

Redescubriendo Realidades y Formas

La Norma Anti Subcapitalización Como

Cláusula Antielusiva Especial

Carlos Chirinos Sota *

“En un contexto globalizado las operaciones financieras encuentran fórmulas para aminorar la tributación, la planificación fiscal internacional optimiza las consecuencias tributarias y por que no decirlo persigue burlar la tributación en los países intervinientes. El autor demuestra, empleando doctrina y legislación comparada, que la norma de la anti subcapitalización es una norma anti elusiva especial fundamentada en el principio de libre concurrencia y no supone un negocio simulado, pues en todo contexto la operación es real y fehaciente.”

1. Introducción

En un contexto internacional globalizado y caracterizado por la rápida y libre circulación de capitales, las operaciones financieras encuentran fórmulas para aminorar la tributación. En ese sentido, la planificación fiscal internacional se ha constituido desde hace varios años en un espacio de variedad muy creciente y fuente inagotable de intensas discusiones, las mismas que motivan, quién podría dudarlo, cuestionamientos y críticas de la regulación específica de ciertas instituciones jurídicas recogidas en nuestra legislación tributaria.

Es así que en ocasiones, la planificación mencionada se traduce en verdaderas economías de opción¹, donde un adecuado diseño del negocio puede optimizar las consecuencias fiscales, pero en otras ocasiones, hay que decirlo, se persigue burlar la tributación en uno o varios de los países intervinientes². En esa línea, es posible que operaciones de financiamiento, aunque reales en la forma y en el fondo, se hayan celebrado en situaciones en las que hubiese correspondido efectuar un aporte de capital.

Así, los intereses pagados por la prestataria son deducibles de la base imponible del Impuesto a la Renta, mientras que la retribución por el aporte

de capital, los dividendos, no son deducibles tributariamente. Más aún, por lo general, la tasa de retención por los gastos financieros pagados será menor que aquella correspondiente a los dividendos pagados.

Así es como en las reflexiones que siguen explicaremos la regla anti subcapitalización consagrada en nuestra Ley del Impuesto a la Renta (en adelante, LIR) y expondremos nuestra visión crítica sobre el particular, teniendo como horizonte la mejora de la técnica legislativa. Adicionalmente resaltaremos brevemente su compatibilidad con los lineamientos de la OCDE.

2. Medidas Antielusivas de Alcance Internacional

Si una empresa ubicada en Estados Unidos prefiere efectuar una operación de financiamiento con una empresa domiciliada en Chile y no en Perú, porque la tasa de retención es menor en el país del sur, o porque está vigente un convenio para evitar la doble imposición que asegura que el rédito se gravará en el domicilio del prestador, nada de cuestionable tendrá dicha estructura.

No obstante, la planificación fiscal internacional puede suponer en determinados supuestos la configuración de estructuras fraudulentas o elusivas

* Abogado. Posgraduado en Tributación por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia en el curso de Derecho Tributario en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro de la Práctica de Tax de Ernst & Young Perú.

1 El término economía de opción fue acuñado por LARRAZ en su destacada obra “Metodología aplicativa del Derecho Tributario”. RDP. Madrid. 1952 pp. 60 y ss. En sus palabras, la economía de opción supone la elección entre materializar o no el hecho imponible, de manera lícita y sin ánimo fraudulento.

2 SUAU ALLÉS, Antonio. “La Fiscalidad de las Operaciones Financieras”. Madrid. Editorial CISS S.A. Primera edición. Junio. 1998. p.477

ilegítimas³, que van a generar una reacción legislativa por parte de los diferentes Estados⁴. Así, los Estados pueden optar entre regular mecanismos en contra del fraude a la ley tributaria de acuerdo a dos maneras: i) Consagración de una norma antielusiva⁵ de tipo general, o ii) Consagración de normas antielusivas de carácter específico⁶.

i) Cláusula Antielusiva de Tipo General

La generalidad de países ha consagrado en sus legislaciones una norma que tiene por objetivo coadyuvar en la eliminación de prácticas elusivas, sin reducirse a un único supuesto específico. Es la denominada cláusula basada en el principio *substance over form*, que en nuestro país se encuentra consagrada en la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario⁷.

En efecto, la norma citada recoge el denominado principio de la "realidad económica" o de "apreciación de los hechos" como base de la interpretación de las normas fiscales. En ese sentido, en aplicación de dicho principio, no se permite que el contribuyente realice alguna construcción jurídica que carezca de contenido real. Desaparece pues la posibilidad de que se produzca, con fines exclusivamente tributarios, una disociación entre la finalidad económica alcanzada y la forma jurídica utilizada.

No obstante lo anterior, cabe destacar que determinada jurisprudencia del Tribunal Fiscal ha señalado que no se faculta a la Administración Tributaria a calificar o caracterizar jurídicamente los hechos económicos⁸. Desde este punto de vista, la Norma VIII no permitirá a la Administración Tributaria calificar válidamente que en determinado supuesto existe un caso de fraude

a la ley⁹. La facultad de la Administración Tributaria, conforme a esta línea de pensamiento, sólo permitiría que la autoridad tributaria aprecie el supuesto de simulación por falsedad. Es decir, sólo podría, al calificar, tener en cuenta la expresión literal de los actos y el contenido efectivo de los mismos y verificar si no existe coincidencia.

Acorde con lo señalado, la apreciación de la realidad económica que realice la autoridad tributaria, al amparo de la Norma VIII, debe ser de carácter objetivo. Es decir, no es posible que se considere la intención del deudor tributario a fin de apreciar la naturaleza de los hechos imposables¹⁰. En ese contexto, como veremos más adelante, en el caso concreto de nuestro país, la cláusula antielusiva general sólo podría ser aplicable – atendiendo a los últimos pronunciamientos del Tribunal Fiscal sobre el particular – en la medida que se acredite un supuesto de simulación. Más adelante explicaremos las implicancias de esta conclusión en el supuesto concreto de la subcapitalización.

ii) Cláusulas Antielusivas Específicas

Frente a situaciones de fraude a la ley en el terreno internacional, el legislador ha adoptado diversos instrumentos y figuras jurídicas específicas a fin de eliminar o en su caso atenuar la práctica elusiva. Entre estos escenarios, tenemos:

a) Precios de Transferencia

Un mecanismo importante de elusión fiscal lo constituyen los precios de transferencia, los que, siendo utilizados por las multinacionales a través de la manipulación de los precios, pueden generar un

3 En nuestra opinión, es necesario explicar que estos dos conceptos (fraude y elusión ilegítima) son sinónimos. A decir de SALTO VAN DER LAAT, "el concepto de elusión fiscal internacional forma parte del amplio concepto de elusión fiscal. Así, dentro de éste se integra tanto la elusión fiscal internacional legítima como la elusión fiscal internacional ilegítima. La primera será el resultado de una adecuada planificación fiscal internacional y se identifica con la economía de opción. Por su parte, la elusión fiscal internacional ilegítima es la expresión que define a la elusión fiscal *strictu sensu* y referida a la utilización indirecta de medios jurídicos para rodear la norma jurídico-tributaria" SALTO VAN DER LAAT, Diego. "Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española" En: Crónica Tributaria No. 93. Madrid. 2000. p. 50-51.

4 Cabe señalar que, aunque no compartimos esta concepción, hay quienes sostienen que la elusión siempre es legítima, asimilándose de alguna manera a lo que conocemos como economía de opción. En esa línea de pensamiento, citamos lo señalado por ATCHABAHIAN: "(...) ha de ser enfatizado que la planificación tributaria adquiere legitimación solamente en cuanto concentre sus esfuerzos en los lindes propios de lo que en doctrina se conoce como por elusión tributaria, pues pierde todo sustento de legitimidad en tanto y en cuanto implique una posición rayana en cualquier conducta antijurídica, o sea, la evasión tributaria". ATCHABAHIAN, Adolfo. En: Tratado de Tributación. Tomo I. Volumen 2. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2003. p. 566.

5 Cada vez que utilicemos el término elusión lo haremos indistintamente en el sentido explicado de elusión ilegítima o fraude a la ley tributaria.

6 No obstante ello, la mayoría de países ha optado por consagrar la coexistencia de los dos sistemas en sus respectivas legislaciones. Nuestro país es un ejemplo de ello.

7 Es importante lo señalado por GARCIA NOVOA, al explicar que "la cláusula general se justifica por las enormes dificultades que supone el intentar combatir la elusión tributaria sólo mediante cláusulas especiales. Intentar combatir la elusión tributaria mediante cláusulas especiales significa prever comportamientos elusivos concretos. Sin embargo, el contribuyente va a acabar inventando nuevas formas de elusión y el legislador va a tener que seguir previendo estos comportamientos, con lo cual la legislación se va a convertir en una especie de juego del gato y el ratón: el contribuyente inventando vías de elusión y el legislador taponándolas. Eso genera inestabilidad y cambios normativos frecuentes lo que tampoco es bueno". GARCIA NOVOA, César. Algunas consideraciones sobre el escenario del Derecho Tributario Moderno. En: *Advocatus*. No. 12. 2005-1. p. 20.

8 Así se ha pronunciado el Tribunal Fiscal en las Resoluciones No. 590-2-2003 del 4 de febrero de 2003 y No. 6686-4-2004 del 8 de septiembre de 2004.

9 En función a una interpretación histórica de las normas, cabe indicar que el texto original de la Norma VIII estaba orientado a determinar actos, situaciones o relaciones que se hayan sometido a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado hayan ofrecido o autorizado para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los deudores tributarios. Es decir, este supuesto hacía referencia al concepto de fraude a la ley. No obstante, con motivo de la modificación realizada el 23 de septiembre de 1996, se suprimió la posibilidad de prescindir de las formas y estructuras jurídicas adoptadas a fin de calificar el hecho imponible real. En este sentido, el texto vigente a la fecha ha dejado de considerar dicho supuesto dentro de los alcances del criterio de calificación económica. Por lo demás, esta situación confirmada por la Resolución del Tribunal Fiscal No. 6686-4-2004, que dispone expresamente que "(...) el supuesto de fraude a la ley no se encuentra comprendido en los alcances del criterio de la calificación económica de los hechos recogido en la indicada Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario".

10 SIMÓN, Eugenio. El Fraude a la Ley Tributaria. Conversatorio organizado por el Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT), el 8 de septiembre de 1998. p. 9.

ahorro fiscal al grupo económico que se encuentra detrás de las actividades de una determinada empresa a través del juego de precios (entre entidades vinculadas). Ello genera distorsiones en las operaciones del mercado y perjudica a los países que en una situación normal recaudarían un mayor importe por la misma transacción realizada entre no vinculados.

b) Sociedades Off- Shore

Una sociedad off-shore es una entidad constituida en un territorio que ofrece privilegios en el marco de las actividades particulares de esta empresa. La adjetivación off-shore identifica a aquellas empresas que se benefician de un régimen de "liberalidades" fiscales, desarrollando su actividad fuera del territorio de la empresa que la controla¹¹. Imaginemos por ejemplo el caso de una empresa constituida en nuestro país que pretende prestar determinados servicios de seguro (giro de actividades que no es el registrado aquí). Para ello, nuestra empresa peruana decide constituir una sociedad off-shore, esto es, evalúa los regímenes tributarios ofrecidos por las legislaciones de diversos países y opta por aquel que le ofrezca, por ejemplo, una tasa preferencial del impuesto a la renta para el sector específico de actividades de seguros.

c) Paraísos Fiscales

Los paraísos fiscales han devenido en instrumentos básicos de planificación internacional, pero también de elusión fiscal, que pueden acarrear importantes pérdidas en la recaudación de los Estados, si no se adoptan coherentes medidas para enfrentar su uso indebido. A fin de enfrentar el uso elusivo de los paraísos fiscales, las legislaciones de los diversos Estados han consagrado diferentes medidas, entre las cuales tenemos: i) La prohibición en la deducción de gastos, con o sin inversión en la carga de la prueba¹², ii) Valoración de la operación de acuerdo a criterios de mercado, iii) Régimen de transparencia fiscal¹³

d) Subcapitalización

El tópico de la subcapitalización se encuentra relacionado con las formas de financiamiento a las que puede recurrir una empresa. Así, se pueden obtener los recursos que se necesitan a través de préstamos, o a través de aportes de capital. Ambos mecanismos de inyección de fondos se traducen en diferentes consecuencias tributarias, que explicaremos en las líneas que siguen.

3. La Subcapitalización

Las empresas que desarrollan sus negocios a nivel internacional, operando con entidades relacionadas, constituyen sucursales o subsidiarias en diversas jurisdicciones, para lo cual efectúan préstamos en lugar de invertir a través de aportes de capital. Así, por ejemplo, si una empresa "A" necesita disponer de recursos para solventar una determinada inversión, analizará dos opciones: o tomar capital ajeno (solicitar préstamos a su vinculada) o tomar capital propio (requerir un aporte de capital de su vinculada).

Pues bien, en la generalidad de los casos, nuestra empresa del ejemplo preferirá optar por tomar capital ajeno, toda vez que ello le otorga un mayor ahorro fiscal, en el sentido que los intereses por dicho préstamo serán deducibles de la base imponible del Impuesto a la Renta, y en la mayoría de los casos, la tasa de retención es mínima¹⁴. En efecto, si optase por tomar capital propio, no podría disminuir la base imponible del Impuesto a la Renta en el importe de los dividendos (pues estos en ningún caso son deducibles pues se determinan con cargo a la utilidad después de impuestos) y adicionalmente, deberá efectuar la retención por los beneficios distribuidos¹⁵.

Así, en la subcapitalización la peculiaridad radica en su tratamiento jurídico como capital de crédito, sustraído, consiguientemente, a la severa reglamentación del capital propio o de responsabilidad¹⁶. En efecto, de acuerdo a Richard J. Vann¹⁷, la subcapitalización puede ser definida como la preferencia por parte de las empresas de dotar de fondos a empresas subsidiarias o relacionadas a través de préstamos, en vez de efectuar aportes de capital¹⁸.

11 Ibid, p. 74.

12 Nuestro país ha optado en el inciso m) del Artículo 44 de la LIR por la prohibición absoluta (sin otorgar la posibilidad de probar la realidad de la operación, como ocurre en la mayoría de los países que ha adoptado esta opción, como España, Italia y Francia) de la deducción del gasto por operaciones efectuadas con paraísos fiscales, salvo en algunos casos expresamente señalados.

13 El Régimen de Transparencia Fiscal supone fundamentalmente imputar las rentas de una empresa domiciliada en un paraíso fiscal o en un territorio privilegiado, a su matriz vinculada en el país. Este régimen es muy difundido en Europa y Estados Unidos, pues las empresas en aquellos territorios tienen la capacidad de realizar actividades en el exterior, lo que aún no es regla general en los países de nuestra región.

14 En el caso de nuestro país, el atractivo de financiar a una empresa relacionada se ve disminuido pues entre vinculados la tasa de retención es de 30%, que es la tasa general aplicable a sujetos domiciliados (Inciso h del Artículo 56 de la LIR).

15 "La financiación por vía de capital atribuye al inversor el título de accionista o partícipe, lo que le supone aceptar un riesgo en la sociedad equivalente al capital aportado. El accionista tiene el derecho a participar en el beneficio de la sociedad mediante la atribución de dividendos (...) por el contrario, la financiación ajena o vía préstamos atribuye al inversor el título de acreedor de la sociedad, no existiendo en principio la voluntad de compartir riesgos en la inversión, contrariamente espera ver remunerada su financiación con el pago de intereses, y recuperada su inversión en un período de tiempo determinado". MONESTRUQUE ROSAS, Karina. Aspectos fiscales de la subcapitalización de sociedades y su regulación en el Perú. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Lima. No. 61. p. 256.

16 LETE ACHIRICA, Carlos. Las entidades no residentes en el Impuesto sobre sociedades. Cedecs Editorial S.L. Barcelona. 1ra Edición. Mayo. 1997. p. 335.

17 Citado por AGUILAR SALDIVAR, LOURDES G. El tratamiento tributario de la subcapitalización en la legislación peruana y en la legislación comparada. En: Ius et Veritas. Año XII. No. 23. p. 248.

18 Una empresa se encuentra subcapitalizada cuando su estructura financiera revela una evidente desproporción entre recursos propios y recursos ajenos (sobrendeudamiento).

En ese sentido, resultará esencial determinar los criterios para identificar una situación en que la inyección de recursos se debió efectuar a través de aportes de capital en lugar de un préstamo¹⁹. Para tal efecto, se han establecido dos métodos que pueden indicarnos la solución a esta interrogante:

- a) Método subjetivo.- A través de este método se realiza un análisis caso por caso y se evalúan las distintas circunstancias que se presentan en cada una de ellos a fin de determinar si la operación de préstamo efectuada entre las partes vinculadas implica una maniobra de subcapitalización. En otras palabras, bajo este método se deberá determinar si la sociedad disponía en el momento de la concesión del préstamo de la posibilidad de obtener de un tercero los mismos recursos aportados por el prestamista con el que se encuentra vinculado. El criterio, así, decisivo es "si la sociedad cuenta con la posibilidad o no de acceder al crédito de terceros".²⁰

La carga de la prueba en el método subjetivo corresponde a la Administración Tributaria. Lo relevante será demostrar el agotamiento de la capacidad de crédito, o lo que es lo mismo, si en una situación de independencia hubiera podido haber celebrado ese contrato de préstamo²¹. Como parece lógico, un tercero no celebraría ese contrato de préstamo si la capacidad de crédito de esa sociedad está agotada²².

- b) Método objetivo.- En este método la ley define a priori el coeficiente aplicable para determinar si la relación capital vs. pasivo expresa un sobreendeudamiento que no se efectuaría en condiciones de libre concurrencia, esto es, si las partes involucradas (prestamista y prestatario) no fuesen sujetos vinculados²³.

Si bien este método facilita la labor de la Administración Tributaria y del contribuyente, no es el más adecuado desde la perspectiva de una rigurosa identificación de aquellos préstamos que no se hubiesen celebrado en condiciones de independencia, habida cuenta que cada sector de la actividad económica opera con niveles de endeudamiento distintos. En efecto, un único coeficiente a efectos tributarios podría ser excesivamente gravoso para determinados contribuyentes afectados²⁴.

A Propósito de los Denominados "Financiamientos Híbridos"

Los denominados financiamientos híbridos son aquellos que se distinguen por reunir características inherentes a títulos representativos de capital de una sociedad y de instrumentos representativos de deuda, existiendo la posibilidad inmediata de que los titulares de dichos instrumentos híbridos puedan participar en el capital o en los resultados de la sociedad deudora²⁵.

Por ejemplo, constituyen formas híbridas de financiación aquellas en las que no existe fecha determinada para el reembolso del capital y pago de los intereses, cuando el pago de la deuda se encuentra subordinado al pago de otras acreencias, cuando la deuda puede ser convertida en títulos representativos de capital de la empresa deudora o cuando los intereses devienen en exigibles únicamente cuando la empresa deudora obtiene un cierto nivel de utilidades, entre otros casos²⁶.

Pues bien, en estos supuestos de financiación híbrida²⁷ se deberá efectuar un análisis caso por caso para identificar la naturaleza la operación, esto es, si se trata de un supuesto que pueda calificar como préstamo, a pesar de las cláusulas incluidas, o si se trata de un

- 19 Se puede distinguir entre subcapitalización material y subcapitalización formal o nominal. La subcapitalización material responde a situaciones en las que los socios no suministran fondos suficientes para el ejercicio de la empresa proyectada. Por el contrario, en el caso de la subcapitalización nominal, no se produce una situación de insuficiencia del capital, sino que se produce, por ejemplo, cuando una sociedad no residente presta fondos a otra sociedad residente, para lograr la repatriación de los beneficios a través del pago de intereses del préstamo concedido, y no mediante la percepción de dividendos que correspondan a la sociedad no residente como socio de la entidad española. Esta segunda clase de subcapitalización societaria es la que interesa estudiar desde el punto de vista tributario, puesto que estas operaciones están precedidas de un objetivo fiscal concreto: obtención de una cuota más reducida en la liquidación del Impuesto. LETE ACHIRICA, Carlos. Op. Cit. p. 336.
- 20 GUASCH MARTORELL, R. Citado por VEGA BORREGO, Félix Alberto. La norma tributaria en materia de subcapitalización: Incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho Comunitario. Crónica Tributaria. No. 14. Madrid. 2002. p. 19.
- 21 Si bien este método es el que teóricamente podría expresar de la manera más adecuada la existencia de un endeudamiento excesivo que no se hubiera materializado en condiciones normales de mercado, exige una actividad probatoria ciertamente complicada.
- 22 VEGA BORREGO, Félix Alberto. Op. Cit. p. 20.
- 23 Si bien la mayoría de países han adoptado este método, incluyendo el nuestro, existen particularidades importantes en cada una de ellas que detallaremos más adelante.
- 24 De acuerdo a lo mencionado por VEGA BORREGO, si lo que se pretende es corregir exclusivamente los supuestos en los que existe financiación ajena que no se adecua al principio de independencia, lo lógico es que se establezcan ratios distintas dependiendo del sector económico en el que actúa cada sociedad. De lo contrario, se podrían desplegar los efectos de la norma que contiene este método, aún cuando desde un punto de vista económico, el coeficiente de endeudamiento fiscal es muy inferior al normal en el sector económico donde se opera. Se obligaría pues al contribuyente injustificadamente a desarrollar una carga probatoria importante, cuando la propia realidad económica subyacente muestra que el presupuesto de la norma materialmente no se produce. VEGA BORREGO, Félix Alberto. Op. Cit. p. 21.
- 25 HELMINEN, Marjaana. Citado por AGUILAR SALDIVAR, Lourdes G. Op. Cit. p. 251.
- 26 Como bien señala AGUILAR SALDIVAR, "los instrumentos híbridos pueden ser convenientes desde un punto de vista financiero y, por lo tanto, ser utilizados sin un propósito específicamente tributario (...). En efecto, la ventaja de los referidos instrumentos híbridos es precisamente manejar el pago de obligaciones a favor de los acreedores de forma tal que se preserve el patrimonio de la empresa, especialmente en los momentos en que ésta atraviesa por una situación deficitaria". Ibid.
- 27 La denominación de financiamiento híbrido arranca del Derecho norteamericano, en el cual se utiliza la expresión de Hybrid Securities para referirse a las formas de financiación societarias que participan de algún modo de las características de los simples contratos de préstamos, y de otro, de las notas propias de las acciones emitidas a través de ampliaciones de capital, o de las características de los valores emitidos en forma de obligaciones. LETE ACHIRICA, Carlos. Op. Cit. p. 341.

aporte de capital. De acuerdo a las conclusiones de dicho análisis calificaremos tributariamente a los intereses como tales o como dividendos. Es importante mencionar que si en un particular caso concluimos en que un financiamiento híbrido es efectivamente eso, un financiamiento (préstamo), pues deberíamos pasar al siguiente nivel de análisis, esto es, determinar si el préstamo se hubiese adquirido aún si las partes no fueran vinculadas, de acuerdo al método (subjeto u objetivo) que la legislación del país haya recogido.

La Norma Anti subcapitalización como Cláusula Anti elusiva Específica

Como hemos señalado, frente a la disyuntiva que podría originarse al interior de un grupo económico entre inyectar recursos a una entidad vinculada a través de la celebración de un préstamo, o entre efectuar un aporte de capital, en la generalidad de los casos se optará por lo primero, y ello pues los intereses podrán disminuir la base imponible del impuesto y los dividendos no. Más aún, por lo general, la tasa de retención en el supuesto de préstamos es menor que en el caso de los dividendos²⁸. Ello sin considerar que eventualmente la existencia de convenios para evitar la doble imposición entre los países de residencia (prestamista) y de la fuente (prestatario) podría propiciar que el resultado global del grupo sea más beneficioso.

Pues bien, la norma anti subcapitalización tiene por objetivo enfrentar dicha situación, toda vez que el vínculo existente entre las empresas del grupo y la verificación de un solo centro de intereses hace que se manipule una transacción que en circunstancias normales no se realizaría. Así, esta práctica elusiva o fraudulenta requiere ser enfrentada debido a las consecuencias en la recaudación fiscal del Estado de la prestataria. Para ello, los Estados adoptan la denominada norma anti subcapitalización a través de uno de los dos métodos explicados (subjeto u objetivo)²⁹.

Es importante señalar que aún cuando la operación de préstamo no se hubiera realizado en un escenario de libre concurrencia entre terceros independientes, la transacción financiera realizada en el marco de una operación de subcapitalización es real y objetivamente

comprobable. No se trata pues de una operación simulada, o de una transacción que aparente un préstamo y oculte un aporte de capital. No existe ningún ocultamiento. Lo que ocurre es que, simplemente, la transacción no se hubiera realizado si las partes no fueran vinculadas³⁰. No coincidimos pues con aquellos que equívocamente atribuyen a este supuesto las características de un negocio simulado³¹.

“Es así que la norma anti subcapitalización es una regla antielusiva especial diseñada para un caso concreto y específico. (...) lo que se busca con la regla es evitar la obtención de un ahorro fiscal a través de prácticas fraudulentas.”

En efecto, la simulación del negocio jurídico es una institución jurídica que supone que las partes ocultan la existencia, la naturaleza o un elemento del negocio, con la finalidad de crear para los terceros una situación aparente que no corresponde a la situación real. En otras palabras, la simulación ocurre frente a una declaración de voluntad no real, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o que es distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo³².

Así las cosas, se trata de una operación celebrada con una finalidad defraudatoria, entendida esta en el sentido de fraude a la ley. En efecto, no se trata de un supuesto de simulación en el contrato celebrado, sino que se refiere a una operación con un fin concreto perseguido por los contratantes, es decir, a un objetivo de ahorro fiscal instrumentado mediante un contrato de préstamo a título oneroso³³. Así, lo cuestionable no es la existencia de una operación simulada, pues no la hay, lo cuestionable es la utilización fraudulenta de una figura jurídica (préstamo) para obtener un

28 Por lo general, pues en nuestro país la tasa de retención por préstamos entre vinculados es de 30% mientras que en el caso de dividendos la tasa es de 4.1%. Deberá pues evaluarse caso por caso.

29 La elección entre uno y otro criterio supone la oscilación entre la certidumbre y la flexibilidad en la regulación de los supuestos de sub capitalización, sin que pueda garantizarse una eficacia absoluta a ninguno de ellos. La utilización de ratios fijos que pongan en relación la proporción entre los recursos propios y los recursos ajenos de una sociedad tiene la ventaja evidente de su carácter objetivo, facilitando el conocimiento del tratamiento que la legislación tributaria dispensa a tales situaciones. LETE ACHIRICA, Carlos. Op. Cit. p. 345.

30 En esa línea de pensamiento es interesante citar lo expresado por LETE ACHIRICA respecto de la subcapitalización:“(…) no puede hablarse, en mi opinión, de un negocio simulado entre las sociedades contratantes puesto que no se finge o simula ningún negocio, sino que se celebra real y verdaderamente un contrato de préstamo con interés, aún cuando los intereses pactados sean excesivamente onerosos en comparación con los que se estipulan en contratos similares”. Ibid, p. 358.

31 MONTESTRUQUE parece ir en esa dirección cuando señala: “Hemos visto que las medidas destinadas a combatir la subcapitalización buscan evitar la discrepancia entre la realidad económica y la forma jurídica, es decir, que el préstamo encubra una verdadera aportación de capital”. MONTESTRUQUE ROSAS, Karina. Op. Cit. p. 259.

32 Conforme lo ha destacado Ferrara, “Lo más característico en el negocio simulado es la divergencia intencional entre voluntad y declaración. Lo interno, lo querido, y lo externo, lo declarado, están en oposición consciente. En efecto, las partes no quieren el negocio; quieren solamente hacerlo parecer, y por eso emiten una declaración disconforme con su voluntad”. FERRARA, Francisco. La Simulación de los Negocios Jurídicos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, p.44.

33 LETE ACHIRICA, Carlos. Op. Cit. p. 360.

mayor ahorro fiscal, aún cuando la causa del negocio corresponde a otra forma jurídica (distribución de beneficios). En el caso peruano, como explicamos al inicio de estas reflexiones, la Norma VIII del Código Tributario no estaría reconociéndose como una norma antifraude, motivo por el cual no sería apropiada para enfrentar una práctica elusiva en materia de subcapitalización.

Es así que la norma anti subcapitalización es una regla antielusiva especial diseñada para un caso concreto y específico. Aunque su parámetro de identificación se encuentra en el principio de libre concurrencia (o también conocido como principio arm's length)³⁴, es fundamentalmente una regla anti elusión y así debe ser entendida. En efecto, independientemente del método que cada legislación adopte (objetivo o subjetivo), lo que se busca con la regla es evitar la obtención de un ahorro fiscal a través de prácticas fraudulentas.

Tratándose de legislaciones que adopten el método subjetivo, se observará con mayor claridad su relación con el principio de libre concurrencia, pues sin lugar a dudas será el que mejor exprese en cada caso concreto si la transacción que debió celebrarse es un aporte de capital o un préstamo. Por otro lado, en el escenario de legislaciones que adopten el método objetivo, el fundamento es el mismo, no obstante, sucede que el legislador trata de acercarse al citado principio estableciendo un ratio de proporción entre el pasivo y el capital de la empresa.

En ambos casos, sean legislaciones que utilicen el método subjetivo u objetivo, la norma anti subcapitalización tiene por fundamento el principio de libre concurrencia. A decir de VEGA BORREGO, el fundamento que subyace, al igual que en la regulación en materia de operaciones vinculadas (precios de transferencia), es la determinación de la renta de la sociedad prescindiendo de las minoraciones realizadas con sujetos con los que se encuentre vinculado³⁵.

LETE ACHIRICA agrega en el mismo sentido³⁶, que las reglas de precios de transferencia y las de

subcapitalización tienen un fundamento similar. En el primer caso se proclama de manera directa la aplicación del principio de valoración arm's length a todas las operaciones que, teniendo lugar entre personas o entidades vinculadas, suponga un diferimiento de la tributación o una tributación inferior a la que hubiera correspondido por aplicación del valor de mercado. En el segundo caso, se da por supuesto el citado principio al establecerse una aplicación imperativa respecto de ciertas formas de capitalización encubierta.

Es así que debemos entender a la regla anti subcapitalización como una norma anti elusiva de carácter específico que tiene por fundamento el principio arm's length, pues se determina en función a dicho criterio.

4. La Subcapitalización en la Ley del Impuesto a la Renta

A partir del ejercicio gravable 2001 se encuentra vigente la regla anti subcapitalización en nuestro país. En efecto, el último párrafo del inciso a) del Artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta establece que: "Serán deducibles los intereses provenientes de endeudamientos de contribuyentes con partes vinculadas cuando dicho endeudamiento no exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine mediante decreto supremo sobre el patrimonio del contribuyente; los intereses que se obtengan por el exceso de endeudamiento que resulte de la aplicación del coeficiente no serán deducibles"³⁷.

Como se podrá observar, el legislador ha optado por consagrar el método objetivo, al establecer vía reglamentaria un ratio de 3/1 entre el importe del endeudamiento y el patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior. Así, nuestra norma anti elusiva, si bien simplifica la labor de la Administración Tributaria y del contribuyente, resulta siendo inadecuada para aquellos sectores que por las características propias de sus actividades tienen un alto grado de endeudamiento (como aquellas empresas mineras en etapa de exploración, por ejemplo). Igualmente, un sector de empresas que debió excluirse de la aplicación de la regla, a nuestro entender, es el financiero³⁸, pues precisamente el

34 Por este principio, las operaciones entre sujetos vinculados deben realizarse como si fueran terceros independientes.

35 Agrega este autor que la norma de subcapitalización, aunque tiene la misma finalidad de las normas sobre precios de transferencia, contempla una situación diferente. La discordancia entre las condiciones de las operaciones de la sociedad y a las que se llegarían en una situación de independencia, no se refieren al valor de la operación, sino al volumen operaciones que se alcanza. Cuando el volumen de recursos ajenos proveniente de sujetos vinculados supera la capacidad de crédito de la sociedad en una situación de independencia, es cuando se aplican las correcciones de esta norma. La normativa en materia de operaciones vinculadas (precios de transferencia) solamente permite corregir las condiciones de cada operación de endeudamiento, pero no efectuar una corrección porque se ha rebasado la capacidad de crédito de la sociedad. VEGA BORREGO, Félix Alberto. Op. Cit. p. 8.

36 Al comentar las normas de precios de transferencia y la norma anti subcapitalización en la Ley del Impuesto a las Sociedades de España.

37 Por su parte, el numeral 6 del inciso a) del Artículo 21 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta establece que: "El monto máximo de endeudamiento con sujetos o empresas vinculadas, a que se refiere el último párrafo del inciso a) del Artículo 37 de la Ley, se determinará aplicando un coeficiente de 3 (tres) al patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior. Tratándose de sociedades o empresas que se escindan en el curso del ejercicio, cada uno de los bloques patrimoniales resultantes aplicará el coeficiente a que se refiere el párrafo anterior sobre la proporción que les correspondería del patrimonio neto de la sociedad o empresa escindida, al cierre del ejercicio anterior, sin considerar las revaluaciones voluntarias que no tengan efecto tributario. En los casos de fusión, el coeficiente se aplicará sobre la sumatoria de los patrimonios netos de cada una de las sociedades o empresas intervinientes, al cierre del ejercicio anterior, sin considerar las revaluaciones voluntarias que no tengan efecto tributario.

Los contribuyentes que se constituyan en el ejercicio considerarán como patrimonio neto su patrimonio inicial.

Si en cualquier momento del ejercicio el endeudamiento con sujetos o empresas vinculadas excede el monto máximo determinado en el primer párrafo de este numeral, sólo serán deducibles los intereses que proporcionalmente correspondan a dicho monto máximo de endeudamiento".

38 No obstante, existen normas especiales que regulan los préstamos entre entidades financieras vinculadas.

endeudamiento es una de las actividades principales de este tipo de empresas³⁹.

No obstante, este método es mayormente adoptado en la legislación comparada y consideramos que resulta aceptable mantenerlo, máxime si una eventual implementación del método subjetivo requerirá una Administración Tributaria más preparada para afrontar estos desafíos y una reglamentación cuidadosamente estructurada.

Recalificación como Dividendos. ¿Se sigue el Fundamento?

Considerando el fundamento ya explicado respecto de esta regla, entendiéndola como una cláusula anti elusiva especial cuyo fundamento se encuentra en el principio de libre concurrencia, no se entienden las razones por las que el legislador no ha incluido un tratamiento acorde con dicho sentido. Nos explicamos.

Bajo el método objetivo, aunque por otro camino, se busca llegar al mismo resultado, esto es, determinar el importe del gasto financiero (intereses) que ya no debió ser tal, pues correspondía normalmente una distribución de dividendos, toda vez que en una operación entre partes independientes no se habría realizado el financiamiento. En ese sentido, al optar el legislador por el método objetivo, la consecuencia natural debiera ser el recalificar al exceso como dividendos, con todos los efectos que ello implica, esto es, la procedencia de la retención por el sobreendeudamiento con la tasa de 4.1% en caso de no domiciliados.

Sin embargo, el legislador peruano no ha consagrado dicho tratamiento y se ha limitado a establecer que el exceso no será deducible para fines de la determinación de la renta neta. En tal escenario, la retención deberá efectuarse por el total del gasto provisionado en la contabilidad con la tasa de 30%, tanto por la parte que será deducible como por la que no⁴⁰. Así, si el legislador peruano ha optado por el método objetivo, debería establecer un tratamiento acorde con los fundamentos que subyacen a la regla anti subcapitalización.

Algunas Operaciones discutibles. Un punto de vista

Otro aspecto importante. Imaginemos una empresa domiciliada en nuestro país que requiere de una inyección de recursos, para lo cual coordina el traslado de los mismos provenientes de una empresa relacionada domiciliada en el exterior. Sin embargo, esta última utiliza una entidad financiera del exterior, en la que coloca su capital, y a su vez, ésta es la que directamente efectúa el préstamo a nuestra empresa domiciliada del ejemplo.

Esta empresa registrará un determinado importe como gasto financiero por el préstamo directamente celebrado con la entidad financiera del exterior.

Otro caso. Imaginemos que la misma empresa domiciliada en nuestro país, en lugar de solicitar la inyección de recursos a su vinculada, contrata a una entidad financiera independiente del exterior para que efectúe el préstamo, requiriéndole a la entidad vinculada que actúe como fiador en la transacción. Nuestra empresa registrará gastos financieros (intereses) por su operación con la mencionada entidad financiera.

Un último caso. Imaginemos que la misma empresa solicita ahora directamente los recursos a su vinculada del exterior recibiendo los fondos de aquella. Nuestra empresa, en cuanto recibe los fondos los traslada inmediatamente a sus empresas vinculadas domiciliadas en el interior del país. Así, cada una de las empresas relacionadas domiciliadas en nuestro país registrarán gastos financieros en relación al préstamo de la receptora primigenia de los fondos, y esta a su vez registrará gastos financieros con la entidad vinculada del exterior.

Ahora bien, estos tres casos muestran escenarios límite en los cuales resulta interesante analizar la procedencia de la regla anti subcapitalización. En el primero de los escenarios mencionados (el denominado préstamo back to back) existe un financiamiento indirecto, pues al utilizar a un tercer sujeto, este sólo se ubica como un intermediario operativo en la transacción. No obstante, ello no desnaturaliza el carácter del financiamiento, motivo por el cual los citados gastos financieros deberán ser incluidos en el cálculo del importe de subcapitalización.

En el segundo de los casos explicados, (préstamo garantizado), obsérvese que no existe financiamiento entre nuestra empresa domiciliada y su entidad vinculada del exterior. Empero, existe un financiamiento entre la entidad financiera del exterior (no vinculada) y nuestra empresa domiciliada. Así, no existe pues financiamiento (o endeudamiento, como lo establece nuestra LIR) entre los sujetos vinculados. En todo caso, existirá un financiamiento entre los sujetos vinculados cuando la entidad financiera ejerza la garantía, pues antes de ello el financiamiento será efectuado directamente entre la entidad financiera del exterior y nuestra empresa. De esta manera, el gasto financiero registrado por la operación no deberá formar parte del cálculo de las normas de subcapitalización, hasta que eventualmente se utilice la garantía y sólo en ese escenario los intereses que se generen frente a la entidad vinculada del exterior serán incluidos en el cálculo del exceso de la regla anti elusiva.

En el tercero de los escenarios propuestos, si bien la empresa domiciliada principal recibirá directamente

39 La regla anti subcapitalización española excluye expresamente a las entidades financieras de su aplicación. Señala MORENO FERNANDEZ que: "Con buena lógica jurídica se excluye a las entidades financieras de la aplicación de tal concepto, habida cuenta que es, precisamente, el endeudamiento una de las actividades principales de este tipo de empresas". MORENO FERNANDEZ, Juan Ignacio. En: Impuesto sobre sociedades: Aspectos Fundamentales. Editorial Lex Nova. Valladolid. 1997. p. 453.

40 Cuando lo que debiera corresponder es el tratamiento del exceso no deducible como dividendo, efectuando la retención con la tasa de 4.1% por dicho extremo.

los fondos de la empresa vinculada del exterior, serán cada una de las empresas relacionadas domiciliadas las que deberán incluir los gastos financieros dentro del cálculo de la subcapitalización, pues en este caso, la principal sólo se configura como un intermediario operativo.

Es importante señalar que los escenarios explicados no tienen una solución clara desde la perspectiva de nuestra LIR, motivo por el cual deberá ser considerada una alternativa acorde con la naturaleza y razón de ser de la regla anti subcapitalización.

5. La Subcapitalización y algunos Casos en la Legislación Comparada

Los cuestionamientos planteados respecto la regla peruana anti subcapitalización han sido abordados en mayor o menor medida por la legislación comparada. El caso español resulta ser ilustrativo del avance en esta materia. Veamos:

El Caso Español

La legislación española ha adoptado el método objetivo, por lo que son atribuibles a dicha normativa los cuestionamientos explicados en relación a nuestra norma anti subcapitalización⁴¹. Se establece expresamente que el exceso del gasto financiero deberá recalificarse como dividendos, de tal forma que la redacción se alinea con el fundamento de la regla antielusiva como venimos comentando.

Debemos mencionar que la regla española excluye explícitamente de su ámbito de aplicación a las entidades financieras bajo los argumentos que ya explicamos anteriormente (su actividad más importante es precisamente el endeudamiento). Por otro lado, es importante también destacar que la regla española establece que no se aplica cuando la entidad no residente en España sea miembro de la Unión Europea. Sobre este

último extremo, es importante destacar que el texto primigenio del Artículo comentado establecía que la regla se aplicaba sólo cuando el prestamista era un sujeto no residente en España, no así cuando ambas partes de la operación eran residentes⁴². Debido a la incompatibilidad de esta situación con las normas comunitarias, se estableció que la regla no se aplica cuando la entidad no residente en España sea miembro de la Unión.

El Caso Alemán

La regla alemana anti subcapitalización, al igual en el caso español, establecía su aplicación a las operaciones de financiación realizadas por una persona o entidad residente en el extranjero. No obstante, a partir del 2004, se extendió su aplicación a las operaciones de financiación realizadas entre entidades residentes en Alemania.

Así, la norma actualmente señala que cuando el grado de endeudamiento neto remunerado de una sociedad residente con su accionista (residente o no), exceda del resultado de aplicar el coeficiente 1,5 a la cifra del correspondiente capital fiscal, los intereses devengados que correspondan al exceso deben tratarse como dividendos para el prestamista. Agrega que la regla resultará aplicable en la medida que el accionista detente, directa o indirectamente, una participación en la entidad alemana, como mínimo de 25%.

El legislador alemán ha optado por el método objetivo, por lo que resultan aplicables los cuestionamientos referidos a este sistema. Es importante observar que el exceso es tratado como dividendo para el prestamista, razón que supone otorgarle consecuencias tributarias en ese sentido para todo efecto.

El Caso Mexicano

México decide adoptar las medidas anti subcapitalización en el 2005 en su legislación del Impuesto a la Renta, de acuerdo a la siguiente redacción:

41 El Artículo 20 de la Ley Española del Impuesto sobre Sociedades establece:

"1. Cuando el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad, excluidas las entidades financieras, con otra u otras personas o residentes no residentes en territorio español con las que esté vinculada, exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal, los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos.

2. Para la aplicación de lo establecido en el apartado anterior, tanto el endeudamiento neto remunerado como el capital fiscal se reducirán a su estado medio a lo largo del período impositivo. Se entenderá por capital fiscal el importe de los fondos propios de la entidad, no incluyéndose el resultado del ejercicio.

3. Los sujetos pasivos podrán someter a la Administración tributaria, en los términos del artículo 16.6 de esta ley, una propuesta para la aplicación de un coeficiente distinto del establecido en el apartado 1. La propuesta se fundamentará en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas. Lo previsto en este apartado no será de aplicación a las operaciones efectuadas con o por personas o entidades residentes en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales.

4. Lo previsto en este artículo no será de aplicación cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal."

42 Comentando dicha situación PALAO señala que: "Ello es coherente porque es en el endeudamiento con no residentes donde se produce con mayor intensidad el peligro de que la Hacienda española sufra una pérdida recaudatoria (...) en la esfera interna este hecho es normalmente intrascendente pues los intereses deducidos por la sociedad prestataria serán renta sujeta en la prestamista, pero habrá una pérdida neta de recaudación para el Estado de residencia cuando la prestamista sea una entidad no residente". Citado por VEGA BORREGO, Felix Alberto. Op. Cit. 9. y en uno y otro caso las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, las rentas que habrían sido obtenidas por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en la renta de esa empresa y sometidas a imposición en consecuencia.

2. Cuando un Estado Contratante incluya en la renta de una empresa de ese Estado, y someta, en consecuencia, a imposición, la renta sobre la cual una empresa del otro Estado Contratante ha sido sometida a imposición en ese otro Estado, y la renta así incluida es renta que habría sido realizada por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que se hubiesen convenido entre empresas independientes, ese otro Estado practicará, si está de acuerdo, el ajuste que proceda de la cuantía del impuesto que ha gravado sobre esa renta. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio y las autoridades competentes de los Estados Contratantes se consultarán en caso necesario".

“No son deducibles: (...) Los intereses que se deriven de las deudas que tenga el contribuyente en exceso, en relación con su capital, que provengan de capitales tomados en préstamo que hayan sido otorgados por una o más personas que se consideren partes relacionadas en los términos del Artículo 215 de esta Ley, siempre que el monto de las deudas sea superior al triple del monto del capital contable (...)”

En este país se adopta igualmente el método objetivo, y en forma similar a la legislación peruana, no distingue la aplicación de la regla en el caso de residentes o no residentes en el país y tampoco recalifica el exceso como dividendo.

Como vemos, estos tres casos específicos nos muestran que la regla de subcapitalización viene constituyéndose en una herramienta fundamental a fin de evitar un menoscabo de la recaudación fiscal en virtud a prácticas elusivas. No obstante, podemos adelantar una conclusión relevante para nuestro objetivo, el cual es que en la mayoría de países se opta por recalificar el exceso de la proporción gasto financiero/capital como dividendos, en el marco del método objetivo, pues ello se condice con la naturaleza y fundamento de la regla anti subcapitalización.

6. Aproximaciones de la Regla a los Parámetros de la OCDE

Los Convenios para Evitar la Doble Imposición que celebran la mayoría de los Estados se encuentran amparados en el Modelo elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). En ese contexto, dicho Modelo no contiene ninguna norma específica dedicada al tema de la subcapitalización de empresas con fines fiscales.

No obstante, es el Artículo 9 del Modelo el que podría ser invocado en esta materia⁴³. Este Artículo se centra en las denominadas “empresas asociadas” y tiene como finalidad fundamental proclamar la aplicación del principio arm’s length respecto de operaciones efectuadas entre tales empresas. No obstante, si bien el citado Artículo 9 del modelo no alude al supuesto

de la subcapitalización, los Comentarios declaran literalmente que el citado Artículo es relevante no sólo en la tarea de determinar si el interés pactado en un contrato de préstamo lo ha sido de conformidad con el principio arm’s length, sino también en la consideración de si un contrato de préstamo puede ser calificado como tal, o debe ser reputado como alguna otra clase de pago, en concreto como una forma de retribución de capital⁴⁴.

Puede observarse, por tanto, que si bien el Artículo 9 del modelo no menciona la cuestión de la subcapitalización, los Comentarios al dicho precepto se refieren a ella expresamente, admitiendo su invocación a través del Artículo 9. Señalan que dicho Artículo no impide la aplicación de las normas nacionales sobre subcapitalización, siempre que el efecto de tales normas sea el de incorporar a los beneficios del deudor un importe equivalente al de los beneficios que se habrían obtenido en una situación de libre competencia⁴⁵.

En ese sentido, el centro de la cuestión se encuentra en la identificación del método que mejor se adapta a los parámetros del Artículo 9 del modelo de la OCDE, a la luz de los Comentarios que lo articulan. Así, refiriéndose al método objetivo, la OCDE establece una serie de cautelas. A saber: este método es compatible con el mencionado Artículo si la sociedad, pese a superar el coeficiente legal de endeudamiento, puede evitar las consecuencias de la norma en materia de subcapitalización probando que su endeudamiento se ajusta al principio de independencia. De esta manera, la prueba de lo contrario consiste en demostrar que en una situación de independencia podría haber obtenido el mismo volumen de fondos ajenos. En ese sentido, el hecho de que el endeudamiento se produzca con entidades vinculadas sería una cuestión circunstancial, habida cuenta que su capacidad de crédito le habría permitido igualmente obtener esos recursos de sujetos independientes⁴⁶.

Otra cautela: el método objetivo debe guardar el necesario grado de flexibilidad para que el contribuyente sólo tenga la obligación de articular prueba de lo

43 El Artículo 9 del Modelo señala lo siguiente:

“EMPRESAS ASOCIADAS

1. Cuando

(a) una empresa de un Estado Contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado Contratante, o

(b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado Contratante y de una empresa del otro Estado Contratante,

y en uno y otro caso las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, las rentas que habrían sido obtenidas por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en la renta de esa empresa y sometidas a imposición en consecuencia.

2. Cuando un Estado Contratante incluya en la renta de una empresa de ese Estado, y someta, en consecuencia, a imposición, la renta sobre la cual una empresa del otro Estado Contratante ha sido sometida a imposición en ese otro Estado, y la renta así incluida es renta que habría sido realizada por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que se hubiesen convenido entre empresas independientes, ese otro Estado practicará, si está de acuerdo, el ajuste que proceda de la cuantía del impuesto que ha gravado sobre esa renta. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio y las autoridades competentes de los Estados Contratantes se consultarán en caso necesario”.

44 Esta problemática fue analizada en 1986 por la OCDE en un informe de su Comité de Asuntos Fiscales. Las conclusiones a este informe se introdujeron en los Comentarios a la versión de 1992 del Modelo.

45 LETE ACHIRICA, Carlos. Op. Cit. 392.

46 VEGA BORREGO, Felix Alberto. Op. Cit. pp. 20-21.

contrario cuando sea estrictamente necesario⁴⁷. De esta manera, es el método objetivo el idóneo para alinearse en la lógica del Artículo 9 del Modelo, sólo con las características expuestas.

En ese orden de ideas, la norma anti subcapitalización en nuestro país, en tanto método objetivo que no admite la posibilidad de articular prueba en contrario respecto de la situación de mercado del endeudamiento, resulta contraria a los lineamientos de la OCDE, y por tanto, resulta antagonista de aquellos convenios celebrados por nuestro país al amparo de su modelo (esto es, los convenios con Chile y Canadá). En efecto, los convenios que nuestro país ha celebrado bajo dicho esquema han reconocido en lo fundamental el Artículo 9 del modelo, por lo cual resulta fundamental seguir una segunda cuestión: ¿Qué norma será aplicable ante una situación de conflicto entre estos dos niveles normativos?

Pues bien, de presentarse un caso de conflicto normativo, deberá seguirse lo establecido por la OCDE y optarse por el método objetivo, con la posibilidad de articular prueba en contrario. Aunque teóricamente sería posible que se opte por el método subjetivo, por ser el que mejor reflejaría el principio de libre independencia, en nuestra opinión nos involucraría en una complicada actividad probatoria.

7. Conclusiones

Un correcto entendimiento de la norma anti subcapitalización en nuestra legislación supone considerarla como una norma antielusiva especial cuyo fundamento se encuentra en el principio de libre concurrencia. Se trata de establecer si una empresa hubiese accedido a un crédito en las mismas condiciones de sobreendeudamiento de tratarse de una transacción con un tercero independiente.

De ningún modo puede entenderse que una operación de subcapitalización supone un negocio simulado, pues en todo extremo la operación es real y fehaciente, además que la forma jurídica coincide con la realidad de la operación: se ha celebrado un contrato y un contrato se ha realizado.

La doctrina y la legislación comparada han reconocido dos métodos para identificar situaciones en las que se ha celebrado de manera anormal un contrato de préstamo, cuando se debió efectuar un aporte de capital. Estos métodos (subjetivo y objetivo) tienen aspectos positivos y negativos a resaltar. No obstante ello, es el método objetivo con la posibilidad de articular prueba en contrario respecto del endeudamiento de mercado, el que mejor se adecua a los lineamientos de la OCDE. Asimismo, la norma peruana requiere adecuarse, en base a una depuración de su técnica legislativa, al fundamento que subyace a dicha regla (recalificación del exceso como dividendos) 

47 En ese orden de ideas, es interesante mencionar lo señalado por VEGA BORREGO al comentar el Artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de España: "En principio el Artículo 20 de la LIS, como hemos tenido ocasión de analizar, no permite prueba de lo contrario. De ahí que las consecuencias jurídicas previstas en el Artículo 20 de la LIS no dejan de aplicarse cuando el sujeto afectado prueba que su situación patrimonial, a pesar de superar el coeficiente de tres, responde a una situación de mercado. Esta situación, como sostiene la mayoría de la doctrina, determina que la normativa española incumpla las exigencias del Artículo 9 del Modelo (...) al no permitirse la prueba en contrario la normativa española no garantiza que los ajustes respeten el principio de independencia". Ibid, p. 22.