fuente respecto de pagos que se realicen a residentes o domiciliados en paraísos fiscales.

5 Dicho reporte fue publicado en el año 2000.

6 Andorra, el principado de Liechtenstein, Liberia, el principado de Mónaco, República de las islas Marshall, República de Nauru, República de Vanuatu.

7 En reciente informe del Dr. WILLIAM WITHERELL, director de Asuntos Financieros, Fiscales y Empresariales de la OCDE se resaltaron varios avances en materia de controles a los centros de operaciones fuera de costa.

Se recalcó la intención de ciertos paraísos fiscales y centros financieros de operaciones fuera de costa de colaborar compartiendo información e incrementando el grado de supervisión de las operaciones que se lleven a cabo. No obstante, sigue vigente la preocupación de algunos regímenes que dejan espacios abiertos para que corporaciones, sociedades, fundaciones, etc., lleven a cabo prácticas fiscales ilícitas, favorezcan el lavado de dinero y financien el terrorismo.

Con base en los proyectos de la OCDE para contrarrestar las prácticas lesivas fiscales un gran número de centros de operaciones fuera de costa se han comprometido a dar cumplimiento a los principios de transparencia y de intercambio efectivo de información. Los países que han aceptado colaborar con las políticas de la OCDE son, entre otros: Samoa, Panamá, Islas Vírgenes Británicas, Bahamas, y Gibraltar.

No obstante, también ha sido publicada una lista de los paraísos fiscales que han optado por no colaborar con la OCDE. Dentro de esta lista de siete jurisdicciones podemos destacar a Andorra, el principado de Mónaco y la República de las islas Marshall.

Mientras estas jurisdicciones se han rehusado a colaborar con la OCDE, más de 30 países ya han manifestado su interés de colaborar comprometiéndose con los principios de transparencia e intercambio efectivo de información. Varios de estos compromisos entrarán en rigor a partir del año 2005 (v.g. Panamá).

3. La implementación del régimen de precios de transferencia.

Es evidente que la nueva normatividad tributaria coincide con las recomendaciones anteriormente destacadas, y de esta manera, Colombia, en cierta manera, se une a las tendencias acogidas por otros países de Latinoamérica⁸.

2. LOS PARAÍSOS FISCALES EN LA REFORMA TRIBUTARIA (LEY 788 DE 2003)

Fueron varias las reformas que coincidieron con las recomendaciones que ha venido planteado la OCDE. Éstas se dan en materia de precios de transferencia; una reforma al régimen de pagos al exterior cuando éstos se realizan a entes ubicados en paraísos fiscales y el establecimiento de límites a la deducibilidad de pagos.

En relación con los precios de transferencia, la reforma introdujo un nuevo capítulo que regula el tema. Vale recalcar, que en su articulado también se remite a los lineamientos que respecto del tema ha desarrollado la OCDE⁹. En lo concerniente a los otros dos aspectos mencionados, los artículo 82 y 83 se encargaron de su consagración.

2.1. Pagos o abonos en cuenta realizados jurisdicciones declaradas como paraísos fiscales

Para que proceda la deducibilidad de los pagos realizados a jurisdicciones consideradas como paraísos fiscales, es necesario realizar una retención en la fuente del 35% por concepto de impuesto de renta y del 7% por concepto de remesas. (Es decir, una tasa efectiva de tributación del 39.55%).

La ley no especifica cuáles son las jurisdicciones que se consideran como paraísos fiscales sino que delega su determinación al gobierno nacional y a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, entidad de la cual Colombia no hace parte. En cuanto a esta previsión legal, es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

8 Argentina, México y Venezuela.

9 El nuevo artículo 260-9 establece lo siguiente: “Para la interpretación de lo dispuesto en el presente capítulo, serán aplicables las guías sobre precios de transferencia para empresas multinacionales y administraciones fiscales, aprobadas por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, en la medida en que las mismas sean congruentes con las disposiciones del Estatuto Tributario”.

1. Con una clara expresión garantista, el artículo 338 de la Constitución Política establece que la ley tributaria debe fijar

“directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas de los impuestos”.

Los tributos y sus elementos esenciales deben ser fijados a través del poder tributario¹⁰ el cual es el resultado de la expresión de la soberanía popular. Es decir, no podrá concebirse un tributo si éste no es el resultado de la voluntad del pueblo, la cual se expresa a través del Congreso de la Republica. Mediante este mandato constitucional se reitera el principio de *nullum tributum sine lege*, siendo postulado fundamental del principio de reserva de la ley en la estructura jurídica tributaria.

Es más, el numeral 10º del artículo 150 de la Constitución establece que las facultades extraordinarias que conceda el Congreso al gobierno nacional para expedir normas con fuerza de ley no podrán ser utilizadas para decretar¹¹ impuestos.

Así las cosas, resulta cuestionable la constitucionalidad de una disposición que efectivamente delega en el Gobierno Nacional la posibilidad de reglamentar aspectos que inciden directamente en la base gravable del tributo, elemento esencial de la obligación tributaria. De conformidad con la nueva disposición legal, en últimas, la determinación de la base gravable dependerá de si la jurisdicción se considera como paraíso fiscal, lo cual es una calificación que dependerá del gobierno.

2. No obstante lo anterior, resulta imprescindible establecer cuál es la lista vigente de paraísos fiscales elaborada por la OCDE. Como ya tuvimos la oportunidad de mencionar, este organismo, basado en unos criterios de selección estableció un listado de jurisdicciones que cumplieron con las condiciones para ser consideradas como paraísos fiscales. De este listado, la gran mayoría manifestó su intención de modificar sus prácticas fiscales —haciendo especial énfasis en el intercambio efectivo de información. Hoy en día existe un listado de 7 jurisdicciones consideradas como “paraísos fiscales no-cooperadores” y que está compuesto por los países que no han manifestado su interés por colaborar con la OCDE.

10 El profesor MAURICIO ALFREDO PLAZAS VEGA establece que el poder tributario “se concreta con la expedición de normas que crean o modifican tributos y establecen las reglas básicas que tienen que ver con su determinación y aplicación (...)” Lo anterior puede consultarse en la obra *Derecho tributario comunitario; la armonización tributaria en el sistema andino de integración*, Editorial Legis, 1ª edición, 2001.

11 En sentencia C-246 de 1995 la Corte Constitucional aclaró que la expresión “decretar” no sólo comprende la creación del impuesto sino también su modificación, supresión o sustitución.

3. Ahora, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿a quién considera la OCDE como paraíso fiscal: los que forman parte del listado inicial de 35 jurisdicciones¹² o las siete restantes que han sido consideradas como “*paraísos fiscales no-cooperadores*”?

Consideramos que si no se consolida un cambio efectivo en las prácticas tributarias lesivas de una jurisdicción, ésta deberá considerarse como paraíso fiscal. Y de acuerdo con las manifestaciones hechas por las jurisdicciones que se encuentran dispuestas a colaborar, el compromiso de cambiar sus prácticas en materia de transparencia e intercambio efectivo de información en la mayoría de los casos sólo se hará efectivo a partir del 31 de diciembre del año 2005.

Lo anterior nos permite concluir que, si bien, gran parte de las jurisdicciones que fueron identificadas en el listado inicial de paraísos fiscales han suscrito compromisos en los que manifiestan colaborar con la OCDE, por el momento, dichas manifestaciones sólo las excluye de estar en la lista de “paraísos fiscales no-cooperadores”; pero mientras no eliminan del todo sus prácticas en materia de transparencia e intercambio de información (lo cual, como ya hemos dicho será a partir del 31 de diciembre de 2005), estas jurisdicciones siguen cumpliendo con las condiciones que las califican como paraísos fiscales.

2.2. Límites a la deducibilidad de los pagos (artículos 82 y 83)

El artículo 82 de la Ley 788 de 2002 establece que:

“no serán constitutivos de costo o deducción los pagos o abonos en cuenta que se realicen a personas naturales, personas jurídicas o cualquier otro tipo de entidad que se encuentre constituida, localizada o en funcionamiento en países que hayan sido declarados paraísos fiscales por la OCDE o por el Gobierno colombiano, salvo que se haya efectuado la retención en la fuente por concepto de impuesto sobre la renta y remesas” (bastardilla fuera de texto).

Adicionalmente, el artículo 83 de la reforma tributaria adiciona un párrafo al artículo 408 del ET el cual establece que:

12 Dicho listado podrá consultarse en el documento titulado “*Towards Global Tax Cooperation; Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs*” publicado por la OCDE y que se encuentra disponible en: www.oecd.org.

“los pagos o abonos en cuenta *por cualquier concepto* que constituyan ingreso gravado para su beneficiario y éste sea residente o se encuentre constituido, localizado o en funcionamiento en países que hayan sido declarados paraísos fiscales por la OCDE o por el Gobierno colombiano, se someterán a retención en la fuente por concepto de impuesto sobre la renta y ganancia ocasional a la tarifa de 35%, sin perjuicio de la aplicación de la retención en la fuente por concepto de impuesto de remesas, a la tarifa del 7%” (bastardilla fuera de texto).

A continuación nos referiremos a los textos legales transcritos enfatizando las expresiones que han sido subrayadas:

**2.2.1. *No serán deducibles los pagos a paraísos fiscales
“salvo que se haya efectuado la retención en la
fuente por concepto de impuesto sobre la renta y remesas”***

2.2.1.1. Sobre qué procede la retención

Vale la pena hacerse la siguiente pregunta: ¿qué sucede si el pago que se realice al destinatario no constituye renta dentro del país?

En Colombia, la naturaleza de la renta o del ingreso se somete al desarrollo del principio de la soberanía tributaria o el denominado “principio de la fuente del ingreso”. Es así como surge la denominación de ingresos de fuente nacional o extranjera la cual dependerá de la jurisdicción donde se verifique el hecho gravable.

Así las cosas, la carga de tributar estará en cabeza del titular de los ingresos considerados de fuente nacional, independiente de si se trata un nacional o extranjero.

Con base en lo anterior debemos tener en cuenta que los artículos 82 y 83 de la reforma no están imponiendo un nuevo tributo, sino que más bien modifican la forma de recaudo del impuesto de renta y remesas. Es claro que la retención no es un tributo, sino una forma de recaudo. Por consiguiente, la retención que se establece sólo es predicable respecto de aquellos ingresos que sean gravables con los impuestos de renta y remesas; es decir, aquéllos considerados de fuente nacional.

El artículo 406 del Estatuto Tributario establece que deberán retener a título de impuesto sobre la renta quienes realicen pagos por concepto de *rentas sujetas a impuesto en Colombia*. En este orden, se sobreentiende que las disposiciones establecidas en los artículos 82 y 83 de la Ley 788 de 2002 son aplicables a los

pagos o abonos en cuenta que se consideren como renta sujeta a impuesto en Colombia. Por ejemplo, los pagos realizados por concepto de servicios prestados en el exterior por no residentes (y que no se traten de consultorías, servicios técnicos y asistencia técnica¹³) no se someten a la retención del 35% y el 7% establecida en la reforma, así éste se realice a un paraíso fiscal.

La retención es una herramienta accesoria para el recaudo anticipado del impuesto y por consiguiente se justifica en la medida en que se trate de un ingreso gravado. En otras palabras, si el ingreso se encuentra sometido a gravamen procede la retención pues ésta es accesoria a la obligación de tributar.

Ahora bien, mal haría en practicarse una retención en la fuente sobre un ingreso que no es de fuente nacional pues de esta manera se infringiría el ordenamiento constitucional al crearse un impuesto vulnerando de manera manifiesta el principio de *nullum tributum sine lege*.

En sentencia C-596 de 1996, la Corte Constitucional reiteró lo anteriormente mencionado en tratándose del artículo 124¹⁴ del Estatuto Tributario. Dicho artículo establece que las filiales o sucursales, subsidiarias o agencias en Colombia de sociedades extranjeras podrán deducir las cantidades pagadas por concepto de gastos de administración o dirección y por concepto de regalías, explotación y adquisición de cualquier clase de intangibles siempre que sobre dichos pagos se realice la retención en la fuente.

Se fundamentó la demanda alegando que dicha norma creaba un tributo en cabeza de la sociedad extranjera matriz toda vez que bajo las circunstancias previstas por la norma, las filiales deberán retener a título de impuesto de renta sin importar si los ingresos se han causado o no dentro del territorio nacional. Dijo el demandante que:

13 El legislador ha optado por calificar ciertas rentas separándose de la concepción estricta del principio de la fuente del ingreso o principio de territorialidad. Por ejemplo, se consideran ingresos de fuente nacional los originados en la prestación de servicios técnicos sea que éstos se suministren desde el exterior o en el país. Es decir, así dichos servicios se presten en el exterior las rentas que se originen con ocasión de su ejecución estarán sometidas a gravamen porque así lo ha dispuesto el legislador al calificarlas como ingreso de fuente nacional.

14 El artículo 85 de la Ley 223 de 1995 modificó el Estatuto Tributario reformando el artículo 124 en, el cual quedó de la siguiente manera: “*Artículo 124. Los pagos a la casa matriz son deducibles. 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 y el complementario de remesas. 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*”.

“tanto los gastos administrativos realizados por la matriz en el exterior, como los efectuados en el país estarán sujetos a retenciones por impuesto de renta y de remesas, por lo que en su criterio se crea un impuesto en cabeza de la sociedad extranjera, el cual debe cumplir con las exigencias constitucionales previstas para las leyes tributarias, como así lo establece el artículo 338 de la Carta Política”.

Contrarrestando lo dicho por el demandante, la Corte Constitucional estableció que si bien resulta obligatorio realizar la retención en la fuente para efectos de que proceda la deducibilidad, los pagos efectuados deben tener la naturaleza de ingresos de fuente nacional¹⁵; por el contrario, si dichos pagos son de fuente extranjera no son gravables con el mecanismo de la retención. Por ello subraya la Corte que:

“Resulta entonces, de conformidad con lo anteriormente anotado, que los pagos que se hagan a las casas matrices u oficinas en el exterior por concepto de gastos de administración o dirección, así como aquellos que se reconocen por regalías y explotación o adquisición de intangibles, son deducibles de sus ingresos a título de costo o deducción, siempre y cuando que sobre dichos pagos se haya practicado la respectiva retención en la fuente del impuesto sobre la renta y remesas, y además, *que el mismo constituya ingreso de fuente nacional para quien lo percibe*” (bastardilla fuera de texto).

Adicionalmente, la Corte reiteró su posición frente al concepto de retención en la fuente, insistiendo en que éste:

“es un sistema de recaudo anticipado de la obligación tributaria que se consolida al finalizar el respectivo período gravable”.

Compartimos la posición de la Corte hasta el punto en que señala que la retención a la que debe someterse el pago que se realice a la casa matriz únicamente procede cuando el ingreso sea susceptible de gravamen en Colombia; de lo contrario no procede la utilización de dicho mecanismo. Por consiguiente, si el servicio es prestado por la casa matriz en el exterior y se genera un gasto administrativo, el ingreso que perciba la casa matriz no podrá considerarse de fuente nacional, y por ende no sería procedente retener.

15 En la sentencia bajo análisis, el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Derecho Tributario precisó el hecho generador del impuesto sobre la renta y complementarios estableciendo que éste “tiene un elemento espacial inserto en otras normas del Estatuto que definen quienes son contribuyentes en Colombia, cuáles son las rentas o manifestaciones de capacidad económica gravada, cuáles de ellas se consideran de fuente territorial y por ende gravables en Colombia y cuáles en cambio no son rentas de fuente territorial, ajenas al poder tributario nacional, de manera que la norma contenida en la nueva versión del artículo 124 no puede interpretarse aisladamente sino dentro de la estructura del hecho punible”.

En similar sentido se manifestó la DIAN mediante el concepto 097609 del 6 de octubre de 2000. Dicha entidad refiriéndose al artículo 124 del ET estableció lo siguiente:

“Por otra parte cuando se señala como condición para que los pagos sean deducibles, que sobre los mismos se practique la retención en la fuente, supone que son ingresos de fuente nacional, ya que no de otra manera se entiende que sobre ellos se imponga la condición de practicar retención en la fuente cuando ésta constituye un mecanismo anticipado del pago del impuesto y que como tal sólo puede exigirse cuando el ingreso es gravado”.

El antecedente jurisprudencial y la interpretación de la DIAN a las que nos hemos referido nos sirve para demostrar cómo las disposiciones contenidas en la reforma tributaria que se refieren a la obligación de retener en los pagos que se realicen a paraísos fiscales únicamente son aplicables en los casos en que los ingresos girados sean susceptibles de gravamen en Colombia; si no poseen dicha naturaleza no es necesario realizar la mencionada retención por ningún concepto.

2.2.1.2. El derecho a la deducción

Siguiendo con el análisis de la norma, debemos dar respuesta al siguiente interrogante: de conformidad con lo anterior, ¿si el ingreso no está sometido a impuesto y por consiguiente, no procede la retención, se pierde el derecho a la deducción?

El texto del artículo 82 de la Ley 788 establece que no serán constitutivos de costo o deducción los pagos o abonos en cuenta que se realicen a personas naturales, personas jurídicas o cualquier otro tipo de entidad que se encuentre constituida, localizada o en funcionamiento en paraísos fiscales,

“salvo que se haya efectuado la retención en la fuente por concepto de impuesto sobre la renta y remesas”.

La deducibilidad de las expensas evidentemente requiere de la acreditación de la retención en la fuente. Por consiguiente, si quien realiza el pago debiendo retener y no lo hizo, perderá el derecho a realizar la deducción.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué sucedería si el pago corresponde a un ingreso que no es de fuente nacional no sometido a la obligación de practicar retención? Se ha sostenido que si no se retiene, así no se esté obligado a hacerlo, se pierde el

derecho a la deducción toda vez que la norma, de manera expresa, impone dicha condición.

La Corte Constitucional en la sentencia C-596 de 1996 —a la cual ya hemos hecho referencia— refiriéndose a los pagos que se realicen a la casa matriz estableció lo siguiente:

“Por lo tanto, si los pagos a las casas matrices son gravables en Colombia y por ende están sometidos a retención en la fuente, serán deducibles para quien los paga, obviamente en tratándose de ingresos considerados de fuente nacional; por el contrario, si los pagos a que se ha hecho alusión son de fuente extranjera y por consiguiente no son gravables por el mecanismo de la retención, *no serán deducibles de la renta de la filial o sucursal, subsidiaria o agencia en Colombia*” (bastardilla fuera de texto).

En este caso la Corte es clara en afirmar que es requisito indispensable retener para tener acceso al beneficio de la deducción; incluso, si el ingreso es de fuente extranjera y por consiguiente no es gravable con el mecanismo de la retención, no será deducible de la renta de la filial o sucursal.

Por su parte, el Consejo de Estado, deliberando sobre la deducibilidad de los pagos realizados a la casa matriz¹⁶, se manifestó en el siguiente sentido:

“Ahora bien, según los términos de la norma legal transcrita es evidente que para su aplicación, se requiere que las sumas pagadas por la sucursal a la casa matriz, constituyan un reconocimiento a su favor, de manera directa, en cuyo caso el valor pagado estará sometido a gravamen mediante la retención en la fuente o de manera indirecta, mediante la no deducibilidad del pago por parte de la sucursal, evento en el cual, esta última pagará el gravamen a través de su declaración de renta”¹⁷.

De conformidad con lo anterior, podría concluirse que el artículo 82 de la Ley 788 debería interpretarse de manera que si el ingreso es de fuente extranjera no sometido a retención, no se tendrá derecho a deducir.

16 En esta sentencia el Consejo de Estado se pronunciaba sobre conflictos entre la DIAN y un contribuyente que se originaban en la interpretación del artículo 124 del ET antes de ser reformado por el artículo 85 de la Ley 223 de 1995 el cual establecía: “Las filiales, subsidiarias, sucursales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras, no tendrán derecho a deducir de su ingreso, a título de costo o deducción, cantidad alguna pagada o reconocida directa o indirectamente a sus casas matrices u oficinas en el exterior por concepto de gastos, comisiones honorarios de administración o dirección, regalías y explotación o adquisición de cualquier clase de intangibles”.

17 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. CP, DELIO GÓMEZ LEYVA, mayo 8 de 1998.

Nos apartamos de la anterior apreciación, considerando que la norma del artículo 82 lo que hace es sancionar con la imposibilidad de deducir cuando quien realiza el pago no practica la retención debiendo hacerla. Pero si el pago que se realiza corresponde a un ingreso de fuente extranjera no sometido a retención, éste deberá someterse a las normas generales para gastos en el exterior contenidas en el artículo 122 del ET; es decir, se tendrá derecho a la deducción, sin embargo, ésta estará restringida por límite que establece que los costos o deducciones por expensas en el exterior no pueden exceder del 15% de la renta líquida del contribuyente computada antes de descontar tales costos o deducciones.

Consideramos que esta apreciación va de acorde con los principios de la fuente del ingreso y el principio de territorialidad, en virtud del cual la naturaleza de la renta o del ingreso se somete al desarrollo de la soberanía tributaria. Con base en esto es que se justifica la denominación de ingresos de fuente nacional o extranjera la cual dependerá de la jurisdicción donde se verifique el hecho gravable. De conformidad con lo anterior, se gravarán únicamente las rentas sometidas a impuesto en Colombia.

Adicionalmente, vale recalcar que la deducibilidad de un pago depende del cumplimiento de los requisitos generales para su procedencia:

- a. Causalidad
- b. Necesidad
- c. Proporcionalidad

A esto se suma que si el pago está sometido a retención, por su naturaleza de ingreso gravado en Colombia, pues, obviamente, deberá aplicarse dicho mecanismo para que proceda su deducibilidad.

De manera que no encontramos justificación para llegar a considerar que no son deducibles los pagos cuando éstos no sean gravados en Colombia. Al contrario, en nuestro concepto sí procede la deducción pero sometidos a las limitaciones establecidas en el artículo 122 del ET.

2.2.2. “Por cualquier concepto”

Ya hemos argumentado nuestra posición en el sentido de establecer que la retención dispuesta en el artículo 83 de la reforma tributaria es viable siempre y cuando se trate de un ingreso gravable en Colombia.

Asimismo, el Estatuto Tributario, en los artículos 406 a 416, regula los casos en que debe efectuarse la retención por concepto de pagos al exterior. Estas normas se aplican, evidentemente, a ingresos que son sometidos a impuesto en Colombia y que deben ser gravados mediante el mecanismo de la retención para efectos de garantizar el pago de los tributos a los cuales el Estado tiene derecho. Del mismo modo, estas normas establecen las diferentes tarifas aplicables por los distintos tipos de pagos realizados.

Ahora bien, el artículo 83 de la reforma tributaria introduce un párrafo al artículo 408 del Estatuto Tributario, siendo este último el que establece las tarifas de retención por pagos al exterior por concepto de *rentas de capital y de trabajo*.

La redacción del artículo 83 de la reforma podría sugerir que la tarifa de retención que se fija procede para todo tipo de pagos gravados efectuados a los paraísos fiscales, toda vez que la norma se fija para “los pagos o abonos en cuenta *por cualquier concepto*”. Sin embargo, siendo que el artículo 83 lo que hace es reformar el artículo 408 del ET adicionando un párrafo podríamos concluir que la aplicación de la norma recién creada sólo se limita a establecer la tarifa de retención excepcional del 35% y 7% para los pagos a paraísos fiscales por concepto de *rentas de capital y trabajo* únicamente. Es decir, los demás pagos¹⁸ contemplados en los artículos 407 y 409 y siguientes, no se modificarán, y por ende, las tarifas que se les aplicarán seguirán siendo las mismas¹⁹.

Cosa distinta sería si el legislador hubiese introducido esta reforma normativa a través de un artículo independiente y no mediante un párrafo como efectivamente lo hizo; al introducirla como párrafo, lo que hace es crear una excepción a la regla general para efectos de rentas de capital y trabajo, mientras que si hubiese sido un artículo independiente, una interpretación sistemática y armónica habría permitido concluir que la tarifa de retención del 35% más el 7% para pagos a paraísos fiscales sería aplicable a todos los giros gravables al exterior.

18 Los pagos que a criterio nuestro siguen manteniendo las mismas tarifas de retención así se realicen a personas naturales, personas jurídicas o cualquier otro tipo de entidad que se encuentre constituida, localizada o en funcionamiento en un paraíso fiscal son los siguientes: dividendos y participaciones (artículo 407); profesores extranjeros (artículo 410); rentas en explotación de películas cinematográficas (artículo 410); rentas en explotación de programas de computador (artículo 411); contratos llave en mano y contratos de confección de obra material (artículo 412); arrendamientos de maquinaria (artículo 414); transporte internacional (artículo 414-1); y los demás casos (artículo 415).

19 Véase a GODOY JUAN PABLO, “Análisis de la reforma tributaria de 2002”, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, *XXVII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*, Cartagena de Indias, febrero de 2003.

3. CONCLUSIONES

El presente análisis nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

- La OCDE encabeza una ofensiva mundial contra los paraísos fiscales los cuales han sido utilizados como instrumentos para el lavado de dinero, la evasión de impuestos y el refugio de dineros ilícitos.
- Esta ofensiva se ha concretado en la determinación de “listas negras” de paraísos fiscales, las cuales han servido de mecanismos de presión lo que ha resultado en el compromiso de muchas de estas jurisdicciones de reevaluar sus prácticas lesivas.
- Adicional a lo anterior y siguiendo recomendaciones de las OCDE, hoy los estados toman medidas unilaterales que pretenden “bloquear” la utilización de los paraísos fiscales como herramientas de evasión tributaria.
- Dentro de estos estados se encuentra Colombia, que a través de la Ley 788 de 2002 —reforma tributaria— dispuso de medidas tendientes a evitar la utilización de estas jurisdicciones. Dichas medidas encarecen las operaciones con los paraísos fiscales.
- En materia de paraísos fiscales la reforma básicamente lo que busca es lo siguiente:
 - i) Condicionar la deducibilidad de los pagos realizados a paraísos fiscales a la realización de la retención en la fuente.
 - ii) Se fija una tarifa efectiva de retención por pagos a paraísos fiscales a título de impuesto de renta y remesas equivalente al 39.55%
- No obstante lo anterior, la forma como se redactó y estructuró la reforma nos permite concluir que su alcance sería el siguiente:
 - i) La ley no especifica cuáles son las jurisdicciones que se consideran como paraísos fiscales y delega su determinación al gobierno nacional y a la OCDE. Dicha delegación podría estar viciada de inconstitucionalidad en la medida en que afecta directamente la base gravable, lo cual está reservado estrictamente a la ley.
 - ii) Las disposiciones contenidas en la reforma tributaria que se refieren a la obligación de retener en los pagos que se realicen a paraísos fiscales sólo son aplicables en los casos en que los ingresos girados sean susceptibles de

gravamen en Colombia; si no poseen dicha naturaleza no es necesario realizar la mencionada retención por ningún concepto.

- iii) Si el pago realizado a un paraíso fiscal corresponde a un ingreso de fuente extranjera no sometido a retención, éste deberá someterse a las normas generales para gastos en el exterior contenidas en el artículo 122 del ET; es decir, se tendrá derecho a la deducción, estando ésta restringida por límite que establece que los costos o deducciones por expensas en el exterior no pueden exceder del 15% de la renta líquida del contribuyente computada antes de descontar tales costos o deducciones.

4. BIBLIOGRAFÍA

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, CP, DELIO GÓMEZ LEYVA, mayo 8 de 1998.

Constitución Política de Colombia.

Corte Constitucional, sentencia C-246 de 1995.

Corte Constitucional, sentencia C-596 de 1996, MP, Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

DIAN, Concepto 097586 de 1998.

DIAN, Concepto 097609 de octubre 8 de 2000.

GODOY JUAN PABLO, “Análisis de la reforma tributaria de 2002”, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, *XXVII Jornadas Colombianas De Derecho Tributario Cartagena de Indias*, febrero de 2003.

OCDE “A brief British Island’s commitment to cooperate with the OECD. April 3rd, 2002”, www.oecd.org.

OCDE “A brief on Bahamas’ commitment to cooperate with the OECD. March 18th, 2002”, www.oecd.org.

OCDE “A brief on Panama’s commitment to cooperate with the OECD. April 17th, 2002”, www.oecd.org.

OCDE “Towards Global Tax Cooperation; Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs” www.oecd.org.

OCDE, “Project on harmful tax practices. The 2001 progress report. November 14th, 2001”, www.oecd.org.

OCDE, “Harmful Tax Competition; An Emerging Global Issue”, 1998 www.oecd.org.

PLAZAS, VEGA, MAURICIO ALFREDO, *Derecho tributario comunitario; la armonización tributaria en el sistema andino de integración*, Editorial Legis, 1ª edición, 2001.

SEIICHI, KONDO, “Ending Tax Haven Abuse”, abril 18 de 2002, www.oecd.org.

WITHEREL, WILLIAM, “Strengthening the offshore defenses against economic crime and abuse”, septiembre 10 de 2002, www.oecd.org