

### Actualización del listado de paraísos fiscales. Los principales efectos

El 7 de octubre de 2014 se expidió el Decreto 1966 de 2014, derogando el Decreto 2193 de 2013, mediante el cual, se actualizó el listado de jurisdicciones calificadas como paraísos fiscales por Colombia, confirmando la entrada de la República de Panamá al listado, pese a ser uno de los principales destinos de la inversión colombiana en el exterior.

#### 1. Los efectos del Decreto 1966 de 2014

En el siguiente cuadro se pueden ver cuáles son las jurisdicciones que de acuerdo con el Decreto pasan a considerarse paraísos fiscales, y aquellas que dejan de considerarse como tales por "haber adherido a la Convención Multilateral de Asistencia Mutua en Materia Tributaria bajo el auspicio de la OCDE y del Consejo de Europa", según el comunicado del Ministerio de Hacienda.

Jurisdicciones que entran	Jurisdicciones que salen
Barbados	Anguila
Emiratos Árabes Unidos	Isla de Man
Kuwait	Islas Caimán
Qatar	Islas Vírgenes Británicas
Panamá	Jersey
	Andorra
	Chipre
	Liechtenstein
	Bermudas
	Guernesey

Vale la pena recordar que en el Concepto 11309 del 2014, acorde con el artículo 338 de la Constitución, la DIAN consideró que el Decreto 2193 de 2013 era aplicable a partir del 1 de enero del 2014 por tratarse de medidas que afectaban impuestos de periodo, y en el mismo sentido las medidas del Decreto 1966 de 2014 entrarían en aplicación para el siguiente periodo fiscal, es decir el año 2015.

Dos dudas surgen sobre la vigencia de las normas en cuestión y su aplicación (i) la primera si el hecho de que el Decreto 1966 de 2014 al derogar el Decreto 2193 de 2013 a partir de su publicación genera que no existe un listado de paraísos fiscales hasta el final de año, y (ii) la segunda si los países que fueron excluidos bajo el Decreto 1966 de 2014 mantienen o no su condición de paraísos fiscales hasta final de año. Sin duda estos serán tema de controversia con la autoridad tributaria.

## 2. Efectos de las normas anti-paraísos

En términos generales las normas tributarias relativas a los pagos que se realizan en favor de personas o entidades domiciliadas en paraísos fiscales tienen dos efectos fundamentales, el primero es que las retenciones aplicadas sobre estos pagos sean más altas a las que resultarían aplicables en caso de que el mismo pago se realizara en favor de una jurisdicción no calificada como paraíso, y el segundo es establecer límites a la deducibilidad de los costos y gastos que involucran paraísos fiscales.

Bajo estos supuestos, las normas anti-paraísos pueden clasificarse en dos grupos (i) las relativas a la retención en la fuente, y (ii) las que limitan la deducibilidad de los costos y gastos.

### 2.1 *La relativas a retención en la fuente*

Las normas del Estatuto Tributario que consagran tarifas especiales de retención en la fuente aplicables a pagos efectuados en favor de personas ubicadas en paraísos fiscales son los artículos 18-1 y 408. La primera de las disposiciones mencionadas impone una tarifa del 25% sobre las utilidades obtenidas por las inversiones de capital del exterior de portafolio cuando el inversionista esté domiciliado en un paraíso fiscal, en oposición a la tarifa del 14% aplicable para los extranjeros no localizados en dichas jurisdicciones.

Por su parte, el artículo 408 del Estatuto Tributario establece las tarifas de retención en la fuente por rentas de capital y de trabajo obtenidas en Colombia por no residentes, y fija una tarifa especial de retención del 10% cuando el pago se da por servicios de consultoría, asistencia técnica o servicios técnicos. El párrafo de este artículo establece que los pagos que se realicen a favor de personas o entidades ubicadas en un paraíso fiscal, que constituyan ingreso gravado para su beneficiario, estarán sometidos a retención en la fuente del 33% sin que pueda aplicarse la retención del 10% aplicable en los demás casos.

Aunque en algún momento la DIAN emitió conceptos que señalaban que todo pago a Paraíso Fiscal debía llevar la retención correspondiente so pena de no poder constituir gasto o costo a efectos del Impuesto sobre la Renta, el Concepto 31856 del 26 de mayo del 2014 aclaró la discusión, estableciendo que *“solo los pagos o abonos en cuenta que constituyan ingreso gravado para el beneficiario y este sea residente o se encuentre constituido, localizado o en funcionamiento en paraísos fiscales se encuentran sometidos a la retención en la fuente (...) en los términos del párrafo del artículo 408 del Estatuto Tributario”*. Este concepto aclara que los pagos que no son considerados ingresos gravados para su beneficiario, como ocurre con los dividendos no gravados, o las operaciones de comercio exterior, no estarán sometidos a esta retención así se realicen en favor de un beneficiario ubicado en un paraíso fiscal, sin perjuicio de las condiciones exigidas para que dichos pagos puedan constituir un gasto deducible como se explicara a continuación.

### 2.2 *La limitación de ser considerado costo o gasto deducible*

El artículo 124-2, establece que no serán constitutivos de costo o deducción los pagos realizados a personas o entidades localizadas en paraísos fiscales salvo que sobre los mismos se haya efectuado retención en la fuente. Esta norma, interpretada conjuntamente con el artículo 408, llevó a concluir que, para que los pagos realizados a paraísos fiscales fueran deducibles debía efectuarse retención del 33% sin importar si el pago estaba sometido o no a retención en la fuente.

Estas dos disposiciones llevaron a la errónea interpretación de que sin importar si el pago estaba sometido o no a retención en la fuente (por tratarse por ejemplo de un pago originado en una operación de importación de activos en la que el pago se hace a una empresa ubicada en un paraíso fiscal), el mismo solo sería deducible para el pagador si este aplicaba retención en la fuente del 33% sobre el mismo.

Esta posición fue aclarada por la DIAN en el Concepto 31855 de 2014, donde se establecieron dos requisitos para la deducibilidad de los pagos realizados a paraísos fiscales: (i) que se efectuara retención en la fuente en caso de que el pago fuera considerado ingreso gravado de fuente colombiana para su beneficiario y (ii) que se cumpliera con lo dispuesto en el artículo 260-7 parágrafo 3 del Estatuto Tributario que establece la obligación de documentar y *"demostrar el detalle de las funciones realizadas, activos empleados, riesgos asumidos y la totalidad de los costos y gastos incurridos por la persona o empresa ubicada, residente o domiciliada en el paraíso fiscal para la realización de las actividades que generaron los mencionados pagos"*. La manera de cumplir con esta obligación fue aclarada mediante el Concepto 40922 del 9 de julio de 2014.

Así las cosas, la interpretación vigente en la actualidad es que si el pago es ingreso gravado de fuente colombiana para su beneficiario, el mismo será deducible si además de efectuarse la retención en la fuente del 33% se cumple con la obligación establecida en el parágrafo tercero del artículo 260-7. Si por el contrario, el pago no es considerado ingreso gravado, o no es considerado ingreso de fuente colombiana para su beneficiario (como ocurriría con los pagos por dividendos y por importaciones respectivamente) bastará con que se cumpla con la obligación establecida en el mencionado artículo 260-7.

Es importante señalar que las normas y la interpretación de la DIAN ha considerado que la obligación consagrada en el parágrafo del artículo 260-7 aplica incluso si no hay relación de vinculación entre quien realiza el pago y el beneficiario ubicado en un paraíso fiscal, sin importar si se cumple o no con los demás requisitos establecidos para que la operación implique el cumplimiento de las obligaciones formales propias del régimen de precios de transferencia.

### 2.3 Conclusiones

Un primer punto que debe ser claro es que los flujos económicos que se ven afectados por esta medida son los que van de Colombia hacia los países considerados como paraísos fiscales, y no al contrario. El único aspecto que es afectado directamente en esta dirección de flujos, es que las operaciones realizadas con paraísos fiscales sean activas o pasivas deberán estar sometidas al régimen de precios de transferencia.

En aplicación de lo anteriormente expuesto, el tratamiento de los principales flujos que se puedan tener con los paraísos fiscales es el siguiente:

- *Dividendos*

Los dividendos pueden tener en Colombia la condición de gravados o no gravados, dependiendo de si la sociedad que los origina ha tenido una plena tributación o no sobre sus rentas.

El pago de dividendos en nada se ve afectado por las normas antiparaiso, ya que si no son gravados no estarán sometidos a retención, y en ningún caso constituyen gasto deducible. Si por el contrario los dividendos son gravados, estarán sometidos a retención del 33%

tanto si el beneficiario está ubicado en un paraíso fiscal como si está ubicado en cualquier otro país extranjero, sin perjuicio de la aplicación de los Convenios para evitar la Doble Imposición.

Sobre este flujo debe considerarse que si se introduce en las próximas reformas tributarias el gravamen sobre dividendos, se podría introducir una tarifa diferencial que castigue los paraísos fiscales.

- *Desinversión o Venta de bienes*

Para el caso de venta de acciones o bienes poseídos en Colombia por compañías ubicadas en paraísos fiscales, este es claramente un flujo que se ve afectado.

Si el comprador de dichos bienes es agente de retención colombiano practicará sobre el importe bruto del pago una retención del 33%, con independencia de que la tarifa del impuesto que tenga que liquidar el vendedor en Colombia sea del 10% o del 33% sobre su utilidad.

Si el comprador de dichos bienes es otra sociedad extranjera, y por lo tanto no es agente de retención, no se practicará retención alguna.

En ambos casos, se tendrá que cumplir con la obligación por parte del comprador de contar con el respectivo estudio de precios que justifique el precio pagado, a fin de que pueda ser considerado costo fiscal. Si no se tiene costo fiscal, el bien no será depreciable si es susceptible de serlo, y en una futura venta la tributación sería sobre el importe bruto de venta al no tener costo que pueda restarse para establecer la utilidad fiscal de la operación.

- *Intereses*

En los intereses de corto plazo (inferiores a 1 año) la retención normal es del 33%, y en los créditos superiores a 1 año es del 14%. Si el beneficiario está ubicado en un paraíso fiscal siempre estará sometido a una retención del 33% sin importar el plazo.

Igualmente todas las operaciones deberán estar sometidas al régimen de precios de transferencia.

- *Servicios*

Todos los pagos realizados por servicios, que se consideren ingreso de fuente nacional, quedarán sometidos a una tarifa de retención del 33%.

Si no se entienden de fuente nacional, no estarán sometidos a retención.

En cualquier caso para que puedan ser considerados gasto deducible deberá contarse con el respectivo estudio de precios de transferencia.

- *Importación de mercancías*

Si se realizan compras de bienes a sociedades o residentes ubicados en paraísos fiscales para ser importados al país, este no es un ingreso que se considere gravado para el no residente, por lo cual no estará sujeto a retención.

Sin embargo, para que el bien pueda tener costo fiscal, con efecto en la depreciación o deterioro del mismo, deberá acreditarse el correspondiente estudio de precios de transferencia.

Más información:

**Camilo Zarama**

[camilo.zarama@garrigues.com](mailto:camilo.zarama@garrigues.com)

T +571 326 69 99

GARRIGUES

[www.garrigues.com](http://www.garrigues.com)

Síguenos:



La presente publicación contiene información de carácter general, sin que constituya opinión profesional ni asesoramiento jurídico.

© **Garrigues Colombia SAS**, quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra, sin autorización escrita de Garrigues Colombia SAS.

Carrera 7 # 75-66 Oficina 702  
Bogotá - Colombia  
T +571 326 69 99 - F +571 326 69 70