

Neutralización de los mecanismos híbridos en Colombia. Una reflexión a la acción 2 de BEPS de la OCDE

Neutralizing the effects of hybrid instruments in Colombia. Thoughts on BEPS action 2 of the OECD

Neutralização dos mecanismos híbridos na Colômbia. Uma reflexão à ação 2 de BEPS da OCDE

YOLANDA RUIZ ASCENCIO¹

Para citar este artículo / To reference this article

Yolanda Ruiz Ascencio. *Neutralización de los mecanismos híbridos en Colombia. Una reflexión a la acción 2 de BEPS de la OCDE.* Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario 81. Enero de 2020. At. 095.

Recibido: 24 de mayo de 2019

Aprobado: 17 de enero de 2020

Página inicial: 95

Página final: 122

Resumen

El presente artículo reflexiona sobre las recomendaciones de la acción 2 de BEPS (Base erosion and profit shifting) que la OCDE establece para lograr una tributación justa en cara a un régimen internacional y la legislación colombiana. La OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), desde esta acción, invita a neutralizar los instrumentos híbridos conocidos como operaciones de deuda y/o capital que pueden generar erosión en la base fiscal y obtener aprovechamientos tributarios. Para ello ha elaborado una serie de recomendaciones, las cuales son analizadas desde la normatividad colombiana y cómo esta ha

1 Magister en Tributación, Especialista en ciencias tributarias y Contador Público de Universidad Central. Aspirante a Abogada de la Universidad Central. Socia de la firma B&R consultores y contadores Ltda., Asesor tributario y de NIIF en diferentes compañías, docente en posgrados de la Universidad Externado, Sabana y Gran Colombia. Docente en pregrado de la Universidad Central. Email: yolra21@hotmail.com.

logrado incluir medidas que beneficien la proyección fiscal del país, generando a su vez una comparación con la legislación fiscal estadounidense.

Palabras clave: Híbridos, mecanismos híbridos, acción 2, beps, Doble residencia, ocde, neutralización, Tributación.

Abstract

This article reflects on the recommendations of BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) Action 2 that the OECD provides for achieving fair taxation vis-à-vis an international regime and Colombian law. Through this action, the OECD (Organization for Economic Co-operation and Development), called for the neutralization of hybrid instruments known as debt and/or capital transactions that can lead to an erosion of the tax base and tax exploitation. To do this it has made a number of recommendations, which are analyzed from the perspective of Colombian law and how the latter has managed to include measures that benefit the country's fiscal planning, while generating a comparison with US tax laws.

Keywords: hybrid, hybrid mechanisms, Action 2, BEPS, double residence, OECD, neutralization, taxation.

Resumo

O presente artigo reflete sobre as recomendações da ação 2 de BEPS (Base erosão and profit shifting) que a OCDE estabelece para conseguir uma tributação justa de face a um regime internacional e a legislação colombiana. A OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico), desde esta ação, convida a neutralizar os instrumentos híbridos conhecidos como operações de dívida e/ou capital que podem gerar erosão na base fiscal e obter aproveitamentos tributários. Para isto se tem elaborado uma série de recomendações, as quais são analisadas desde a normatividade colombiana e como esta tem conseguido incluir medidas que beneficiem a projeção fiscal do país, gerando à sua vez uma comparação com a legislação fiscal estado-unidense.

Palavras-chave: Híbridos, mecanismos híbridos, ação 2, beps, Dupla residência, OCDE, neutralização, Tributação.

Sumario

Introducción; 1. Mecanismos híbridos: Una aproximación; 1.1. Contexto histórico; 1.2. Conceptualización; 2. Ámbito de los Mecanismos híbridos. Colombia y Esta-

dos Unidos; 3. Recomendaciones de la OCDE, análisis a la acción 2 de la BEPS; 4. La legislación tributaria en Colombia frente a los mecanismos híbridos y las recomendaciones de la OCDE; 5. Conclusiones; Bibliografía.

Introducción

Dada la importancia del comercio entre países, donde se han integrado la tecnología, los mercados y la implementación de estándares internacionales, se presenta un crecimiento en las operaciones en pro de la inversión y el apalancamiento entre compañías. Estas operaciones se han venido dando gracias a las oportunidades de un mercado globalizado, donde el idioma financiero y económico es estándar para comprender los beneficios que dichas operaciones pueden generar en las actividades empresariales y en los diferentes países.

Con lo anterior, las empresas tienen especial cuidado en la interpretación y planeación tributaria, pues los empresarios no pretenden contar con dobles cargas impositivas, por el contrario, buscan obtener beneficios tributarios que contribuyan a la inversión extranjera. De esta forma, las empresas se incentivan a modificar sus esquemas contables y tributarios para no pagar impuestos o disminuir la base gravable impositiva en un país u otro, siendo esta operación un concepto de erosión de la base fiscal.

Así, las operaciones dadas entre diferentes jurisdicciones se pueden comprender aún más con los conceptos de mecanismos híbridos o como otros autores denominan estructuras híbridas (Romero-José, 2016, p. 30). La actividad principal de estos mecanismos híbridos es la combinación del capital y de la deuda, los cuales son vistos o interpretados de forma diferente desde una u otra jurisdicción. Estas operaciones aplican para empresas de gran tamaño y con características de matriz y subsidiaria.

En ese orden de ideas, algunas de las operaciones que pueden utilizarse para erosionar la base fiscal, son los mecanismos híbridos, los cuales se dan cuando se logra ubicar utilidades fuera del territorio a fin de evitar que sean gravadas en el mismo, por ejemplo; tener una deducción en una jurisdicción y que este valor no sea realmente un gasto o costo para efectos fiscales. A su vez, se pretende desviar dicha utilidad a otra jurisdicción de menor imposición a través de una parte vinculada, lo cual podría bajar la tasa efectiva de tributación de la compañía multinacional.

Es por ello, que se han realizado unas recomendaciones internacionales, dadas por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), donde cada país integrante de esta organización se compromete a su

cumplimiento en cuanto a una tributación justa. No obstante, se dificulta la implementación de dichas recomendaciones por cuanto cada jurisdicción debe realizar su proceso interno de aprobación legal y armonizar las normas fiscales, lo cual tiene un grado de complejidad alto.

Aun así, la OCDE ha conseguido desarrollar 15 acciones del plan BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), las cuales están enmarcadas en principios de coherencia (donde se reconoce que todas las jurisdicciones operan de forma diferente y deben ser niveladas), sustancia (donde se equipara la realidad legal con la real) y transparencia (donde se comparte información benéfica entre los diferentes países) con el propósito principal de lograr alinear el gravamen de la actividad real. (Mendoza-Doris, 2016, p. 541).

Por consiguiente, el propósito del artículo es analizar de forma puntual la acción 2 de la BEPS (principio de coherencia) que la OCDE recomienda para neutralizar los mecanismos híbridos y cómo desde el contexto colombiano se ha implementado o tenido en cuenta en su legislación fiscal. De este modo, el texto comprende cinco capítulos, el primero contextualiza los conceptos de mecanismos híbridos. El segundo presenta el ámbito de los mecanismos híbridos desde el contexto colombiano y estadounidense. En el tercero se aborda la acción 2 de la BEPS como herramienta de neutralización. El cuarto comprende el análisis de la problemática en cara de las normas tributarias colombianas y los estándares internacionales. Finalizando con las conclusiones sobre la suficiencia normativa para neutralizar los híbridos en Colombia.

1. Mecanismos híbridos: Una aproximación

1.1. Contexto histórico

Hacia los años sesenta las operaciones internacionales se intensificaron en Europa y Estados Unidos convirtiéndose en una actividad primaria, pues en esta época esas operaciones dependían del comercio y las transacciones bancarias con monedas extranjeras eran muy limitadas. Sin embargo, debido al crecimiento internacional se fortaleció el crédito bancario internacional, lo que llevó a un crecimiento de estas entidades creando sucursales o subsidiarias en el exterior. (Avella, Muñoz, Piñeros, 2004, p. 108).

Lo anterior, trajo nuevas formas de organización y diferentes técnicas de financiamiento que ejercían esfuerzos para incentivar la cooperación internacional en relación con la supervisión bancaria. Esto debido a las crisis por la inexistencia en la supervisión de riesgos en cuanto al financiamiento bancario, como por ejemplo el caso del banco Franklin National Bank de Nueva York. Dichas

situaciones llevaron a iniciar el análisis del capital que deben poseer los bancos con el fin de tener liquidez y, además, considerar los riesgos inherentes a esta.

Es así como se crea en 1988 Basilea I, acuerdo en el cual se calculaba los requerimientos de capital, en función de los riesgos de crédito mínimo de capital sobre activos de riesgo, entendiéndose que el riesgo necesitaba un conjunto de recomendaciones que establecieran el capital mínimo que debía tener una entidad bancaria. Seguido esto y teniendo en cuenta las revisiones practicadas a los capitales y riesgos, en el año 2004 se aprobó el acuerdo Basilea II, que responde especialmente a la necesidad de mejorar la exigencia de capital para los bancos grandes e internacionalmente activos, y cuyo objetivo final es exigir que el capital mínimo refleje mejor la exposición de los bancos a los diferentes riesgos.

Luego de haber implementado Basilea II, se presenta en el año 2007, en EE. UU y después en Europa, una de las burbujas bursátiles y financieras más grandes de la historia: el mercado inmobiliario, producto de la sobrevaloración de activos, altos precios de vivienda y commodities, entre otros, (Prada-Elizabeth, 2011, p. 41). Esta crisis generó la necesidad de modificar el marco regulatorio y de supervisión del sector bancario motivo por el cual el G20, estudió dichas consecuencias emitiendo así las recomendaciones al respecto que fueron promulgadas en el año 2010 en el acuerdo de Basilea III, cuyas principales características fueron el análisis de los métodos para calcular los riesgos.

Los distintos acontecimientos en el sector bancario que dieron lugar a Basilea III y el reflejó de los diferentes cambios realizados a nivel regulatorio, tanto en el mundo como en Colombia, permite conocer el origen de un sistema que busca fortalecer medidas en materia de riesgos y control interno. Sin embargo, el proceso de internacionalización y la creciente demanda de créditos proliferaron acciones con las cuales las entidades alrededor del mundo podrían causar erosiones en la base imponible y el traslado de beneficios de los mismos.

Desde este contexto bancario, se entiende el nacimiento de las operaciones con mecanismos híbridos, puesto que la principal fuente de financiamiento de las compañías eran los préstamos bancarios, analizando los riesgos para aumentar la transparencia de las transacciones, con lo cual se creó Basilea III, siendo esta una oportunidad de apalancamiento desde los mecanismos híbridos.

Así las cosas, otras compañías vieron la misma oportunidad para apalancarse entre ellas con dichos mecanismos híbridos, a fin de poder financiarse fiscalmente en las diferentes jurisdicciones y fortalecer su operación económica.

1.2. **Conceptualización**

Los mecanismos híbridos para este escrito comprenden los siguientes conceptos: instrumentos híbridos y empresas híbridas. Los primeros, son instrumentos con tratamientos tributarios diferentes dependiendo del lugar o jurisdicción donde se encuentre. Los segundos, son entidades clasificadas fiscalmente como transparentes u opacas dependientes también de la jurisdicción donde se desempeña, aplicado a entidades matrices, subsidiarias y para operaciones de deuda y/o capital únicamente. (Romero-José, 2016, p. 31).

En cuanto a las entidades transparentes, son aquellas compañías que para efectos fiscales “las rentas se atribuyen directamente a sus socios o partícipes, que serán los que tributarán por dichas rentas y no, por lo tanto, la propia entidad” (Vega-Félix, 2015, p. 438). Y las opacas “es la entidad la que tributa por las rentas que obtiene. Por lo tanto, el sujeto pasivo de las rentas obtenidas por la entidad es la propia entidad” (Vega-Félix, 2015, p. 438).

De igual forma, las operaciones que de allí se desprendan se consideran transferencias híbridas, es decir, transacciones transfronterizas que tienen diferente tratamiento en las jurisdicciones que operan. Estas diferencias, por lo general, traen aprovechamientos tributarios y hasta se convierten en propósito para desarrollar estos mecanismos. (Romero-José, 2016, p. 34).

Si alguna compañía se encuentra dentro de algún mecanismo híbrido descrito, puede generar diferencias en los tratamientos fiscales, puesto que se podrían re-caracterizar las operaciones y esto permitiría aprovechamientos tributarios, los cuales redundarían en la no tributación de las jurisdicciones implicadas, dejando posibles consecuencias económicas al no cancelar los tributos correspondientes por la falta de claridad en las transacciones. Algunos de los aprovechamientos que generan lo anterior son:

La doble deducción: esta resulta cuando el pago realizado se considera fiscalmente deducible en más de una jurisdicción o la misma erogación está generando deducibilidad en más de una jurisdicción. “Acción 2: neutralizar los efectos 2015”.

Deducción/no inclusión: tiene lugar cuando el pago hecho por el contribuyente genera un gasto deducible, sin que la recepción de dicho pago genere un ingreso ordinario gravable en sede del receptor. En diferentes vinculaciones, pueden realizarse pagos entre sí, donde una de las compañías no lo incluye como ingreso y la otra si lo toma como una deducción, es decir: “Un pago genera un efecto de Deducción/ no inclusión cuando es deducible en el marco de las normas de la jurisdicción del pagador, pero no es incluido como parte de los

ingresos ordinarios en la jurisdicción del beneficiario del pago” (Romero-José, 2016, p. 35-36).

La deducción/no inclusión indirecta: “Surge en situaciones en las que un pago no híbrido desde una jurisdicción tercera, se compensa con una deducción generada por un mecanismo híbrido, de tal forma que no se llega a producir una tributación efectiva en sede del receptor”. “Acción 2: neutralizar los efectos 2015” es decir, de un país intermediario. Este tipo de aprovechamiento se da cuando se lleva como deducción en un país y en otro como ingreso, pero realmente no existe carga tributaria puesto que al crear una empresa híbrida esta ha tomado tanto el ingreso como el gasto, dando como resultado un efecto cero.

De acuerdo con estos conceptos, la discusión comienza cuando por normas internas de una jurisdicción, se permite realizar operaciones que se dan como deducibles en la misma, un ejemplo de ello pueden ser los intereses generados cuando la casa matriz de una empresa multinacional adquiere préstamos con alguna filial o entidad en otra jurisdicción y que en principio no aparezca vinculada a ella, pero que al final es parte del mismo grupo. Dichos intereses pueden tener un tratamiento fiscal diferente en la otra jurisdicción, donde son dividendos y por reglas internas no son gravados. Por lo cual las operaciones dadas en los mecanismos híbridos son desde la deuda y/o capital.

Finalmente, las operaciones que tengan acuerdos bajo normas que apliquen la deuda o capital, son instrumentos financieros híbridos y que de acuerdo con las normas del beneficiario y a quien se realice el pago implica una transferencia híbrida. (Romero y Sánchez, 2016).

2. Ámbito de los Mecanismos híbridos. Colombia y Estados Unidos

En Colombia el Código de Comercio regula las actividades mercantiles, las cuales son actos y operaciones de comercio, servicios o industria, cuya pretensión comercial, generalmente, es obtener utilidades de dichas actividades, donde usualmente son creadas en gran medida por personas naturales o jurídicas. Estas últimas en Colombia están catalogadas en su art. 98 como: “Sociedades que, una vez constituidas legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”, es decir, tienen tratamientos separados a las personas que las han creado.

Ciertamente en la legislación colombiana, la actividad mercantil ejercida por personas jurídicas o naturales de régimen común, tienen como obligación llevar

la contabilidad y aplicar las normas de contabilidad de información financiera y de aseguramiento de información con estándares internacionales de aceptación mundial. Estos fueron compilados a través del decreto 2420 del 2015, las cuales han brindado una autonomía e independencia entre las normas contables y fiscales, como también se lee en el artículo 4º de la Ley 1314 de 2009. No obstante, también han permitido una dualidad entre los tratamientos dados en las mismas, ejemplo de ello son los instrumentos financieros híbridos, los cuales pueden presentar interpretaciones diferentes tanto para efectos contables como fiscales.

En el ámbito bancario, de conformidad con los estándares regulatorios internacionales, se han regulado a través del Decreto 2392 de 2015, el cual considera que la estructura financiera internacional y sus marcos regulatorios deben mantener niveles de capital adecuados, teniendo en cuenta la clasificación de instrumentos de capital regulatorio donde la superintendencia definirá la pertenencia de las acciones y los instrumentos de patrimonio básico según corresponda, aclarando que estos son apalancamiento de mecanismos híbridos, en el sector bancario sin efectos fiscales, pero como se expuso en el capítulo uno, son manejados también en estos ámbitos bancarios.

En la parte fiscal, surge también los tratamientos de los instrumentos financieros híbridos, que en determinado momento pueden interpretarse como deuda, siendo estos un elemento de capital. Uno de los casos es cuando se genera un derecho a una deducción fiscal al instante de realizar un pago de intereses de un instrumento que fue catalogado como deuda, y este a su vez fue catalogado como un instrumento de patrimonio en la receptora del pago.

Desde esta situación, no se ha tenido claridad en el manejo de los instrumentos financieros híbridos, pues varios de ellos tienen alta complejidad de interpretación. Entre ellos están los convertibles por ley y los más utilizados son: los bonos convertibles en acciones, las acciones preferenciales convertibles, los papeles de deuda con opción de compra de acciones (warrants) y los papeles convertibles representativos de acciones (convertible stock notes).

Otros instrumentos híbridos que surgen del conflicto entre jurisdicciones son: deducibilidad del dividendo pagado en las acciones preferenciales redimibles (*redeemable preference share*), deducibilidad de los dividendos pagados en el capital propio (*interest own capital*), repos internacionales, acuerdos y créditos de participación en utilidades, deuda subordinada y acciones con dividendo fijo.

Así mismo, estos tratamientos se dan en otras jurisdicciones como es el caso de los Estados Unidos de América. Para introducir el ámbito estadounidense se comentará la reforma dada en este país bajo la presidencia de Donald Trump,

la cual impacta de manera significativa a los contribuyentes de bajos y medianos ingresos, puesto que el principal objetivo de dicha reforma es lograr tener un incremento relevante en el PIB a largo plazo, beneficiando principalmente a los contribuyentes de mayores ingresos. Algunos de estos cambios, para estos últimos contribuyentes, están dados en bajar las tasas de impuesto corporativo del 35% al 21%, en adición, al realizar deducciones empresariales, de manera tal que se puede relacionar con la utilización de instrumentos híbridos puesto que la reforma determina:

“... se permitirá a las empresas estadounidenses *deducir el 100% de los dividendos de sus subsidiarias extranjeras, de forma que se podrá transferir el impuesto corporativo*. Con el fin de que las empresas se beneficien de jurisdicciones con bajas tasas impositivas, la nueva Ley [sic] contempla agregar un impuesto a las ganancias elevadas de empresas extranjeras controladas, *reducir la deducibilidad de intereses de las empresas multinacionales y aplicar un impuesto indirecto sobre determinados pagos de partes relacionadas*. En este sentido, los contribuyentes podrán elegir entre estar sujetos al impuesto de Estados Unidos sobre sus ingresos netos de dichos pagos de partes relacionadas o pagar un impuesto especial, (Armijo, Hernández, Magaña, Sevilla, 2018, p. 6). ahí que, se trasluce a su vez un análisis social, pues dicha reforma está orientada a beneficiar a grandes compañías brindándoles mayores beneficios que a los asalariados, quienes pagaran a futuro dichos cargos. Según el estudio realizado Tax Policy Center señala que “en comparación con la ley actual, el 5% de los contribuyentes pagaría más impuestos en 2018, el 9% en 2025 y el 53% en 2027. Es decir, que los grupos de ingresos bajos y medianos serán los principales afectados, mientras que los grupos de mayores ingresos serán los únicos que verán sustancialmente disminuidos sus impuestos. (Armijo-Jorge *ed al*, 2018, p. 8).

Ahora bien y en comparación con Colombia, la Ley 1943 de 2018 conocida como ley de financiamiento, tiene similitudes con la reforma expedida en Estados Unidos, por cuanto se bajaron tarifas a personas jurídicas del 32%, 31%, y 30% en los años venideros. Aumentado de igual manera la imposición a las personas naturales dadas en tablas progresivas, ello dejando entrever los aumentos en los impuestos para estas.

De igual forma existen medidas con el alcance de este artículo, donde se promulgó la sección 385 del código de rentas internas dado en la reforma tributaria del año 1969 donde se le brinda capacidad a la secretaria del tesoro en regular los intereses de una corporación a fin de clasificarla como capital o deuda

para propósitos del impuesto federal sobre la renta; en su epígrafe B se establece cinco factores que se pueden incluir en su regulación. 1) promesa escrita en condicional de pagar con fecha cierta y con tasas fijas de interés. 2) tener en cuenta la situación de subordinación o dependencia en las circunstancias del endeudamiento. 3) la proporción de la deuda en cuento al capital de la corporación. 4) tener en cuenta si la deuda es convertible en acciones por la corporación. 5) la relación de tenencia entre las acciones en la corporación y la tenencia del interés en cuestión. (Algarín-Yahaira, *s/f*). Posteriormente la ley de reconciliación de renta de 1989 enmendó dicha sección a fin de permitir la inclusión en componentes de deuda y/o capital, ya que anteriormente se tomada o como deuda o como capital. En 1992 con la ley de política de energía se adicionó la caracterización del instrumento por parte del emisor, donde es vinculante también para el tenedor del instrumento, a menos que el titular exprese el desacuerdo con dicha caracterización, sin importar el tratamiento dado por la secretaria y el tribunal para propósitos tributarios, puesto que ellos pueden clasificarlo según la predominancia del instrumento, dado por la operación financiera. (Algarín-Yahaira, *s/f*).

En estos términos, si es vista como deuda se permite una deducción sobre los ingresos, dado en los intereses pagados dentro del año fiscal según lo determina la sección 163 del mismo código de rentas, en cambio no permite deducciones por dividendos pagados por inversiones de capital, por ende, es más favorable los instrumentos financieros clasificados como deuda.

En adición, la reforma del 22 de diciembre de 2017 agrega una nueva regla que puede prohibir las deducciones por intereses y regalías pagadas o devenidas a una parte relacionada de conformidad con una transacción híbrida o por una entidad híbrida en ciertas transacciones. Así mismo, impuso límites en las deducciones como estrategia para evitar las erosiones fiscales, como por ejemplo limitar ciertos gastos por intereses al 30% del ingreso tributario, incluidos los pagos por intereses transfronterizos. También se dio la posibilidad de un “impuesto mínimo sobre ciertas corporaciones estadounidenses y extranjeras, con sucursales americanas, que tomen deducciones fiscales estadounidenses que dan lugar a los “beneficios fiscales de la erosión base”. “Perplejo por la reforma tributaria de EEUU, 2018”

De acuerdo a estos dos ámbitos, en el capítulo cuarto se analiza los marcos normativos colombianos frente a la norma estadounidense aquí plasmada.

3. Recomendaciones de la OCDE, análisis a la acción 2 de la BEPS

Los instrumentos financieros como mecanismos híbridos han cultivado muchas formas de aprovechamiento a nivel tributario debido a la complejidad de su interpretación. Causando a su vez, que algunas entidades multinacionales creen planeaciones tributarias agresivas que pueden culminar con la no tributación en los países involucrados, afectando posiblemente la proyección fiscal de ciertos países.

Por esta razón la OCDE, en sus diferentes estudios, identificó estos manejos y propuso una serie de medidas que intentan controlar dichas operaciones. Así, proporcionó varias recomendaciones en el plan de acción 2 BEPS encaminadas a que cada jurisdicción pueda incorporarlas en su normatividad local de acuerdo con las operaciones descritas sobre los aprovechamientos tributarios.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE es una organización internacional con el objetivo de diseñar políticas en pro de la igualdad, el bienestar, las oportunidades y la prosperidad. De acuerdo con esta misión, la OCDE en sus estudios realiza el plan de acción BEPS (Base Erosion and Profit Shifting). Estas acciones se refieren a unas estrategias fiscales para prevenir y disminuir la elusión fiscal, lo cual muchas compañías hacen para obtener mayores beneficios tributarios, perjudicando al país en donde operan.

Estas estrategias se encuentran en 15 acciones publicadas el 19 de julio de 2013 que pretenden contrarrestar tratamientos híbridos y evitar imposiciones en diferentes países, resguardándose en normas locales o en tratados de doble tributación.

Formando parte de las 15 acciones se encuentra puntualmente la acción 2, la cual se titula “Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos”, como se muestra en la siguiente gráfica.

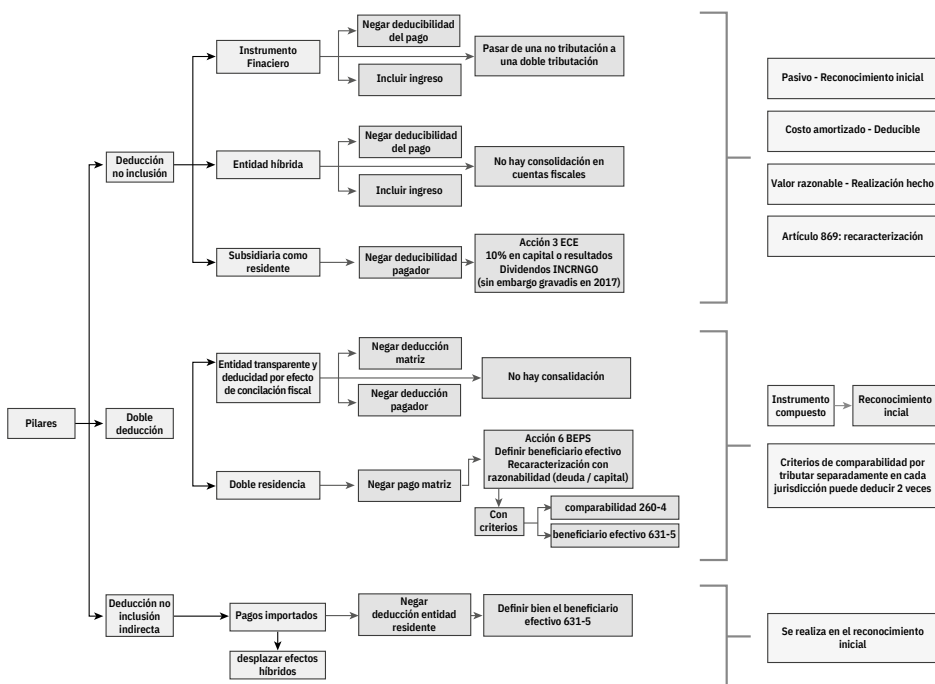
<ul style="list-style-type: none"> Abordar los retos de la economía digital para la imposición 	<ul style="list-style-type: none"> Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos 	<ul style="list-style-type: none"> Refuerzo de la normativa sobre CFC (Compañías foráneas controladas) 	<ul style="list-style-type: none"> Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros 	<ul style="list-style-type: none"> Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia
Acción 1	Acción 2	Acción 3	Acción 4	Acción 5
<ul style="list-style-type: none"> Prevención del abuso de CDI 	<ul style="list-style-type: none"> Impedir la elusión artificiosa del estatuto de EP 	<ul style="list-style-type: none"> Difiadas a evitar un uso indebido por las multinacionales del estándar arm's length 	<ul style="list-style-type: none"> Establecer metodologías para la recopilación y análisis de datos sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y sobre las acciones para enfrentarse a ella 	<ul style="list-style-type: none"> Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva
Acción 6	Acción 7	Acción 8, 9 y 10	Acción 11	Acción 12
	<ul style="list-style-type: none"> Reexaminar la documentación sobre precios de transferencia 	<ul style="list-style-type: none"> Hacer mas efectivos los mecanismos de resolución de controversias 	<ul style="list-style-type: none"> Desarrollar un instrumento multilateral 	
	Acción 13	Acción 14	Acción 15	

Gráfica 1. Acciones BEPS, (Mendoza-Doris, 2016, p. 541).

Las recomendaciones de la acción 2 de BEPS, están dadas a partir de tres reglas. (Romero-José, 2016, p. 43). 1) *Regla primaria*: donde la jurisdicción pagadora niegue el derecho a deducir dicho pago. 2) *Regla defensiva*: si la jurisdicción pagadora no neutraliza y la beneficiaria se encarga de que el pago se incluya como ingreso. 3) *inversión de la carga de la prueba*: que las diferencias en el momento del pago no serán tratadas como un resultado de deducción/no inclusión.

Se detalla más adelante, cada una de las recomendaciones teniendo como base los aprovechamientos tributarios y un análisis desde el contexto colombiano. Así mismo, se tiene en cuenta que las operaciones que define cada recomendación se dan entre varias jurisdicciones, con empresas vinculadas y actividades de capital / deuda.

La siguiente gráfica resume las recomendaciones donde, los cuadros resaltados en verde corresponden, primero a los aprovechamientos tributarios y los segundos a las recomendaciones, sobre las cuales se dan unos ejemplos de neutralización en los cuadros naranja. Finalmente, los cuadros azules son los reconocimientos contables desde estándares internacionales:



Gráfica 2. Fuente propia

- Primeras tres recomendaciones, desde el aprovechamiento deducción no inclusión:
 - o “*Instrumento financiero*” - la OCDE recomienda como regla primaria se niegue la deducibilidad en la sede del pagador. Lo anterior siempre y cuando dicha deducción realizada en el país de origen dé como resultado una deducción no inclusión, para lo cual, si el pagador permite la deducción entonces el receptor debe aplicar una regla defensiva haciendo tributar el ingreso, en esta se debe tener especial cuidado de pasar, de una no tributación a una doble tributación.
 - o “*Entidad híbrida*” expresa la misma recomendación anterior, sin embargo, las circunstancias podrían variar en lo siguiente:
 - Que el pago no se tome como deducible en un lado ni como ingreso en otro (Pago ignorado).
 - Que el pago sea ignorado en el receptor porque este considera que es transparente en el otro país (Pago híbrido).
 - Tanto el pagador como el receptor son parte de un grupo o *structured arrangement*.

Visto como una operación entre vinculadas a de tenerse en cuenta que la consolidación en cuentas solo se realiza de manera contable mas no existe una consolidación de cuentas fiscales, ya que cada una de las vinculadas tributa de manera independiente.

- *“Subsidiaria como residente”* La OCDE se refiere a mejoras al régimen de inversores *offshore*, restricciones a la transparencia fiscal en entidades intermedias cuando la inversión no residente las trata como opacas. Para lo cual la regla primaria será la deducibilidad en la sede del pagador. Esto se puede relacionar con la Acción 3, de las entidades controladas del exterior, donde los residentes colombianos tengan una participación directa o indirecta al 10% en el capital, dando un tratamiento de beneficio en los dividendos al tomarlos como un ingreso no constitutivo de renta.

Analizado el ámbito fiscal colombiano y con respecto a tres primeras recomendaciones, en materia contable el reconocimiento inicial del pasivo puede darse desde el costo amortizado y a valor razonable. Con el tratamiento tributario dado para instrumentos financieros que describe el artículo 33 y 33-1 del Estatuto Tributario (ET), donde expresa que si es a costo amortizado será deducible de renta, mientras si es a valor razonable solo se deducirá cuando el hecho se realice. Por ende, hay que tener claridad que dichos tratamientos pueden ser re-catacterizados por la dirección de impuestos de acuerdo al artículo 869 del ET donde se faculta a la administración a configurar toda operación que constituya abuso fiscal, desconociendo los efectos tributarios que le competen.

- Siguiendo dos recomendaciones, desde el aprovechamiento doble deducción:
 - *“Entidades transparentes y deducción por efecto”* se da una doble deducción, ya que para ambas partes tanto pagador como matriz son deducibles. La recomendación dada es negar la deducción en la matriz o negar la deducción en el pagador. Dando claridad nuevamente que no existe consolidación en cuentas fiscales a nivel mundial, puesto que cada entidad tributa dependiendo de la jurisdicción en la que se encuentre.
 - *“Doble residencia”* La recomendación será negar la deducibilidad en la residencia, es decir en ambas jurisdicciones, lo cual puede acarrear imposiciones de doble tributación para las cuales la segunda parte de las recomendaciones analiza los convenios de doble tributación en los que expone que deberían ser negados los beneficios de dichos convenios a fin de evitar esa doble residencia.

Dicha recomendación está ligada a la acción 6 de BEPS donde se debe impedir la utilización abusiva de convenios para evitar la doble imposición, limitando situaciones en las que se pueda acceder a beneficios por medio de un convenio, produciendo circunstancias inapropiadas en el mismo. De igual forma se debe tener claro las reglas del beneficiario efectivo, incorporadas en la legislación colombiana, mediante los artículos 133 y 134 de la Ley 1819 de 2016 a fin de ser reconocidos. Así mismo, los artículos 260-4 del ET, donde nos brindan sus criterios de comparabilidad entre vinculados y terceros independientes que fue modificado por el artículo 114 de la Ley 1607 de 2012, dados en los precios de transferencia para cumplir con el principio de plena competencia.

Es de anotar que con esos criterios de comparabilidad y de beneficiario efectivo pueden llegar a ser parámetros relevantes para la administración en la razonabilidad predominante entre deuda y capital a fin de poder re-catacterizar las operaciones de los artículos 869 del ET.

En material contable, esos instrumentos compuestos dados por deuda/capital son reconocidos contablemente en la medición inicial.

- Última recomendación, desde el aprovechamiento deducción no inclusión indirecta:
 - o “*Pagos importados*” se puede llamar “desplazar los efectos híbridos”, los cuales son aquellos pagos que se realizan a un beneficiario que no está sujeto a las normas anteriores que intentan neutralizar los híbridos, ya que los grupos económicos pueden mover los beneficios a través de un instrumento híbrido financiero. Así, la recomendación es negar la deducibilidad en la entidad residente. En Colombia se debe definir concretamente el beneficiario efectivo del artículo 631-5 mencionado anteriormente.

Contablemente, el reconocimiento bajo norma internacional se dará en la medición inicial.

Cabe resaltar que estas recomendaciones, como ya se mencionó, son estudios y planes que pretenden mejorar, en este caso, la proyección fiscal y económica de los países involucrados. Por lo cual, cada jurisdicción debería involucrarlas en su normatividad legal, siempre y cuando logren frenar la evasión, la elusión y así el crecimiento de huecos fiscales. Sin embargo, es complicado generar una normatividad puntual por cada estudio o recomendación, pues la complejidad y las formas de interpretación serían desbordantes. No obstante, en

el siguiente apartado se analizan las normas vigentes en Colombia, que logran en cierta medida neutralizar los híbridos, teniendo en cuenta que en cada recomendación ya se relacionó la normatividad colombiana.

4. La legislación tributaria en Colombia frente a los mecanismos híbridos y las recomendaciones de la OCDE

Con la promulgación de las normas internacionales bajo la Ley 1314 de 2009 y sus respectivos decretos reglamentarios, las compañías generaron nuevos tratamientos e interpretaciones tanto para la preparación e información contable, como para la proyección y tratamiento fiscal. Aún más cuando la Ley 1819 de 2016 expresa que la normatividad NIIF y las reglas fiscales deben estar totalmente alienadas. Esto último, es dado con el artículo 21-1 del estatuto tributario, adicionada por ley anteriormente mencionada.

Uno de los conceptos de alto impacto para las interpretaciones contables y fiscales son los instrumentos financieros, los cuales son contratos que da lugar a un activo financiero, un pasivo financiero y un instrumento de patrimonio, utilizados principalmente para la inversión, el ahorro, obtener mejor liquidez y rentabilidad.

De acuerdo con los conceptos de mecanismos híbridos, un instrumento financiero, para el caso colombiano, puede relacionarse en el sentido que son elementos de deuda y/o capital. La medición y reconocimiento están dados en los artículos 33, 33-1 y 33-3 del Estatuto Tributario que fueron adicionados por la ley 1819 de 2016, que, ya nombrada tuvo en cuenta los tratamientos de la norma internacional.

En consecuencia, los siguientes artículos del estatuto tributario y otras normas pueden interpretarse como posibles medidas de neutralización de los mecanismos híbridos que la OCDE recomienda, relacionada a su vez con el contexto estadounidense:

Como se vino mencionando, los instrumentos financieros como contratos relacionados con las operaciones de deuda y/o capital e incorporados por las normas internacionales NIIF, tienen un tratamiento fiscal detallado en los artículos 33 y 33-1 del estatuto tributario. El primer artículo mencionado, determina el tratamiento tributario de estos instrumentos a valor razonable, donde el reconocimiento será en el momento de su realización o enajenación, algunas de las operaciones son:

“...1. Títulos de renta variable. Los ingresos, costos y gastos devengados por estos instrumentos, *no serán objeto del Impuesto sobre la Renta y Complementarios, sino hasta el momento de su enajenación o liquidación, lo que suceda primero.* Para efectos de lo aquí previsto, son títulos de renta variable aquellos cuya estructura financiera varía durante su vida, tales como las acciones.

3. Instrumentos derivados financieros. Los ingresos, costos y gastos devengados por estos instrumentos, *no serán objeto del impuesto sobre la renta y complementarios sino hasta el momento de su enajenación o liquidación, lo que suceda primero.*

4. Otros instrumentos financieros. Los ingresos, costos y gastos generados por la medición de pasivos financieros a valor razonable con cambios en resultados, *no serán objeto del impuesto sobre la renta y complementarios sino en lo correspondiente al gasto financiero que se hubiese generado aplicando el modelo del costo amortizado, de acuerdo a la técnica contable...*”

El segundo artículo mencionado, es el tratamiento tributario a costo amortizado, el cual refiere otros artículos como el 28, 59 y 105 donde se determina la realización del ingreso, el costo y la deducción respectivamente. Para el ingreso en las operaciones que aquí tienen alcance se determina:

“...1. Los ingresos por concepto de dividendos o participaciones en utilidades se entienden realizados por los respectivos accionistas, socios, comuneros, asociados, suscriptores o similares, *cuando les hayan sido abonados en cuenta en calidad de exigibles.* En el caso del numeral 2 del artículo 30 de este Estatuto, se entenderá que dichos dividendos o participaciones en utilidades se realizan al momento de la transferencia de las utilidades

3. En las transacciones de financiación que generen ingresos por intereses implícitos de conformidad con los marcos técnicos normativos contables, para efectos del impuesto sobre la renta y complementario, *solo se considerará el valor nominal de la transacción o factura o documento equivalente, que contendrá dichos intereses implícitos. En consecuencia, cuando se devengue contablemente, el ingreso por intereses implícitos no tendrá efectos fiscales...*”

Para los costos el artículo 59 del ET la realización se da en lo siguiente, en las operaciones de capital y deuda:

“...b) En las adquisiciones que generen intereses implícitos de conformidad con los marcos técnicos normativos contables, para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, *solo se considerará como costo el valor nominal de la adquisición o factura o documento equivalente, que contendrá dichos intereses implícitos. En consecuencia, cuando se devengue el costo por intereses implícitos, el mismo no será deducible...*”

Finalmente, para la realización de las deducciones de las mismas operaciones se dice:

“...a) En las transacciones que generen intereses implícitos de conformidad con los marcos técnicos normativos contables, para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, *solo se considerará como deducción el valor nominal de la transacción o factura o documento equivalente, que contendrá dichos intereses implícitos. En consecuencia, cuando se devengue la deducción por intereses implícitos, el mismo no será deducible...*”

Así mismo, se cuenta también con el artículo 33-3 sobre el tratamiento de acciones preferentes, lo cual para efectos fiscales se debe tener en cuenta:

“...las acciones preferentes tendrán, para el emisor, el mismo tratamiento de los pasivos financieros. Para el tenedor, tendrán el tratamiento de un activo financiero. Por consiguiente, el tenedor deberá reconocer un ingreso financiero, respecto de los pagos, al momento de su realización o la enajenación del activo...”

De acuerdo con lo anterior, la norma fiscal colombiana está expresando el reconocimiento de los instrumentos financieros sea como deuda o como capital, teniendo en cuenta la norma internacional en ámbitos contables.

En consiguiente, siendo el instrumento financiero un pasivo, es decir, una operación de deuda se debe tener en cuenta si es a valor razonable o a costo amortizado y de ello depende la deducibilidad en el impuesto de renta. El primero solo se reconoce cuando se dé la enajenación o liquidación y el segundo es deducible cuando se aplique la técnica contable sobre costo amortizado.

Ahora bien, si el instrumento financiero es tomado como un instrumento de patrimonio, es decir, dividendos o utilidades, serán reconocidos fiscalmente cuando hayan sido abonados en calidad de exigibles. De la misma manera, los costos y gastos que se den por intereses implícitos en uno u otro reconocimiento no se tendrán en cuenta para determinaciones fiscales.

Así las cosas, se puede decir que estos artículos solo nos mencionan la forma de reconocimiento mas no neutralización de instrumentos híbridos como tal. Sin embargo, al interpretar el artículo 33-3 sobre acciones preferentes, tanto el emisor como el tenedor deben cumplir el mismo reconocimiento y así efectuar transacciones transparentes al momento de registrar el pasivo financiero o el patrimonio según se haya determinado el instrumento de deuda o de capital.

Así mismo, se debe tener en cuenta la última reforma denominada ley de financiamiento, la cual modificó el artículo 118-1 del ET, sobre subcapitalización, donde:

“son deducibles, siempre y cuando cumplan con los requisitos previstos en la ley, los intereses por deudas durante el respectivo período gravable. Sin perjuicio de los demás requisitos y condiciones consagrados en este Estatuto para la procedencia de la deducción, cuando las deudas que generan intereses sean contraídas, directa o indirectamente, a favor de vinculados económicos nacionales o extranjeros, los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios solo podrán deducir los intereses generados con ocasión de tales deudas en cuanto el monto total promedio de las mismas, durante el correspondiente año gravable, no exceda el resultado de multiplicar por dos (2) el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior.

En uno de sus párrafos también determina:

“...En los demás casos, para efectos de la deducción de los intereses, el contribuyente deberá estar en capacidad de demostrar a la DIAN, mediante certificación de la entidad residente o no residente que obre como acreedora, que se entenderá prestada bajo la gravedad de juramento, que el crédito o los créditos no corresponden a operaciones de endeudamiento con entidades vinculadas mediante un aval, back-to-back, o cualquier otra operación en la que sustancialmente dichas vinculadas actúen como acreedoras. Las entidades del exterior o que se encuentren en el país que cohonesten cualquier operación que pretenda encubrir el acreedor real serán responsables solidarias con el deudor de la operación de crédito en relación con los mayores impuestos, sanciones e intereses a los que haya lugar con motivo del desconocimiento de la operación, sin perjuicio de las sanciones penales a que pueda haber lugar...”

Desde esta perspectiva, el artículo no puntualiza deudas realizadas mediante mecanismos híbridos. Sin embargo, si limita la deducción de intereses por deuda

entre vinculadas, donde se puede deducir hasta dos veces el monto de su patrimonio, interpretándose como una medida anti-abuso tributario a operaciones dadas entre vinculadas.

Continuando con el análisis de la norma tributaria colombiana, se tiene en cuenta el capítulo XI del estatuto tributario sobre precios de transferencia y puntalmente el artículo 260-4 sobre criterios de comparabilidad para operaciones entre vinculados y terceros independientes.

Cabe recordar que los precios de transferencia es un régimen de fiscalización tributaria que busca evitar la manipulación de los precios en las operaciones entre compañías vinculadas y/o entidades en paraísos fiscales, es decir es un precio pactado por una operación entre vinculados y se diferencia del precio de mercado en cuanto este es asignado entre partes independientes. Con lo anterior, es importante que se cumpla el principio de plena competencia, el cual trata de que una operación entre vinculados cumpla con las condiciones que se hubiesen utilizado en operaciones entre partes independientes.

Estas obligaciones de precios de transferencia se dan para contribuyentes del impuesto de la renta que celebren operaciones con vinculados residentes o del exterior, ubicados en zonas francas o en países de baja imposición, donde se deben cumplir con obligaciones de fondo, el cual es cumplir con el principio de plena competencia; y de forma, que es presentar la declaración, preparar y enviar la documentación sobre su información financiera.

Esta disposición de fiscalización se hace importante en la medida que informa la estructura financiera y aunque su objetivo es determinar la plena competencia, la documentación podría ser utilizada para determinar cómo se maneja los instrumentos de deuda y/o capital y así cumplir con el principio de comparabilidad del artículo 260-4 del ET.

Aunque no sea un aspecto puntal a la neutralización de mecanismos híbridos, otro artículo contemplado en este análisis es el 631-5 del ET sobre Beneficiario efectivo, el cual determina que, para efectos de estudios y cruces de información, el beneficiario efectivo es la persona natural que cumpla con lo siguiente:

“...a) Tener control efectivo, directa o indirectamente, de una sociedad nacional, de un mandatario, de un patrimonio autónomo, de un encargo fiduciario, de un fondo de inversión colectiva o de un establecimiento permanente de una sociedad del exterior;

b) Ser beneficiaria directa o indirecta de las operaciones y actividades que lleve a cabo la sociedad nacional, el mandatario, el patrimonio autónomo, el encargo fiduciario, el fondo de inversión colectiva o de una sociedad del exterior con un establecimiento permanente en Colombia...”

Para este análisis el beneficiario efectivo cobra relevancia para determinar en quién termina las operaciones de los vinculados y qué relación hay entre los mismos a fin de bajar en determinadas operaciones la tasa impositiva. No obstante, es de tener en cuenta que el beneficiario determinado en este artículo no es relevante para los convenios de doble imposición, ya que el beneficiario efectivo si es residente del otro país contratante se tratará como tal y el estado de fuente tendrá una potestad tributaria limitada, esto a fin de contar con un alivio tributario de acuerdo con cada convenio.

Con lo anterior, el beneficiario efectivo se hace importante cuando en la información entre vinculadas se describe sus terceros y operaciones. Allí se encuentra detallado el beneficiario efectivo, donde cobra relevancia las acciones o deudas directas o indirectas que puedan obtener en el país y así conocer la trazabilidad de la operación de inicio a fin en todo su grupo y de conocer si está reconocido como deuda o capital hasta el destinatario final.

Así mismo, se debe tener en cuenta el artículo 869 del ET sobre abuso en materia tributaria, donde se faculta a la administración de impuestos re-caracterizar o reconfigurar toda operación que constituya abuso en materia tributaria. Con esto, podrá expedir actos administrativos correspondientes en los cuales proponga y liquide impuestos, intereses y sanciones. En este contexto, abuso en materia tributaria es:

“...Una operación o serie de operaciones constituirá abuso en materia tributaria cuando involucre el uso o la implementación de uno o varios actos o negocios jurídicos artificiosos, sin razón o propósito económico y/o comercial aparente, con el fin de obtener provecho tributario, independientemente de cualquier intención subjetiva adicional...”

En este sentido, la neutralización puede ser vista en que la administración de impuestos está facultada por este artículo a determinar si las operaciones efectuadas por las entidades son de deuda o de capital y así desconocer los efectos tributarios dadas por estas operaciones. Este artículo cobra importancia en la medida en que se use las documentaciones comprobatorias que se han especificado en los artículos ya expuestos. Aunque lo anterior no habla de mecanismos híbridos se podrían contemplar dentro de ellos.

De igual forma, el artículo 869-3, el cual fue adicionado por la última ley tributaria de financiamiento, determina el procedimiento de mutuo acuerdo:

“...Los contribuyentes podrán solicitar asistencia para el Procedimiento de Mutuo Acuerdo (MAP) regulado en los convenios para evitar la doble imposición suscritos por Colombia a través de la presentación de una solicitud formal ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). El contenido de la solicitud, así como los detalles del procedimiento, serán aquellos que disponga la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) mediante resolución. La Autoridad Competente para desarrollar el Procedimiento de Mutuo Acuerdo (MAP) será el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) o quien este delegue, quienes contarán con los recursos necesarios para llevar a cabo el Procedimiento de Mutuo Acuerdo (MAP).

Los acuerdos que suscriba la Autoridad Competente de Colombia en desarrollo del Procedimiento de Mutuo Acuerdo (MAP) establecido en los convenios para evitar la doble imposición, tendrán la misma naturaleza jurídica y tratamiento que un fallo judicial definitivo, por lo cual prestarán mérito ejecutivo, no serán susceptibles de recurso alguno, y podrán ser implementados en cualquier momento independientemente del período de firmeza establecido para las declaraciones pertinentes...”

Para este caso, las operaciones que se den pueden estar asistidas por este artículo cuando se facilitan tratamientos de doble imposición, lo cual se puede relacionar con una de las recomendaciones de la OCDE, al puntualizar que se debe tener una regla primaria en cuanto a tributar en una de las jurisdicciones. Pero tener cuidado que se convierta en una doble imposición, sin generar oportunidades de no imposición o de imposición reducida a través de la elusión y evasión fiscal.

Finalmente, Colombia firmo el 7 de junio de 2017 la convención multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratamientos fiscales con la intención de prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios. Esta convención realiza un instrumento que intenta sincronizar toda la red de convenios a fin de no negociar bilateralmente cada uno de ellos y garantizar que los convenios existentes no generen doble imposición, pero a su vez no provoquen oportunidades de no imposición o imposición reducida.

De acuerdo con esta convención, Colombia contempló una lista provisional de las reservas y notificaciones como respuesta a este instrumento de la

convención. Aquí se referirá a la segunda parte sobre mecanismos híbridos contemplados en los artículos tercero, cuarto y quinto de la misma:

La convención en la segunda parte, artículo 3º, sobre entidades transparentes, determina los efectos de rentas obtenidas a través de una entidad o instrumentos considerado total o parte como fiscalmente transparente, entre otros. Colombia se reserva el derecho para la totalidad del artículo 3º en su aplicación. En cuanto al artículo 4º, de entidades con doble residencia, Colombia considera que lo tiene dispuestos en los convenios de los siguientes países: Canadá, Chile, Republica Checa, España. Francia, India, Corea, México, Portugal y Suecia. En cuanto el artículo 5º, en la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición, donde los contratantes de un convenio fiscal elijan una u otra opción dada por este artículo, Colombia no la contempló.

De acuerdo con la legislación aquí detallada, se puede visualizar que, a pesar de haber examinado varios estamentos en cuanto a convenios bilaterales, Colombia no ha puntualizado sobre mecanismos híbridos, pues únicamente se manifestó sobre las entidades de doble residencia. Por lo cual aún hace falta examinar en estas normas y en las reglas internas el mejor beneficio tributario para el país. Sin embargo, ha incluido en la firma del instrumento algunos propósitos de convenio de doble imposición, pero ninguno sobre las recomendaciones de neutralización sobre mecanismos híbridos.

Desde el contexto estadounidense y como ya se había nombrado, en este país mediante el código de rentas internas, se puede dar lectura a ciertas normas que neutralizan los mecanismos híbridos. Actualmente existes cinco reglas para dar tratamiento a las operaciones de deuda y capital entre vinculados económicos:

“... Primero, si existe una promesa escrita incondicional de pagar, a solicitud de parte o en una fecha específica, una cantidad cierta de dinero a cambio de una cantidad adecuada de dinero o equivalente, y de pagar una tasa fija de interés. El segundo factor establece que se puede tener en cuenta si existe una relación de subordinación respecto de, o de preferencia sobre, cualquier circunstancia de endeudamiento de la corporación. El tercer factor establece que se puede tener en cuenta la proporción de deuda a capital de la corporación. El cuarto factor provee para que pueda tener en cuenta si la deuda es convertible a acciones de la corporación. Por último, puede tener en cuenta la relación entre la tenencia de acciones en la corporación y la tenencia de interés en cuestión...” (Algarín-Yahaira, *s/f*).

Estos factores frente al contexto colombiano evidencian que no existe una promesa escrita entre las partes de fecha cierta en el cual se tenga la relación preestablecida de deuda o capital para las corporaciones, en el cual se incluyan las relaciones entre las mismas sea de deuda o capital en cuanto a los intereses de uno y otro.

Por otro lado, la reforma tributaria de Estados Unidos tuvo en cuenta específicamente los pagos transfronterizos, donde se impondrá un impuesto de erosión de la base y anti-abuso “como impuesto mínimo sobre ciertas corporaciones estadounidenses y extranjeras, con sucursales americanas, que tomen deducciones fiscales estadounidenses que dan lugar a los “beneficios fiscales de la erosión base.” Además, la reforma tributaria generalmente limita ciertas deducciones de gastos por intereses al 30% del ingreso tributable ajustable modificado, incluidos ciertos pagos de intereses transfronterizos”. “Acción 2: neutralizar los efectos 2015”

Con lo anterior, se tiene en cuenta una regla anti-híbrida donde se puede “prohibir las deducciones por intereses y regalías pagadas o devengadas a una parte relacionada de conformidad con una transacción híbrida o por, o a, una entidad híbrida en ciertas situaciones” (BDO, 2018). Guardando así relación con algunas de las recomendaciones de la acción 2 de la OCDE.

Esta medida se podría relacionar con la regla interna colombiana de subcapitalización del artículo 118-1, aunque no se puntualiza que sea sobre mecanismos híbridos, si limita las deducciones sobre intereses.

De igual forma, los instrumentos híbridos orientados en operaciones de deuda tienen varias reglas para propósitos fiscales, los cuales son los siguiente siete:

“... la existencia de una promesa incondicional de pago; si el poseedor del instrumento tiene el derecho de solicitar el pago del principal y del interés; si los derechos del poseedor del instrumento se subordinan a los derechos de los acreedores; si el instrumento le da a su poseedor el derecho a participar en el manejo de la empresa emisora del instrumento; si hay identidad entre el poseedor del instrumento y los accionistas de la corporación emisora; cómo han clasificado las partes al instrumento; y si los instrumentos se crean para tratarlos como deuda o capital para propósitos no-fiscales, incluyendo propósitos de contabilidad financiera. Ninguno de estos factores son concluyentes y la importancia de cada factor va a depender de los hechos y circunstancias...” (Algarín-Yahaira, *s/f*).

En este sentido, la secretaria tiene facultad de determinar si es deuda o capital para propósitos tributarios del Estado donde se desempeñe. No obstante, falta una doctrina judicial uniforme, lo cual no ha sido posible por las diferentes interpretaciones que puede tener un instrumento híbrido y allí se favorece el

principio de sustancia sobre la forma, por tanto, no hay regla puntual para caracterizar un instrumento en deuda o capital. (Algarín-Yahaira, *s/f*).

Con lo anterior, se podría comparar con el artículo 869 del ET en Colombia, en cuanto a la potestad que tiene la administración de impuestos al re-caracterizar las operaciones de deuda o capital para propósitos tributarios que deberían estar determinadas bajo el principio de sustancia sobre la forma, recordando que este concepto está dado en la norma internacional contable. Sin embargo, se observa que no se cuenta con reglas puntuales sobre mecanismos híbridos como si lo tiene Estados Unidos.

Dando fin a este análisis, Colombia en su ley de financiamiento contempló medidas para combatir la evasión y el abuso en materia tributaria, como fue la subcapitalización ya mencionada, así como enajenaciones indirectas de acciones en sociedades dadas por el artículo 90-3 del ET. Todo esto con el fin de cumplir con el principio de transparencia cuando haya enajenación de acciones de sociedades del exterior y las mismas tengan activos en Colombia, a fin de evitar que se diseñen estructuras tributarias del exterior para trasladar las utilidades. Otra medida anti-abuso fue dada a los establecimientos permanentes donde se crea un nuevo artículo imponiéndoles una tributación de fuente mundial.

5. Conclusiones

- Las grandes empresas que aprovechan los fenómenos de la globalización para explotar el comercio internacional y la inversión extranjera cuentan con planeaciones tributarias agresivas en el sentido de que sus actividades buscan las tasas efectivas de tributación más bajas y así tener beneficios financieros. Este tipo de planeaciones ha generado crear mecanismos híbridos entre empresas vinculadas y con operaciones que permitan aprovechamientos tributarios, como las de deuda y/o capital, lo cual cuenta con variedad de interpretaciones que resultan ser complejas alinearlas con las normas fiscales. La OCDE, como organización internacional para el equilibrio económico, propone recomendaciones puntuales para neutralizar estos mecanismos y evitar el crecimiento de huecos fiscales en los diferentes países y contribuir al país donde se opere a través de la acción 2 de BEPS.
- En el contexto Colombiano han sido grandes los esfuerzos para incluir medidas anti-abuso, pero no puntuales a la neutralización de mecanismos híbridos. Sin embargo, no son suficientes puesto que la complejidad de incluir cada actividad que la acción 2 de BEPS propone es muy alta y podría terminar en una documentación muy extensa y aún más complicada de interpretar. Actualmente, existen medidas de la legislación tributaria colombiana que

podrían estar relacionadas con la neutralización, pero son medidas internas que no puntualizan esta actividad y, adicionalmente, no se nombran otras jurisdicciones que determinen aún más la neutralización.

- Algunas de las medidas que Colombia contempla y que pueden ser interpretadas como posibles formas de neutralizar mecanismo híbridos son: la reglamentación de las empresas controladas en el exterior, sobre las cuales existen reglas para las rentas pasivas y sus ingresos; la subcapitalización del artículo 118-1 del ET donde se limita la deducción por intereses entre vinculados; la documentación dada por las normas de los precios de transferencia y sus criterios de comparabilidad (260-4 ET); la determinación del beneficiario efectivo (631-5 ET); la re-caracterización de las operaciones por parte de la administración (869 ET); y los procedimientos de mutuo acuerdo en los convenios de doble tributación (869-3 ET). Sin embargo, se resalta que no son medidas enfocadas o específicas para atacar mecanismos híbridos, pues aún hace falta medidas puntuales para ello que permitan a su vez una inversión real en Colombia y no se desvíen los dineros a otros territorios.
- La última reforma tributaria en Colombia, ley de financiamiento, contempló las recomendaciones de la OCDE determinando medidas anti-abuso en materia tributaria, donde se promulgaron varias actividades específicas para combatir la evasión. Aunque dentro de estas medidas tampoco se contemplan reglas puntuales para frenar los mecanismos híbridos, se relacionan algunas como la subcapitalización, el principio de transparencia en la enajenación de acciones y el impuesto de fuente mundial a los establecimientos permanentes, incorporado por el artículo 58 de la Ley 1943 de 2018, que adiciona el artículo 20-2 del estatuto tributario.
- Las recomendaciones de la OCDE fueron analizadas a la luz de otras jurisdicciones como Estados Unidos, quien también ha generado esfuerzos para crear normas que eviten el abuso tributario, modificando sus códigos internos a partir de reglas puntuales en las operaciones de deuda y/o capital. Aun así, se continúa generando variedad de interpretaciones en estas actividades, puesto que no se tiene en cuenta las normas de otras jurisdicciones, tal como sucede en Colombia. Pese a lo anterior, Estados Unidos si contempla impuestos cuando existe erosión fiscal o abuso tributario en materia de mecanismos híbridos.
- Colombia firmó el convenio multilateral dado por la OCDE, en el cual solo contempló la actividad de doble residencia en los aspectos anti-híbridos, sin aceptar las medidas dadas por el convenio frente a mecanismos híbridos. Por lo cual la legislación tributaria en Colombia para estos casos sigue

estando débil, quedando en desventaja frente a las posibles estructuras dadas por los grupos empresariales.

- Tanto Colombia como Estados Unidos contemplaron facultar a las administraciones de impuestos correspondientes decidir, en materia tributaria, sobre la caracterización de las operaciones de deuda y/o capital. Es decir, según convenga, estas instituciones determinan qué operación corresponde reconocer en la tributación de cada país. A pesar de lo anterior, la conclusión final de este escrito está dada por un cuestionamiento sobre cómo la administración en Colombia tomara este tipo de decisiones, teniendo en cuenta la alta complejidad normativa y los vacíos que en ella se encuentra.

Bibliografía

- Fernando Serrano Antón, . *La influencia del plan de acción BEPS en la tributación Española. Impacto en la normativa, incremento de la litigiosidad y el papel de los tribunales*. Pág. 77-110. Ed., Centro de estudios Financieros CEF. (2015).
- https://cdn2.hubspot.net/hubfs/1756764/Asobancaria%20Eventos/Asobancaria%20-%20Semanas-Economicas/Sem_999.pdf (12 septiembre, 2018).
- Avella Mauricio, Muñoz Santiago & Piñeros José (2004). *Los Acuerdos bancarios de Basilea en perspectiva*. Revista Banco de la República(7). Septiembre de 2018.
- . https://www.bis.org/bcbs/publ/d424_hlsummary_es.pdf. (diciembre,, 2017).
- María Barrientos . Normas Internacionales de Información Financiera NIIF-IFRS. . Ed., Carvajal soluciones de comunicación sas. (2012).<https://www.bdo.com.co/es-co/publicaciones/publicaciones-internacionales-es/%C2%BFperlejo-por-la-reforma-tributaria-de-eeuu>. (12, febrero, 2018).
- 1.1.4. http://www.ctcp.gov.co/puerta/athena/_files/docs/1472852055-7456.pdf.(diciembre, 2015).
- Otto Marres. BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements. Pág. 14. Ed., Lusse I. (2015).
- 1.1. 5. <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/pdf/groupss.pdf>.(agosto, 2015).
- 1.1.6. <http://www.fundacionic.com/wp-content/uploads/2016/09/ACCI%C3%93N-2-PWC.pdf> <http://www.fundacionic.com/wp-content/uploads/2016/09/ACCI%C3%93N-2-PWC.pdf> (2015).
- José Romero & Daniela Sánchez, Acción 2: como neutralizar estructuras híbridadas. Pág. 29-56. Ed. Panamericana formas impresadas. (2016).
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1819 de 2016. Reforma tributaria. Bogotá, Colombia: DO: 50101. Diciembre 29 de 2016.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1314 de 2009 . Regulación de principios y normas de contabilidad, información financiera y aseguramiento. Bogotá, Colombia: DO 47409. Julio 13 de 2009.

- Congreso de la República de Colombia. Ley 1607 de 2012 .Reforma Tributaria. Bogotá, Colombia: DO 48655. Diciembre 26 de 2012.
- Natalia Llano Mejía . IFRS/NIIF para PYMES Información financiera de calidad para empresas privadas, de tamaño pequeño, mediano y grande. Pág. 46-56 Ed. Universidad EAFIT (2013).
- Jaques Malherbe, Carol Tello, . & María Grau Ruiz, A. La revolución fiscal de 2014, FATCA, BEPS, OVDP. Pág. 252. Ed., Instituto Colombiano de Derecho Tributario. (2015).
- Doris Mendoza . La lucha del derecho internacional tributario contra la planeación fiscal agresiva. Anuario mexicano de derecho internacional. Pág. 525-548 Ed. Instituto de investigaciones jurídicas, (2016).
- 1.1.7. <https://confecoop.coop/wp-content/uploads/2019/05/Proyecto-decretoMH201905.pdf>. (23,mayo,2019).
- 1.1.8. http://www.ipdt.org/editor/docs/05_Rev49_FNC.pdf. (abril, 2010).
- OECD. Addressing Tax Risks Involving Bank Losses, Paris, OECD.(2010).
- OECD. Corporate Loss Utilization through Aggressive Tax Planning, OECD Publishing. (2011).
- OCDE. *Acción 1 - Como abordar los desafíos fiscales de la economía digital*. Organización para la Cooperación y el desarrollo económico.(2014).
- OECD. *Neutralising the effects of hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015 Final Report*. OECD Publishing. (2015).
- 1.1.9. [http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-colombia.pdf\(s/f\)](http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-colombia.pdf(s/f))
- Elizabeth. Prada Mancilla, . *Nuevo enfoque en gobierno corporativo, riesgos y control interno en el marco de la ley dodd*. Revista internacional legis de contabilidad y auditoria. Pág. 41-74. (2011).
- 1.1.10. <http://www.scielo.org.mx/pdf/ete/v78n309/2448-718X-ete-78-309-00005.pdf>, (16,septiembre,2011).
- Elena Rodríguez . Las nuevas medidas de Basilea III en materia de capital. Pág. 9-20. Ed., Estabilidad financiera. (2010) .
- Juan Esteban Sanín Gómez, . *Los conflictos de calificación en los instrumentos híbridos financieros colombianos*. Revista de impuestos. Pág. 18-22. (enero, febrero, 2012).
- Lisbeth Bonilla, *Análisis de las acciones BEPS, su aplicación en Colombia y su inclusión al sistema tributario*. Revista No. 76 instituto colombiano de derecho tributario. Pág. 157-198 (mayo 2017). .
- 1.1.11. <http://elfisco.com/articulos/revista-no-153-instrumentos-hibridos-financieros>. (s/f).
- Felix Vega,). *La Calificación de las Entidades Extranjeras como Transparentes o no Transparentes en los Impuestos sobre la Renta*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. Pág., 437-458. (noviembre, 2014).