

La capitalización encubierta en la Reforma Tributaria de 2012: ¿trasplante legal o engendro legal?*

Hidden capitalization in 2012's Colombian tax reform: A legal transplant or a legal monstrosity?

SUMARIO

Introducción. 1. Comentarios generales sobre la subcapitalización como un fenómeno de fraude fiscal. 1.1. La capitalización encubierta. 1.2. Perspectivas de la lucha contra la capitalización encubierta. 2. La subcapitalización en la reforma tributaria. 2.1. Normativa de plena competencia (*arm's length*). 2.2. La regla de ratio fija. 2.2.1. ¿Es inconstitucional? 2.2.2. Naturaleza jurídica. 2.3. Interacciones entre los artículos 118-1 y 260-4 del Estatuto Tributario. 4. Conclusiones.

RESUMEN

Colombia ha incorporado en el Estatuto Tributario (ET) reglas contra la capitalización encubierta que se enmarcan dentro de las tendencias internacionales. No obstante, al tratar de “trasplantarlas” el Congreso ha descuidado

* LL.M en Derecho de la Empresa del Centro Internacional de Formación Financiera y en Derecho de la Universidad de Alcalá y candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente es becario de la Universidad Externado de Colombia e investigador visitante en el Institute for Austrian and International Tax Law en la Vienna University of Economics and Business. Contacto: [jose.castro@uexternado.edu.co]. El autor quiere agradecer a los profesores JUAN ZORNOZA, MARÍA LUISA GONZÁLEZ-CUÉLLAR, ANDRÉS BÁEZ y MANUEL LUCAS por sus contribuciones como directores de distintas investigaciones que han servido de base para el presente trabajo. No obstante, las opiniones y yerros que puedan encontrarse en este texto son de exclusiva responsabilidad del autor.

** Este trabajo ha sido financiado por la Universidad Externado de Colombia. Un primer borrador del mismo fue publicado, con el título “La Capitalización Encubierta en la Reforma Tributaria de 2012 en Colombia”, en “Reforma Tributaria (Ley 1607 de 2012). Reflexiones desde la perspectiva empresarial y académica”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013. Una versión más elaborada se publicó en la revista *La Fiesta del Té*, n° 3, febrero de 2013. La versión que acá se presenta contiene actualizaciones y modificaciones a esta última. Fecha de recepción: 10 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2013. Para citar el artículo: Castro Arango, J.M. “La capitalización encubierta en la reforma tributaria de 2012: ¿trasplante legal o engendro legal?”, *Revista Derecho del Estado*, N° 31, 2013, pp. 161-190.

los detalles y ha evadido la necesidad de “aclimatación” al contexto colombiano. Como resultado, hoy en día las sociedades, al financiar un proyecto, deberán considerar la cláusula general antielusión, las normas de precios de transferencia y la de subcapitalización. Estas tres normas pueden superponerse ante un mismo supuesto de hecho, creando complejas situaciones que son las que pretendemos poner de presente en este trabajo. Producto del tal análisis se concluye que la norma de subcapitalización ha sido un engendro legal que requiere ser interpretado como una presunción *iuris tantum* para poder adecuarse al principio constitucional de justicia tributaria y al de independencia (*arm's length*) previsto en los convenios para evitar la doble imposición (CDI).

PALABRAS CLAVE

Derecho fiscal internacional, fraude fiscal, subcapitalización, precios de transferencia, principio de independencia, convenios de doble imposición.

ABSTRACT

Colombia has established some rules attempting to fight undercapitalization following international trends. However, trying to “transplant” the rules, the Congress has neglected the details and it has forgotten to “acclimate” them to Colombian context. As a result, today all the companies thinking to finance a project should consider the general anti-abuse rule, the transfer pricing rules and the thin capitalization rule. Due to their wording, it is possible an overlapping of those rules on a fact. The goal of this article is to analyze the relation among these rules. The analysis concludes the thin capitalization rule is a “monstrosity”, which only could be coherent with the constitutional principle of justice in taxation and the arm’s length principle stated in DTC’s if the norm is considered as a rebuttable presumption.

KEY WORDS

International Fiscal Law, tax fraud, thin capitalization, transfer pricing, arm’s length principle, double taxation conventions.

INTRODUCCIÓN

La nueva reforma tributaria, Ley 1607 de 2012 (de manera específica el capítulo VI, “Normas antievasión” y fraude fiscal) sacude la tradición del derecho tributario colombiano. Mediante dos (en realidad tres) nuevos artículos busca atacar la capitalización encubierta: el primero, incluido dentro de las

normas de operaciones con vinculados económicos (precios de transferencia), es el artículo 260-4 ET; el segundo, el artículo 118-1 ET, incorporado en la tercera versión del proyecto de ley de reforma tributaria, que crea una regla para limitar las deducciones de intereses. Además, la reforma incorpora una norma general antiabuso en materia tributaria (art. 869 ET) que representa un criterio adicional para juzgar cuándo hay una capitalización encubierta. La nueva estrategia colombiana es un gran avance en el sistema legal pero, al mismo tiempo, es un pésimo trasplante legal que causa muchos problemas hermenéuticos y, posiblemente, un problema de constitucionalidad. El cambio normativo trae retos inmensos tanto para la administración tributaria como para los contribuyentes.

En este documento describiremos las soluciones legislativas incorporadas en Colombia utilizando el método de derecho comparado con el objetivo de evaluarlas y prever futuras dificultades interpretativas. Nos aproximaremos a tres grandes problemas: i) el nuevo literal *a* del numeral 1 del artículo 260-4 ET tiene complejas relaciones con la regla de ratio –la relación del capital respecto de las deudas–, que ahora es una ratio fija de limitación de la deducción de los intereses, porque ambos preceptos buscan corregir la subcapitalización y la ley no contiene regla alguna de preferencia; ii) es relevante definir cuándo es aplicable la norma general antielusión, y cuándo las normas específicas, puesto que todas ellas pueden corregir la subcapitalización pero con diferentes consecuencias y procedimientos; iii) la norma de ratio fija incorporada en el artículo 118-1 ET suscita dudas en torno a su naturaleza jurídica, el concepto y cálculo del endeudamiento y del capital, su alcance en situaciones cubiertas por un CDI y hasta su propia constitucionalidad.

Justificaremos en este texto que la adopción de la norma de ratio fija en Colombia no es el mejor trasplante legal disponible en el derecho comparado. El gran problema de la norma es que el legislador malentendió el objeto y finalidad de las normas de ratio, con lo cual a duras penas puede decirse que se trata de un trasplante legal pues se crea una figura extraña y a todas luces “mal concebida”. En consecuencia, solo una interpretación que permita entender que el artículo 118-1 ET es una presunción legal –que admite prueba en contrario– salvaría su constitucionalidad y aplicación en el contexto de los CDI. De lo anterior se infiere nuestra tesis: el artículo 869 ET ataca de forma genérica el abuso en materia tributaria, se trate de vinculados económicos o no; por su parte, el artículo 260-4 ET ataca la subcapitalización atendiendo a criterios de mercado solo para vinculados; y la ratio del artículo 118-1 ET opera de forma genérica como presunción legal de que existe abuso por subcapitalización.

1. COMENTARIOS GENERALES SOBRE LA SUBCAPITALIZACIÓN COMO UN FENÓMENO DE FRAUDE FISCAL

1.1. La capitalización encubierta

Las dos figuras clásicas de financiación empresarial son: i) el capital o fondos propios (*equity*) y ii) la deuda o endeudamiento (*debt*)¹. Los réditos o frutos de la primera serán, en principio, dividendos, y en el caso de los segundo, intereses. Existen diferencias entre la regulación del endeudamiento y los fondos propios, desde el punto de vista mercantil, contable, fiscal y, en Colombia especialmente, cambiario². En el impuesto de renta las diferencias básicamente son:

- la existencia de doble imposición económica en los dividendos, puesto que la misma renta también ha sido gravada como utilidad en la entidad que distribuye;
- los intereses son deducibles mientras que los dividendos no, y
- el aspecto cuantitativo del hecho imponible de los intereses y de los dividendos puede ser diferente según las leyes internas y los CDI. Junto a esto, también son importantes los efectos del endeudamiento y los fondos propios en el cálculo del patrimonio líquido del contribuyente, que es la base para determinar la renta presuntiva y el impuesto al patrimonio.

Dadas las diferencias, se puede inferir que en la mayoría de los casos resulta mucho más ventajoso fiscalmente financiar con deuda que con fondos propios³. La planeación fiscal busca establecer financiaciones eficientes en términos de costos tributarios; en esa medida, puede llevar a relocalizar bases imponibles entre entidades mediante recursos que son asignados como deuda y no como fondos propios. Esto se denomina capitalización encubierta, y suele tener dos perspectivas: la primera surge del análisis de la proporción entre la deuda y el capital de una compañía, a la cual llamaremos *situaciones de*

1 “Estos conceptos sirven como categorías para hacer distintas combinaciones de riesgos financieros, compensaciones, derechos de voto y de control bajo contratos que proveen fondos para un negocio”: SCHÖN, WOLFGANG *et al.* *Debt and Equity: What's the difference? A Comparative View*, Múnich, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series n° 09-09, 2009, p. 2.

2 “El famoso teorema Modigliani-Miller (y sus posteriores agregados) estableció las condiciones en las que la decisión de una empresa respecto de sus inversiones reales es independiente de sus decisiones financieras”: International Tax Dialogue (FMI-OCDE). *Instituciones e instrumentos financieros – Desafíos tributarios y soluciones*, Beijing, 2009, disponible en: [http://www.itdweb.org/financialconference/documents/conference_background_document_sp.pdf], consultada el 19 de septiembre de 2011, pp. 12 y 13.

3 Existen algunos casos en que ello no es así. Cfr. PLITZ, DETLEV J. “General Report”, en AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: International 1996. Aspects of Thin Capitalization*, Congreso de Suiza, vol. 81b, 1996, pp. 83-139, disponible en [www.ibfd.org], IBFD - Tax Research Platform, p. 95.

subcapitalización –lo que usualmente la doctrina entiende por subcapitalización–; y la segunda se evidencia a partir de las características del instrumento financiero utilizado –las entenderemos como *operaciones de subcapitalización o de financiación híbrida*–⁴. Aunque son conceptos distintos, están estrechamente relacionados, porque como consecuencia de una financiación híbrida podría aparecer una situación de subcapitalización, pero sobre todo porque en ambos casos hay un traslado de base imponible de una entidad a otra, lo que hace que las medidas antielusión para ambas resulten siendo las mismas, o que aun siendo diferentes, se solapen.

Este fenómeno se agrava en el contexto de la globalización económica por la fácil deslocalización de los recursos. Téngase en cuenta que en las operaciones internacionales, financiar con deuda supone trasladar la tributación de un Estado a otro. En efecto, la entidad financiada no tributa en el Estado de su residencia por los intereses pagados ya que reduce sus beneficios con los gastos deducibles por los intereses; los cuales podrán o no ser objeto de retención en la fuente (*withholding tax*) en dicho Estado considerando las normas internas, los CDI y el derecho comunitario. Para el Estado de residencia del prestamista, las rentas obtenidas por los intereses cobrados son un ingreso gravable por el criterio de renta mundial en la medida que aumentan el beneficio calculado en este último Estado⁵.

Este tipo de operaciones en muchos casos puede ser legítimo: por ejemplo, un préstamo de un tercero puede ser ineficiente por la situación macroeconómica del Estado donde se encuentra. Sin embargo, ciertos principios del derecho tributario justifican la corrección de la capitalización encubierta. En el plano internacional, esta supone un bajón de la contribución en el primer Estado, eventualmente falseando la capacidad contributiva. Es posible que exista un menor impuesto en el Estado de residencia del prestamista, bien porque la sociedad pueda compensar deudas con los ingresos financieros, porque el tipo de impuesto sobre los beneficios empresariales sea nulo o más bajo, o porque se declaren exentas las rentas obtenidas en el exterior como consecuencia de la aplicación de un método para eliminar la doble imposición. De igual manera, en el ámbito interno podrían aprovecharse situaciones coyunturales (compensación de pérdidas de otras entidades) o de regímenes fiscales más benéficos (*v.gr.*, zonas francas). Finalmente, algún reproche en términos de equidad es válido, puesto que solo algunas compañías tienen la capacidad de optar por la estrategia de la subcapitalización, en particular, los grupos empresariales

4 GARCÍA-HERRERA BLANCO, CRISTINA. *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre sociedades*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2001, pp. 220-221. Informe OCDE 1987 sobre subcapitalización, apartados 10-13.

5 MAKHMUDOVA, KAMILA. “Conflicts of Qualification and Thin Capitalization Rules”, en BURGSTALLER, EVA y HASLINGER, KATHARINA (eds.). *Conflicts of Qualification in Tax Treaty Law*, LINDE, Viena, 2007, pp. 251-267.

y aquellos que cuenten con recursos suficientes y fácilmente deslocalizables. Estas empresas podrán obtener las ventajas fiscales que supone la financiación con deuda, mientras que otras compañías con actividades similares tendrán que asumir el mayor costo fiscal del capital.

No obstante, no siempre el capital y la deuda, como formas de financiación, son intercambiables, porque en la deuda usualmente no hay control de la actividad empresarial y porque ciertos aspectos económicos pueden tener un mayor peso que los efectos fiscales. De ahí que los negocios que llevan a las situaciones de subcapitalización suelen darse en la práctica entre entidades vinculadas, pues existe un control suficiente para poder vigilar y controlar a la empresa financiada. Así se hacen más reemplazables las dos alternativas de financiación. De hecho, estudios empíricos han evidenciado que los altos grados de endeudamiento se dan en compañías asentadas en aquellos Estados que tienen altas tarifas impositivas y mayores costos de financiación, lo que demuestra, de un lado, que la capitalización encubierta se da para reducir la tasa efectiva de tributación del grupo de compañías vinculadas, y de otro, que no solo ocurre por razones fiscales, pues el costo y la oportunidad de financiamiento en el Estado donde se ubica la entidad receptora de los recursos también son tenidos en cuenta por los administradores⁶.

1.2. Perspectivas de la lucha contra la capitalización encubierta

El problema de la capitalización encubierta tiene como origen el distinto tratamiento de la deuda y del capital, de manera que la mejor forma de resolverlo es mediante la eliminación de las diferencias fiscales entre los dividendos y los intereses, tanto para el prestamista como para el prestatario. Si no existen razones fiscales que inclinen la balanza hacia la financiación con deuda o con capital, habrá neutralidad y la subcapitalización dejará de ser un problema con relevancia tributaria⁷. Una equiparación de los aspectos cuantitativos y espaciales del hecho imponible de los dividendos y los intereses, como el que plantean las directivas europeas de matriz-filial y de fiscalidad del ahorro, o los sistemas de renta DUAL usados en países nórdicos, o el de tributación de rentas del ahorro en España introducido en 2006, ciertamente acerca el tratamiento tributario de la deuda y del capital pero desde la perspectiva del prestamista. En cuanto a la situación del prestatario los dividendos siguen siendo no deducibles. Por ello, la solución más lógica a las diferencias sería eliminar la deducibilidad de los gastos financieros y darles así un tratamiento equivalente a los dividendos; es decir, lo que se ha llamado el *comprehensive*

6 KNÖLLER, CLAUD-PETER. "The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective", *Intertax*, vol. 39, Issue 6/7, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2011, pp. 317-336.

7 *Ibíd.*, p. 336.

business income tax. Esta propuesta lograría la neutralidad, como de alguna manera se buscaba en Colombia por medio del derogado artículo 287 ET para los préstamos con vinculados que establecía:

[L]as deudas que por cualquier concepto tengan las agencias, sucursales, filiales o compañías que funcionen en el país, para con sus casas matrices extranjeras o agencias, sucursales, o filiales de las mismas con domicilio en el exterior, y las deudas que por cualquier concepto tengan los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios en Colombia con los vinculados económicos o partes relacionadas del exterior de que trata el artículo 260-1, *se considerarán para efectos tributarios como patrimonio propio* de las agencias, sucursales, filiales o contribuyentes del impuesto sobre la renta en Colombia.

Sin embargo, se había entendido que esta norma no aplicaba para operaciones cobijadas por un CDI porque sería contrario al principio de no discriminación⁸. Pues bien, el artículo 287 partía de la base de que los dividendos en Colombia no tienen una doble imposición económica, con lo cual se pretendía que la remuneración del capital tributara en Colombia y no se desplazara al exterior. En cualquier caso, el efecto de esta norma, aunque válido, se daba a un costo de competitividad excesivo para el Estado y, sobre todo, generaba un favorecimiento de esquemas poco transparentes de préstamos indirectos que, entre otras cosas, encarecían la financiación.

Otra solución es la incorporación del interés notional (*notional interest*)⁹ o, en general, los sistemas de *allowance corporate equity (ACE)*, que permiten la deducibilidad de los dividendos pagados a los accionistas o socios hasta un monto máximo estimado de la base imponible de la sociedad distribidora. Esta estrategia resulta interesante para cortar el problema desde sus orígenes. De hecho, países como Croacia (entre 1994 y 2001), Bélgica (desde 2008), Brasil e Italia lo han adoptado, y se discute hacerlo en el Reino Unido y Australia. Su fundamento es que el sistema tributario promueve estados financieros débiles en las compañías y de endeudamiento por un afán recaudatorio que al final se ve truncado por esquemas que permiten la capitalización encubierta¹⁰.

Sin descartar los beneficios logrados por este tipo de estrategias, las soluciones en todo caso han sido restringidas y con un alcance limitado. Lo cierto es que la salida de este problema, que es de orden internacional, debería ser una

8 Cfr. DIAN. Concepto 38998, de 30 de mayo de 2011.

9 GAMMIE, M. "Corporate tax harmonization: An 'ACE' proposal", en *European Taxation*, vol. 31, n° 8, Amsterdam, 1991, pp. 238-242.

10 Cfr. SANZ GADEA, EDUARDO. "Restricción y limitación a la deducción de intereses en el impuesto sobre sociedades", en *RC y T*, n° 355, pp. 47-104 y 88-89. MIRRLEES, JAMES A., STUART, ADAM, and Institute for Fiscal Studies (Great Britain). *Tax by design: the Mirrlees review*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 427-428, 446-450 y 492.

medida igualmente internacional, lo que no parece probable y mucho menos próximo. Por tanto, la incorporación de normas de subcapitalización es vista como necesaria para corregir las externalidades que genera la propia regulación fiscal, incluso en países que incorporan sistemas ACE; si bien desde un punto de vista de política fiscal no se debería poder justificar un alto grado de endeudamiento por el mero hecho de buscar una reducción de la carga fiscal.

De lo anterior deriva que en la práctica se hayan establecido distintos enfoques para atacar la subcapitalización, cuyas ventajas e inconvenientes ya hemos comentado en estudios anteriores¹¹. En cuanto al ámbito subjetivo, el análisis de los sistemas fiscales de varios Estados comprueba que la subcapitalización ha sido vista como un problema de erosión de bases imponibles nacionales hacia el exterior, que se agrava porque existe una competencia fiscal internacional que permite el arbitraje tributario –explotación legal de las diferencias fiscales de varios Estados–¹². La prueba es que el ámbito de aplicación de las normas especiales antielusión se restringe a las entidades vinculadas *no residentes*, lo cual, además de dejar abierta la puerta a la subcapitalización dentro de entidades residentes, genera, en algunos casos, problemas de discriminación en el ámbito constitucional, de la OMC, los tratados internacionales y el derecho comunitario. Algunos Estados que hacían esas diferenciaciones, como Alemania, España y Francia, han reaccionado ampliando las medidas para atacar la subcapitalización interna e internacional.

Los enfoques para atacar el fenómeno pueden ser subjetivos cuando se analizan las operaciones y la situación patrimonial de una compañía viendo sus particularidades. Así, son análisis subjetivos aquellos que se fundamentan en una norma general antielusión o en el principio de independencia (*arm's length*). Ejemplo de este último caso es el numeral 1, literal *a*, del nuevo artículo 260-4 ET. Por el contrario, son esquemas objetivos aquellos en los que se establecen parámetros fijos que determinan el nivel anormal de endeudamiento de una compañía. Los más comunes son: i) un excesivo nivel de endeudamiento que conlleva una baja proporción de capital (fondos propios o patrimonio neto) respecto de las deudas. La ratio de endeudamiento puede ser fija o flexible: en el primer caso se aplica a todos los contribuyentes sin distinción, y es el caso de la norma del nuevo artículo 118-1 ET; y en el segundo se hacen ciertas excepciones y consideraciones en los casos concretos, como el tipo de activo que se financia (así ocurre en Suiza), ratios especiales a ciertas industrias¹³

11 CASTRO ARANGO, JOSÉ MANUEL. “Subcapitalización y limitaciones a la deducibilidad de intereses ‘interest barriers’”, en *Revista Impuestos*, n° 172, julio-agosto de 2012, Legis, Bogotá, pp. 18-24.

12 KNÖLLER. Ob. cit., pp. 321-322.

13 MAKHMUDOVA. Ob. cit., p. 257. Informe OCDE 1987 sobre subcapitalización, Sec. II. n° 25. OECD, Committee of Fiscal Affairs. *Issues in International Taxation n° 2 – Thin capitalization and taxation of entertainers, artistes and sportmen*, Paris, 1987. HINNY, PASCAL. “General Report”, en IFA, *Cahiers de Droit Fiscal, New tendencies in tax treatment of cross-border interest*

o incluso a una comparación con los índices de endeudamiento del grupo; ii) la determinación de un alto porcentaje de gastos en intereses respecto de los ingresos. Ejemplo de esto es la legislación italiana, que establece que los gastos de intereses superiores al 30% del índice EBITDA (beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones, por su significado en inglés, *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization*) en cada período no serán deducibles en dicho ejercicio fiscal, pero podrán trasladarse indefinidamente a los siguientes años siempre que se respete el mismo límite. En España y Francia existen normas muy similares. Incluso la normativa estadounidense de limitación de intereses (*earnings-stripping*) supone que el resultado de los intereses pagados no puede exceder el 50% del flujo de caja¹⁴.

Las tendencias a nivel mundial para atacar la subcapitalización fueron presentadas en el Congreso de la *International Fiscal Association –IFA–* 2008: i) un mayor número de Estados utilizan normas para restringir la deducibilidad de los intereses; ii) se busca un tratamiento igualitario a los préstamos nacionales y extranjeros gracias a la jurisprudencia europea; iii) existe un reemplazo o modificación de las tradicionales normas de capitalización delgada basadas en la ratio, por limitaciones generales a los intereses (*interest barriers*) aplicables a todo tipo de créditos, incluso a los que no son entre partes relacionadas; iv) aparece un entendimiento generalizado de que las normas antisubcapitalización, junto con la tasa de interés aplicable, son un asunto de precios de transferencia o al menos del principio de plena competencia (*arm's length*)¹⁵.

2. LA SUBCAPITALIZACIÓN EN LA REFORMA TRIBUTARIA

2.1. Normativa de Plena Competencia (*arm's length*)

El artículo 260-4 ET, titulado “Criterios de comparabilidad para operaciones entre vinculados y terceros independientes”, después de mencionar el significado de comparable y los métodos aceptados para el análisis, dice en su numeral 1, literal *a*:

of corporations, vol. 93b, Rotterdam, 2008, pp. 15-50, disponible en: [www.ibfd.org], IBFD - Tax Research Platform, pp. 37-40.

14 PALOMBO, MARIA EUGENIA. “Italy”, en *International Transfer Pricing Journal*, vol. 15, n° 6, Amsterdam, IBFD, 2008, pp. 318-320. Hinnny. Ob. cit., pp. 37-40.

15 Cfr. *ibíd.*, pp. 25 y 26. La capitalización encubierta encuentra otros tipos de restricciones en algunas legislaciones; para un estudio de estas cfr. además: ZIELKE, RAINER. “Shareholder Debt Financing and Double Taxation in the OECD: An Empirical Survey with Recommendations for the Further Development of the OECD Model and International Tax Planning”, en *Intertax*, n° 38, 2010, pp. 62-92.

En el caso de operaciones de financiamiento, elementos tales como el monto del principal, el plazo, la calificación de riesgo, la garantía, la solvencia del deudor y tasa de interés. *Los pagos de intereses, independientemente de la tasa de interés pactada, no serán deducibles si no se cumple con los elementos de comparabilidad enunciados. Lo anterior debido a que si los términos y condiciones de las operaciones de financiamiento son tales que no son propias o no concuerdan con las de las prácticas de mercado, dichas operaciones no serán consideradas como préstamos ni intereses, sino como aportes de capital y serán tratadas como dividendos* [el énfasis muestra las novedades que trae la reforma al artículo].

Los “elementos de comparabilidad” de las operaciones de endeudamiento a los que hace referencia la norma son los del inciso 1º del artículo 260-4 ET:

Para efectos del régimen de precios de transferencia, dos operaciones son comparables cuando no existan diferencias significativas entre ellas, que puedan afectar materialmente las condiciones analizadas a través de la metodología de precios de transferencia apropiada. También son comparables en los casos que dichas diferencias puedan eliminarse realizando ajustes suficientemente fiables a fin de eliminar los efectos de dichas diferencias en la comparación.

Debe resaltarse que ningún método para determinar los precios de transferencia es útil para establecer un margen de financiación con endeudamiento adecuado. En España, por ejemplo, ocurre algo parecido y, en ese sentido, parte de la doctrina ha indicado que en los casos en que no se aplicaba el derogado artículo 20 del Texto refundido de la ley del impuesto de sociedades –TRLIS– la subcapitalización podía ser atacada aplicando el artículo 16 del mismo texto que contiene las reglas de precios de transferencia¹⁶. Se ha aceptado que ninguno de los métodos previstos por la legislación podría servir para determinar cuándo una operación de financiación se da por fuera de plena competencia o sin independencia, o cómo se corrige la misma, y parece que el único recurso es acudir a la doctrina del banquero independiente¹⁷ que, entre otras cosas, en el ordenamiento ibérico, deriva de la norma general antielusión y del principio de independencia¹⁸, y consiste en verificar si la financiación pactada entre compañías vinculadas puede obtenerse en similares términos por un banquero independiente. Por ejemplo, una operación sería acorde con el principio de independencia cuando dos o más bancos certifiquen que ellos habrían concedido el préstamo.

16 FALCÓN Y TELLA, RAMÓN y PULIDO GUERRA, ELVIRA. *Derecho Fiscal Internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 241 y ss.

17 SANZ GADEA. Ob. cit., p. 76.

18 Reino de España, Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª. Sentencia de 23 abril de 2007, nº de recurso: 295/2006, *La Ley* 12703/2007.

En el primer proyecto de reforma tributaria del actual gobierno se aclaraba que las operaciones financieras se recalificarían cuando en ningún caso hubiese “operaciones comparables de terceros independientes”¹⁹, lo que permitiría justificar más fácilmente la aplicación de la doctrina del banquero independiente. A pesar de la eliminación de la frase en el tercer proyecto, no puede dudarse de que Colombia adopta un sistema subjetivo de análisis de la subcapitalización, según el cual cuando no exista comparabilidad en los términos en que se ha otorgado la financiación (monto del principal, plazo, calificación de riesgo, garantía, solvencia del deudor y tasa de interés) o las condiciones de la operación financiera no son propias o no se ajustan a las prácticas de mercado, se recalificará el endeudamiento como aportes de capital y, en consecuencia, los rendimientos serán dividendos no deducibles²⁰.

Con ello, la norma nueva requiere ver en detalle las condiciones de la financiación y el estado económico de la compañía prestamista, para ir más allá de la forma de la financiación y encontrar su sustancia. Nótese que la norma habla de las operaciones y no de la situación de la compañía, con lo cual este precepto ataca a *los instrumentos híbridos de financiación* que no tengan tipicidad social o legal –“no son propias o no se ajustan a las prácticas de mercado”–. A la par, busca corregir las *situaciones de subcapitalización* de forma indirecta, pues en cada análisis de una operación de endeudamiento habrá que ver si la situación financiera de la compañía, tanto por su relación entre capital y deuda, como por su EBITDA y otros factores relevantes, permitiría a un tercero independiente conceder el préstamo en condiciones similares. Precisamente esta es la entrada de la doctrina del banquero independiente en el ordenamiento colombiano. En todo caso, solo será una forma de determinar las condiciones de mercado, pues no todo el endeudamiento proviene de entidades bancarias; hay financiaciones específicas (*ad hoc*), estructuradas, de emprendimiento (*start up*), financiación de proyectos (*project finance*), etc. que tienen tipicidad social y podrían encontrar formas negociales semejantes pero que no son prestadas por bancos²¹.

Además del criterio del banquero independiente y el de tipicidad social –que parece derivarse del nuevo artículo–, no hay muchos más elementos que sirvan para determinar cuándo hay una operación financiera de mercado. Las guías de precios de transferencia tampoco incorporan un método, salvo algunas ideas que puedan extraerse de aspectos subjetivos incorporados en el

19 El primer proyecto de ley textualmente decía: “no serán deducibles si no se cumple con los elementos de comparabilidad enunciados, debido a que en ningún caso habría operaciones comparables de terceros independientes...”.

20 Cfr. exposición de motivos del primer proyecto de reforma tributaria ELISSA del gobierno Santos, p. 109.

21 Este tipo de financiaciones son precisamente uno de los puntos más controvertidos y sobre los cuales se requerirá de mayor seguridad jurídica.

Método del precio comparable no controlado (*CUP*, por sus siglas en inglés), entre otros. En cualquier caso, la OCDE es consciente de que hace falta claridad en torno a la determinación del principio de independencia en atención a las situaciones de subcapitalización, y ha anunciado que los trabajos futuros se concentrarán en este problema²².

Los informes de la OCDE sobre atribución de beneficios al Establecimiento Permanente (en adelante EP) destacan que se puede generar una doble imposición económica internacional por la adopción de diferentes criterios de atribución del denominado “capital libre” (*free capital*), concepto este que se requiere para acercar el tratamiento tributario de las filiales y los EP. El Informe de 2006 sobre la atribución de beneficios al EP, reconociendo lo difícil que puede llegar a ser establecer el monto adecuado de capital libre, señala varios métodos; por ejemplo, considerar la estructura de la empresa a la que pertenece el EP (*capital allocation approach*) o la estructura de capital comparable entre empresas independientes (*thin capitalization approach*). El informe de 2008 concluye que no hay un único monto de capital libre pero sí un rango dentro del cual se cumple el principio de independencia, que tratándose del EP debe ser el resultado equivalente al monto de capital (libre) suficiente para soportar las funciones, activos y riesgos que se han atribuido al EP según el análisis funcional y fáctico²³. El principio general esbozado por la OCDE pretende enmarcar diversas aproximaciones, pero es de difícil concreción y puede ser fuente de doble imposición. De hecho, el comentario 50 al artículo 7 MC OCDE pretende eliminar la doble imposición surgida por las diferencias en la determinación del capital libre; sin embargo, como lo ha manifestado Suecia al hacer una reserva sobre el particular, no todos los enfoques llevan siempre al principio de independencia (párr. 82 comentario art. 7 MC OCDE).

Lo dicho evidencia que es difícil concretar el grado de financiación que supera el principio de independencia. De hecho, el Reino Unido, que también entiende la subcapitalización como un asunto comprendido por este principio, ha tenido dificultades para su concreción. La administración tributaria inglesa (*Her Majesty's Revenue and Customs –HMRC–*), buscando facilitar la aplicación de este postulado genérico, desarrolló guías que buscan aclararlo,

22 OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paris, 2010, p. 22. “Future work will address such issues as the application of the arm's length principle to transactions involving [...] thin capitalization”. De hecho, al hablar de los *safe harbor* las guías indican: “The discussion in this section does not extend to tax provisions designed to prevent ‘excessive’ debt in a foreign subsidiary (‘thin capitalization’ rules), which will be the subject of subsequent work” (p. 160).

23 Cfr. BENNETT, MARY y RUSSO, RAFFAELE. “OECD Project on attribution of profits to permanent establishments: an update”, en *International Transfer Pricing Journal*, september-october, Amsterdam, IBFD, 2007, pp. 279-284. OECD (CTPA). *Report on the attribution of profits to permanent establishments. Parts I (General considerations), II (Banks), III (Global trading)*, Paris, November, 2006, pp. 4, 14, 17-18, 40 y ss. OCDE. *Report on the attribution of profits to permanent establishments*, Paris, July, 2008, p. 17. Comentario 49, artículo 7 MC OCDE.

pero que tienen una naturaleza jurídica dudosa, porque se trata de normas administrativas y no legales. Los parámetros generalísimos establecidos por la legislación colombiana a la fecha no tienen una guía o concepto administrativo acerca de su aplicación.

De otra parte, la normativa inglesa ha establecido un procedimiento para obtener un acuerdo anticipado de subcapitalización (*Advance Thin Capitalization Agreement –ACTA–*). En Colombia también es posible hacer un acuerdo anticipado de precios que envuelva los asuntos financieros y que podrá revisarse por parte del contribuyente y de la administración si los presupuestos con que se otorgó varían –art. 260-9 ET–. En el ámbito británico se ha entendido por la doctrina que este acuerdo no reduce la complejidad de la aplicación de las reglas, pero sí permite dar seguridad jurídica a los casos en que la financiación está plenamente determinada y contenga montos fijos. *Contrario sensu*, frente a situaciones en las que la deuda pueda variar imprevisiblemente, esta normativa genera rigideces que provocan inseguridad jurídica porque se pueden incumplir los ACTA²⁴.

Además en el Reino Unido, a diferencia de lo que ocurre en Colombia, se entiende que existe un préstamo ajustado al principio de independencia cuando el monto y las condiciones generales del crédito pudiesen haber sido obtenidos por la entidad considerada independientemente del grupo, por un prestamista independiente. Aquí hay una diferencia fundamental respecto de la norma colombiana, que no aclara si la comparación ha de hacerse mirando a la entidad como si no perteneciera al grupo o como si perteneciera al mismo, pues los resultados en cada caso serán completamente distintos. Si aplicamos el test del banquero independiente lo lógico será preguntar a los terceros no vinculados si concederían el préstamo a la entidad considerada independientemente del grupo, pero esta no es más que una de tantas interpretaciones de la norma colombiana.

Incluso, entendiendo que debe analizarse la entidad individualizada, la norma colombiana podría eludirse fácilmente mediante un préstamo con no vinculados, garantizado por vinculados o por medio de préstamos *back to back*, lo que no ocurre en la legislación inglesa donde claramente se incorporan estos supuestos dentro del ámbito subjetivo de aplicación, e incluso comprendiendo los casos de garantías.

Otra diferencia es que en el Reino Unido no existe una recalificación de intereses como dividendos, sino que el único efecto es la no deducibilidad. La solución colombiana es más integral al recalificar la deuda como aportaciones de capital, los intereses como dividendos y, por lo tanto, negando la deducibilidad. La diferencia entre ambas soluciones es que la nuestra es más acorde con el principio de independencia y se aproxima más acertadamente a la sustancia económica de la operación, mientras que la británica genera

24 Cfr. KNÖLLER. Ob. cit., p. 332.

un problema de doble imposición económica, pues los intereses en principio no serán deducibles y seguramente estarán gravados en cabeza del receptor. Además, la definición de dividendos prevista en los CDI (art. 10.3 MC OCDE) acepta más fácilmente dentro de su concepto las recalificaciones hechas desde el origen, es decir, desde la forma de financiación (deuda como aportaciones de capital), que las que solo recalifican los intereses como dividendos y que las que únicamente niegan la deducibilidad²⁵.

A pesar de este diagnóstico, hay varios temas que están mejor regulados en el ordenamiento inglés; en todo caso, no está claro hacia dónde nos llevará la puerta que ha abierto esa legislación y que se abre ahora en Colombia, si sabemos que el camino es oscuro, que la OCDE aún no define cuándo una deuda es acorde con el principio de independencia y que el grado de inseguridad jurídica al respecto es alto. Además, en el Reino Unido este enfoque para atacar la subcapitalización ha supuesto altos costos de cumplimiento para los obligados, y excesivo trabajo de la administración, que podrían superar los beneficios recaudatorios de la medida²⁶. Está por verse cuánto de esto puede extrapolarse a Colombia, aunque creemos que la ratio de 3:1 jugará un papel importante para dar seguridad jurídica y facilitar la aplicación por parte de la administración.

2.2. La regla de ratio fija

La exposición de motivos de la primera versión del proyecto de reforma tributaria del gobierno Santos ya anunciaba la norma que finalmente apareció en el tercer proyecto. En la página 104 del primero se lee:

... en la región se ha identificado la proporción de 3:1 como una razón adecuada de deuda frente a capital, en la medida en que permite a la empresa endeudarse hasta por el triple del monto del capital. En ese sentido, *cualquier deuda con vinculados económicos* que exceda dicha proporción se considerará excesiva y dará lugar a la recalificación de los intereses como dividendos para fines fiscales, rechazando así la deducibilidad de todo pago relacionado con la deuda excesiva [cursivas nuestras].

25 CASTRO ARANGO, JOSÉ MANUEL. *La normativa de subcapitalización y limitación de intereses en el marco de los CDI*, proyecto de investigación inédito, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2012. AVERY JONES, JOHN, *et al.* "The definition of dividends and interest in the OECD Model: something lost in translation?", *World Tax Journal*, octubre de 2009, pp. 5-45. *British Tax Review*, 4, 2009, pp. 406-451. Comentario 25 al artículo 10 y comentario 67 al artículo 23A y 23B al MC OCDE 2010. DE BROE, LUC. *International tax planning and prevention of abuse*, Doctoral Series 14, Amsterdam, IBDF, 2008 pp. 482-486 y 526. HELMINEM, MARJAANA. *The International Tax Law Concept of Dividend*, Alphen aan den Rijn (The Netherlands), Wolters Kluwer International BV, 2010, pp. 220-221.

26 KNÖLLER. Ob. cit., p. 333.

El texto aprobado por el Congreso hace parte de las normas que regulan la deducibilidad y reza:

Artículo 94. Adiciónase el artículo 118-1 al Estatuto Tributario:

Artículo 118-1. *Subcapitalización*. Sin perjuicio de los demás requisitos y condiciones consagrados en este Estatuto para la procedencia de la deducción de los gastos por concepto de intereses, los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios sólo podrán deducir los intereses generados con ocasión de deudas, cuyo monto total promedio durante el correspondiente año gravable no exceda el resultado de multiplicar por tres (3) el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior.

En virtud de lo dispuesto en el inciso anterior, no será deducible la proporción de los gastos por concepto de intereses que exceda el límite a que se refiere este artículo.

Parágrafo 1°. Las deudas que se tendrán en cuenta para efectos del cálculo de la proporción a la que se refiere este artículo son las deudas que generen intereses.

Parágrafo 2°. Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, que se constituyan como sociedades, entidades o vehículos de propósito especial para la construcción de proyectos de vivienda a los que se refiere la Ley 1537 de 2012 sólo podrán deducir los intereses generados con ocasión de deudas, cuyo monto total promedio durante el correspondiente año gravable no exceda el resultado de multiplicar por cuatro (4) el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior.

Parágrafo 3°. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que estén sometidos a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Parágrafo 4°. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los casos de financiación de proyectos de infraestructura de servicios públicos, siempre que dichos proyectos se encuentren a cargo de sociedades, entidades o vehículos de propósito especial.

El ámbito subjetivo de este artículo es bastante amplio pues se aplica a los “contribuyentes de renta y complementarios”, residentes y no residentes (incluidos los EP), sin limitar o matizar el endeudamiento al que se aplica, puesto que incluye tanto el que se tenga con vinculados como el realizado con terceros independientes. Lo anterior sin embargo no se aplica a las entidades sometidas a inspección de la Superfinanciera, lo cual es bastante común en otros ordenamientos, y ha sido explicado por la doctrina como una excepción lógica derivada del objeto mismo de estas actividades y los requerimientos de

capital propio que atienden a los riesgos asumidos y las inversiones realizadas, que se prevén en la regulación financiera y prudencial de Basilea. Todo ello, sumado al alto grado de supervisión²⁷. Así, el criterio es objetivo, una regla de ratio de 3:1 del promedio anual de las deudas que generen intereses frente el patrimonio líquido del contribuyente del periodo fiscal anterior. No se excluyen las operaciones internas ni las operaciones con entidades no vinculadas a pesar de que la exposición de motivos del primer proyecto parecía orientar la norma solo a operaciones con partes relacionadas. Ello tiene como ventaja que las operaciones de financiación indirecta (*back to back*) y de garantías resultan inocuas para eludir la norma²⁸, se hace innecesario hacer la compleja determinación del tiempo suficiente de participación, etc. A la par, evidentemente la norma promoverá la capitalización de las empresas. Sin embargo, el costo es muy alto puesto que se trata de una norma rígida que no atiende a situaciones particulares que puedan tener las empresas en una coyuntura o algunos sectores que por su propia dinámica deban tener altos grados de endeudamiento. Más aún, la ley no da un plazo razonable para que las empresas que tengan una capitalización insuficiente a la fecha de entrada en vigencia del nuevo régimen, puedan acomodarse, como lo exigiría el principio de seguridad jurídica y como de hecho se ha establecido en otros países²⁹.

El párrafo 2° contiene una ratio de 4:1 para las sociedades, entidades o vehículos de propósito especial para la construcción de proyectos de vivienda. La regla general es una ratio de 3:1 y la exposición de motivos señaló que a estos números se llegó viendo que era la regla común en ordenamientos de nuestro entorno, sin percatarse de que el derecho comparado no siempre comprende todo el endeudamiento como sí lo hace la norma colombiana. Chile³⁰,

27 CORDÓN ESQUERO, TEODORO y GUTIÉRREZ LUOSA, MANUEL. "La subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación", en CORDÓN EZQUERRO, TEODORO (dir.) *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Fiscales. 2007, pp. 979-1019 y 990-991; GARCÍA-HERRERA BLANCO. Ob. cit., pp. 234-235.

28 Sin embargo, la posible elusión mediante el efecto cascada de la interposición de sociedades que permitan elevar exponencialmente la ratio no parece evitarse por la norma. En Estados Unidos esto se soluciona analizando al grupo de compañías residentes como un único contribuyente. Cfr. PLITZ. Ob. cit., pp. 113 y ss.

29 En México se otorgó un plazo de 5 años para la entrada en vigor de estas reglas, según las cuales debían disminuir su endeudamiento proporcionalmente hasta que al final llegaran al límite. NAIME HADDAD, CARLOS ENRIQUE y SÁNCHEZ TORRADO, ALFREDO. *La capitalización insuficiente*, 2008, n° 11-2008, IMEF, disponible en: [http://www.imef.org.mx/publicaciones/boletinestecnico-sorig/BOL_11_08_CTN_EF.PDF], p. 4.

30 Artículo 59 (339c) de la Ley sobre Impuesto a la Renta - Contendida en el artículo 1° del Decreto Ley n° 824 (publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974 y actualizado al 27 de septiembre de 2012). El caso de Chile es especial porque grava usualmente al 4% los intereses, pero si se supera la ratio 3:1 el exceso se grava al 35%. Esto lo paga la entidad financiada, aunque se le permite deducir el 31% del exceso gravado.

Perú³¹ y México³² tienen una ratio de 3:1, Argentina y Canadá tiene una de 2:1, pero en todos estos casos solo se comprenden deudas entre partes vinculadas. En estas legislaciones, además, se afecta únicamente a las deudas con entidades extranjeras. En el caso de México se aplica a deudas con no vinculados residentes en el exterior cuando la compañía tiene una vinculada no residente. En Venezuela³³ la ratio es de 1:1 pero al final afecta al endeudamiento vinculado y no a todo. Estos parámetros no son comparables pues los significados de las categorías endeudamiento y patrimonio/capital/fondos propios son diferentes en cada ordenamiento. Con esta precisión y los datos mencionados, puede concluirse que la ratio definida en la reforma tributaria no es el resultado de un análisis de la realidad colombiana y ha sido una mala interpretación de la legislación comparada, lo cual da poco soporte a esta regla en términos de razonabilidad.

El valor del patrimonio líquido es el determinado al 31 de diciembre del año anterior. Esta referencia temporal carece de toda lógica pues obliga a las entidades a prever el endeudamiento futuro con un año de antelación para así poder elevar el capital un año antes del periodo fiscal en el que se quieren deducir los intereses. Las empresas, no obstante, pueden encontrarse con oportunidades de negocio que requieran financiación durante un periodo impositivo, sin embargo, solo podrán aprovecharlas si encuentran financiación a través de capital y no de endeudamiento, pues en este último caso podrán sobrepasar la ratio y causar intereses no deducibles. ¿Era este el propósito del legislador?

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 282 ET, el patrimonio líquido se determina restando del patrimonio bruto (total de bienes y derechos apreciables en dinero, art. 261 ET) poseído por el contribuyente en el último día del año o período gravable, el monto de las deudas a cargo del mismo, vigentes en esa fecha. Las deudas, tanto como factor del patrimonio líquido, como para determinar el elemento de comparación de la ratio, han de entenderse definidas según los artículos 283 y siguientes ET, solo que para el último caso se depurarán únicamente aquellas que generen intereses, sin importar el plazo, lo cual parece acertado. En cualquier caso, esta decisión legislativa trae al tema de la subcapitalización todas las discusiones que se puedan presentar en torno a la calificación de un instrumento como deuda y como capital o fondos propios. Así mismo, puede haber casos problemáticos para determinar si es deuda o es gasto (principal e intereses). De hecho, por estas razones se ha considerado en el derecho comparado que los sistemas de ratio de endeudamiento y capital resultan problemáticos en la práctica³⁴.

31 Artículo 37 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

32 Ley del Impuesto sobre la renta, fracción XXVI, artículo 32. La norma fue adicionada en 2005 pero en la reforma de 2007 se aclaró que solo aplicaba a endeudamiento con partes vinculadas. Cfr. NAIME HADDAD y SÁNCHEZ TORRADO. Ob cit., p. 5.

33 Artículo 118 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

34 PLITZ. Ob cit., pp. 24 y ss.

En cuanto al cálculo de las deudas, ya hemos dicho que no se comprenden los créditos sin interés, pues en tal caso no habría perjuicio para el fisco. La pregunta aquí es si habrían de entenderse incluidos también aquellos casos en que, a pesar de que no se haya establecido un interés, se presuman según el artículo 35 ET, o en que, por tratarse de operaciones vinculadas, se aplique una valoración presunta según el régimen de precios de transferencia³⁵. A nuestro juicio, la respuesta dependerá de si la ficción o presunción supone intereses deducibles, lo cual no ocurrirá en todos los casos.

La primera versión de proyecto del artículo 118-1 ET generaba una pregunta fundamental: ¿cada cuánto se calculan las deudas? Esta pregunta tiene importancia porque el endeudamiento suele ser variable y la norma no decía con qué periodicidad había que calcularlo. Podría pensarse que se hace al final de cada periodo fiscal (31 de diciembre) y solo se cuenta el endeudamiento existente a esa fecha. Igualmente podría ser el endeudamiento promedio en cada día del año, en cada mes, trimestre, semestre o año. La ley, sin embargo, aclaró finalmente que las deudas se contabilizan de acuerdo a su monto total promedio. Veamos el siguiente ejemplo:

MES	PATRIMONIO LÍQUIDO A 31 DE DICIEMBRE	DEUDAS	INTERESES
ENERO	1.000	2.000	20
FEBRERO	1.000	3.000	30
MARZO	1.000	3.000	30
ABRIL	1.000	3.000	30
MAYO	1.000	3.000	30
JUNIO	1.000	3.000	30
JULIO	1.000	3.000	30
AGOSTO	1.000	5.000	50
SEPTIEMBRE	1.000	4.500	45
OCTUBRE	1.000	3.500	35
NOVIEMBRE	1.000	2.000	20
DICIEMBRE	1.000	1.000	10
PROMEDIO/ TOTAL INTERESES		3.000	360

Como se aprecia en este ejemplo, las deudas en el promedio del año no han superado la ratio. Sin embargo, durante los meses de agosto, septiembre y octubre la empresa debió endeudarse superando la ratio porque debía provi-

35 FALCÓN Y TELLA, RAMÓN. “Transparencia fiscal internacional, subcapitalización y convenios de doble imposición”, en *Quincena Fiscal*, n.º 16, 1997, pp. 5-8 y 6.

sionarse para la temporada navideña. La pregunta que planteábamos atrás es si son deducibles los intereses de esos meses. Si se analiza estáticamente el endeudamiento al final del año las empresas podrían mantener altos niveles de endeudamiento durante todo el año y reducirlos antes de la fecha de corte. En Alemania, por ejemplo, se tomaba cualquier deuda que superara la ratio en cualquier momento del año³⁶. En España no había claridad normativa al respecto y, según CORDÓN y GUTIÉRREZ³⁷, el problema ha tenido dos respuestas por parte de la doctrina: la ausencia de aclaración legal permitirá al contribuyente residente calcularlo de la forma más beneficiosa, siempre que se haga de manera uniforme y homogénea durante los ejercicios. Sin embargo, para otros como SANZ GADEA, lo más ajustado al texto de la norma es calcular la media ponderada en función del tiempo de vida de cada valor³⁸. Con la regulación finalmente establecida en Colombia, la cuestión se soluciona gracias a la aclaración legal, de forma que habrá que promediar anualmente las deudas que generaron intereses.

Otra pregunta relevante es: ¿cuáles son las deudas a las que debe aplicarse la restricción de deducibilidad de intereses? Supongamos que en el mes de septiembre había tres grandes acreencias: ¿a cuál de ellas debemos denegarle la deducibilidad de intereses?, ¿a la más reciente?, ¿a la más antigua?, ¿a prorrateada? Aunque esta pregunta tendría más importancia si el efecto de la norma fuera la recalificación de intereses como dividendos, no por ello deja de ser relevante, puesto que es posible que los créditos tengan una tasa de interés diferente y que por lo tanto el monto deducible sea distinto. El artículo 118-1 ET responde a esta pregunta diciendo que debe aplicarse el límite de forma proporcional a cada uno de los gastos por concepto de intereses.

2.2.1. ¿Es inconstitucional?

La norma resulta desproporcionada, y ello se debe a que, por un lado, su objetivo se plantea en términos no fiscales, pues como dice la exposición de motivos se busca incentivar la capitalización de las empresas, es decir, un objetivo que interesa al derecho mercantil y concursal especialmente, pero no directamente al tributario. La pérdida de foco del legislador es evidente y ha hecho que se olvide de que la subcapitalización que se busca corregir en materia tributaria es aquella considerada elusión fiscal, o si se quiere aquella que no responde al principio de independencia. Así, al final, la norma ha incluido dentro de su ámbito muchas situaciones y operaciones financieras

36 PLITZ. Ob cit., p. 109.

37 CORDÓN ESQUERO y GUTIÉRREZ LUOSA. Op. cit., pp. 996-997.

38 SANZ GADEA, EDUARDO. *Medidas antielusión fiscal*, Documento IEF 08/09, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2009, disponible en: [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2009_08.pdf] p. 27-31], p. 38.

perfectamente legítimas que ahora acarrearán un gravamen por el impuesto de renta sin que haya capacidad contributiva.

Esto hace que se presenten argumentos para justificar su inconstitucionalidad puesto que la ratio objetiva, tal y como está construida, *atenta contra el principio de capacidad contributiva* porque grava gastos que no son susceptibles de generar un enriquecimiento en el pagador. Es verdad que el legislador tiene un amplio margen de configuración del impuesto sobre la renta, pero en este caso no queda claro por qué se quebranta el citado principio; en otras palabras, *no hay una justificación válida*. La norma no ataca los fenómenos de elusión o de evasión, y en esa medida no cumple con lo que haría inferir el título del capítulo VI de la Ley 1607 (“normas antievasión”) pues engloba situaciones perfectamente legítimas. Además, la búsqueda de la mejor capitalización de las empresas es una finalidad extrafiscal que, de un lado, solo podría llevarse a cabo cumpliendo con los principios constitucionales del derecho tributario, y de otro, encuentra medios más idóneos en el derecho comparado, mercantil y concursal. Lo previamente dicho demuestra que el artículo 118-1 ET es *desproporcionado*.

Podría pensarse que el artículo 118-1 ET es una de esas normas de control según la definición de RUIZ ALMENDRAL, pues su finalidad última no es solo evitar el fraude sino reequilibrar el reparto del poder tributario entre Estados³⁹. Más allá de que de alguna forma pudiese encontrarse alguna justificación por este lado, consideramos que hablar de “equilibrio” en materia de fiscalidad internacional parece ocioso puesto que es posible que sí exista un reequilibrio en la relación con aquellos Estados que contengan normas similares, pero si se trata de sistemas con pocas normas antielusión con alcances internacionales la nueva normativa creará un desequilibrio frente a los poderes tributarios de otros Estados. Además, lo más importante es que creará una doble imposición económica de la renta al no dejar deducir los intereses y no recalificarlos como dividendos. Así, los intereses serán considerados ingreso gravable en cabeza de su perceptor con la calificación de intereses, incluso en aplicación de un CDI⁴⁰.

Finalmente, la norma es *desproporcionada*, cualquiera que fuera su finalidad, pues no se basa en análisis económicos acerca de la capitalización adecuada para un país como Colombia y, por el contrario, se basa en ordenamientos de la región pero de forma errática, tal y como lo mencionamos, pues el colombiano comprende todo el endeudamiento vinculado, nacional y extranjero. Hilando más delgado, la desproporción genera inequidad (art. 363 CP) puesto que entidades con la misma capacidad contributiva pagarán distintos impuestos

39 RUIZ ALMENDRAL, VIOLETA. “¿Tiene futuro el test de los motivos económicos válidos en las normas antiabuso? (sobre la panificación fiscal y las norma antiabuso en el derecho de la Unión Europea)”, en *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, n° 329-330, pp. 5-60 y 8.

40 Salvo que se aceptase el criterio del riesgo propuesto por los comentarios a los artículos 10 y 11 MC OCDE.

en la medida en que no todas las empresas, ni los sectores económicos, ni las entidades en cada región, tienen los mismos requerimientos de financiación.

2.2.2. Naturaleza jurídica

La falta de flexibilidad de la normativa de ratio colombiana puede constituirse en un obstáculo para su aplicación en contextos convencionales, pues, a pesar de que no es una norma discriminatoria, como lo era su antecesora, el artículo 287 ET, sí es una norma que no responde a la exigencia del artículo 9 MC OCDE que, como es sabido, busca evitar la doble imposición generada por los ajustes de operaciones entre empresas asociadas. Esta cuestión se ha planteado en similares términos en Alemania y España. Recordemos que el artículo 118-1 ET no aplica de forma exclusiva a vinculados económicos, pero cuando aplique a los mismos estaremos dentro del ámbito del artículo 9 MC OCDE o normas equivalentes en tratados suscritos por Colombia⁴¹. Para la OCDE, el artículo 9 no impide la aplicación de las normas de subcapitalización en tanto que los efectos de estas son similares a los del principio de independencia, pero siempre que se permita probar que a pesar del incumplimiento de la ratio se trata de una operación comparable⁴², lo cual no ocurre con el artículo 118-1 ET.

La norma colombiana de subcapitalización, según su redacción, no admite excepción. En España, el artículo 20 TRLIS vigente hasta marzo de 2012 era una norma parecida a la colombiana, y la doctrina vacilaba entre considerar la ratio como una presunción⁴³, una ficción⁴⁴ o una mezcla de ambas⁴⁵, con todo lo que ello conllevaba⁴⁶. La doctrina mayoritaria acepta que el derogado

41 Siguiendo a DE BROE, dicha norma comprende las decisiones de configurar un instrumento financiero como capital o como deuda, pues de forma genérica se refiere a que las “condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que hubiesen pactado entre partes independientes”, más aún si se tiene en cuenta que las mismas pueden ser “impuestas” por sujetos que participan en las dos compañías. En igual sentido cfr. VOGEL, KLAUS. *On Double Taxations Conventions*, 3ª ed., Denver, Kluwer Law International, 1997, p. 527. Además, continúa DE BROE, el artículo 9.1, según su propio tenor literal, permite ajustar los “beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones”: De Broe. Ob. cit., p. 505. En igual sentido la sentencia de la Corte federal de apelación de Canadá, de 18 de mayo de 1999, en el caso A-659-97, *Specialty Manufacturing Limited v. Her Majesty the Queen*, donde se analiza el artículo VI (1) del Tratado entre este Estado y Estados Unidos de 1942 y 1980.

42 Informe OCDE 1987 sobre subcapitalización, n° 48 y 49. En igual sentido, el comentario 3 al artículo 9 MC OCDE. Makhmudova. Ob. cit., p. 258.

43 DE ARRESPACOHAGA, JOAQUÍN. *Planificación fiscal internacional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 96.

44 CALVO VÉRGUEZ, JUAN. “5.6. La subcapitalización”, en AA.VV. *Fiscalidad práctica*, t. III, “Impuesto de sociedades”, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2010, p. 496.

45 ESEVERRI MARTÍNEZ, ERNESTO. *Presunciones legales y Derecho Tributario*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 97-95.

46 MARÍN-BARNUEVO FABO, DIEGO, *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario*, Madrid, McGrawHill, 1996, pp. 135-152.

artículo 20 TRLIS era una ficción, puesto que una vez se dieran los presupuestos previstos en la norma no se admitía prueba en contrario ni modulación alguna, de forma que nada impedía que los intereses se trataran como dividendos. Debe mencionarse la posición de RODRÍGUEZ-BEREJO, quien se concentra en los efectos probatorios de la norma, e indica que el artículo 20 TRLIS afecta “las reglas sobre la carga de la prueba, en la medida en que exime a la administración de probar que el endeudamiento excesivo de las sociedades se debe a motivaciones exclusivamente fiscales”. La autora destaca que estos efectos podrían resultar contrarios a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) si no estuviera excluida su aplicación a residentes en la Unión Europea⁴⁷.

Estas discusiones no son fácilmente extrapolables a Colombia, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en España, en nuestro país no se ha establecido ninguna excepción *ex ante* ni *ex post* para la denegación de la deducibilidad. En España, los intereses se consideraban dividendos, con lo cual era claro que había un hecho presunto; en Colombia, lo ideal habría sido que la finalidad de la norma fuera evitar la elusión fiscal y aclarara qué se entiende por la misma, tratándose de situaciones u operaciones de subcapitalización, lo que indica el artículo 260-4 ET. Así las cosas, la norma de ratio (art. 118-1 ET) presumiría una operación sin comparables de mercado.

Sin embargo, de *lege data* es posible plantear una reconducción de los dos preceptos citados, por medio de la norma general de abuso en materia tributaria. Empecemos por decir que el derecho a la prueba es fundamental y sobre el mismo se puede construir la obligación de la administración de admitir pruebas de que el endeudamiento, a pesar de superar la ratio, se da por motivos económicos válidos, o que se trata de operaciones comparables. Ello permitiría un entendimiento más apropiado de la finalidad buscada por el legislador en la reforma tributaria, si se recuerda que el artículo 869 ET –incorporado en la misma Ley 1607– regula ahora “el abuso en materia tributaria”. De esta forma, el artículo 118-1 ET debería ser entendido como una presunción de hecho del abuso regulado en el artículo 869 ET, para lograr salvar su inconstitucionalidad. Se admitiría como prueba en contrario que la situación de subcapitalización tiene como causa principal un propósito comercial o de negocios legítimo y razonable, o que se trata de operaciones comparables de acuerdo con el artículo 260-4 ET, pues estos dos supuestos han sido previstos como formas de desvirtuar el abuso en materia tributaria.

47 RODRÍGUEZ-BEREJO LEÓN, MARÍA. “La carga de la prueba en el Derecho Tributario: su aplicación en las normas tributarias anti-abuso y en la doctrina del TJUE”, en *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: comentarios, casos prácticos*, n° 344, Madrid, 2011, pp. 5-50.

En conclusión, el artículo 118-1 ET debe ser entendido como una presunción según la cual el incumplimiento de la ratio de 3:1 sería un hecho probado y la existencia de abuso fiscal, el hecho presunto.

2.3. Interacciones entre los artículos 118-1 y 260-4 del Estatuto Tributario

Durante la última década ha evolucionado la fiscalidad internacional al punto de poder hablar de un principio de independencia de carácter global y transversal, sobre el cual deben descansar las relaciones económicas entre partes vinculadas. Los precios de transferencia, la determinación de los beneficios empresariales de los EP y las normas de subcapitalización encuentran su justificación y su límite en el principio de independencia. La interrelación entre los dos primeros con las segundas genera algunas dudas, como hemos planteado, pero se puede observar la tendencia a limitar las normas específicas antisubcapitalización al principio de independencia, al menos en el ámbito de la Unión Europea y de la OCDE⁴⁸.

Así las cosas, el nuevo artículo 260-4 ET se enmarca dentro de la tendencia de la OCDE⁴⁹ y el TJUE⁵⁰, que han reconocido que la normativa de subcapitalización, especialmente la de ratios fijas, debe respetar el principio de independencia, lo cual ha supuesto una huida del problema hacia sistemas subjetivos, dejando a las ratios como meros puertos seguros (*safe harbours*). De hecho, como vimos, en cuanto a la atribución del capital libre al EP, las normas de

48 Castro Arango. *La normativa de subcapitalización y limitación de intereses en el marco de los CDI*, cit. CASTRO ARANGO, JOSÉ MANUEL. “La cláusula anti-subcapitalización española: problemas actuales”, en documentos de trabajo IELAT, enero de 2012, Alcalá de Henares y Madrid, disponible en: [http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/11014/clausula_castro_IELAT_2012.pdf], consultada el 4 de diciembre de 2012.

49 Informe OCDE 1987 sobre subcapitalización, n° 45.

50 La resolución del ECOFIN de 8 de junio de 2010 destaca cómo la jurisprudencia del TJUE debe influenciar las reformas en torno a las normas que luchan contra la subcapitalización. En la sentencia *Lankhorst-Hoborst* no se admite el principio de independencia: TJUE, Sala Quinta. Sentencia de 12 de diciembre 2002, proc. C-324/2000, asunto *Lankhorst-Hoborst*, *La Ley* 209152/2002. “La subcapitalización”, en SERRANO ANTÓN, FERNANDO (dir.). *Fiscalidad internacional*, 4ª ed., Madrid, CEF, 2010, pp. 999-1036 y 1021. Sin embargo, en los casos *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* y *Lammers & Van Cleef*, referidos a la legislación inglesa y belga respectivamente, el Tribunal fijó dos exigencias para la compatibilidad de las normas de subcapitalización: a) derecho de la entidad prestataria a probar los motivos económicos que justifican que la operación no es meramente artificial; y, b) la restricción de que solo pueden recalificarse como dividendos el exceso resultante de compararlo con lo que se habría acordado en condiciones de mercado. TJUE, Gran Sala. Sentencia de 13 de marzo 2007, proc. C-524/2004, asunto *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, *La Ley* 8926/2007. TJUE, Gran Sala. Sentencia de 17 de enero 2008, proc. C-105/2007, asunto *Lammers & Van Cleef*. FALCON Y TELLA y PULIDO GUERRA. *Derecho fiscal*, cit., p. 242. SANZ GADEA, EDUARDO. “La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales”, en *Crónica Tributaria*, n° 136/2010, Madrid, p. 169-182.

ratio fija son aceptadas desde el informe de 2006 sobre la atribución de rentas al EP, pero solo como un puerto seguro⁵¹. De lo anterior la pregunta que surge es cuál es la relación entre los artículos 260-4 ET y 118-1 ET, no solamente tratándose de EP, sino de vinculados en general. Recordemos que este último artículo indica que la limitación se aplicará “sin perjuicio de los demás requisitos y condiciones consagrados en este Estatuto para la procedencia de la deducción de los gastos por concepto de intereses”. Esto supone que los intereses tendrán que cumplir requisitos tales como la causalidad, necesidad y proporcionalidad. Hasta ahí no hay problema, pero, ¿también tendrán que sortear el análisis de comparabilidad que deriva del artículo 260-4 ET?

Pueden existir tres tipos de relaciones entre el principio de independencia y las normas de ratio fija. Veamos.

La situación patrimonial es respetuosa del principio de independencia (arts. 260-4 ET y 9 MC OCDE), pero se considera que hay subcapitalización según la cláusula especial (art. 118-1 ET). En este caso se ha entendido por parte de la OCDE y el TJUE que esta última se debe inaplicar y que los intereses deben ser deducibles. Ello ocurriría, por ejemplo, si se prueba que una entidad financiera independiente estaría dispuesta a conceder el crédito aun superando la ratio. La realidad en países que no pertenecen a la UE y en situaciones no cubiertas por un CDI puede ser distinta, pudiendo entenderse que la cláusula antisubcapitalización es una ficción o una presunción de pleno derecho que no admitiría ningún matiz. Sin embargo, la tendencia parece ser la contraria, pues, por ejemplo, países como China han incorporado los denominados sistemas *hybrid safe harbour approach*, que al final son un reconocimiento de la prevalencia del principio de independencia sobre las cláusulas objetivas⁵². En México se permite a los contribuyentes consultar aquellas situaciones en las cuales se supera la ratio pero se trata de una operación de mercado, acompañando un dictamen de contador público.

En Colombia el entendimiento de que tanto el artículo 260-4 ET como el artículo 118-1 ET atacan la misma situación de abuso definida en el artículo 869 ET permitiría entender que la ratio es una presunción que admite prueba

51 Cfr. BENNETT y RUSSO. Ob. cit., pp. 279-284.

52 Cfr. CORONADO, LUIS, CHEUNG, PATRICK y KYTE, JUSTIN. “An overview of Arm’s Length Approaches to Thin Capitalization”, en *International Transfer Pricing Journal*, julio-agosto, Amsterdam, IBFD, 2010, pp. 270-275. Estos autores describen cómo la Circular 121 del Ministerio de Finanzas y Administración Estatal de Impuestos de China recoge una normativa de subcapitalización con ratios de deuda y capital de 5:1 para entidades financieras y de 2:1 para las demás, que en todo caso puede superarse si se justifica que es una estructura de capital que respeta el principio de independencia. Este modelo, que ellos denominan *hybrid safe harbour approach*, supone que si se supera la ratio, las entidades involucradas en las operaciones financieras deben organizar la documentación y los soportes en los cuales se fundamenta que la estructura financiera de la compañía y las operaciones respetan el principio de independencia. Recomendamos la lectura de este artículo para una aproximación práctica a los aspectos que pueden “gustar” y no “gustar” a la administración tributaria.

en contrario, con lo cual cedería ante el principio de independencia. En cualquier caso, si se aplica un CDI, el artículo 9 MC OCDE podrá exigir inaplicar el límite de la ratio cuando las operaciones sean de mercado. A tal efecto el procedimiento amistoso debería proveer la eliminación de la doble imposición económica como lo sugiere la OCDE. De lo contrario podría argumentarse que se trata de un caso de abuso del tratado por parte de los Estados (*treaty dodging*) al violarse la distribución del poder tributario, como se ha discutido en la doctrina alemana⁵³. En este mismo país se ha planteado si las limitaciones a la deducibilidad son o no un asunto restringido por el CDI, y la doctrina más importante ha sostenido que sí lo es⁵⁴. De hecho se ha indicado que las limitaciones a los intereses (*interest barriers*) en ese ordenamiento violan la distribución del poder tributario entre los Estados contratantes. Ello parece lógico, pues, tal como ocurre en España con la nueva normativa, o en Colombia con el artículo 118-1 ET, se percibe una extralimitación del poder tributario, al gravar beneficios de empresas asociadas más allá del principio de independencia y al impedir probar este último.

Un segundo caso se presenta cuando la situación patrimonial se encuentra por fuera del margen de comparables (art. 260-4 ET) pero no existe subcapitalización según la cláusula especial (art. 118-1 ET). En varios ordenamientos se entiende que la administración no puede corregir la subcapitalización por existir un puerto seguro⁵⁵. JOSEPH ilustra cómo este problema se ha planteado en Australia, en donde la administración (ATO) ha preparado un proyecto –no aprobado hasta la fecha del artículo– que permitiría deducir los intereses de créditos otorgados dentro del límite de endeudamiento que establece la normativa antisubcapitalización, sin importar que la operación se dé por fuera del principio de independencia. Ello se explica por el hecho de que las

53 Se ha dicho en Alemania que las normas antisubcapitalización vigentes en ese ordenamiento violan la distribución del poder tributario entre los Estados contratantes: cfr. HOMBURG, FR 2007, 717 (725) y GOSCCH, IStR 2008, p. 413 (418), citado en LINN, ALEXANDER. “Germany”, en AA.VV., *Cahiers de Droit Fiscal International 2010. Tax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti-avoidance Provisions*, Congreso de Roma, vol. 95a, Rotterdam, 2010, disponible en [www.ibfd.org], IBFD - Tax Research Platform, pp. 333-354 y 345.

54 Según relata LINN, la nueva norma antisubcapitalización alemana no recalifica los intereses como dividendos, sino que niega la deducción de los intereses pagados en exceso, sin diferenciar entre el financiamiento con vinculados o no. Ello haría mucho más compatible la medida antielusión con el CDI, pues se trataría de una norma que solamente versa sobre la determinación de los beneficios gravables y, por tanto, no tendría ninguna relación con el artículo 9 MC OCDE ni con ningún precepto del CDI, pues la determinación de la base impositiva no está cubierta por este. A pesar de ello, si es un interés con una parte relacionada, VOGEL y LEHNER han argumentado que se trata de un ajuste de la renta exterior en una situación con parte relacionada y por tanto sujeta a los límites del artículo 9 MC OCDE: cfr. VOGEL & LEHNER, art. 9 OECD MA, para. 39, citado en Linn. Ob. cit., p. 345.

55 HINNY. Ob. cit., pp. 40 y 41. JOSEPH, ANTON. “Clash of Rules: Thin Capitalization and Transfer Pricing”, en *International Transfer Pricing Journal*, mayo-junio, Amsterdam, IBFD, 2010, pp. 215-218.

reglas de subcapitalización están constituidas para proteger la base tributaria australiana de forma más eficiente, pues con la perspectiva del principio de independencia sería mayor el costo de cumplimiento para el contribuyente y más difícil de fiscalizar para la administración. El autor muestra la diferencia que hemos mantenido en este texto: la normativa antisubcapitalización calcula el nivel de deuda de una entidad, con lo cual adopta una perspectiva de *situaciones de subcapitalización*, mientras que la normativa de precios de transferencia adoptaría una perspectiva de *operaciones de subcapitalización*. En Colombia, la redacción del artículo 118-1 ET parecería zanjar la cuestión al utilizar la fórmula “sin perjuicio”, con lo cual en caso de un endeudamiento entre vinculados ha de cumplirse la ratio y el análisis de comparabilidad, y por tanto no resulta fácil argumentar que exista un puerto seguro ni frente a la norma de precios (art. 260-4 ET), ni respecto de la norma general de abuso en materia tributaria (art. 869 ET).

Finalmente, otro caso sería aquel en que la situación patrimonial esté por fuera de las condiciones de mercado y se den los elementos de la cláusula especial. Está claro que la operación debe ser corregida, pero no se sabe con cuál norma. A nuestro juicio, la norma especial en estos supuestos es la del artículo 260-4 ET, que comprende los efectos completos de recalificación del instrumento y la remuneración, con la consecuente denegación de la deducción. En relación con la norma general de abuso, el artículo 118-1 ET contiene la no deducibilidad como primer efecto de la normativa, y para que se den los siguientes –recalificación, reconfiguración, imposición de sanciones, etc. (art. 869-1 ET)– la administración deberá demostrar otros elementos comprendidos en el artículo 869 ET y cumplir con los procedimientos especiales previstos en el parágrafo de esta misma norma y las demás complementarias.

CONCLUSIONES

1. La regulación de la subcapitalización en el derecho comparado busca corregir aquellas situaciones donde existe un arbitraje entre la financiación con deuda y con fondos propios o capital. La corrección está más que justificada en principios tales como la capacidad contributiva y la eficiencia, aunque es fundamental respetar aquellas situaciones que tengan motivos económicos válidos o estén conformes con el principio de independencia (*arm's length*), pues de lo contrario se vulneraría el mismo principio de capacidad contributiva, el derecho a la prueba y el artículo 9 de los Convenios de doble imposición, este último al menos cuando se trate de operaciones vinculadas.

2. El artículo 260-4 ET contiene una dualidad, pues si bien es bastante garantista al buscar un análisis subjetivo y no imponer criterios rígidos y desfasados de la realidad, su redacción amplia permitiría tanto a la administración como a los contribuyentes justificar criterios de comparabilidad de cualquier tipo. Y es que el problema es precisamente que no existe ni en las guías de precios

de transferencia ni en los comentarios al artículo 7 MC OCDE un criterio que permita concretar cuándo la financiación es de mercado. La comparabilidad en cualquier caso podrá ser probada mediante conceptos emitidos por bancos independientes, la prueba de una tipicidad social o legal de la forma de financiamiento, el análisis de ratios de capitalización de empresas del mismo sector, entre otros criterios. En los próximos años deberemos centrar la atención en definir qué criterios definen el principio de independencia en materia de capitalización de EP y filiales.

3. Por su parte, el artículo 118-1 ET, al ser una norma de limitación a la deducibilidad de intereses que se aplica sobre operaciones perfectamente legítimas, resulta desproporcionado, contrario a la capacidad contributiva, al principio de equidad y al derecho de prueba. De ahí que para salvar su constitucionalidad y aplicación en contextos convencionales (CDI) podría sugerirse de *lege ferenda* o incluso de *lege data* –siempre que se entienda que la misma es una presunción de hecho (*iuris tantum*) de abuso en materia tributaria, según resulta descrito en el nuevo artículo 869 ET–, la admisión de prueba en contrario para desvirtuar la limitación por subcapitalización cuando se exceda la ratio pero se pueda justificar la existencia de un propósito comercial o de negocios legítimo y principal, o bien la existencia de operaciones comparables en los términos del artículo 260-4 ET.

REFERENCIAS

- AVERY JONES, JOHN, *et al.* “The definition of dividends and interest in the OECD Model: something lost in translation?”, *World Tax Journal*, octubre de 2009, pp. 5-45, *British Tax Review*, 4, 2009, pp. 406-451.
- BENNETT, MARY y RUSSO, RAFFAELE. “OECD Project on attribution of profits to permanent establishments: an update”, en *International Transfer Pricing Journal*, september-october, Amsterdam, IBFD, 2007.
- CALVO VÉRGUEZ, JUAN. “5.6. La subcapitalización”, en AA.VV. *Fiscalidad práctica*, t. III, “Impuesto de sociedades”, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2010.
- CASTRO ARANGO, JOSÉ MANUEL. “La capitalización encubierta en la Reforma Tributaria de 2012 en Colombia”, en *Reforma Tributaria (Ley 1607 de 2012). Reflexiones desde la perspectiva empresarial y académica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.
- CASTRO ARANGO, JOSÉ MANUEL. “La cláusula anti-subcapitalización española: problemas actuales”, en documentos de trabajo IELAT, enero de 2012, Alcalá de Henares y Madrid, disponible en: [http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/11014/clausula_castro_IELAT_2012.pdf], consultada el 4 de diciembre de 2012.
- CASTRO ARANGO, JOSÉ MANUEL, “Subcapitalización y limitaciones a la deducibilidad de intereses ‘interest barriers’”, en *Impuestos*, n° 172, julio-agosto de 2012, Legis, Bogotá.

- CASTRO ARANGO, JOSÉ MANUEL. *La normativa de subcapitalización y limitación de intereses en el marco de los CDI*, proyecto de investigación inédito, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2012.
- CORDÓN ESQUERO, TEODORO y GUTIÉRREZ LUOSA, MANUEL. “La subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación”, en CORDÓN EZQUERRO, TEODORO (dir.) *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2007.
- CORONADO, LUIS, CHEUNG, PATRICK y KYTE, JUSTIN. “An overview of Arm’s Length Approaches to Thin Capitalization”, en *International Transfer Pricing Journal*, julio-agosto, Amsterdam, IBFD, 2010.
- CRUZ PADIAL, IGNACIO y BAHÍA ALMANSA, BELÉN. “Cláusulas antielusivas generales versus cláusulas particulares”.
- DE ARRESPACOHAGA, JOAQUÍN. *Planificación fiscal internacional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1998.
- DE BROE, LUC. *International tax planning and prevention of abuse*, Doctoral Series 14, Amsterdam, IBFD, 2008.
- ESEVERRI MARTÍNEZ, ERNESTO. *Presunciones legales y Derecho Tributario*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- FALCÓN Y TELLA, RAMÓN. “Transparencia fiscal internacional, subcapitalización y convenios de doble imposición”, en *Quincena Fiscal*, nº 16, 1997.
- FALCÓN Y TELLA, RAMÓN y PULIDO GUERRA, ELVIRA. *Derecho Fiscal Internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- GAMMIE, M. “Corporate tax harmonization: An ‘ACE’ proposal”, en *European Taxation*, vol. 31, nº 8, Amsterdam, 1991, pp. 238-242.
- GARCÍA-HERRERA BLANCO, CRISTINA. *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre sociedades*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2001.
- HELMINEM, MARJAANA. *The International Tax Law Concept of Dividend*, Alphen aan den Rijn (The Netherlands), Wolters Kluwer International BV, 2010.
- HINNY, PASCAL. “General Report”, en IFA. *Cahiers de Droit Fiscal, New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations*, vol. 93b, Rotterdam, 2008, pp. 15-50, disponible en: [www.ibfd.org], IBFD - Tax Research Platform.
- International Tax Dialogue (FMI-OCDE). *Instituciones e instrumentos financieros – Desafíos tributarios y soluciones*, Beijing, 2009, disponible en: [http://www.itdweb.org/financialconference/documents/conference_background_document_sp.pdf], consultada el 19 de septiembre de 2011.
- JOSEPH, ANTON, “Clash of Rules: Thin Capitalization and Transfer Pricing”, en *International Transfer Pricing Journal*, mayo-junio, Amsterdam, IBFD, 2010.

- KNÖLLER, CLAUD-PETER. "The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective", *Intertax*, vol. 39, Issue 6/7, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2011.
- LINN, ALEXANDER. "Germany", en *Cahiers de Droit Fiscal International 2010. Tax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti-avoidance Provisions*, Congreso de Roma, vol. 95a, Rotterdam, 2010, disponible en [www.ibfd.org], IBFD - Tax Research Platform.
- MAKHMUDOVA, KAMILA. "Conflicts of Qualification and Thin Capitalization Rules", en BURGSTALLER, EVA y HASLINGER, KATHARINA (eds.). *Conflicts of Qualification in Tax Treaty Law*, LINDE, Viena, 2007.
- MARÍN-BARNUEVO FABO, DIEGO, *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario*, Madrid, Mc. GrawHill, 1996.
- MIRRELES, JAMES A., STUART, ADAM e Institute for Fiscal Studies (Great Britain). *Tax by design: the Mirrlees review*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2011.
- NAIME HADDAD, CARLOS ENRIQUE y SÁNCHEZ TORRADO, ALFREDO. *La capitalización insuficiente*, 2008, n° 11-2008, IMEF, disponible en: [http://www.imef.org.mx/publicaciones/boletinestecnicosorig/BOL_11_08_CTN_EF.PDF].
- OECD (CTPA). *Report on the attribution of profits to permanent establishments. Parts I (General considerations), II (Banks), III (Global trading)*, Paris, November, 2006.
- OCDE. *Report on the attribution of profits to permanent establishments*, Paris, July, 2008.
- OCDE. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, Paris, 2010.
- OCDE, Committee of Fiscal Affairs. *Issues in International Taxation n° 2 – Thin capitalization and taxation of entertainers, artistes and sportmen*, Paris, 1987.
- PALOMBO, MARIA EUGENIA. "Italy", en *International Transfer Pricing Journal*, vol. 15, n° 6, Amsterdam, IBFD, 2008.
- PLITZ, DETLEV J. "General Report", en AA.VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: International 1996. Aspects of Thin Capitalization*, Congreso de Suiza, vol. 81b, 1996. pp. 83-139, disponible en [www.ibfd.org], IBFD - Tax Research Platform.
- RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, MARÍA. "La carga de la prueba en el Derecho Tributario: Su aplicación en las normas tributarias anti-abuso y en la doctrina del TJUE". *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: comentarios, casos prácticos*, n° 344, Madrid, 2011, pp. 5-50.
- RUIZ ALMENDRAL, VIOLETA. "¿Tiene futuro el test de los motivos económicos válidos en las normas antiabuso? (sobre la panificación fiscal y las norma antiabuso en el derecho de la Unión Europea)", en *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, n° 329-330, pp. 5-60.
- SANZ GADEA, EDUARDO. *Medidas antielusión fiscal*, Documento IEF 08/09, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2009, disponible en: [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2009_08.pdf] p. 27-31].

- SANZ GADEA, EDUARDO. “Restricción y limitación a la deducción de intereses en el impuesto sobre sociedades”, en *RC y T*, n° 355.
- SANZ GADEA, EDUARDO. “La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales”, en *Crónica Tributaria*, n° 136/2010. Madrid, pp. 169-182.
- SCHÖN, WOLFGANG *et al.* *Debt and Equity: What’s the difference? A Comparative View*, Múnich, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series n° 09-09, 2009.
- VOGEL, KLAUS. *On Double Taxations Conventions*, 3ª ed., Denveter, Kluwer Law International, 1997.
- ZIELKE, RAINER. “Shareholder Debt Financing and Double Taxation in the OECD: An Empirical Survey with Recomendations for the Further Development of the OECD Model and International Tax Planning”, en *Intertax*, n° 38, 2010.