

VENEZUELA Y LAS MEDIDAS BEPS^f

VENEZUELA AND THE BEPS ACTIONS

SERVILIANO ABACHE CARVAJAL[§]

Fecha de recepción: 07 de diciembre de 2015
Fecha de aprobación: 14 de diciembre de 2015

Página inicial: 13
Página final: 64

Resumen: En este trabajo se identifican y analizan críticamente las principales medidas existentes en la legislación venezolana del impuesto sobre la renta y su compatibilidad con el plan BEPS, así como su eventual grado de influencia en el régimen fiscal venezolano.

Abstract: In this paper the principal existing measures in the Venezuelan income tax legislature are identified and critically analyzed, as it is their compatibility with the BEPS action plan, as well as their eventual influence in the Venezuelan tax regime.

Palabras clave: plan de acción BEPS, transparencia fiscal internacional, precios de transferencia, subcapitalización, intercambio de información, doble no imposición, derechos del contribuyente.

^f Dedico este trabajo a mi querido amigo Jesús Sol Gil, cuya fuerza de voluntad es una inspiración para todos.

[§] Abogado mención *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Tributario mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela. Máster en Argumentación Jurídica mención *Sobresaliente*, Universidad de Alicante, España. Experto en Fiscalidad Internacional, Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesor de postgrado en Derecho Tributario, Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Metropolitana y Universidad Católica del Táchira. Profesor de pregrado de Introducción al Derecho, Universidad Central de Venezuela y de Argumentación Jurídica, Universidad Católica Andrés Bello. Profesor invitado de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro de Número, del Consejo Directivo y Coordinador del Comité Editorial de la Revista de Derecho Tributario, Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Ganador del "Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales", edición 2012-2013, obra galardonada: *La atipicidad de la «presunción» de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario*, Editorial Jurídica Venezolana-Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Colección Estudios Jurídicos, N° 93, Caracas, 2012, 332 p. Miembro Encargado de la Sección Venezolana de la "Reseña de Fiscalidad Sudamericana" de la Revista *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, dirigida por el Prof. Victor Uckmar. Coordinador de la Sección Venezolana del Observatorio *Doxa* de Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, España, dirigido por el Prof. Manuel Atienza.

Key Words: BEPS action plan, controlled foreign corporations rules, transfer prices, thin capitalization, information exchange, double non taxation, taxpayer's rights.

SUMARIO

- I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. LA SITUACIÓN (ACTUAL) DE VENEZUELA
- II. RÉGIMEN FISCAL INTERNACIONAL VIGENTE EN VENEZUELA. RENTA MUNDIAL Y/O RENTA TERRITORIAL.
- III. IDENTIFICACIÓN DE LAS PRINCIPALES MEDIDAS EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA CON EVENTUAL VOCACIÓN BEPS
 1. Transparencia fiscal internacional, reglas de compañías foráneas controladas o *controlled foreing corporations rules (CFC rules)*.
 2. Precios de transferencia o *transfer prices*
 3. Subcapitalización, capitalización delgada o *thin capitalization*.
 4. Intercambio de información o *information Exchange*
 5. Beneficios de los CDI y evitación de la «doble no imposición», *double non taxation* o no imposición Internacional
- IV. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRINCIPALES MEDIDAS EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA CON EVENTUAL VOCACIÓN BEPS
 1. Transparencia fiscal internacional, reglas de compañías foráneas controladas o *controlled foreing corporations rules (CFC rules)*
 - 1.1. Introducción al régimen de transparencia fiscal internacional (TFI) venezolano
 - 1.2. Concepto de paraísos fiscales o jurisdicciones de baja imposición en el régimen de TFI venezolano
 - 1.3. Países en la lista negra (*black listed countries*) a los fines del régimen de TFI venezolano
 - 1.4. Criterios de aplicación del régimen de TFI venezolano
 - 1.5. Supuestos de no aplicación del régimen de TFI venezolano: el principio de la *actividad económica sustancial* y la realización de la inversión por la República, los Estados o los Municipios

-
- 1.6. Determinación del enriquecimiento o pérdida fiscal de las inversiones, y objetivos del régimen venezolano de TFI
 - 1.7. Deberes formales (con trascendencia material) del régimen de PT venezolano: la declaración informativa sobre las inversiones en jurisdicciones de baja imposición fiscal y su necesidad para la imputación de costos y la deducibilidad de gastos, a fines de determinar el enriquecimiento o pérdida fiscal en el régimen de TFI venezolano
 - 1.8. Recapitulando el régimen de TFI venezolano: su vocación BEPS
 2. Precios de transferencia o *transfer prices*
 - 2.1. Introducción al régimen de precios de transferencia (PT) venezolano
 - 2.2. Principio de independencia, de operador independiente o *arm's length principle* en el régimen de PT venezolano
 - 2.3. Noción de partes vinculadas en el régimen de PT venezolano
 - 2.4. Criterios de aplicación del régimen de PT venezolano
 - 2.5. Los métodos aplicables para determinar el precio en operaciones comparables en el régimen de PT venezolano
 - 2.6. Acuerdos de precios anticipados (APA) del régimen de PT venezolano
 - 2.7. Deberes formales del régimen de PT venezolano: la declaración informativa sobre las operaciones efectuadas entre partes vinculadas durante el ejercicio fiscal, la documentación contemporánea y el libro cronológico de operaciones financieras internacionales
 - 2.8. Recapitulando el régimen de PT venezolano: su vocación BEPS
 3. Subcapitalización, capitalización delgada o *thin capitalization*
 - 3.1. Introducción al régimen de subcapitalización venezolano
 - 3.2. El principio de independencia, de operador independiente o *arm's length principle* y el régimen de subcapitalización venezolano
 - 3.3. Criterios de aplicación del régimen de subcapitalización venezolano
 - 3.4. El parámetro de medición (capital o patrimonio) del régimen de subcapitalización venezolano
 - 3.5. El monto deducible de los intereses y la re-caracterización del excedente como patrimonio neto en el régimen de subcapitalización venezolano
 - 3.6. La utilización alternativa (¿y combinada?) de los métodos objetivo y subjetivo de aplicación del régimen de subcapitalización venezolano
 - 3.7. Recapitulando el régimen de subcapitalización venezolano: su vocación BEPS

-
4. Intercambio de información en Venezuela y CDIs
 - 4.1. Introducción al régimen de intercambio de información en Venezuela
 - 4.2. Fuentes y tipos de intercambio de información permitidos en Venezuela
 - 4.3. Países con los que Venezuela ha suscrito CDIs
 - 4.4. Límites al intercambio de información en los CDIs suscritos por Venezuela y en el ordenamiento interno
 - 4.5. Recapitulando el régimen de intercambio de información en Venezuela: su vocación BEPS
 5. Beneficios de los CDIs y evitación de la «doble no imposición», *double non taxation* o no imposición internacional
 - 5.1. Introducción y comentario general sobre los beneficios de los CDIs y la evitación de la «doble no imposición» o no imposición internacional en su aplicación
 - 5.2. Recapitulando el fin perseguido por el artículo 3 de la LISLR venezolana: su vocación BEPS
- V. GRADO DE INFLUENCIA (NULO, SIMBÓLICO O AMPLIO) DEL PLAN BEPS EN VENEZUELA
- VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. LA SITUACIÓN (ACTUAL) DE VENEZUELA

En la actualidad Venezuela está muy lejos de competir –y cada vez más– con sus países vecinos, precisamente por las medidas fiscales, regulatorias, políticas y económicas que ha venido estableciendo, no favorables a la apertura y bienvenida de inversiones extranjeras, en dirección diametralmente opuesta a las tendencias internacionales de los negocios en un mundo cada vez más globalizado e integrado⁽¹⁾.

En efecto, el gobierno venezolano ha venido adoptando asistemáticamente –y sigue haciéndolo– una serie de lineamientos que en nada abonan para el desarrollo y la corrección de la inestabilidad económica del país, para atraer la inversión extranjera directa ni mantener la doméstica, cuestión que, sin duda alguna, repercute significativamente en la movilidad de capitales y de trabajo por parte de grupos empresariales multinacionales.

Dentro de estos lineamientos oficiales seguidos en asuntos tributarios, son varios los temas a considerar. El Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria SENIAT (que es el órgano federal de administración fiscal y máxima autoridad competente por la materia), ha diseñado y ejecutado una serie de medidas en el marco del ampliamente publicitado –y cuestionado– «Plan Evasión Cero», consistente en imponer multas y sanciones de clausura a las empresas, ambas por presuntos incumplimientos de deberes formales⁽²⁾, cuestión que, seguramente, se verá peligrosamente intensificada con ocasión a la reciente «reforma tributaria» que ha tenido lugar, mediante la cual el Poder Ejecutivo –vía

(1) Dentro de las tendencias y efectos de la globalización, podrían destacarse los siguientes: (i) las empresas dejan de tener una dimensión exclusivamente interna, (ii) las relaciones económicas dejan de ser sólo de intercambio de bienes tangibles, (iii) significativo aumento del comercio internacional, (iv) expansión de la libre circulación de capitales, (v) uso con fines económicos de nuevas tecnologías de internet, y (vi) aumento de la inversión extranjera directa, con subsecuente expansión empresarial y consolidación de grupos económicos multinacionales; entre otras. Cf. GARCÍA NOVOA, César, «Problemas actuales del Derecho Tributario Internacional», Conferencia dictada en la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas. Igualmente debe tenerse presente que la globalización, como fenómeno, es apreciable desde distintos ángulos o puntos de vista, como lo son las concepciones: (i) *comercial* (intercambio de bienes tangibles e intangibles), (ii) *financiera* (banca, seguros y mercados de capitales), y (iii) *laboral* (expansión, intensificación, especialización e innovación tecnológica). Cf. PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, «La política de Administración Tributaria en la globalización», *Administración Tributaria. En conmemoración a los 20 años del Seniat. Memorias de las XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo I, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2014, p. 172.

(2) Cf. ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La responsabilidad patrimonial del Estado “Administrador, Juez y Legislador” tributario venezolano. Especial referencia al paradigmático caso del procedimiento de verificación» (Relatoría Nacional - Venezuela), *Memorias de las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Tomo II, Abeledo Perrot-Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Buenos Aires, 2010, pp. 343-367.

ley habilitante⁽³⁾– modificó, entre otras leyes, el Código Orgánico Tributario⁽⁴⁾, recién entrado en vigencia en febrero de 2015, ampliando cualitativa y cuantitativamente el régimen de ilícitos fiscales.

También resulta necesario tener en cuenta el número de contribuciones parafiscales que recientemente se han dictado, contando a la fecha con más de cuarenta, lo que ha generado un importante aumento de tributos que no se integran coherente y coordinadamente con el ordenamiento jurídico, incrementando, a su vez, la presión fiscal acumulada de los contribuyentes⁽⁵⁾, lo cual no pareciera tener mucho sentido si se tiene en cuenta, además, que Venezuela es un país dependiente de su *renta petrolera* –no de sus ingresos propiamente tributarios–, que ha representado desde 1950, en promedio, más del noventa por cien (90%) de los *ingresos totales* del país⁽⁶⁾.

Por otro lado, aunado a las medidas fiscales, se ha denunciado internacionalmente⁽⁷⁾ que desde 2001 el gobierno venezolano asumió una tendencia negativa en relación al derecho de propiedad, protegido bajo el artículo 115 de la Constitución de 1999⁽⁸⁾. Según el *International Property Rights Index 2012*, Venezuela ocupaba el último puesto en el mundo (130/130) en la protección física de los derechos de propiedad, así como también ocupaba la penúltima posición mundial (129/130) en lo tocante al respeto por los derechos de propiedad intelectual.

-
- (3) Debe siempre recordarse la importancia de la estricta reserva legal que impera –y debe imperar– en la materia tributaria (*ley formal*: producto del parlamento), por lo que su regulación por parte del Ejecutivo –como acaba de ocurrir en la recién promulgada «reforma», en el marco de los decretos-leyes dictados con ocasión a la ley habilitante de noviembre de 2013–, atenta directamente contra la libertad individual y, en consecuencia, contra la Constitución misma. En efecto, *la autoimposición es libertad*, por lo que la «ejecutiva-imposición» no es más que una manifestación despótica, abusiva y, en fin, autoritaria del poder, mediante la cual se subvierte la libertad individual y se pulveriza la propiedad privada.
 - (4) Decreto N° 1.434 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Código Orgánico Tributario, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 6.152 Extraordinario, 18 de noviembre de 2014.
 - (5) Cf. ABACHE CARVAJAL, Serviliano y BURGOS-IRAZÁBAL, Ramón, «Parafiscalidad, sistema tributario y Libertad», en HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso (Coord.), *Enfoques actuales sobre Derecho y Libertad en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, p. 256.
 - (6) Cf. Ross, Maxim, *¿Capitalismo salvaje o Estado depredador?*, Editorial Alfa, Caracas, 2008, pp. 21-22.
 - (7) Cf. RONDÓN GARCÍA, Andrea, HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso y ARIAS CASTILLO, Tomás A., «Case Study: Private Property Abolition in Venezuela», *International Property Rights Index. 2010 Report*, American for Tax Reform Foundation/Property Rights Alliance, Washington, 2010, pp. 55-57.
 - (8) Artículo 115 de la Constitución de la República de Venezuela: «Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes». La vigente Constitución venezolana fue publicada originalmente en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.860, 30 de diciembre de 1999, reimpressa posteriormente con algunas correcciones en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.453 Extraordinario, 24 de marzo de 2000. Su primera enmienda, así como el texto íntegro de la Constitución, fueron publicados en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.908 Extraordinario, 19 de febrero de 2009.

tual. En el *International Property Rights Index 2013*⁽⁹⁾, si bien Venezuela «mejoró» en ambos casos (123/130 en la protección física de los derechos de propiedad y 119/130 en cuanto al respeto por los derechos de propiedad intelectual), ocupa el último lugar (130/130) en cuanto al ambiente legal y político, que a su vez comprende, entre otros, los índices de independencia judicial (130/130) y Estado de Derecho (129/130). Medidas como ocupaciones, intervenciones, expropiaciones, controles de precio, etcétera, dan cuenta de ello.

Por su parte, en el recién publicado *International Property Rights Index 2014*⁽¹⁰⁾, la posición del país se mantiene en lo más bajo de los distintos baremos: 96/97 en la protección física de los derechos de propiedad (penúltimos), 96/97 en cuanto al acatamiento de los derechos de propiedad intelectual (penúltimos), 97/97 en ambiente legal y político (últimos), índice que está integrado a su vez por los ya referidos a independencia judicial (97/97) y Estado de Derecho (97/97), ambos –también– en el último lugar.

De otro lado, según el Observatorio Venezolano de Derechos de Propiedad, desde 2007 hasta 2011 ha habido en Venezuela 3.355 violaciones a la propiedad privada, las cuales se distribuyen del modo siguiente: (i) 1911 violaciones derivadas de los «rescates» de tierras con vocación agraria; (ii) 915 violaciones a la propiedad de industrias y comercios; y (iii) 529 invasiones e intentos de invasiones.

Estas acciones, como puede observarse, lejos de atraer actividad económica transfronteriza, inversión extranjera (así como doméstica) y capitales al país, en contra de las tendencias de la globalización económica⁽¹¹⁾, han tenido un efecto negativo e internacionalmente conocido por la salida de importantes corporaciones y grupos económicos que no están dispuestos a seguir tolerando –o que, simplemente, ya no pueden mantenerse con– estos lineamientos y políticas de Estado. No resulta azaroso afirmar que Venezuela, en la actualidad, se encuentra al margen de la comunidad internacional –por lo menos de la *occidental*– en muchos aspectos y por muchas razones⁽¹²⁾.

Ante el escenario brevemente descrito, salta el siguiente interrogante, ¿podrían tener influencia y, de ser así, tendrían cabida –en la actualidad o en el futuro cercano– las medidas del *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (plan BEPS)⁽¹³⁾, dictadas en 2013 por la

(9) Consultado en: <http://www.internationalpropertyrightsindex.org/profile?location=Venezuela>, 8 de marzo de 2015.

(10) *Idem*.

(11) Cf. RODRÍGUEZ LOSADA, Soraya, *La interpretación de los convenios para evitar la doble Imposición suscritos por España*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2012, p. 15.

(12) Siendo una de las tantas razones –precisamente– la violación sistemática de la propiedad privada y la desatención generalizada del Estado de Derecho (*rule of law*) por parte del gobierno venezolano. Cf. FERGUSON, Niall, *Civilization: the West and the rest*, Penguin Books, Nueva York, 2012, p. 128.

(13) OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, consultado en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>, 8 de marzo de 2015. Como es sabido, este plan propone 15 acciones para paliar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios –así como establece los plazos de ejecución de estas acciones, y señala los recursos y la metodología de ejecución de las mismas–, cuales son: **Acción 1.** Abordar los retos de la economía digital para la imposición; **Acción 2.** Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos; **Acción 3.** Refuerzo de la normativa sobre CFC; **Acción 4.** Limitar

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁽¹⁴⁾ como consecuencia de la declaración que el G20 emitió un año antes, en el ordenamiento jurídico venezolano, teniendo en cuenta que las –ya de por sí bastante– cuestionables políticas y regulaciones fiscales y de otras indoles vigentes en Venezuela, han alejado la inversión extranjera de grupos empresariales multinacionales? La respuesta, de entrada, luce complicada, máxime si se repara en la concepción de las acciones del plan BEPS como una adopción «[c]ontra las empresas transnacionales»⁽¹⁵⁾.

No obstante lo anterior, lo cierto es que la legislación venezolana ha acogido no pocos criterios de fiscalidad internacional, dirigidos –precisamente– a evitar la *erosión de la base imponible y el traslado de beneficios empresariales*⁽¹⁶⁾, esto es, si bien no se le ha dado acogida formal al plan BEPS en el ordenamiento jurídico tributario venezolano y, por vía de consecuencia, no han tenido lugar reformas normativas por tal razón, no es menos cierto

la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros; **Acción 5.** Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia; **Acción 6.** Impedir la utilización abusiva de convenio; **Acción 7.** Impedir la elusión artificiosa del estatuto de establecimiento permanente (EP); **Acciones 8, 9, 10.** Asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor (**Acción 8** – Intangibles; **Acción 9** – Riesgos y Capital; **Acción 10** – Otras transacciones de alto riesgo); **Acción 11.** Establecer metodologías para la recopilación y el análisis de datos sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y sobre las acciones para enfrentarse a ella; **Acción 12.** Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva; **Acción 13.** Reexaminar la documentación sobre precios de transferencia; **Acción 14.** Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias; y **Acción 15.** Desarrollar un instrumento multilateral.

- (14) De la cual Venezuela no forma parte. Los países miembros de la OCDE son: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía.
- (15) PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, «La lucha contra la erosión de las bases de imposición y la transferencia de beneficios (BEPS)», *Ámbito Jurídico*, Año XV - Nº 193, noviembre, Legislación Económica, C. A., Caracas, 2014, p. 9.
- (16) Por *erosión de la base imponible y traslado de beneficios*, como objetivo central contra el cual se erige el plan BEPS para evitar que los ingresos transfronterizos no se graven (doble desimposición, doble desgravación, doble exención, doble no imposición, *double non taxation* o mejor denominada *no imposición internacional*) o casi no se graven (baja imposición o *low taxation*), se ha entendido la «[e]jecución de una planificación fiscal abrasiva por parte de las empresas de actuación internacional, apalancadas en los vacíos normativos y las debilidades institucionales, tendente a ocultar los beneficios obtenidos o para localizarlos en jurisdicciones de baja imposición con actividades económicas reducidas que motivan el establecimiento de regímenes diferenciales de nula incidencia». *Idem*. Esta noción sobre la erosión de la base y el traslado de beneficios, se encuentra muy cercana a una de las concepciones propuestas por la propia OCDE en su plan BEPS, al explicar que este fenómeno «[r]elates to arrangements that achieve no or low taxation by shifting profits away from the jurisdictions where the activities creating those profits take place. No or low taxation is not *per se* a cause of concern, but it becomes so when it is associated with practices that artificially segregate taxable income from the activities that generate it». OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion... cit.*, p. 12.

que muchos de los cambios más recientes en nuestra legislación han estado encaminados a adoptar medidas unilaterales de *cláusulas antielusión fiscal*⁽¹⁷⁾ o *cláusulas antielusorias*⁽¹⁸⁾, con el típico riesgo asociado a esta forma aislada de actuar en protección de la base impositiva doméstica, ante la potencial generación de doble imposición sin deducciones o exenciones que ayuden a aliviarla⁽¹⁹⁾.

Elo así, y a fines de atender los lineamientos fijados por la relatoría general del tema, en primer lugar presentaremos –brevemente– algunas consideraciones sobre el régimen fiscal internacional vigente en Venezuela, cuya finalidad no es otra más que contextualizar el estudio en el ordenamiento jurídico objeto del mismo. En segundo lugar, identificaremos las principales medidas existentes en la legislación venezolana del impuesto sobre la renta –fundamentalmente– dirigidas a evitar la erosión de la base imponible. En tercer lugar, nos encargaremos de proponer una descripción y análisis crítico de las medidas más relevantes y su compatibilidad o no con el plan BEPS. En cuarto lugar, haremos unas breves consideraciones sobre el eventual grado de influencia (nulo, simbólico o amplio) del plan BEPS en las medidas de la legislación venezolana para evitar la erosión de la base imponible. En quinto y último lugar, presentaremos nuestras conclusiones y recomendaciones sobre lo expuesto.

II. RÉGIMEN FISCAL INTERNACIONAL VIGENTE EN VENEZUELA. RENTA MUNDIAL Y/O RENTA TERRITORIAL

Como es sabido, es más que reconocido que en la imposición directa y, dentro de ésta, específicamente en materia de impuesto sobre la renta, existen dos grandes sistemas de tributación: (i) renta territorial o principio de fuente territorial, que sigue criterios objetivos de vinculación, y (ii) renta mundial o principio del domicilio o residencia y el principio de nacionalidad, que se acoge a criterios subjetivos⁽²⁰⁾.

(17) Nuestras propuestas sobre la concepción del fenómeno de la *elusión fiscal*, en: ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «Elusión fiscal y figuras afines. Reflexiones para su conceptualización, sistematización y aplicación pragmática», *Memorias de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Tomo I, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2008, pp. 927-953.

(18) Las cuales «[p]ueden ser definidas como estructuras normativas cuyo presupuesto de hecho aparece formulado con mayor o menor grado de amplitud, y al cual se ligan unas consecuencias jurídicas, que, en suma, consistirán en la asignación a la Administración de unas potestades consistentes en desconocer el acto o negocio realizado con ánimo elusorio, para, a continuación, proceder a aplicar el régimen jurídico-fiscal que se ha tratado de eludir». GARCÍA NOVOA, César, «Un nuevo paradigma de la lucha contra la elusión fiscal internacional. Paraísos fiscales, jurisdicciones no cooperativas e intercambio de información», *Revista de Derecho Tributario*, N° 143, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2014, p. 45, parafraseando a PISTONE, Pasquale, *Abuso del Derecho ed elusione fiscale*, Cedam, Pádova, 1995, p. 12.

(19) Cf. OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion... cit.*, p. 13.

(20) Cf. EVANS MÁRQUEZ, Ronald, *Régimen jurídico de la doble tributación internacional*, McGraw-Hill, Caracas, 1999, p. 6.

Estos sistemas se vienen aplicando en forma conjunta en muchos Estados, de una parte, el sistema de renta territorial, mediante el cual se gravan las rentas de fuente nacional obtenidas por personas residentes o no residentes en el país (criterio objetivo), muchos de los cuales, además, y de manera simultánea, aplican el sistema de renta mundial o global para gravar las rentas de fuente extranjera producidas por residentes del país (criterio subjetivo)⁽²¹⁾.

Este último es, precisamente, el caso de Venezuela. Desde la primera Ley de Impuesto sobre la Renta, que data al año 1942⁽²²⁾ y grava tanto a las sociedades cuanto a las personas naturales, Venezuela acogió el sistema de renta territorial –con algunas excepciones⁽²³⁾–, hasta que en el año 1999, luego de una reforma integral de la legislación del impuesto sobre la renta⁽²⁴⁾, el *régimen* fiscal venezolano⁽²⁵⁾ adicionalmente acogió, junto al sistema territorial, el sistema de renta mundial para gravar las rentas de fuente extranjera producidas y obtenidas por residentes o domiciliados –no por los nacionales– en Venezuela.

Dicha regulación se encuentra actualmente establecida en el artículo 1 de la recién reformada Ley de Impuesto sobre la Renta (LISLR) de 2014⁽²⁶⁾, de acuerdo al cual:

«Artículo 1. Los enriquecimientos anuales, netos y disponibles obtenidos en dinero o en especie, causarán impuestos según las normas establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.// Salvo disposición en contrario del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, toda persona natural o jurídica, residente o domiciliada en la República Bolivariana de Venezuela, paga-

(21) Cf. *Ibid.*, p. 8.

(22) Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 20.851, 17 de julio de 1942.

(23) Sobre estas excepciones, *vid.* CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal, «Principios de la renta mundial y de la renta territorial», en DE VALERA, Irene (Organizadora), *Comentarios a la Ley de Impuesto sobre la Renta*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2000, pp. 23-29, y CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal, «Factores de conexión en la legislación venezolana en materia de impuesto sobre la renta», en SOL GIL, Jesús (Coord.), *60 años de imposición a la renta en Venezuela. Evolución histórica y estudios de la legislación actual*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2003, pp. 163-167.

(24) Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.390 Extraordinario, 22 de octubre de 1999.

(25) Resulta oportuno recordar, brevemente, la diferencia entre *sistema* tributario y *régimen* tributario. Por *sistema* tributario, se entiende el conjunto integrado y coordinado de tributos (impuestos, tasas y contribuciones especiales) que forman parte de un ordenamiento jurídico y que se rigen por los principios constitucionales de la tributación, haciéndose un todo racional y razonable. Mientras que un *régimen* tributario, alude a un conjunto de tributos, superpuestos, que no componen un conjunto ordenado, lógico e integrado, desatendiendo los principios constitucionales de la tributación como pieza fundamental del orden fiscal de un país. Al respecto, *vid.* ABACHE CARVAJAL, Serviliano y BURGOS-IRAZÁBAL, Ramón, «Parafiscalidad...» *cit.*, pp. 275-280.

(26) Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 6.152 Extraordinario, 18 de noviembre de 2014. Esta «ley» adolece de las mismas críticas del nuevo Código Orgánico Tributario, anteriormente expuestas, por razón de –también– haber sido dictada a través de un *Decreto-Ley* (que es ley material, no formal). En particular, mis críticas en este sentido a la nueva LISLR, en: ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «De “reformas judiciales” a “reformas ejecutivas”. El caso de la reserva legal tributaria, el Decreto N° 1.435 y el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta», *Revista de Derecho Público* N° 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

rá impuestos sobre sus rentas de cualquier origen, sea que la causa o la fuente de ingresos esté situada dentro del país o fuera de él. Las personas naturales o jurídicas no residentes o no domiciliadas en la República Bolivariana de Venezuela estarán sujetas al impuesto establecido en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, siempre que la fuente o la causa de sus enriquecimientos esté u ocurra dentro del país, aun cuando no tengan establecimiento permanente o base fija en la República Bolivariana de Venezuela. Las personas naturales o jurídicas domiciliadas o residenciadas en el extranjero que tengan un establecimiento permanente o una base fija en el país, tributarán exclusivamente por los ingresos de fuente nacional o extranjera atribuibles a dicho establecimiento permanente o base fija»⁽²⁷⁾.

Es por lo anterior que, acertadamente se ha concluido que el sistema de impuesto sobre la renta venezolano comprende tres ámbitos fundamentales: (i) el enriquecimiento neto operativo del contribuyente por sus *actividades territoriales*, que se determina restándole a los ingresos brutos territoriales los costos y deducciones incurridos en el país durante el ejercicio fiscal, (ii) los *ajustes por inflación* de los activos y pasivos no monetarios del contribuyente, su patrimonio inicial y las fluctuaciones (incrementos o decrementos) del patrimonio inicial durante el ejercicio, que en definitiva aumentará o disminuirá el enriquecimiento neto operativo indicado en el particular anterior (conocido bajo la denominación «resultados por tenencia» –*holding gains*–)⁽²⁸⁾, y (iii) el enriquecimiento neto operativo del contribuyente por sus *actividades extraterritoriales*, el cual se determina sustrayéndole a los ingresos brutos extraterritoriales los costos y deducciones incurridos fuera del país en la obtención de dicho enriquecimiento, durante el respectivo ejercicio fiscal. Del impuesto resultante luego de seguir el procedimiento determinativo anteriormente indicado, se restarán las *rebajas de impuesto* aplicables y el *impuesto sobre la renta pagado en el exterior* por el contribuyente, siempre que el mismo no exceda la tarifa máxima venezolana del treinta y cuatro por cien (34%)⁽²⁹⁾.

El acogimiento en el año 1999 del sistema de renta mundial por parte de la LISLR venezolana, sin duda reflejó un cambio importante en la concepción misma del país, típicamente considerado en la lista de importadores de capital. Aun cuando Venezuela sigue caracterizándose como un país importador, y en la actualidad cada vez más dados los múltiples

(27) Para un estudio detallado sobre los sistemas de renta territorial y renta mundial vigentes en Venezuela, vid. PAREDES, Carlos Enrique, *El principio de territorialidad y el sistema de renta mundial en la Ley de Impuesto sobre la Renta venezolana*, Andersen Legal, Caracas, 2002, 283 p.

(28) Así lo establece el artículo 178 de la LISLR: «A los solos efectos tributarios, los contribuyentes a que se refiere el artículo 173 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, una vez realizado el ajuste inicial, deberán reajustar al cierre de cada ejercicio gravable, sus activos y pasivos no monetarios, el patrimonio al inicio del ejercicio y los aumentos y disminuciones del patrimonio durante el ejercicio, distintos de las ganancias o las pérdidas, conforme al procedimiento que a continuación se señala».

(29) Cf. ROCHE, Emilio J., «Transparencia fiscal internacional», en SOL GIL, Jesús (Coord.), *60 años de imposición a la renta en Venezuela. Evolución histórica y estudios de la legislación actual*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2003, p. 670.

problemas internos y medidas oficiales adoptadas que desincentivan la producción nacional, lo cierto es que en un intento de ajustarse al proceso de globalización mundial de la economía e integración comercial de los países, el régimen tributario venezolano introdujo esta modificación que –en teoría– consulta y toma en cuenta realmente el *principio de capacidad contributiva*, establecido en el artículo 316 de la Constitución venezolana⁽³⁰⁾, dado que capta la totalidad de los enriquecimientos del contribuyente (territoriales y extraterritoriales), indistintamente de la ubicación de su fuente⁽³¹⁾.

III. IDENTIFICACIÓN DE LAS PRINCIPALES MEDIDAS EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA CON EVENTUAL VOCACIÓN BEPS

Expuesto lo anterior corresponde ahora *identificar*, en los términos propuestos, las principales medidas existentes en el régimen internacional de la legislación venezolana del impuesto sobre la renta que se insertaron a partir del año 1999, encaminadas a evitar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, esto es, aquellas regulaciones que se podrían decir tienen vocación BEPS, aun cuando: (i) hayan sido dictadas mucho antes de la preparación de este plan, y (ii) formalmente no se traduzcan en una adopción en la legislación venezolana del mismo.

A estos fines nos referiremos, tanto en este particular de identificación como en el siguiente correspondiente a la descripción y análisis crítico de las medidas con vocación BEPS, a las *cláusulas especiales* del Derecho interno venezolano que se han establecido para hacer frente a la *elusión fiscal internacional*⁽³²⁾, cuales son las: (i) normas sobre transparencia fiscal internacional y (ii) precios de transferencia, que fueron las primeras introducidas en la legislación del impuesto sobre la renta venezolano; así como a la inclusión de (iii) reglas sobre subcapitalización o capitalización delgada (*thin capitalization*) con las cuales se terminó de ajustar el régimen venezolano a las tendencias de fiscalidad internacional en el año 2007⁽³³⁾. Igualmente comentaremos, brevemente, las medidas relativas a (iv) intercambio de información y su tratamiento en Venezuela, y (v) beneficios de los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDIs) celebrados por Venezuela y la forma de impedir, en su aplicación, la

(30) Artículo 316 de la Constitución de la República de Venezuela: «El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población, y se sustentará para ello en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos».

(31) Cf. EVANS MÁRQUEZ, Ronald, *Régimen jurídico...* cit., p. 12.

(32) En suma, podemos hablar de *elusión fiscal internacional* en los casos en que los contribuyentes y, en especial, las compañías o sociedades mercantiles, aprovechan la internacionalización económica para utilizar países con regímenes ventajosos para los no residentes, denominados, tradicionalmente, *paraísos fiscales*». GARCÍA NOVOA, César, «Un nuevo paradigma...» cit., p. 47.

(33) Cf. DÍAZ IBARRA, Valmy J., «Las reglas de transparencia fiscal internacional en Venezuela. Consecuencias de la vinculación de contribuyentes venezolanos con sociedades en "paraísos fiscales"», en DUPOUY M., Elvira y DE VALERA, Irene (Coord.), *Temas de actualidad tributaria. Homenaje a Jaime Parra Pérez*,

usualmente denominada «doble no imposición» o *double non taxation*, mejor caracterizada como *no imposición internacional*.

1. Transparencia fiscal internacional, reglas de compañías foráneas controladas o *controlled foreign corporations rules (CFC rules)*

El régimen de transparencia fiscal internacional (o de compañías foráneas controladas-reglas CFC) venezolano, se encuentra actualmente regulado en los artículos 100 a 110 de la LISLR y tiene como finalidad, al igual que toda normativa de este tipo, mejorar el sistema de renta mundial —e, inclusive, prevenir la evasión fiscal⁽³⁴⁾—, consistiendo en gravar las *rentas pasivas* (e. g.: dividendos, regalías, etcétera) generadas en *inversiones extranjeras* localizadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de baja imposición, en cabeza del contribuyente venezolano que *controle* dicha inversión, indistintamente de que esas rentas sean o no distribuidas al accionista venezolano⁽³⁵⁾.

2. Precios de transferencia o *transfer prices*

El régimen de precios de transferencia (*transfer prices*) se introduce, por vez primera, en la legislación venezolana de impuesto sobre la renta con la reforma de 1999, siguiendo los lineamientos de la legislación brasilera sobre la materia. Con la modificación legislativa de 2001 se cambió totalmente este régimen, mediante la adopción de los criterios y directrices de la OCDE. Luego, con las reformas de la LISLR en 2007 y la más reciente en 2014, las normas en esta materia (artículos 111 a 169 de la ley) no experimentaron cambio alguno.

3. Subcapitalización, capitalización delgada o *thin capitalization*

Por su parte, el régimen de subcapitalización o capitalización delgada (*thin capitalization*), fue introducido por primera vez en la LISLR con la reforma de 2007, bajo el Capítulo III-De los Precios de Transferencia, artículo 118. Esta regla o *cláusula antielusión* venezolana tiene la finalidad, como en general lo tiene por definición este régimen, de *evitar*: (i) el traslado de beneficios (*profit shifting*) gravables con el impuesto sobre la renta de una jurisdicción a otra, (ii) que se encubra el pago de dividendos y, con ello, no tribute su pago en el país de origen y (iii) que se cree un gasto ficticio para reducir la base imponible del impuesto de la empresa pagadora del préstamo⁽³⁶⁾, generándose, en estos dos últimos casos, la erosión de la base imponible (*base erosion*).

Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2009, pp. 352-353.

(34) Cf. BAZÓ PISANI, Andrés, «Transparencia fiscal internacional», en SOL GIL, Jesús, PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, DUPOUY MENDOZA, Elvira y FERMÍN, Juan Carlos (Coord.), *Manual Venezolano de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013, p. 210.

(35) Cf. DÍAZ IBARRA, Valmy J., *op. cit.*, pp. 353-354.

(36) Cf. FRAGA PITTALUGA, Luis, «Subcapitalización y reclasificación de los intereses no deducibles», en KORODY TAGLIAFERRO, Juan Esteban (Coord.), *70 años del Impuesto sobre la Renta. Memorias de las XII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo II, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013, pp. 374-375.

4. Intercambio de información o *information exchange*

El Modelo OCDE en materia de renta y patrimonio establece en su artículo 26.1, como es sabido, el *intercambio de información* con trascendencia fiscal entre los Estados contratantes, no sólo para fines de aplicación del convenio, sino también cuando sea pertinente para la gestión de cualquier tributo interno, de cualquier nivel político territorial, aunque dicho tributo no esté expresamente comprendido en el convenio, en tanto el tributo en cuestión no suponga una imposición contraria al convenio⁽³⁷⁾. Ésta es —precisamente— la fuente primordial de intercambio de información en Venezuela, como más adelante será tratado.

5. Beneficios de los CDI y evitación de la «doble no imposición», *double non taxation* o no imposición internacional

El artículo 3 de la LISLR establece una medida unilateral dirigida a evitar que los CDI suscritos por Venezuela con otros países tengan, en contra de la finalidad que éstos persiguen, una consecuencia o resultado de (la mal llamada) «doble no imposición», por razón de que los beneficios a que se refieren los convenios no sean gravados por ninguno de los Estados partes, con lo cual a todas luces se generaría un caso de erosión de la base imponible (*base erosion*).

IV. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRINCIPALES MEDIDAS EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA CON EVENTUAL VOCACIÓN BEPS

Identificadas como han sido las principales medidas del régimen internacional de la legislación venezolana del impuesto sobre la renta, a continuación nos encargaremos de proponer una *descripción y análisis crítico* de las mismas, comentando en cada una de ellas nuestra opinión sobre su eventual vocación con el plan BEPS de la OCDE.

1. Transparencia fiscal internacional, reglas de compañías foráneas controladas o *controlled foreign corporations rules (CFC rules)*⁽³⁸⁾

1.1. Introducción al régimen de transparencia fiscal internacional (TFI) venezolano

Las reglas de compañías foráneas controladas (*CFC rules*), normas internas anti-paraisos⁽³⁹⁾ o regímenes de transparencia fiscal internacional (TFI), incluidas en las recomen-

(37) Cf. FALCÓN Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira, *Derecho fiscal internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 197-198.

(38) Nuestros comentarios en una aproximación anterior a este tema, pueden consultarse en: ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «Taxation and development. Case study: Venezuela», *Venezuela. Some current legal issues 2014. Venezuelan National Reports to the 19th International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Vienna, 20-26 July 2014*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Editorial Jurídica Venezolana, Serie Eventos, N° 31, Caracas, 2014, pp. 204-208.

(39) Cf. SOL GIL, Jesús, «Los paraísos fiscales», en CRUZ DE QUIÑONES, Lucy (Directora Académica), *Leciones de Derecho tributario inspiradas por un maestro. Liber Amicorum en homenaje a don Eusebio*

daciones de la OCDE en su informe de 1998 a efectos de luchar contra el uso abusivo de las sociedades de base (*base companies*)⁽⁴⁰⁾, están diseñados –en esencia– para países exportadores de capital y con altas alícuotas en la estructuración del impuesto sobre la renta, como es el caso de Venezuela⁽⁴¹⁾.

Conforme a la normativa venezolana (artículos 100 a 110 de la LISLR), la entidad extranjera ubicada en el *paraíso fiscal* o *jurisdicción de baja imposición* se considera *transparente* (*pass through entity*) a los efectos venezolanos, razón por la cual el contribuyente venezolano que *controla* dicha entidad deberá reportar y tributar las *rentas pasivas* obtenidas de la *inversión* en el paraíso fiscal como si fuesen propios, sean esas rentas distribuidas o no al accionista venezolano, con la finalidad de evitar el diferimiento de impuestos (*tax deferral*), constituyendo estas reglas un supuesto de levantamiento del velo corporativo (*disregard of the separate legal personality*)⁽⁴²⁾ o *disregard of legal entity*)⁽⁴³⁾.

Como luce evidente, entender a cabalidad este régimen supone precisar, de entrada, qué se entiende a los fines de la legislación venezolana por *paraíso fiscal* o *jurisdicción de baja imposición*, razón por la cual, antes de entrar en los particulares de la LISLR sobre las *reglas CFC* vigentes, abordaremos, así sea brevemente, esta importante categoría jurídica.

1.2. Concepto de paraísos fiscales o jurisdicciones de baja imposición en el régimen de TFI venezolano

Partiendo de que «[n]o ha sido uniforme la definición de qué debe entenderse por paraísos fiscales»⁽⁴⁴⁾, podría afirmarse que existen tantos conceptos o definiciones de paraísos fiscales como paraísos fiscales existen, dado que su precisión semántica o terminológica dependerá de los criterios que se empleen para beneficiar o no a quien los utilice⁽⁴⁵⁾. No obstante lo anterior, y al margen de la dificultad de definir qué es un paraíso fiscal, una jurisdicción de baja imposición, un régimen fiscal preferente, una jurisdicción *offshore*⁽⁴⁶⁾ o un

González García, tomo I, Universidad del Rosario-Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2010, p. 668.

- (40) Cf. GARCÍA NOVOA, César, «Elusión fiscal y los medios para evitarla» (Relatoría General), *Memorias de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Tomo I, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2008, p. 111.
- (41) Cf. BAZÓ PISANI, Andrés, *op. cit.*, p. 211.
- (42) Cf. TERRA, Ben J. M., y WATTEL, Peter J., *European tax law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn (Países Bajos), 2008, p. 413.
- (43) Así también lo ha entendido SANZ GADEA: «En este sentido, las normas sobre transparencia fiscal internacional enlazan plenamente con la doctrina del "levantamiento del velo de la persona jurídica", constituyendo, en buena medida, la concreción jurídico-positiva de la mencionada doctrina en un determinado ámbito del sistema tributario». SANZ GADEA, Eduardo, *Transparencia fiscal internacional*, Ediciones Estudios Financieros, Madrid, 1996, p. 14.
- (44) PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, «La política de Administración...», *cit.*, p. 207.
- (45) Cf. ROCHE, Emilio J., *op. cit.*, p. 666.
- (46) Cf. DÍAZ IBARRA, Valmy J., *op. cit.*, pp. 341.

refugio fiscal (*tax haven*)⁽⁴⁷⁾, entre otras razones, dado que dicha condición está supeditada a cambios políticos y legislativos de las jurisdicciones donde se encuentra, lo cierto es que, como es sabido, es posible identificar ciertos rasgos comunes a las jurisdicciones donde éstos suelen ubicarse, tales como: (i) tarifas o alícuotas especiales, reducidas o nulas, (ii) secreto comercial y bancario, (iii) estabilidad política y económica, (iv) ausencia de controles de cambio, (v) infraestructuras desarrolladas, y (iv) autopromoción⁽⁴⁸⁾.

La LISLR venezolana no define en el Capítulo II del Título VII sobre el Régimen de Transparencia Fiscal Internacional, qué debe entenderse por *paraísos fiscales* o, como los denomina la ley, *jurisdicciones de baja imposición fiscal*. Allende de tal circunstancia, en el Título X-De las Disposiciones Transitorias y Finales, el artículo 194 de la LISLR establece lo siguiente:

«Artículo 194. Para efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se consideran jurisdicciones de baja imposición fiscal, aquellas que sean calificadas como tales por la Administración Tributaria, mediante Providencia Administrativa».

Siguiendo lo prescrito por esta norma y a propósito de la introducción de este régimen en la LISLR hace más de una década (con la reforma del año 2001), la Administración Tributaria nacional dictó la Providencia N° SNAT/2004/232⁽⁴⁹⁾, mediante la cual estableció un régimen –mixto y alternativo– de calificación de paraísos fiscales, con fundamento en tres criterios: (i) sistema de *regímenes fiscales preferentes* o el *effective-tax-rate approach*⁽⁵⁰⁾ (tributación máxima del 20% de la renta o patrimonio), (ii) inclusión expresa en la *lista negra (blacklisted countries)* o el *designated-jurisdiction approach*⁽⁵¹⁾, y (iii) *ausencia de un tratado para evitar la doble tributación que contenga una cláusula de intercambio de información*. Ante la presencia de cualquiera de los criterios indicados, una jurisdicción será calificada como de baja imposición o paraíso fiscal a los efectos venezolanos⁽⁵²⁾.

El tema de los paraísos o refugios fiscales (*tax havens*) y las jurisdicciones con elementos de competencia tributaria desleal (*harmful tax competition*), cuya tenue distinción los hace muchas veces asimilables⁽⁵³⁾, tiene especial relevancia a propósito del régimen de TFI, dado que ocupa el centro del mismo y a partir de éstos se activa su aplicación.

(47) Máxime si se tiene en cuenta el peculiar origen de la expresión *paraíso fiscal*, que llega a nuestro idioma del francés *paradis fiscaux*, el cual, como lo recuerda SOL GIL, tuvo lugar con ocasión a la confusión que se produjo en la traducción del idioma inglés al francés del término *tax haven*, cuyo significado es *refugio fiscal*. El error se produjo por la confusión de la palabra *haven* (refugio) con la palabra *heaven* (paraíso, cielo), que no fue subsanada y pasó de esta errónea manera del francés al español. Cf. SOL GIL, Jesús, «Los paraísos...», *cit.*, p. 653.

(48) Cf. ROCHE, Emilio J., *op. cit.*, pp. 667-669.

(49) Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.924, 26 de abril de 2004.

(50) Cf. FINNERTY, Chris, MERKS, Paulus, PETRICCIONE, Mario y RUSSO, Raffaele, *Fundamentals of international tax planning*, IBDF, Amsterdam, 2007, p. 358.

(51) Cf. *Idem*.

(52) Cf. DÍAZ IBARRA, Valmy J., *op. cit.*, p. 358.

1.3. Países en la lista negra (black listed countries) a los fines del régimen de TFI venezolano

De conformidad con el artículo 2 de la indicada Providencia N° SNAT/2004/232, constituyen jurisdicciones de baja imposición por inclusión expresa en la *lista negra (blacklisted countries)*, las siguientes: Anguila, Antigua y Barbuda, Archipiélago de Svalbard, Aruba, Ascensión, Belice, Bermudas, Brunei, Campione D'Italia, Commonwealth de Dominica, Commonwealth de las Bahamas, Emiratos Árabes Unidos, Estado de Bahrain, Estado de Qatar, Estado Independiente de Samoa Occidental, Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Gibraltar, Gran Ducado de Luxemburgo, Granada, Groenlandia, Guam, Hong Kong, Islas Caimán, Islas de Christmas, Isla Norfolk, Isla de San Pedro y Miguelón, Isla del Hombre, Isla Qeshm, Isla Cook, Isla de Cocos o Kelling, Islas del Canal (Islas de Guernesey, Jersey, Alderney, Great Sart, Herm, Little Sark, Brechou, Jethou y Lihou), Islas Malvinas, Islas Pacífico, Islas Salomón, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, Kiribati, Labuán, Macao, Malta, Montserrat, Niue, Palau, Pitcairn, Polinesia Francesa, Principado de Andorra, Principado de Liechtenstein, Principado de Mónaco, Reinado de Swazilandia, Reino Hachemita de Jordania, República Dominicana, República Gabonesa, República Libanesa, República de Albania, República de Angola, República de Cabo Verde, República de Chipre, República de Djibouti, República de Guayana, República de Honduras, República de las Islas Marshall, República de Liberia, República de Mauricio, República de Nauru, República de Panamá, República de Seychelles, República de Túnez, República de Vanuatu, República de Yemen, República Oriental de Uruguay, República Socialista Democrática de Sri Lanka, Samoa Americana, San Vicente y las Granadinas, Santa Elena, Serenísima República de San Marino, Sultanato de Omán, Tokelau, Tristán de Cunha, Tuvalu, Zona Especial Canaria y Zona Libre Ostrava.

1.4. Criterios de aplicación del régimen de TFI venezolano

El artículo 100 de la LISLR establece que los contribuyentes que posean inversiones efectuadas de manera directa, indirecta o a través de interpuesta persona, en sucursales, personas jurídicas, bienes muebles o inmuebles, acciones, cuentas bancarias o de inversión, y cualquier forma de participación en entes con o sin personalidad jurídica, fideicomisos, asociaciones en participación, fondos de inversión, así como en cualquier otra figura jurídica similar, creada o constituida de acuerdo con el Derecho extranjero, ubicadas en jurisdicciones de baja imposición fiscal (paraísos fiscales), estarán sujetos a la aplicación de este régimen, salvo que las inversiones sean realizadas por la República, los Estados o los Municipios, directamente o a través de sus entes descentralizados o desconcentrados

(53) Mientras que en los *paraísos fiscales* la recaudación del impuesto sobre la renta no forma parte de las finanzas públicas y se promocionan como lugares atractivos de escape para residentes de jurisdicciones con altos niveles de tributación, las *jurisdicciones con elementos de competencia tributaria desleal* suelen caracterizarse porque en ellas se recaudan sumas importantes de impuesto sobre la renta y se ofrecen beneficios tributarios para determinadas actividades. Cf. *Ibid.*, pp. 341-342.

(v. g. Petróleos de Venezuela, S.A. [PDVSA] y sus filiales), lo cual ha sido criticado por constituir un trato discriminatorio, pudiendo –inclusive– llevar a la aplicación de la *cláusula de la nación más favorecida*⁽⁵⁴⁾.

A estos fines, es *condición necesaria* que el contribuyente: (i) pueda *decidir* el momento de reparto o distribución de las utilidades o dividendos derivados de las jurisdicciones de baja imposición fiscal, o cuando (ii) tenga el *control* de la administración de las mismas, ya sea en forma directa, indirecta o a través de interpuesta persona, cuestión que, salvo prueba en contrario, se presume⁽⁵⁵⁾.

Al respecto, resaltan dos aspectos que, como lucirá evidente, redundan en una mayor severidad del régimen venezolano de TFI: (i) las reglas venezolanas no se limitan al *control accionario* que tenga el contribuyente sobre una compañía, sino que también abarca cualquier otra figura jurídica parecida, creada o constituida en el exterior (en una jurisdicción de baja imposición), así como cualquier modalidad de inversión, y (ii) las reglas de TFI venezolanas tampoco vinculan la participación societaria con un *porcentaje accionario específico* (mínimo) a partir del cual se active esta normativa, a diferencia de la regulación de las reglas CFC en otras legislaciones⁽⁵⁶⁾ ⁽⁵⁷⁾.

Por su parte, el artículo 102 de la ley establece los supuestos en los cuales se entiende que una *inversión*⁽⁵⁸⁾ está ubicada en un paraíso fiscal o jurisdicción de baja imposición, cuando: (i) las cuentas o inversiones de cualquier clase se encuentren en instituciones

(54) Cf. PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, «La política de Administración...», *cit.*, p. 213.

(55) En general, sobre las presunciones aplicables en el régimen de TFI venezolano, *vid.* ZAMBRANO DUGARTE, Mary Glory, «Régimen de presunción de inversiones en jurisdicciones de baja imposición fiscal», en KORODY TAGLIAFERRO, Juan Esteban (Coord.), *70 años del Impuesto sobre la Renta. Memorias de las XII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo II, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013, pp. 477-506; y ROSALES ROMERO, Alberto, «El uso de las presunciones en el sistema venezolano de transparencia fiscal internacional como herramienta para evitar la evasión fiscal», *Revista de Derecho Tributario*, N° 113, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2007, pp. 47-79.

(56) Cf. CASTILLO CARVAJAL, Juan Carlos, «Temas especiales de la Ley del Impuesto sobre la Renta (Relatoría tema II)», en KORODY TAGLIAFERRO, Juan Esteban (Coord.), *70 años del Impuesto sobre la Renta. Memorias de las XII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo II, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013, pp. 59-60.

(57) A guisa de ejemplo se encuentra el régimen de TFI de los Estados Unidos de América, el cual, en su reforma de 1962, estableció en el artículo 954 del *Internal Revenue Code* (IRC) que se entiende por *controlled foreign corporations* aquellas compañías en que los contribuyentes o las sociedades americanas posean una cifra superior al cincuenta por cien (50%) de las participaciones (acciones) sociales. Cf. BUHLER, Ottmar, *Principios de Derecho internacional tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968, pp. 154-155.

(58) Por *inversión* del contribuyente debe entenderse, a tenor del artículo 103 de la LISLR: «[l]as cuentas abiertas en instituciones financieras ubicadas en jurisdicciones de baja imposición fiscal que sean propiedad o beneficien a su cónyuge o la persona con la que viva en concubinato, sus ascendientes o descendientes en línea recta, su apoderado, o cuando estos últimos aparezcan como apoderados o autorizados para firmar u ordenar transferencias».

situadas en dicha jurisdicción, (ii) se cuente con un domicilio o apartado postal en esa jurisdicción, (iii) la persona tenga su sede de dirección o administración efectiva o principal o cuente con un establecimiento permanente en dicha jurisdicción, (iv) se constituya en dicha jurisdicción, (v) tenga presencia física en esa jurisdicción, o (vi) se celebre, regule o perfeccione cualquier tipo de negocio jurídico de conformidad con la legislación de tal jurisdicción.

Como se observa, entonces, son tres los elementos concurrentes que deben estar presentes para que se active el régimen venezolano de TFI: (i) *decisión* sobre el momento de distribución de dividendos o *control* de la administración de la entidad extranjera, por parte del inversionista domiciliado en Venezuela o no domiciliado pero con establecimiento permanente en el país; (ii) *obtención* de rentas pasivas de la inversión extranjera; y (iii) *ubicación* de la entidad extranjera en una jurisdicción de baja imposición fiscal⁽⁵⁹⁾.

1.5. Supuestos de no aplicación del régimen de TFI venezolano: el principio de la actividad económica sustancial y la realización de la inversión por la República, los Estados o los Municipios

Las reglas de transparencia fiscal no se aplican si el cincuenta por cien (50%) de los activos que generan ingresos en el ente ubicado en una jurisdicción de baja imposición fiscal, son *activos fijos en producción* y, además, si menos del veinte por cien (20%) de los ingresos que obtiene la entidad proviene de *rentas pasivas* (e. g.: regalías, dividendos, arrendamientos, etcétera). En definitiva, siempre que la entidad lleve a cabo una actividad productiva (comercial o industrial), esto es, una *actividad económica sustancial* en la jurisdicción extranjera, no se activarán las reglas venezolanas de transparencia fiscal internacional⁽⁶⁰⁾.

Igualmente, en los términos anteriormente señalados y criticados, este régimen tampoco se aplicará si las inversiones son realizadas por la República, los Estados o los Municipios, bien lo hagan directamente o a través de sus entes descentralizados o desconcentrados.

1.6. Determinación del enriquecimiento o pérdida fiscal de las inversiones, y objetivos del régimen venezolano de TFI

Como ya se precisó, el régimen venezolano de TFI consiste en entender que las entidades ubicadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de baja imposición no existen o son transparentes, razón por la cual, el inversionista domiciliado en Venezuela o no domiciliado pero con establecimiento permanente en el país, además de *reportar las cantidades percibidas* de una inversión (que se presumen ingresos brutos o dividendos, salvo prueba en contrario, ex artículo 105 de la LISLR) atribuibles a la entidad, tiene el derecho de *imputar los costos* y *deducir los gastos* incurridos proporcionalmente a su participación directa o indirecta en dicha inversión –para lo cual se deberá llevar una contabilidad separada–, a fines de determinar el enriquecimiento o pérdida fiscal de la misma, a tenor del artículo 106 de la

(59) En términos similares lo explica SANZ GADEA en relación al régimen español de TFI. Cf. SANZ GADEA, Eduardo, *op. cit.*, p. 12.

(60) Cf. ROCHE, Emilio J., *op. cit.*, pp. 674-675.

ley (independientemente de que la sociedad y sus socios tengan, como en efecto tienen, personalidades jurídicas distintas⁽⁶¹⁾), aun en el caso de no haberse decretado y repartido dividendos⁽⁶²⁾, de conformidad con el artículo 105 *eiusdem*, cuyo resultado será gravado en el ejercicio en el que se cause, salvo que haya tributado con anterioridad en la jurisdicción extranjera⁽⁶³⁾.

Así, se evidencia que los objetivos de este régimen son: (i) mejorar la aplicación del sistema de renta mundial, dado que se gravan los enriquecimientos obtenidos por la entidad extranjera que no hayan tributado en el exterior o que lo hayan hecho con alícuotas inferiores al treinta y cuatro por ciento (34%) de la ley venezolana, y (ii) evitar el diferimiento del pago de impuesto sobre la renta en Venezuela, desincentivando, por vía de consecuencia, el diferimiento del decreto y pago de dividendos del ente extranjero al contribuyente venezolano⁽⁶⁴⁾.

1.7. Deberes formales (con trascendencia material) del régimen de PT venezolano: la declaración informativa sobre las inversiones en jurisdicciones de baja imposición fiscal y su necesidad para la imputación de costos y la deducibilidad de gastos, a fines de determinar el enriquecimiento o pérdida fiscal en el régimen de TFI venezolano

Para poder determinar el enriquecimiento o pérdida fiscal de la entidad transparente (imputación de costos y deducibilidad de gastos a los ingresos reportados), el contribuyente *debe* presentar junto con su declaración definitiva de rentas, una *declaración informativa* sobre las inversiones que haya realizado o mantenido durante el ejercicio fiscal en jurisdicciones de baja imposición o paraísos fiscales, acompañando, para estos fines, los estados de cuenta por depósitos, inversiones, ahorros o cualquier documento que respalde la inversión, *ex* artículo 107 de la LISLR, razón por la cual dicho deber trasciende lo estrictamente *formal*, influyendo (realmente, *condicionando*) significativamente –y de manera cuestionable: principio de la sustancia sobre la forma (*substance over form principle*), no al revés– en la determinación *material* de la obligación tributaria y, así, en la capacidad contributiva del contribuyente.

1.8. Recapitulando el régimen de TFI venezolano: su vocación BEPS

Como puede apreciarse del análisis anterior, las reglas venezolanas de TFI están dirigidas a evitar los perjuicios o efectos negativos de la base imponible (*erosión de la base*) de los contribuyentes domiciliados en Venezuela o no domiciliados pero con establecimiento

(61) Cf. FALCÓN Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira, *op. cit.*, p. 243.

(62) Cf. ROCHE, Emilio J., *op. cit.*, p. 673.

(63) Al respecto, debe también tenerse en cuenta que el artículo 108 de la LISLR establece un *método de acreditación* del impuesto pagado por la inversión en la jurisdicción de bajo imposición fiscal, cuyo monto «[s]e determinará en base a la relación porcentual que el impuesto pagado en aquellas jurisdicciones represente en consideración al impuesto que deba pagarse por concepto de enriquecimiento neto global en Venezuela, estableciendo el máximo de impuesto acreditable». SOL GIL, Jesús, «Los paraísos...», *cit.*, p. 672.

(64) Cf. ROCHE, Emilio J., *op. cit.*, p. 673.

permanente en el país, mediante el desvío de inversiones (*transferencia de beneficios*) a paraísos fiscales o jurisdicciones de baja imposición (de fiscalidad nula o benigna), así como a evitar el diferimiento del pago del impuesto sobre la renta (*tax deferral*)⁽⁶⁵⁾, razón por la cual, se observa que dichas reglas están en sintonía con las acciones 2, 3 y 5 del plan BEPS –aun cuando las preceden– y, específicamente, en lo que a la acción 5 se refiere (sobre el combate de las prácticas tributarias perniciosas), el principio de la *actividad económica sustancial*, el cual es reseñado como parámetro para determinar la aplicación o no de *cualquier régimen preferencial*, está en sintonía con el artículo 101 de la LISLR, mediante el cual, como fue anteriormente explicado, se excluye la aplicación de este régimen siempre que la entidad lleve a cabo una actividad productiva (*actividad comercial o industrial sustancial*) en la jurisdicción de baja imposición.

En definitiva, el régimen venezolano de TFI o de reglas CFC, no es más que una respuesta normativa a las *prácticas tributarias perniciosas* o *tributación nociva*, que –precisamente– son abordadas por el plan BEPS.

2. Precios de transferencia o *transfer prices*

2.1. Introducción al régimen de precios de transferencia (PT) venezolano

Como fue anteriormente precisado, el régimen de precios de transferencia (*transfer prices*) se introduce en la legislación venezolana de impuesto sobre la renta –tardíamente– con la reforma de 1999⁽⁶⁶⁾, siguiendo los lineamientos de la legislación brasilera sobre la materia⁽⁶⁷⁾. Luego, con la modificación legislativa de 2001, se dio un vuelco a este régimen, mediante la adopción de los criterios y directrices de la OCDE. En las más recientes reformas de la LISLR en 2007 y 2014, por su parte, las normas en esta materia no experimentaron cambios.

Las reglas de PT se encuentran plasmadas en el Capítulo III del Título VII, artículos 111 a 170 de la LISLR venezolana, cuya finalidad no es otra que evitar la manipulación artifi-

AVIDIT
Asociación Venezolana
de Derecho Tributario

(65) Cf. CASTILLO CARVAJAL, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 58.

(66) Mientras que desde 1915, cuando Inglaterra implementó la primera regulación en esta área en el mundo, muchos países se han dado la tarea de buscar alternativas para paliar los efectos negativos de los PT, así como desincentivar su uso abusivo. De los diferentes intentos han surgido dos mecanismos o sistemas jurídicos: (i) el *sistema del principio arm's length*, que goza de consenso internacional y es apoyado por la OCDE; y (ii) el *sistema de la fórmula global*, que ha sido rechazado por la OCDE. Cf. BAISTROCCHI, Eduardo, «La raíz del problema de los precios de transferencia», en BAISTROCCHI, Eduardo (Dir.), *Litigios de precios de transferencia: teoría y práctica. Los casos de la Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela*, Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2008, p. 86.

(67) Cf. EVANS MÁRQUEZ, Ronald, «La experiencia de Venezuela en el área de litigios de precios de transferencia», en BAISTROCCHI, Eduardo (Dir.), *Litigios de precios de transferencia: teoría y práctica. Los casos de la Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela*, Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2008, p. 469.

cial de los precios pactados entre *entes vinculados*⁽⁶⁸⁾, esto es, lograr que los resultados económicos —a partir de los precios fijados y condiciones de contratación en general— de las operaciones realizadas (suministro de bienes o prestación de servicios) entre *partes vinculadas* sean, a efectos fiscales, similares a los que se obtendrían entre *partes no vinculadas o independientes*⁽⁶⁹⁾, todo lo cual supone la aplicación del principio (o estándar⁽⁷⁰⁾) de independencia o de operador independiente (*arm's length principle*)⁽⁷¹⁾, que es entendido como la base fundamental sobre la cual se erige el estudio del tema⁽⁷²⁾, evitando, con ello, que se fijen precios —inferiores o superiores al valor de mercado— que *transfieran* y sitúen un mayor beneficio en el país con menor tributación o un mayor gasto en el país con mayor tributación⁽⁷³⁾.

Por PT se han entendido «[a]quellos precios establecidos por la prestación o suministro de bienes o servicios entre partes asociadas»⁽⁷⁴⁾, considerándose a su vez que el *transfer pricing* puede emplearse como «[u]n instrumento para distribuir beneficios y trasladar pérdidas e incidir en la distribución a escala global de los parámetros gravables en la tributación sobre la renta de personas físicas y sociedades»⁽⁷⁵⁾, de ahí que su vinculación con el fenómeno BEPS es indiscutible: al establecerse precios de operaciones *mayores* al valor de mercado entre vinculados, se genera un mayor gasto en el comprador (ubicado en una jurisdicción de mayor imposición) y, con esto, se erosiona su base de cálculo (erosión de

-
- (68) Cf. SOL GIL, Jesús, «Precios de transferencia», en SOL GIL, Jesús, PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, DUPOUY MENDOZA, Elvira y FERMÍN, Juan Carlos (Coord.), *Manual Venezolano de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013, p. 198; y SOL GIL, Jesús, «Introducción al tema de los precios de transferencia», *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, N° 1 (Precios de transferencia), Ediciones Latinoamericanas Tributarias-Asociación Venezolana de Derecho Tributario-Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Caracas, 2005, p. 21.
- (69) Cuestión que es, a todas luces, una clara ficción, porque la realidad es que *no son partes independientes*, en efecto *son partes vinculadas* y, como tales, lo normal —que no necesariamente lo más conveniente para el mercado o sus competidores— es que actúen como tales. ¿Acaso ello no respondería al principio de realidad o sustancia económica?, ¿Acaso los padres no deben tratar como tales a sus hijos? En fin, apenas una reflexión en voz alta.
- (70) Cf. BAISTROCCHI, Eduardo, *op. cit.*, pp. 83-93.
- (71) Cf. ANDRADE, Betty, «La subcapitalización y los precios de transferencia en el régimen venezolano», *Jornadas Internacionales. Cuestiones actuales de Derecho tributario*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2007, p. 218.
- (72) Cf. SOL GIL, Jesús, «Precios...», *cit.*, p. 199. Así también lo ha entendido César GARCÍA NOVOA, para quien este principio se erige como: «[u]n instrumento fundamental para un correcto gravamen a escala mundial de las rentas de los operadores económicos transnacionales». GARCÍA NOVOA, César, «Precios de transferencia y valoración aduanera», *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, N° 1 (Precios de transferencia), Ediciones Latinoamericanas Tributarias-Asociación Venezolana de Derecho Tributario-Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Caracas, 2005, p. 119.
- (73) Cf. FALCÓN Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira, *op. cit.*, p. 231.
- (74) ANDRADE, Betty, *op. cit.*, p. 217.
- (75) Cf. GARCÍA NOVOA, César, «Precios de transferencia...» *cit.*, p. 118.

la base por *incremento del gasto*) y se transfiere el beneficio al vendedor (ubicado en una jurisdicción de menor imposición). Si por el contrario, se pactan unos precios *menores* al valor del mercado del bien o servicio objeto de contratación entre entes con vinculación, se disminuye el ingreso del vendedor (ubicado en una jurisdicción de alta imposición), erosionando su base imponible (erosión de la base por *decremento del ingreso*) y transfiriendo el beneficio al comprador (ubicado en una jurisdicción menos gravosa)⁽⁷⁶⁾.

2.2. Principio de independencia, de operador independiente o arm´s length principle en el régimen de PT venezolana

Como es conocido, este principio consiste en evitar que se acuerden condiciones económicas especiales en operaciones realizadas entre partes vinculadas (e. g. empresas de un grupo multinacional), que difieran de aquéllas que se pactaren actuando como partes independientes en el libre mercado. La finalidad de este principio, es eliminar las consecuencias económicas de estas condiciones especiales en la generación (por aumento o disminución artificial) de utilidades o beneficios de las empresas, para cuyo logro efectivo el *arm´s length principle* debe ser tomado en cuenta tanto por las empresas integrantes de grupos económicos transnacionales, cuanto por las propias Administraciones Tributarias de los distintos países⁽⁷⁷⁾.

El principio de independencia (de *empresa separada*⁽⁷⁸⁾ o de *operaciones a precio de mercado*⁽⁷⁹⁾), que inspira la redacción del artículo 9 (empresas asociadas) del Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE⁽⁸⁰⁾, encuentra expresa consagración en la LISLR venezolana, en sus artículos 111 y 113, de acuerdo a los cuales:

«Artículo 111. Los contribuyentes que celebren operaciones con partes vinculadas están obligados, a efectos tributarios, a determinar sus ingresos, costos y deducciones considerando para esas operaciones los precios y montos de

(76) En este segundo supuesto, del pacto del precio de venta entre empresas vinculadas por debajo del valor de mercado, también se evidencia otro beneficio colateral –pudiendo, inclusive, ser el principal– para el comprador, por ejemplo, en un caso de operaciones comerciales sobre bienes muebles (compra-venta internacional de productos), ya que el costo de adquisición del bien será inferior al normal, pudiendo mantener su mismo precio de venta al público o, inclusive, reducirlo, pero generando una mayor rentabilidad en la operación (a los efectos de la LISLR venezolana, una mayor *renta bruta*: ingresos brutos menos costos), haciéndose de una importante –y cuestionable– ventaja competitiva la *empresa multinacional* que emplee esta práctica frente a las *empresas locales* del mismo ramo o sector en una determinada jurisdicción. Como se observa con estos ejemplos, son –por lo menos– dos los efectos que genera de “la manipulación” de los PT: (i) la *ventaja fiscal* para las empresas multinacionales, que pueden transferir beneficios a la jurisdicción menos gravosa y erosionar bases imponibles en las más gravosas; y (ii) la *ventaja comercial o competitiva* para las empresas multinacionales frente a las empresas locales, por la reducción considerable de los costos de sus productos.

(77) Cf. SOL GIL, Jesús, «Precios...», *cit.*, p. 203.

(78) Cf. GARCÍA NOVOA, César, «Precios de transferencia...», *cit.*, p. 116.

(79) Cf. CASTILLO CARVAJAL, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 62.

(80) Cf. GARCÍA NOVOA, César, «Precios de transferencia...», *cit.*, p. 118.

contraprestaciones que hubieran utilizado con o entre partes independientes en operaciones comparables».

«Artículo 113. Cuando las condiciones que se aceptan o impongan entre partes vinculadas en sus relaciones comerciales o financieras difieran de las que serían acordadas por partes independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las partes de no existir estas condiciones, y que de hecho no se han producido a causa de las mismas, serán incluidos en los beneficios de esta empresa y sometidos a imposición en consecuencia.// La diferencia, en el valor, entre el beneficio obtenido por partes vinculadas y el beneficio que habrían obtenido partes independientes en las operaciones a que hace referencia este artículo, se imputará al ejercicio fiscal en el que se realizaron las operaciones con partes vinculadas».

La aplicación de las normas citadas puede, entonces, dar lugar a realizar los conocidos *ajustes correlativos o bilaterales* para asignar los beneficios entre partes vinculadas conforme hubiesen sido repartidos de haber actuado como partes independientes, respondiendo dichos ajustes a la *necesidad de consistencia* en la tributación de las empresas que llevaron a cabo la operación internacional en las jurisdicciones involucradas, así como en respeto del principio de capacidad contributiva. Con ello, se evita la doble imposición internacional, como consecuencia del ajuste en una jurisdicción sin el correspondiente ajuste en la otra (*ajustes unilaterales*), que generaría que un mismo beneficio tribute en ambos países.

La legislación venezolana de impuesto sobre la renta también remite, *ex artículo 115*, en términos similares a como lo hacen otras normativas de países latinoamericanos, a la aplicación de las guías sobre PT para empresas multinacionales y las Administraciones Tributarias aprobadas por el Consejo de la OCDE en el año 1995, o las que las sustituyan, para todo lo no previsto internamente en nuestra legislación⁽⁸¹⁾, cuestión que pudiera significar una socavación del principio de reserva legal tributaria⁽⁸²⁾, en tanto se considere que vía «Derecho blando» (*soft law*)⁽⁸³⁾ se estaría incidiendo en la delimitación de los elementos constitutivos del tributo y, con ello, en la determinación de la obligación tributaria⁽⁸⁴⁾.

(81) Cf. SOL GIL, Jesús, «Precios...» *cit.*, p. 205.

(82) Establecido a nivel constitucional, en los artículos 115, 133 y 317 de la *norma normarum* venezolana.

(83) «Las reglas de *soft law* son aprobadas por un organismo como el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, que adolece de falta de capacidad normativa, elaboradas por funcionarios representantes de los Estados miembros ante una organización internacional. No se puede decir que las recomendaciones de la OCDE (normalmente dictadas al amparo del artículo 5 de su Convenio fundacional) y los informes del Comité de Asuntos Fiscales sean auténticas normas jurídicas». GARCÍA NOVOA, César, «Un nuevo paradigma...», *cit.*, p. 49. También sobre la caracterización como «Derecho blando», «Derecho flexible», «Derecho suave» o *soft law* de las guías, comentarios y observaciones de la OCDE, *vid.* PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, «La política de Administración...», *cit.*, pp. 184-185.

(84) En este sentido, *vid.* SOL GIL, Jesús, «Precios...», *cit.*, p. 210.

Como consecuencia de la aplicación del principio *arm's length*, se intenta, entonces, evitar la generación de ventajas y desventajas fiscales que podrían distorsionar las posiciones competitivas de una u otra empresa en el mercado⁽⁸⁵⁾, precisamente por una eventual fijación de precios de operaciones entre partes vinculadas al margen de la realidad o sustancia económica de la misma⁽⁸⁶⁾.

2.3. Noción de partes vinculadas en el régimen de PT venezolano

En general, son operaciones vinculadas aquéllas que se celebran entre operadores económicos vinculados o *no independientes* y, en especial, entre *empresas asociadas*⁽⁸⁷⁾. Específicamente, por *parte vinculada*, a tenor del artículo 116 de la LISLR venezolana, se entiende aquella empresa que participa directa o indirectamente en la dirección, control o capital de otra empresa, o cuando las mismas personas participan directa o indirectamente en la dirección, control o capital de ambas empresas, siguiendo, en este sentido, los lineamientos que al respecto ha delimitado la OCDE⁽⁸⁸⁾.

No obstante lo anterior, y como lo ha apuntado la doctrina, no es fácil precisar si existen o no partes vinculadas en aquellos casos de empresas con una composición accionaria heterogénea, máxime cuando hay varios accionistas menores con derecho a voto⁽⁸⁹⁾. En efecto,

(85) Pero no siempre se logra, amén de implicar altos costos de aplicación y litigio, como bien lo explica Eduardo BAISTROCCHI. [BAISTROCCHI, Eduardo, *op. cit.*, p. 87.] Al respecto, resulta interesante el planteamiento que presenta BAISTROCCHI –desde la teoría general del Derecho– sobre la raíz del problema de los PT a partir del *principio o estándar* (y no regla) *de independencia*. Explica el autor, que las normas centrales del Modelo OCDE –y con ellas, las de PT– están estructuradas como «principios» (normas «abiertas», de aplicación tipo «en la mayor medida posible»), razón por la cual, como ocurre con cualquier principio, su contenido sólo puede ser precisado *después* de que tiene lugar su aplicación por la actuación de la persona (en este caso, del contribuyente), esto es, su significación es suministrada *ex post* (mediante jurisprudencia o algo análogo, en definitiva, *caso a caso*), mientras que si dichas normas fuesen «reglas» (normas «cerradas», de aplicación tipo «todo o nada»), entonces su contenido estaría precisado *antes* de su aplicación por el actuar de la persona (contribuyente), o lo que es lo mismo, su significación estuviese precisada *ex ante*. *Ibid.*, pp. 87-89. Tal apreciación, que tiene sentido, cobra más peso aún si se repara en que la «ponderación de principios» –actualmente muy de moda en la teoría general del Derecho– no resuelve de manera *estable* los conflictos, pues, como enseña GUASTINI, la solución del conflicto vale para el caso *concreto objeto de estudio*, siendo totalmente *imprevisible* la solución en *casos futuros del mismo conflicto* [GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, p. 171.], cuestión que dependerá del «juez del caso», máxime si se tiene en cuenta, nuevamente, que el contenido del «principio» se delimita *después* de su aplicación al caso concreto (*ex post*), *nunca antes* (*ex ante*). En general, sobre la diferencia entre reglas y principios (o estándares), *vid.* ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruiz, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, 4ª edición, Barcelona, 2007, *in totum*, y sobre la *certeza* (previsibilidad) de las reglas vs. la *incerteza* (imprevisibilidad) de los principios, *vid.* RUIZ SOROA, José María, «¿Reglas o principios?», *Tribuna*, en http://elpais.com/elpais/2013/06/28/opinion/1372439698_848910.html, 30 de marzo de 2015.

(86) Cf. SOL GIL, Jesús, «Precios...», *cit.*, p. 205.

(87) Cf. GARCÍA NOVOA, César, «Precios de transferencia...», *cit.*, p. 116.

(88) Cf. FALCÓN Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira, *op. cit.*, p. 231.

(89) Cf. SOL GIL, Jesús, «Precios...», *cit.*, p. 207.

«[p]iénsese, por ejemplo, en el caso del accionista minoritario que contrata operaciones con la empresa de la cual forma parte. En este caso sería difícil determinar hasta qué punto este accionista ejerce verdaderos poderes de control sobre la empresa principal.»⁽⁹⁰⁾

Por su parte, el artículo 119 de la ley presume que son operaciones entre *partes vinculadas*, salvo prueba en contrario (presunción *iuris tantum*), las que tengan lugar entre personas naturales o jurídicas residentes o domiciliadas en Venezuela y las personas naturales o jurídicas ubicadas o domiciliadas en paraísos fiscales (jurisdicciones de baja imposición), según los criterios expuestos del régimen venezolano de TFI.

Esta norma, por demás, genera dos claros inconvenientes: (i) que sin haber vinculación societaria alguna (accionaria o directiva), se entienda –salvo prueba en contrario– tal situación por el sólo hecho de la *ubicación* o *domicilio* en un paraíso fiscal de la parte extranjera, y (ii) que se coloca sobre el contribuyente la carga de producir la prueba diabólica –como normalmente se le conoce– de un hecho negativo: *la no vinculación*, cuando lo correcto sería que la Administración Tributaria pruebe el hecho positivo: *la vinculación*.

2.4. Criterios de aplicación del régimen de PT venezolano

Para que se active el régimen venezolano de PT, son *condiciones necesarias* que: (i) se trate de operaciones realizadas entre *partes vinculadas*, y (ii) que se trate de *operaciones internacionales*, esto es, que al menos una de las partes, ya sea persona natural o jurídica, esté domiciliada o domiciliada en el *extranjero*.

En cuanto al primer requisito de *vinculación*, ya fue apuntado el problema que se presenta en los casos de empresas con una composición accionaria compleja, a fines de determinar si, por ejemplo, un pequeño accionista que contrata los servicios de esa empresa realmente ejerce poderes de control sobre la misma. Lo cierto es que, como lo explica la más autorizada doctrina: «[i]a idea cardinal que late en el concepto mismo de “partes vinculadas” es la de *capacidad de influencia* de una operadora sobre otra»⁽⁹¹⁾. Esto tiene la mayor importancia, si se repara en que las reglas de PT venezolanas se erigen sin regular «[e] porcentaje o relevancia de dicha participación»⁽⁹²⁾, esto es, no establecen o delimitan criterios cuantitativos –sólo cualitativos– sobre la *dirección o control* (porcentaje que deba representar el voto de una parte en la toma de decisiones de la otra), por un lado, y sobre el *capital* (porcentaje accionario mínimo a partir del cual se active este régimen), por el otro.

También es importante tener en cuenta que el artículo 117 de la ley prevé la aplicación de este régimen en el caso de operaciones realizadas a través de persona interpuesta, *que no califique como vinculada*, pero que se emplee para operar entre entes que sí califiquen como vinculados. En otras palabras, las reglas de PT venezolanas perfectamente pueden ser aplicadas aun cuando formalmente no haya vinculación entre las partes que efectúan la

(90) *Idem*.

(91) Cf. GARCÍA NOVOA, César, «Precios de transferencia...», *cit.*, p. 116.

(92) ANDRADE, Betty, *op. cit.*, p. 219.

operación –al igual que puede ocurrir con el criticado artículo 119 de la LISLR, en el caso de paraísos fiscales–, cuestión totalmente reprochable.

En relación al segundo requisito de que se trate de una *operación internacional* (que una de las partes, ya sea persona natural o jurídica, esté domiciliada o domiciliada en el *extranjero*), si bien la LISLR venezolana nada señala expresamente, no es menos cierto que dicho requisito se infiere de la interpretación sistemática de las normas sobre PT, a propósito de las distintas menciones que hace la ley a operaciones de importación, exportación, tratados internacionales, guías de la OCDE, jurisdicciones de baja imposición, operaciones financieras internacionales, etcétera. En efecto, «[s]i se atiende al espíritu de las primeras reglas sobre precios de transferencias, es decir, las elaboradas por la OCDE, y a lo establecido en la mayoría de las legislaciones internas debe concluirse que las normas de precios de transferencia sólo deben aplicarse para operaciones internacionales»⁽⁹³⁾.

Estando totalmente de acuerdo con esa posición, igualmente luce conveniente que las normas de la materia, específicamente, el artículo 111 de la LISLR venezolana (entre otros), expresamente se refiriera a la celebración de «operaciones “internacionales” con partes vinculadas», dotando de *certeza* el ámbito de aplicación de este régimen, en respeto del principio de seguridad jurídica, *ex* artículo 299 de la Constitución venezolana.

En definitiva, deben tenerse en cuenta dos requisitos para que se active el régimen venezolano de PT: (i) que se trate de operaciones efectuadas entre *partes vinculadas*, con la excepción señalada sobre la realización de operaciones a través de interpuesta persona no vinculada y la cuestionable presunción *iuris tantum* en supuestos que estén involucrados paraísos fiscales, y (ii) que se trate de *operaciones internacionales*, para lo cual redundaría necesario que al menos una de las partes esté domiciliada o domiciliada en el *extranjero*.

2.5. Los métodos aplicables para determinar el precio en operaciones comparables en el régimen de PT venezolano

De conformidad con el artículo 136 de la LISLR venezolana, el precio o valor que hubieran pactado partes independientes en operaciones comparables puede ser determinado por cualquiera de los siguientes métodos, todos internacionalmente aceptados: (i) el método del precio comparable no controlado (*comparable uncontrolled price method*), (ii) el método del precio de reventa (*resale price method*), (iii) el método del costo adicionado (*cost plus*

(93) SOL GIL, Jesús, «Precios...», *cit.*, p. 208. En igual sentido, ALVARADO WEFER concluye en relación al régimen de PT venezolano que: «[l]as operaciones sometidas al régimen de precios de transferencia son únicamente las transacciones internacionales de bienes, servicios y derechos, en función del carácter de residente vs. no residente que tengan las partes vinculadas, es decir, no aplica a nivel doméstico». ALVARADO WEFER, Antonio, «Algunos aspectos problemáticos de la aplicación de los lineamientos de la OECD en materia de precios de transferencia», *Impuesto sobre la Renta e ilícitos tributarios. VI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002, p. 280. En esta misma línea, *vid.* EVANS MÁRQUEZ, Ronald, «La experiencia de Venezuela...», *cit.*, p. 472; y CASTILLO CARVAJAL, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 51, 61 y 62.

method), (iv) el método de división de beneficios (*profit split method*), y (v) el método del margen neto transaccional (*transactional net margin method*)⁽⁹⁴⁾.

De todos estos métodos, el contribuyente debe considerar el método del precio comparable no controlado (*comparable uncontrolled price method*) como primera opción, a fines de determinar el precio de las operaciones que hubiesen pactado entre partes no vinculadas o independientes en transacciones comparables libres, ex artículo 142 de la ley, debiendo la Administración Tributaria evaluar si el método aplicado por el contribuyente es el más adecuado y el que mejor se ajusta a la naturaleza de las operaciones que realiza y la actividad económica que desarrolla internacionalmente.

2.6. Acuerdos de precios anticipados (APA) del régimen de PT venezolano

La legislación venezolana también contempla la posibilidad de que los contribuyentes del impuesto sobre la renta y la Administración Tributaria celebren, con anterioridad a la realización de las transacciones internacionales entre partes vinculadas, acuerdos sobre la valoración de sus operaciones comparables como las que hubieren utilizado partes independientes, lo cual está detalladamente regulado del artículo 143 al 167 de la LISLR.

Los contribuyentes tienen la posibilidad de celebrar un APA sobre una o más de sus operaciones internacionales, con base en cualquier método de los anteriormente indicados, inclusive considerándose que las partes vinculadas pueden emplear métodos no expresamente autorizados por la LISLR venezolana⁽⁹⁵⁾.

2.7. Deberes formales del régimen de PT venezolano: la declaración informativa sobre las operaciones efectuadas entre partes vinculadas durante el ejercicio fiscal, la documentación contemporánea y el libro cronológico de operaciones financieras internacionales

A tenor del artículo 168 de la LISLR venezolana, las operaciones entre partes vinculadas deben ser reportadas a la Administración Tributaria mediante una *declaración informativa*, que debe cumplir con ciertos requisitos formales. Por su parte, la documentación e información que debe conservar el contribuyente a estos fines, está exhaustivamente listada en el artículo 169 *eiusdem*.

En lo que a la «documentación contemporánea» se refiere, esto es, la información y recaudos que deben mantener los contribuyentes a disposición de la Administración Tributaria a fines de facilitar las labores de investigación en esta materia, el artículo 169 de la

(94) Para unas preclaras explicaciones de cada uno de estos métodos, *vid.* GODDY, Juan Pablo y HOYOS, Catalina, «Precios de transferencia en Colombia», *Precios de transferencia en Venezuela: una visión global. Libro homenaje X aniversario ASOVEDEFI*, Asociación Venezolana de Derecho Financiero, Caracas, 2003, pp. 149-157.

(95) Cf. EVANS MÁRQUEZ, Ronald, «La experiencia de Venezuela...», *cit.*, p. 487.

ley establece una larga y detallada lista de documentos que, adicionalmente, suponen altos costos de operación⁽⁹⁶⁾.

Por su parte, el artículo 170 de la ley obliga a los contribuyentes que celebren operaciones financieras internacionales de mercado abierto, primario y/o secundario, indistintamente del tipo de títulos valores de que se trate, a llevar un *libro cronológico* de estas operaciones, a los efectos del cálculo de los PT.

2.8. Recapitulando el régimen de PT venezolano: su vocación BEPS

La vocación BEPS de las reglas venezolanas de PT, así como de cualquier régimen en esta materia, luce evidente: como ya fue explicado, al establecerse precios *mayores* al valor de mercado del bien o servicio objeto de contratación entre entes con vinculación, se genera un mayor costo de adquisición en el comprador (ubicado en una jurisdicción más gravosa) y, con esto, se erosiona su base imponible (*base erosion*) y se transfiere un mayor beneficio (*profit shifting*) al vendedor (situado en una jurisdicción menos gravosa). Si por el contrario, se pactan las operaciones a unos precios *menores* al valor del mercado entre partes vinculadas, se reduce el ingreso del vendedor (establecido en una jurisdicción más gravosa), erosionando su base de cálculo (*base erosion*), transfiriéndose el beneficio (*profit shifting*) al comprador (localizado en una jurisdicción menos gravosa).

Como se observa, la evitación de situaciones como las descritas (fijación de precios mayores o menores a los que hubiesen pactado partes independientes, para realizar operaciones internacionales entre partes vinculadas, que se traducen, al fin y a la postre, en propiciar la *erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*⁽⁹⁷⁾) por parte de las reglas sobre PT venezolanas, están en sintonía con las acciones 4, 8, 9, 10 y 13 del plan BEPS –aunque también las preceden– y, específicamente, en lo que a la acción 8 se refiere (sobre el aseguramiento de que los resultados de los PT estén en línea con la creación de valor en materia de intangibles), luce de importancia la adopción de una definición amplia y muy bien delimitada de intangibles, así como crear, siguiendo los lineamientos del plan, normas específicas sobre la –nada fácil– valoración de intangibles en la legislación venezolana de PT, cuya inexistencia puede afectar su correcta determinación y, con ello, la capacidad contributiva del contribuyente⁽⁹⁸⁾.

En efecto, y como ha quedado evidenciado, «[l]a metodología de los precios de transferencia es una manifestación del afán de evitar la erosión de las bases de imposi-

(96) Cf. *Ibid.*, p. 484.

(97) En este sentido, GODOY y HOYOS explican que: «[e]n el plano fiscal el término adquiere relevancia cuando dichos precios propician la erosión de bases impositivas que en principio deberían atribuirse a una determinada jurisdicción, mediante el traslado de rentas hacia territorios donde la carga tributaria resulta más atractiva». GODOY, Juan Pablo y HOYOS, Catalina, *op. cit.*, p. 133.

(98) Para un estudio detallado sobre el régimen venezolano de los intangibles y su fiscalidad, *vid.* KORODY TAGLIAFERRO, Juan Esteban E., *Régimen de los intangibles en el Derecho positivo venezolano*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013, *in totum*.

ción»⁽⁹⁹⁾, por lo que si bien las normas de PT venezolanas, en definitiva, actúan como mecanismos contra la elusión fiscal, así como para prevenir el abuso de formas con la finalidad última de reducir la evasión fiscal internacional⁽¹⁰⁰⁾, como —en general— lo pretende el plan BEPS, luce oportuno, a propósito de esta iniciativa, que se pudiera revisar la definición de *partes vinculadas* de la LISLR venezolana, por la ausencia de criterios cuantitativos que mejor precisen esta categoría, así como lo relativo a la presunción *juris tantum* que coloca la prueba (del hecho negativo) en el contribuyente domiciliado o domiciliado en Venezuela sobre su *no vinculación* con personas naturales o jurídicas ubicadas o domiciliadas en paraísos fiscales, situaciones normativas que lejos de evitar la erosión de la base y el traslado de beneficios, acarrear consecuencias perjudiciales para los contribuyentes.

3. Subcapitalización, capitalización delgada o *thin capitalization*

3.1. Introducción al régimen de subcapitalización venezolano

El fenómeno de la subcapitalización, capitalización delgada o capitalización débil, encuentra su origen, como es sabido, en la infracapitalización o capitalización insuficiente del Derecho mercantil, precisamente por un déficit en el capital social de la empresa⁽¹⁰¹⁾ que, en los términos que lo ha señalado la doctrina, se verifica en dos supuestos: (i) cuando la compañía no ha sido fondeada lo suficiente para realizar su actividad, derivando ello en un déficit en su capital y, con ello, en su capacidad de endeudamiento (infracapitalización *material*⁽¹⁰²⁾), y (ii) cuando la compañía sí ha sido fondeada suficientemente para ejercer su actividad, pero no por medio de aportes de capital (infracapitalización *formal o nominal*⁽¹⁰³⁾), sino a través del endeudamiento de los socios (préstamos a la compañía)⁽¹⁰⁴⁾. En efecto, «[I] a expresión “subcapitalización” hace referencia a aquellos supuestos en que *los socios, en lugar de realizar aportaciones de capital, financian a la sociedad a través de préstamos*, lo que supone que la sociedad tenga unos fondos propios (capitales y reservas) anormalmente reducidos en relación con su pasivo total, ya que gran parte de éste son deudas con los socios (la obligación de devolver el préstamo)»⁽¹⁰⁵⁾.

Así como la subcapitalización tiene claras consecuencias mercantiles, precisamente por la minoración de la capacidad de endeudamiento de la compañía porque su «[c]apital es

(99) PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, «La política de Administración...», *cit.*, p. 200.

(100) Cf. FALCÓN Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira, *op. cit.*, p. 223.

(101) Cf. FRAGA PITTALUGA, Luis, «Régimen jurídico tributario de la subcapitalización de empresas», en UZCÁTEGUI ANGULO, Astrid y RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio (Coords.), *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández*, volumen II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, p. 368.

(102) Cf. *Ibid.*, p. 371.

(103) Cf. *Idem.*

(104) Cf. ANDRADE, Betty, *op. cit.*, p. 220.

(105) Cf. FALCÓN Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira, *op. cit.*, p. 239.

menor de lo que debiera»⁽¹⁰⁶⁾, cuestión que afecta su posibilidad de otorgamiento de mayores garantías, toda vez que su capital es —precisamente— una de las principales garantías del cumplimiento de sus obligaciones frente a sus acreedores⁽¹⁰⁷⁾, que no es otra cosa distinta que afirmar la eventual imposibilidad de asunción por parte de la compañía de mayores compromisos por no poder (o querer) respaldarlos, de igual manera la subcapitalización, infracapitalización o *capitalización exigua*⁽¹⁰⁸⁾ tiene trascendencia en materia fiscal, específicamente, en la determinación del impuesto sobre la renta.

En la legislación venezolana, las reglas sobre subcapitalización o capitalización delgada (*thin capitalization*), fueron introducidas por primera vez en la LISLR con la reforma de 2007, en su artículo 118. Estas reglas o *cláusulas antielusión* tienen la finalidad de evitar: (i) el traslado de la base imponible (*profit shifting*) del impuesto sobre la renta de una jurisdicción a otra (de la más a la menos severa), (ii) que se encubra la distribución de dividendos y, con ello, no tribute su pago en el país de origen y (iii) que se cree un gasto ficticio para aminorar la base imponible del impuesto de la empresa pagadora del préstamo⁽¹⁰⁹⁾, generándose, en estos dos últimos casos, la erosión de la base (*base erosion*) del prestatario. Así, su vinculación —de entrada— con el plan BEPS, luce manifiesta.

Y lo que al fin y a la postre se pretende evitar con las reglas de subcapitalización es la *caracterización formal* de una operación al margen de la *realidad material* de la misma: instrumentar un *préstamo*, en lugar de concretar un *aporte de capital*. En efecto, éstas son las dos formas en las que normalmente las compañías obtienen fondos para realizar sus actividades (préstamos y aportes de capital), luciendo más atractivo —en ocasiones— el fondeo de las operaciones vía préstamos, precisamente porque de esta manera, como lo ha explicado la doctrina, el prestamista tiene el derecho de recuperar el capital prestado y los intereses al margen del resultado de la actividad empresarial, mientras que en el caso del aporte de capital el accionista sólo verá recompensada su inversión ante la generación de utilidades por parte de la compañía y el respectivo pago de dividendos, amén de sólo poder recibir la restitución de su aporte por medio de la liquidación de la compañía o la reducción del capital social⁽¹¹⁰⁾. Bajo este enfoque luce entonces más conveniente, amén de flexible, el fondeo corporativo vía préstamos de capital, en lugar de aportes de capital.

No obstante lo anterior, y siendo perfectamente legítimas ambas modalidades de *obtención de fondos*, lo cierto es que dependiendo de las circunstancias reales y económicas de las compañías involucradas, en unos casos serán viables y convenientes los *préstamos*, mientras que en otros lo serán los *aportes de capital*. Ello dependerá, así, de las condiciones y escenarios que manejen los entes comprendidos en la operación y la intención que

(106) GARCÍA NOVOA, César, «Elusión fiscal...», *cit.*, p. 115.

(107) Cf. ANDRADE, Betty, *op. cit.*, p. 220.

(108) Cf. EVANS MÁRQUEZ, Ronald, «La experiencia de Venezuela...», *cit.*, p. 488.

(109) Cf. FRAGA PITTALUGA, Luis, «Subcapitalización...», *cit.*, pp. 374-375.

(110) Cf. ANDRADE, Betty, *op. cit.*, p. 216.

persiguen las partes⁽¹¹¹⁾. Y es esto lo que busca la LISLR venezolana: si las circunstancias de hecho (las características de los entes y de la contratación) apuntan a considerar que la operación se debe realizar de una u otra manera, y en caso de que una vez aplicadas las reglas de subcapitalización (para medir la real capacidad de endeudamiento del ente prestatario o evaluar las condiciones de contratación del préstamo) el análisis lleve a afirmar que el préstamo no se hubiese podido asumir por el ente prestatario por estar subcapitalizado o no se hubiese logrado materializar el préstamo en los términos acordados entre las partes involucradas en caso de haber actuado como entes no vinculados o independientes (*arm's length principle*), se objetarían, entonces, las consecuencias fiscales de la operación.

3.2. El principio de independencia, de operador independiente o *arm's length* principio y el régimen de subcapitalización venezolano

En el tratamiento sobre el régimen de PT, abordamos los particulares de este principio en la LISLR venezolana (artículos 111 y 113), la consecuencia de su aplicación en términos de los ajustes correlativos o bilaterales para evitar la doble imposición internacional, y la finalidad que el mismo persigue para sortear ventajas fiscales y competitivas entre distintas empresas, precisamente como consecuencia de la fijación de precios de operaciones entre partes no independientes al margen del mercado y de la realidad o sustancia económica de dichas operaciones.

Este principio, como lo explica la doctrina, justifica la existencia de las reglas de PT y las propias reglas de subcapitalización, teniéndose en cuenta, así, que la operación que pacten partes vinculadas o no independientes deben obedecer a las condiciones que hubiesen acordado por la misma negociación partes no vinculadas o independientes. De esta manera, lo que se busca es garantizar que las consecuencias fiscales de los financiamientos concedidos entre partes vinculadas estén en sintonía con el *arm's length principle*, por lo que ambos regímenes responden a un mismo propósito (reducir la elusión fiscal y prevenir el abuso de las formas con miras a evitar la evasión fiscal internacional), debiendo interpretarse tanto las normas de PT cuanto las correspondientes a subcapitalización conforme a este principio⁽¹¹²⁾ o *estándar*, con las dificultades que ello implica⁽¹¹³⁾.

(111) No hay que perder de vista que los socios de las compañías tienen *libertad plena de decisión, elección y gestión* sobre la forma en que quieren conducir sus negocios en lo general, y de cómo prefieren capitalizar sus empresas en lo particular, bien sea mediante préstamos (propios o de terceros) o aportes de capital, cuestión que es uno de los temas más relevantes y que deben siempre tomarse en cuenta en análisis minuciosos de regímenes como el de subcapitalización y de cláusulas anti-elusión en general. Sobre el derecho a la libertad de elección y gestión, y su caracterización como un principio constitucional de la tributación, *vid.* FRAGA PITTALUGA, Luis, *Principios constitucionales de la tributación*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos Nº 95, Caracas, 2012, pp. 145-172.

(112) Cf. ANDRADE, Betty, *op. cit.*, pp. 222-223.

(113) En este sentido, hay que tener en cuenta: (i) la interesante crítica de Eduardo BAISTROCCHI sobre la raíz del problema de los PT por erigirse este régimen sobre el *principio o estándar* (y no regla) de *independencia*, anteriormente comentada, y su aplicación a las normas de subcapitalización por fundamentarse en el mismo *principio* [BAISTROCCHI, Eduardo, *op. cit.*, pp. 87-89]; y (ii) aunado a lo anterior, y más allá

3.3. Criterios de aplicación del régimen de subcapitalización venezolano

Anteriormente vimos que el régimen de PT venezolano se activa cuando: (i) se trate de operaciones realizadas entre *partes vinculadas*, y (ii) que dicha operación sea *internacional*. Pues bien, lo cierto es que estas dos *condiciones necesarias*, también califican como tales para que se pongan en marcha las reglas de subcapitalización, o lo que es lo mismo, el régimen de PT y de subcapitalización venezolanos encuentran un *denominador común* en que se trate de operaciones internacionales entre partes vinculadas para su activación.

Ahora bien, en el caso particular de la subcapitalización, si bien tales condiciones son necesarias, *no son suficientes*, pues forzosamente debe estar presente un tercer elemento definidor para que, ahora sí, se activen las reglas de la LISLR venezolana en esta materia: (iii) que el ente prestatario esté subcapitalizado, sea una empresa subcapitalizada, esto es, que no tenga la capacidad de endeudamiento mínima exigida por ley para asumir el préstamo que le otorgó una empresa vinculada (criterio *objetivo*) o que se den algunas circunstancias que, de conformidad con el principio *arm's length*, se consideren cuestionables y no propias de una contratación entre partes independientes (criterio *subjetivo*). A otras veces, el dato singular y adicionalmente característico de las reglas de subcapitalización es la *subcapitalización* misma de la empresa prestataria o el eventual cuestionamiento de la contratación del préstamo por alejarse de condiciones de libre mercado⁽¹¹⁴⁾.

del problema de falta de delimitación de su contenido *ex ante* de los *principios*, por oposición a las *reglas*, también debe repararse en que —como lo manifestamos en nuestro desarrollo del régimen de PT venezolano—, las reglas de subcapitalización igualmente se aplican a *partes vinculadas* y, como tales, la *realidad o sustancia económica* —más allá del *arm's length*— debe tenerse en cuenta: *es tan discriminatorio tratar desigual a los iguales, que igual a los desiguales* (v. g. mismo trato para partes vinculadas y no vinculadas). Por ejemplo, si la inversión de *casa matriz* está comprometida porque la *subsidiaria* no sale a flote y posiblemente un *tercero independiente* (e. g. un banco no vinculado) no le otorgaría el préstamo a la *subsidiaria*, si pudiera perfectamente hacerlo *casa matriz* porque tiene *interés directo* en fondear la operación para rescatarla, a fin de cuentas, es su inversión la que está en juego. Siendo así, ¿cómo *casa matriz* no va a darle un «trato preferencial» —como partes vinculadas, *en tanto lo son*—, que no es más que dárselo a sí misma, pues es su accionista? Esto pudiera representar una falla de base en la concepción misma de las reglas PT y subcapitalización, por erigirse sobre el internacionalmente aceptado *arm's length principle*.

- (114) Piénsese, por ejemplo, en una operación de préstamo internacional entre entes vinculados, con unas tasas de interés *muy por encima* de lo que partes no vinculadas o independientes pactarían. En este caso, la erosión de la base y el traslado de beneficios es palpable: el *ente prestatario* (situado en la jurisdicción de *mayor* imposición) recibe un préstamo con una tasa de interés que sobrepasa la tasa regular de mercado, lo que se traduciría en elevados pagos de intereses fiscalmente deducibles, con lo cual se erosionaría su base imponible (*base erosion*), mientras que por el lado del *ente prestamista* (ubicado en la jurisdicción de *menor* imposición), éste recibiría altas cantidades gravables por concepto de dichos intereses, trasladando hacia él los beneficios imponibles (*profit shifting*). Piénsese ahora en el efecto inverso, al pactarse una tasa de interés *muy por debajo* de la tasa regular de mercado: el *ente prestatario* (ahora situado en la jurisdicción de *menor* imposición) recibe un préstamo con una tasa de interés inferior a la tasa regular de mercado, lo que se traduciría en bajos pagos de intereses fiscalmente deducibles, con lo cual se trasladaría el beneficio en su dirección (*profit shifting*), mientras que por el lado del *ente prestamista* (ubicado en la jurisdicción de *mayor* imposición), se erosionaría su base imponible al recibir reducidas cantidades gravables por concepto de intereses (*base erosion*).

En relación a los dos primeros requisitos, anteriormente expusimos nuestras consideraciones descriptivas y críticas, enfocándonos, en lo que a la *vinculación* se refiere, en (i) la idea de *capacidad de influencia*, aspecto éste no delimitado cuantitativamente en la legislación venezolana, (ii) la *vinculación por la actuación de interpuestas personas* que no califique formalmente como vinculada, ex artículo 117 de la LISLR, y (iii) la presunción *iuris tantum* de vinculación de operaciones con personas ubicadas o domiciliadas en jurisdicciones de baja imposición (paraísos fiscales), de conformidad con el artículo 119 de la ley, por un lado; y por el otro, en lo que la *internacionalidad* de la operación se refiere, también precisamos que la LISLR venezolana no indica tal condición de manera expresa, aun cuando la misma se infiere del contenido normativo del régimen de PT, elemento que, adicionalmente, también ha sido precisado por la doctrina específicamente en materia de subcapitalización⁽¹¹⁵⁾, y que, sin duda, sería mejor que gozara de una referencia expresa ese importante dato en la legislación, específicamente en el artículo 111 de la LISLR, en aras del mejor cumplimiento del principio de seguridad jurídica.

En cuanto al tercer requisito (la subcapitalización *per se*), como es sabido, se entiende por *empresa subcapitalizada* aquella cuyas deudas con una parte vinculada producto de un préstamo recibido, superan su capital o patrimonio (dependiendo del ordenamiento de que se trate), esto es, que la proporción *deuda/capital* o *deuda/patrimonio* (*debt/equity ratio*) supere el coeficiente de endeudamiento permitido por la ley, entendiéndolo excesivo⁽¹¹⁶⁾. Por su parte, en cuanto a las *condiciones subjetivas* que establece la ley como concreción del principio de independencia, las mismas serán abordadas más adelante.

Conforme a lo anterior, entonces, necesariamente tienen que estar presentes tres requisitos para que se active el régimen venezolano de subcapitalización: (i) que se trate de operaciones efectuadas entre *partes vinculadas*, teniendo en cuenta las observaciones y críticas que formulamos sobre este concepto en la legislación venezolana, (ii) que se trate de *operaciones internacionales*, cuestión que supone que por lo menos una de las partes esté *residenciada* o *domiciliada* en el *extranjero*, y (iii) que se trate de una empresa *subcapitalizada* (método objetivo) o que se trate de unas condiciones pactadas del préstamo al margen del principio *arm's length* (método subjetivo)⁽¹¹⁷⁾.

(115) En este sentido, *vid.* ANDRADE, Betty, *op. cit.*, p. 244, FRAGA PITTALUGA, Luis, «Subcapitalización...», *cit.*, pp. 412-413 y CASTILLO CARVAJAL, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 51.

(116) Cf. FRAGA PITTALUGA, Luis, «Subcapitalización...», *cit.*, pp. 375-376.

(117) Teniendo presente los puntos de encuentro entre las reglas de PT y de subcapitalización, resulta oportuno hacer la siguiente precisión sobre los eventuales supuestos de aplicación o activación de sus normativas. En efecto, consideramos que pueden darse, por lo menos, tres escenarios distintos: (i) un *primer escenario*, en el que en una operación internacional (distinta a un préstamo) entre partes vinculadas se fijen unos precios de transferencia divorciados del mercado (por excesivos o exigüos), en cuyo caso se activarían las reglas de PT; (ii) un *segundo escenario*, en el que en una operación internacional de préstamo entre partes vinculadas se fijen unos precios ajustados al mercado, pero con una empresa prestataria subcapitalizada, en cuyo caso se activarían las reglas de subcapitalización (método objetivo); y (iii) un *tercer escenario*, en el que en una operación internacional de préstamo entre partes vinculadas se fijen unas condiciones divorciadas del mercado, en cuyo caso también se activarían las reglas de subcapitalización —sin

3.4. El parámetro de medición (capital o patrimonio) del régimen de subcapitalización venezolano

Las reglas del régimen venezolano de subcapitalización emplean como *parámetro de medición*, a tenor del artículo 118 de la LISLR, el *patrimonio neto*. En efecto, de acuerdo con esta norma, los intereses pagados –directa o indirectamente– a partes vinculadas, serán deducibles sólo en la medida en que el monto de las deudas contraídas –también directa o indirectamente– con partes vinculadas, sumadas con el monto de las deudas contraídas con partes independientes, *no exceda del patrimonio neto del contribuyente*.

A fines de determinar si el monto de las deudas excede el patrimonio neto del contribuyente, se restará del saldo promedio anual de las deudas que tenga el contribuyente con partes independientes, el saldo promedio anual del patrimonio neto del contribuyente. Dicho saldo promedio anual del patrimonio neto se calculará dividiendo entre dos la suma del patrimonio neto al inicio del ejercicio y al final del mismo (antes de hacer el ajuste por inflación del ejercicio y sin considerar la utilidad o pérdida neta del ejercicio), y el saldo promedio anual de las deudas se calculará dividiendo la suma de los saldos al último día de cada uno de los meses del ejercicio entre el número de meses del ejercicio. Para este cálculo, no se incluirán en el saldo del último día de cada mes los intereses que se devenguen en dicho mes.

Pues bien, como lo ha precisado la doctrina, la magnitud económica que se debe emplear para determinar si los intereses pagados entre partes vinculadas son o no deducibles, no es el *capital social*, ni tampoco el *patrimonio*, sino el *patrimonio neto* de la empresa, entendiendo por tal, el *patrimonio neto financiero*. En efecto, la capacidad de endeudamiento del contribuyente –que es, a la postre, lo que aquí se pretende determinar– no es medible a partir de un patrimonio disminuido, como el que la LISLR venezolana emplea a los fines exclusivos del cálculo del ajuste por inflación, por razón de que dicho patrimonio no evidencia la verdadera o real capacidad de endeudamiento de la empresa. Ello así, sólo luce racional y razonable emplear, a los fines del cálculo del coeficiente de endeudamiento, el saldo promedio anual del *patrimonio neto financiero* del contribuyente, al inicio y final del ejercicio, antes de realizar el ajuste por inflación y sin tomar en cuenta la utilidad o pérdida neta del ejercicio en cuestión⁽¹¹⁸⁾.

Como se observa, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, la norma de subcapitalización venezolana se refiere, siempre y en todo caso, a la *fracapitalización material*, no la *formal*⁽¹¹⁹⁾, siendo, desde otro punto de vista, y hasta donde tenemos conocimiento la más severa de la región, pues establece la relación más baja entre deudas

estar la empresa prestataria subcapitalizada (método subjetivo)–, en estrecha sintonía con la normativa de PT por aplicación del principio que informa a ambos regímenes: el *arm 's length*.

(118) Cf. FRAGA PITTALUGA, Luis, «Subcapitalización...», *cit.*, pp. 413-416. En sintonía con esta posición, *vid.* CASTILLO CARVAJAL, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 52. En contra, *vid.* ANDRADE, Betty, *op. cit.*, p. 254.

(119) Cf. FRAGA PITTALUGA, Luis, «Régimen jurídico tributario...», *cit.*, p. 371.

y patrimonio (1:1)⁽¹²⁰⁾, esto es, delimita un nivel de endeudamiento hasta el monto del patrimonio neto⁽¹²¹⁾.

Tal coeficiente de endeudamiento, a su vez, no debería ser el único regulado o permitido en la ley, si se repara en que distintos sectores de actividad económica tienen –naturalmente– diferentes márgenes manejables de endeudamiento⁽¹²²⁾, pudiendo habilitarse la posibilidad, como en otras legislaciones, de celebrar acuerdos entre el contribuyente y la Administración Tributaria sobre la aplicación de un coeficiente distinto, una vez comprobada la necesidad de un mayor nivel de apalancamiento en determinada área, por un lado, y por el otro, dicha ratio apenas debería servir como un «puerto seguro» (*safe harbour*), en tanto indicativo objetivo de una banda de intereses de financiamiento que se considere dentro del mercado⁽¹²³⁾, como se analizará con detenimiento más adelante en cuanto al *método objetivo* establecido en la LISLR venezolana.

3.5. El monto deducible de los intereses y la re-caracterización del excedente como patrimonio neto en el régimen de subcapitalización venezolana

En lo que al monto deducible de los intereses se refiere, el artículo 118 de la ley ordena su determinación restando el saldo promedio anual de las deudas del contribuyente con partes independientes del saldo promedio anual del patrimonio neto y, el resultado, de ser positivo, debe dividirse entre el saldo anual de las deudas del contribuyente contraídas –directa o indirectamente– con partes vinculadas.

En este caso, si el cociente es igual o mayor a uno, la empresa prestataria podrá deducir el monto total de los intereses pagados a la empresa prestamista vinculada. Si por el contrario, el cociente es menor que uno, el ente prestatario podrá deducir únicamente el monto que resulta de multiplicar dicho cociente por el monto total de los intereses pagados a la empresa prestamista vinculada.

Por otro lado, la porción del monto de las deudas contraídas por el contribuyente –directa o indirectamente– con partes vinculadas que *exceda* del saldo promedio anual del *patrimonio neto* del contribuyente, recibirá el tratamiento de *patrimonio neto*, ex artículo 118 de la LISLR venezolana. Al respecto se ha considerado que, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, la norma venezolana no habilita la posibilidad de reclasificar el excedente (los intereses no deducibles) como *dividendos*, sino que más bien incorpora dichos intereses al patrimonio neto del contribuyente prestatario, en tanto no se estima como un aporte encubierto en el capital social de la compañía⁽¹²⁴⁾.

(120) Cf. EVANS MÁRQUEZ, Ronald, «La experiencia de Venezuela...», *cit.*, p. 488, ANDRADE, Betty, *op. cit.*, p. 257 y CASTILLO CARVAJAL, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 53.

(121) Cf. ANDRADE, Betty, *op. cit.*, p. 222.

(122) Cf. CASTILLO CARVAJAL, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 54-55.

(123) Cf. ANDRADE, Betty, *op. cit.*, p. 219.

(124) Cf. FRAGA PITTALUGA, Luis, «Subcapitalización...», *cit.*, pp. 420-421. En igual sentido, *vid.* CASTILLO CARVAJAL, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 57. En contra, *vid.* ANDRADE, Betty, *op. cit.*, pp. 257-260.

3.6. La utilización alternativa (¿y combinada?) de los métodos objetivo y subjetivo de aplicación del régimen de subcapitalización venezolano

Las reglas de subcapitalización venezolanas también se muestran peculiares, si se tiene en cuenta que, aun cuando se acogen al *método objetivo* o de ratios fijas (el *objective scope*⁽¹²⁵⁾) para la determinación de la subcapitalización de la empresa prestataria, y que éste consagra una *presunción*⁽¹²⁶⁾, también se hace —como ha podido inferirse de lo hasta ahora expuesto— del *método subjetivo* (el *subjective scope*⁽¹²⁷⁾), calificando como supuestos de subcapitalización endeudamientos del ente prestatario con el ente prestamista vinculado *aun cuando no superen el coeficiente apuntado de ley*, en tanto en cuanto se haya pactado el préstamo al margen de las condiciones libres del mercado como lo hubiesen hecho partes independientes⁽¹²⁸⁾. Las variables que emplea la ley, en la aplicación del método subjetivo, son las siguientes: (i) el *nivel de endeudamiento* del contribuyente, (ii) la *posibilidad* de que dicho contribuyente hubiera podido obtener ese préstamo de una parte independiente sin la intervención de una parte vinculada, (iii) el *monto de la deuda* que dicho contribuyente hubiera podido obtener de una parte independiente sin la intervención de una parte vinculada, (iv) la *tasa de interés* que dicho contribuyente hubiera obtenido de una parte independiente sin la intervención de su parte vinculada, y (v) los *términos y condiciones de la deuda* que dicho contribuyente hubiera obtenido de una parte independiente sin la intervención de una parte vinculada.

Al respecto, es importante precisar el uso *alternativo o por separado* —que *no simultáneo o combinado*— de estos dos métodos por parte de la ley venezolana y las negativas consecuencias que ello apareja. El artículo 118 de la LISLR no contempla expresamente un enlace de uso *simultáneo o combinado* de estos métodos o sistemas, más bien cada uno de ellos

(125) Cf. FINNERTY, Chris *et al.*, *op. cit.*, p. 222.

(126) Para FRAGA PITTALUGA y CASTILLO CARVAJAL, la norma que establece la ratio de endeudamiento máximo consagra una presunción *iuris et de iure*, en tanto no admite prueba en contrario, con todos los problemas que esto implica y que ellos denuncian. Cf. FRAGA PITTALUGA, Luis, «Subcapitalización...», *cit.*, pp. 417-418 y CASTILLO CARVAJAL, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 53. Por otro lado, ANDRADE considera que si bien la norma no establece expresamente qué tipo de presunción es, la misma debe entenderse como una presunción *iuris tantum*, si se parte de que las guías sobre PT de la OCDE son aplicables en Venezuela, *ex artículo 115 de la ley*, teniendo en cuenta que remiten a las reglas sobre subcapitalización de 1987 de ese mismo órgano, y que dichas guías imponen la aplicación del principio *arm's length*, por lo que entonces sería necesario concluir que las reglas del método objetivo deben *flexibilizarse* —como lo considera la OCDE— ante el principio en cuestión y, por ello, debe entenderse que la norma venezolana contiene una presunción *iuris tantum*. Cf. ANDRADE, Betty, *op. cit.*, pp. 231-238 y pp. 244-248. En relación a la propuesta de ANDRADE (criterio de *aplicación por remisión*), debe tenerse en cuenta el eventual riesgo de afectación del principio de reserva legal tributaria —anteriormente expuesto—, ante la consideración de las guías de PT como «Derecho blando» (*soft law*). Por otro lado e indistintamente de la tipología de la presunción legal contenida en el artículo 118 de la LISLR venezolana, la propuesta que presentamos a continuación va dirigida a esbozar una solución que resolvería el conflicto, sea la presunción *iuris et de iure* o *iuris tantum*.

(127) Cf. *Idem*.

(128) Cf. FRAGA PITTALUGA, Luis, «Subcapitalización...», *cit.*, pp. 396-397.

se encuentra regulado de manera autónoma, por separado, como herramientas al servicio de la Administración Tributaria para, por cualquiera de esas dos vías, esto es, de manera alternativa (el uno o el otro) lograr la calificación de la subcapitalización.

No obstante lo anterior, si se tiene en cuenta la tipología normativa estándar en la teoría general del Derecho (reglas y principios⁽¹²⁹⁾), es posible aclarar el panorama brevemente expuesto. En nuestra opinión, ambos métodos califican –desde el análisis propuesto– como *reglas*, en tanto normas «cerradas» o tipo «todo o nada», lo que habilitaría su aplicación si las circunstancias fácticas se *subsumen* en sus supuestos de hecho (ratio de endeudamiento del ente prestatario y condiciones de contratación del préstamo). Si bien lo anterior es cierto, no es menos acertado que, como enseña la doctrina, cuando hay reglas y principios en tensión, las reglas ceden ante la aplicación de los principios⁽¹³⁰⁾, siendo esto precisamente lo que ocurre en este caso: por un lado tenemos las *reglas* contenidas en los métodos objetivo y subjetivo, y por el otro tenemos el *principio* de independencia o *arm's length*, por lo que partiendo de la necesaria interpretación del régimen de subcapitalización a partir de este principio, su aplicación en este sentido derrotaría la regla contenida en el método objetivo, desplazándolo, lo que al fin y a la postre se traduciría –en sentido práctico– en la aplicación *simultánea o combinada* de ambos métodos, objetivo y subjetivo, pues éste último es –concretamente– una manifestación directa de dicho principio. Lo anterior cobra inclusive más peso, si se incluye en la mezcla a los –también relevantes en esta materia– *principios* de capacidad contributiva y de realidad o sustancia económica.

Siendo así, entonces, la aplicación preeminente del *principio* de independencia o *arm's length* –al igual que los de capacidad contributiva y de realidad o sustancia económica– obligaría a precisar la ratio de endeudamiento del ente prestatario, así como a desentrañar las condiciones de contratación del préstamo, desde las particularidades de la operación y de las partes vinculadas, esto es, mediante la aplicación simultánea o combinada de las *reglas* tipificadas en los métodos objetivo y subjetivo y, con ello, se lograría: (i) superar los problemas de la aplicación estricta del *método objetivo*, que puede generar la calificación de una empresa prestataria como subcapitalizada (por la mera superación del coeficiente de endeudamiento), aunque, si se tienen en cuenta las peculiares circunstancias del caso (aplicación del *arm's length*, v. g. condiciones particulares de contratación del préstamo, situación financiera [de rescate] del ente prestatario, incursión del grupo multinacional en un nuevo mercado, etcétera), se evidencie que (realmente, en el caso bajo análisis) no lo es, cuestión que en este supuesto se corregiría por su aplicación complementaria con el méto-

(129) Al respecto, *vid.* la explicación contenida en la nota al pie N° 83.

(130) Nos referimos a la conocida doctrina de la «derrotabilidad de las normas». Al respecto *vid.* BAYÓN, Juan Carlos, «Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico», en GAIDO, Paula, SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo y SELEME, Hugo (Eds.), *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 157-208; SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo y SELEME, Hugo, «Derrotabilidad de las normas jurídicas», en ORTEGA GOMERO, Santiago (Ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico*, Ara Editores, Lima, 2009, pp. 107-118 y GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «¿Dónde va el Derecho actual?», en: <https://www.youtube.com/watch?v=eWPZSKW-00Y>, 4 de abril de 2015.

do subjetivo⁽¹³¹⁾; y (ii) superar la amplia discrecionalidad y valoración que implica el *método subjetivo*, que puede llegar a colocar su aplicación en manifiesto divorcio de la realidad o sustancia económica y fáctica del préstamo pactado entre partes vinculadas, mediante su ejecución combinada con el método objetivo. A otras voces: *rescatando lo mejor de ambos métodos, pudiera paliarse lo revisable de ellos*.

Como se observa, no se trata de beneficiar al contribuyente ni a la Administración Tributaria —y esto es lo importante—, sino a favorecer, en todo caso, a la determinación de la realidad de la situación financiera del ente prestatario y de la operación, esto es, la contratación del préstamo, necesariamente contextualizándolo (aplicando *simultánea* o de manera *combinada* las reglas objetiva y subjetiva) con los elementos de hecho que rodean a las partes vinculadas, en atención del principio *arm's length*⁽¹³²⁾.

3.7. Recapitulando el régimen de subcapitalización venezolano: su vocación BEPS

La vinculación con el fenómeno BEPS de las cláusulas de subcapitalización venezolanas, al igual que los demás regímenes analizados, también es indiscutible: en lugar de que la parte ubicada en la jurisdicción de *menor* imposición efectúe un *aporte al capital* a la parte localizada en la jurisdicción de *mayor* imposición, que se traduciría en la causación y pago de impuestos por aumentos de capital (en Venezuela están gravados con una tasa del 1% sobre el monto de aumento, por su inscripción en el Registro Mercantil), así como gravamen al dividendo con ocasión a su decreto y pago en dicha jurisdicción (la de mayor imposición), se celebra un *préstamo* entre las partes vinculadas, siendo la *prestamista* la ubicada en la jurisdicción de *menor* imposición y la *prestataria* la establecida en la jurisdicción de *mayor* imposición, con lo cual: (i) se evitaría la causación impositiva por aumentos de capital (porque no habría tal aumento, por lo menos formalmente), (ii) tampoco tendría lugar el pago de dividendos y, con ello, del impuesto que recaería sobre el mismo en la jurisdicción de mayor imposición, y (iii) se generaría el pago de intereses, esto es, un gasto deducible del ente ubicado en la jurisdicción de *mayor* imposición (la prestataria), que serían gravables en cabeza del ente situado en la jurisdicción de *menor* imposición (la prestamista).

(131) Sobre este tema, Juan Carlos CASTILLO CARVAJAL reflexiona en torno a la posibilidad de acreditar la razonabilidad del endeudamiento que exceda la ratio establecida en la LISLR venezolana, apuntando —precisamente— a los principios de *realidad o sustancia económica de la operación*, por un lado, y de *capacidad contributiva* de la empresa prestataria, por el otro, concluyendo que: «[e]l contribuyente debería tener derecho a la deducción si puede demostrar que [e]l endeudamiento otorgado no difiere de aquél que hubiera obtenido de partes independientes» (corchetes nuestro). CASTILLO CARVAJAL, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 53-55. Como se observa, la posición de CASTILLO CARVAJAL (criterio de *lex superior vs. lex inferior*), equivale a decir —desde la teoría general del Derecho— que las *reglas* del método objetivo deben ceder ante la aplicación de los *principios* de independencia, realidad o sustancia económica y capacidad contributiva.

(132) Lo que pudiera ser la «raíz del problema» de los PT (el principio *arm's length*), como lo explica Eduardo BAISTROCCHI y anteriormente abordamos, pudiera —a su vez— ser la «raíz de la solución» en la interpretación *racional y razonable* de la estructuración interna del artículo 119 de la LISLR —y de otros regímenes que adolezcan del mismo problema— en lo que a la aplicación *simultánea* o *combinada* de los métodos (reglas) objetivo y subjetivo se refiere (nuestro criterio: *reglas vs. principios*).

Con esta práctica, en los casos que no goce de legitimidad (sustancia), se pretende evitar la causación de –por lo menos– dos impuestos (por aumento de capital y pago de dividendos) y reducir (o eliminar) un tercer pago de impuestos por la generación de un gasto deducible a través de los intereses del préstamo, todo en la jurisdicción de mayor imposición. Es obvio, entonces, como se *transfiere* el beneficio de una jurisdicción a otra (de la más gravosa a la menos gravosa) y, por vía de consecuencia, como se *erosiona la base imponible* del ente ubicado en la jurisdicción de más alta tributación.

Siendo así, la lucha contra la elusión fiscal y la prevención del abuso de formas apuntando a evitar la evasión fiscal internacional por parte de las reglas sobre subcapitalización venezolanas, están en sintonía con varias acciones del plan BEPS, pero en particular se encuentran alineadas con la acción 4, mediante la cual se busca limitar la erosión de la base por vía de pagos excesivos de deducciones de intereses, máxime si se tiene en cuenta, como fue comentado, que la norma venezolana es la más estricta de la región, por cuanto establece la relación más baja entre deudas y patrimonio.

No obstante lo anterior, también debe dejarse claro que la *aplicación alternativa* (en lugar de *simultánea* o *combinada*) de los sistemas *objetivo* y *subjetivo* para combatir la subcapitalización –críticamente referida– que regula la LISLR venezolana, no está en sintonía con las recomendaciones de la OCDE, la cual admite el empleo del método objetivo siempre y cuando el ente prestatario pueda demostrar, en los casos que sus deudas superan el coeficiente de endeudamiento establecido en la norma, que el financiamiento se habría podido obtener en esos mismos o similares términos con un ente prestamista no vinculado⁽¹³³⁾, o lo que es lo mismo, que se permita el empleo *simultáneo* o *combinado* de estos métodos (reglas) para rescatar lo mejor de ambos, en aras de precisar la realidad de: (i) la situación (ratio) de endeudamiento de la empresa, (ii) la operación de financiamiento mediante el otorgamiento del préstamo, y (iii) las circunstancias que lo rodean; todo al amparo del principio *arm's length*.

Tampoco se presenta alineado a los criterios de la OCDE disponer de un coeficiente único de endeudamiento, pues ello no refleja necesariamente los tres particulares recién precisados, en desatención del *arm's length*, siendo lo más recomendable en este sentido habilitar la posibilidad de pactar acuerdos entre los contribuyentes y la Administración Tributaria sobre la aplicación de coeficientes distintos a actividades de diversas naturalezas.

4. Intercambio de información en Venezuela y CDIs

4.1. Introducción al régimen de intercambio de información en Venezuela

El Modelo de Convenio de la OCDE en materia de renta y patrimonio establece, en su artículo 26.1, el *intercambio de información* con trascendencia fiscal entre los Estados contratantes, no sólo para fines de aplicación del convenio, sino también cuando sea pertinente para la gestión de cualquier tributo interno, de cualquier nivel político territorial, aunque dicho tributo no esté expresamente comprendido en el convenio, en tanto el tributo en

(133) Cf. FRAGA PITTALUGA, Luis, «Subcapitalización...», *cit.*, p. 418.

cuestión no suponga una imposición contraria al convenio⁽¹³⁴⁾. Ésta es —precisamente— la fuente primordial de intercambio de información en Venezuela⁽¹³⁵⁾, por el cual debe entenderse «[l]a comunicación de datos con trascendencia tributaria llevada a cabo por un Estado a favor de otro, como consecuencia de un tratado internacional (acuerdo de intercambio de información o Convenio de Doble Imposición con cláusula de intercambio). La información aportada se refiere a no residentes (normalmente residentes en el país que requiere la información)»⁽¹³⁶⁾.

4.2. Fuentes y tipos de intercambio de información permitidos en Venezuela

En efecto, una de las fuentes en Venezuela para llevar a cabo *intercambios de información* con otros Estados, son los propios CDIs que ha ratificado⁽¹³⁷⁾. Teniendo en cuenta que los CDIs celebrados por Venezuela siguen —fundamentalmente— el Modelo OCDE, sus disposiciones sobre el intercambio consisten, en sintonía con el indicado artículo 26.1 del modelo, en habilitar a las autoridades competentes a que intercambien las informaciones necesarias para *aplicar* los distintos convenios celebrados, pero sin limitarse al *campo de aplicación* del CDI y, con ello, habilitándose las solicitudes de información —no el intercambio automático— sobre operaciones en paraísos o refugios fiscales y en jurisdicciones con elementos de competencia tributaria desleal.

Las informaciones recibidas por Venezuela y los Estados con los que ha celebrado dichos convenios, deben mantenerse secretas en igual forma que las informaciones obtenidas con base en el Derecho interno venezolano y del otro Estado y serán comunicadas a las autoridades competentes (incluidos los tribunales y órganos administrativos) de la gestión o recaudación de los impuestos regulados en el convenio, de los procedimientos declarativo o ejecutivos relativos a los mismos y la resolución de los recursos interpuestos contra reparos formulados.

(134) Cf. FALCÓN Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira, *op. cit.*, pp. 197-198.

(135) Para un estudio detallado sobre la colaboración de Administraciones Tributarias, con especial referencia al caso venezolano, *vid.* CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal, «Colaboración y asistencia mutua entre Administraciones Tributarias», *Revista de Derecho Tributario*, N° 100, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2003, pp. 161-219.

(136) GARCÍA NOVOA, César, «Un nuevo paradigma...», *cit.*, p. 51.

(137) El artículo 131 del Código Orgánico Tributario venezolano de 2014, establece que: «La Administración Tributaria tendrá las facultades, atribuciones y funciones que establezcan la Ley de la Administración Tributaria y demás leyes y reglamentos, y en especial: (...) 11. Suscribir convenios interinstitucionales con organismos nacionales e internacionales para cooperación e intercambio de información, siempre que esté resguardado el carácter reservado de la misma, conforme a lo establecido en el artículo 136 de este Código, y garantizando que las informaciones suministradas sólo será utilizadas por aquellas autoridades con competencia en materia tributaria». De conformidad con el artículo 136 *eiusdem*: «Las informaciones y documentos que la Administración Tributaria obtenga por cualquier medio tendrán carácter reservado y sólo serán comunicadas a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad en los casos que establezcan las leyes. El uso indebido de la información reservada dará lugar a la aplicación de las sanciones respectivas».

4.3. Países con los que Venezuela ha suscrito CDIs

A partir de 1990, Venezuela se abrió a la suscripción de CDIs con los principales países del mundo⁽¹³⁸⁾. A la presente fecha, Venezuela ha suscrito 31 Convenios⁽¹³⁹⁾ con los siguientes países⁽¹⁴⁰⁾: Alemania⁽¹⁴¹⁾, Austria⁽¹⁴²⁾, Barbados⁽¹⁴³⁾, Belarús⁽¹⁴⁴⁾, Bélgica⁽¹⁴⁵⁾, Brasil⁽¹⁴⁶⁾, Canadá⁽¹⁴⁷⁾, China⁽¹⁴⁸⁾, Corea⁽¹⁴⁹⁾, Cuba⁽¹⁵⁰⁾, Dinamarca⁽¹⁵¹⁾, Emiratos Árabes Unidos⁽¹⁵²⁾, Es-

-
- (138) Cf. EVANS MÁRQUEZ, Ronald, «Los convenios para evitar la doble tributación internacional y otros aspectos internacionales de la política tributaria venezolana», en DE VALERA, Irene (Organizadora), *Comentarios a la Ley de Impuesto sobre la Renta*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2000, p. 61.
- (139) Es importante mencionar que la postura del gobierno venezolano en las negociaciones de los CDIs, ha sido de amplia apertura para eliminar las barreras fiscales con los Estados contratantes, considerándose, incluso, que esa posición ha debido ser más moderada, dado que las tarifas otorgadas por Venezuela a estos países han estado muy por debajo del promedio concedido por otros países en vías de desarrollo, lo cual tiene dos lecturas: (i) Venezuela ha perdido en su recaudación esos conceptos, lo que a su vez implica un merma en los ingresos tributarios del Estado, o (ii) Venezuela ofrece mayores ventajas a inversionistas extranjeros que otros países de la región. Cf. *Ibid.*, pp. 65-66. Otro tema de importancia, es que el Modelo OCDE no fue concebido a partir de la realidad de los países latinoamericanos, razón por la cual su aplicación por países como Venezuela ha generado no pocos inconvenientes en la práctica. Por esta razón, entre otras, es que el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-ILADT (www.iladt.org) tomó la excelente iniciativa y se dio la ardua tarea, bajo el equipo integrado por los profesores Addy MAZZ, Antonio Hugo FIGUEROA, Heleno TAVEIRA TORRES, Jacques MALHERBE, Natalia QUIÑONES CRUZ Y Pasquale PISTONE, de preparar el *Modelo ILADT de Convenio Multilateral de Doble Imposición para América Latina*, que responde a las particularidades, realidades y necesidades de los países de la región. El Modelo se puede consultar en: http://www.iuet.org.uy/docs/Modelo_Multilateral_ILADT_FINAL.pdf, 15 de marzo de 2015.
- (140) Consultado en: http://www.seniat.gob.ve/portal/page/portal/PORTAL_SENIAT, 15 de marzo de 2015.
- (141) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 36.266, 11 de agosto de 1997.
- (142) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 38.598, 5 de enero de 2007.
- (143) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.507 Extraordinario, 13 de diciembre de 2000.
- (144) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 39.095, 9 de enero de 2009.
- (145) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.269 Extraordinario, 22 de octubre de 1998.
- (146) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 38.344, 27 de diciembre de 2005.
- (147) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 37.927, 29 de abril de 2004.
- (148) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 38.089, 17 de diciembre de 2004.
- (149) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 38.598, 5 de enero de 2007.
- (150) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 38.086, 14 de diciembre de 2004.
- (151) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 37.219, 14 de junio de 2001.
- (152) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 39.685, 31 de mayo de 2011.

paña⁽¹⁵³⁾, Estados Unidos⁽¹⁵⁴⁾, Francia⁽¹⁵⁵⁾, Indonesia⁽¹⁵⁶⁾, Irán⁽¹⁵⁷⁾, Italia⁽¹⁵⁸⁾, Kuwait⁽¹⁵⁹⁾, Malasia⁽¹⁶⁰⁾, Noruega⁽¹⁶¹⁾, Países Bajos⁽¹⁶²⁾ (denunciado), Portugal⁽¹⁶³⁾, Qatar⁽¹⁶⁴⁾, Reino Unido⁽¹⁶⁵⁾, República Checa⁽¹⁶⁶⁾, Rusia⁽¹⁶⁷⁾, Suecia⁽¹⁶⁸⁾, Suiza⁽¹⁶⁹⁾, Trinidad y Tobago⁽¹⁷⁰⁾, y Vietnam⁽¹⁷¹⁾.

4.4. Límites al intercambio de información en los CDIs suscritos por Venezuela y en el ordenamiento interno

El primer límite que se regula en los CDIs celebrados por Venezuela, consiste en que las autoridades sólo pueden utilizar los informes obtenidos a partir del intercambio para *estos fines*, lo que por argumento *a contrario*, deja ver que cualquier utilización para *finés distintos* a los vinculados con la aplicación del convenio, constituirá un incumplimiento al mismo.

Por otro lado, los CDIs venezolanos establecen los tres típicos límites del Modelo OCDE, dirigidos a no obligar a los Estados contratantes a: (i) adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa, o a las del otro Estado contratante, (ii) suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal, o de las del otro Estado contratante, y (iii) suministrar información que revele secretos comerciales, industriales o profesionales, procedimientos comerciales o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público.

Finalmente, más allá de los límites establecidos en los CDIs al intercambio de información entre las Administraciones Tributarias extranjeras y la venezolana, lo cierto es que ningún convenio puede afectar las garantías establecidas en la Constitución de Venezuela. Por ello,

-
- (153) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 37.913, 5 de abril de 2004.
 - (154) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.427 Extraordinario, 5 de enero de 2000.
 - (155) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 4.635 Extraordinario, 28 de septiembre de 1993.
 - (156) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 37.659, 27 de marzo de 2003.
 - (157) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 38.344, 27 de diciembre de 2005.
 - (158) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 4.580 Extraordinario, 21 de mayo de 1993.
 - (159) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 38.347, 30 de diciembre de 2005.
 - (160) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 38.842, 3 de enero de 2008.
 - (161) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.265 Extraordinario, 1 de octubre de 1998.
 - (162) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.180 Extraordinario, 4 de noviembre de 1997.
 - (163) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.180 Extraordinario, 4 de noviembre de 1997.
 - (164) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 38.796, 25 de octubre de 2007.
 - (165) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.218 Extraordinario, 6 de marzo de 1998.
 - (166) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.180 Extraordinario, 4 de noviembre de 1997.
 - (167) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.822 Extraordinario, 25 de septiembre de 2006.
 - (168) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.274 Extraordinario, 12 de noviembre de 1998.
 - (169) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.192 Extraordinario, 18 de diciembre de 1997.
 - (170) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.180 Extraordinario, 4 de noviembre de 1997.
 - (171) Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 39.183, 21 de mayo de 2009.

la *inviolabilidad del hogar y de la correspondencia* no pueden ser desconocidos por los convenios, en tanto derechos individuales y constitucionales de los contribuyentes⁽¹⁷²⁾, al igual que el *derecho a la no autoinculpación*, ex artículo 49.5, conforme al cual nadie puede ser obligado a confesarse culpable o a declarar contra sí mismo, necesariamente teniendo en cuenta, claro está, que cualquier intercambio de información supone una doble quiebra del *derecho de intimidad* del contribuyente, porque, por un lado, se vulnera su intimidad cuando es obtenida la información, y por el otro, cuando la información es remitida al Estado solicitante y que va a hacer uso de la misma⁽¹⁷³⁾.

4.5. Recapitulando el régimen de intercambio de información en Venezuela: su vocación BEPS

Siendo la principal fuente en Venezuela para llevar a cabo *intercambios de información* los propios CDIs que ha ratificado, y teniendo en cuenta que éstos siguen –fundamentalmente– el Modelo OCDE, entonces se podría considerar que los lineamientos aplicables siguen implícitamente el plan BEPS. No obstante ello, debe tenerse en cuenta que la acción 12 del plan en particular, persigue diseñar y aplicar modelos mejorados de intercambio de información, específicamente dirigidos a la revelación de estructuras de planificación fiscal internacional entre Administraciones Tributarias, cuestión que, en caso de suponer en algún grado alguna afectación de los derechos individuales de los contribuyentes venezolanos, como los mencionados, entonces la constitucionalidad de tal medida se vería encontrada con las disposiciones de la *norma normarum* venezolana.

5. Beneficios de los CDIs y evitación de la «doble no imposición», *double non taxation* o no imposición internacional

5.1. Introducción y comentario general sobre los beneficios de los CDIs y la evitación de la «doble no imposición» o no imposición internacional en su aplicación

Para terminar este punto sobre el análisis descriptivo y crítico de las principales medidas en la LISLR venezolana con vocación BEPS, haremos un breve comentario sobre el contenido y alcance del artículo 3 de la ley en cuestión. A tenor literal, la norma establece lo siguiente:

«Artículo 3. Los beneficios de los Tratados para evitar la Doble Tributación suscritos por la República Bolivariana de Venezuela con otros países y que hayan entrado en vigor, sólo serán aplicables cuando el contribuyente demuestre, en cualquier momento, que es residente en el país del cual se trate y se cumplan con las disposiciones del Tratado respectivo. A los efectos de probar la resi-

(172) Cf. LEÓN ROJAS, Andrés Eloy, «La doble tributación internacional. Diferencia entre países desarrollados y en desarrollo», *IV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 1998, p. 324.

(173) Cf. GARCÍA NOVOA, César, «Un nuevo paradigma...», *cit.*, p. 62.

dencia, las constancias expedidas por autoridades extranjeras, harán fe, previa traducción oficial y legalización».

Como se observa, el artículo 3 de la LISLR establece una medida unilateral dirigida a evitar que los CDIs suscritos por Venezuela con otros países tengan como consecuencia o resultado, en contra de la finalidad que éstos persiguen, la (mal llamada) «doble no imposición»⁽¹⁷⁴⁾, realmente *no imposición internacional*, por razón de que los beneficios a que se refieren los convenios no sean gravados por ninguno de los Estados partes, con lo cual a todas luces se generaría un caso de erosión de la base imponible (*base erosion*) por partida doble.

5.2 Recapitulando el fin perseguido por el artículo 3 de la LISLR venezolana: su vocación BEPS

La comentada norma de la legislación venezolana se encuentra en sintonía con el plan BEPS que, en general, persigue la realización de trabajos encaminados a mejorar las regulaciones de los distintos países para evitar la *erosión de la base imponible y el traslado de beneficios* y, en particular, con la acción 6 del plan, mediante la cual se busca evitar la *no imposición internacional* por abuso de los convenios, pretendiendo un mayor alineamiento de la atribución de ingresos con la actividad económica que los genera.

V. GRADO DE INFLUENCIA (NULO, SIMBÓLICO O AMPLIO) DEL PLAN BEPS EN VENEZUELA

Analizadas y criticadas, como han sido, las principales medidas adoptadas en la legislación venezolana de impuesto sobre la renta con eventual vocación BEPS, corresponde brevemente comentar, en este particular, el grado de influencia que en nuestra opinión (nulo, simbólico o amplio) tendrá el plan de la OCDE en el ordenamiento jurídico tributario venezolano.

En tal sentido, debemos iniciar comentando que en Venezuela nada se comenta, por lo menos oficialmente y hasta donde tenemos conocimiento, sobre el plan BEPS de la OCDE. Pareciera que, sencillamente, no está en la agenda gubernamental, cuestión que se evidencia del hecho de que desde que se dictó el plan, nada ha ocurrido en Venezuela que permita pensar que el mismo se adoptará –inclusive, que se conoce–, y no nos estamos refiriendo a su adopción a corto, mediano o largo plazo, sino a que se adoptará en lo absoluto. Vivo ejemplo de ello es la reciente «reforma tributaria», por demás violadora de la Constitución en

(174) «En ocasiones se habla de “doble no imposición” para referirse a los supuestos en que ninguno de los dos Estados contratantes grava determinada renta. Ahora bien, la expresión no es muy afortunada, desde el punto de vista lógico, pues si bien la “imposición” puede ser doble, o triple, etcétera, si concurren sobre un mismo objeto los impuestos de dos o más Estados, sin embargo la “no imposición” no admite multiplicadores, pues si “cero” entra en una multiplicación, el resultado es siempre “cero”. Quiere con ello decirse que la “no imposición” es siempre eso –un supuesto no gravado– y que no tiene sentido alguno decir que resulta doblemente no gravado». FALCÓN Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Eivira, *op. cit.*, p. 113.

los términos comentados, en la cual, muy lejos de enfocarse en cuestiones de esta índole y relevancia, se basó –fundamentalmente– en restringir aún más los derechos de los contribuyentes⁽¹⁷⁵⁾. En efecto, no hubo un solo cambio sustancial del Código Orgánico Tributario ni de la LISLR, que tenga vinculación directa con el plan BEPS⁽¹⁷⁶⁾.

Esta «reforma», por demás, no fue objeto de consulta alguna, no se tomaron en cuenta a los medios empresariales, a la comunidad académica (universidades, institutos, asociaciones, etcétera), a las organizaciones no gubernamentales, a los distintos gremios, ni mucho menos a la sociedad civil en general, lo que evidencia la manifiesta tendencia que el gobierno ha asumido en su línea de acción, en definitiva, un proceso nada incluyente, más bien totalmente excluyente, no transparente, sin diálogo político en lo doméstico, cuestión que también sirve de indicio para pensar cuál es la postura oficial en lo internacional, muy contraria, por cierto, a la democrática línea que la OCDE planteó en el plan BEPS bajo el punto «Consultar a las empresas y a la sociedad civil» (*Consulting with business and civil society*)⁽¹⁷⁷⁾.

Con este panorama, no podemos más que concluir que, en nuestra opinión, el plan BEPS de la OCDE tendrá, en el mejor de los casos, un grado *simbólico* –por no decir lisamente *nulo*– de influencia en la legislación venezolana, por lo menos en los tiempos actuales.

(175) Al respecto, *vid.* las presentaciones que tuvieron lugar en el evento «Reforma Tributaria en el marco de la Ley Habilitante», Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 28 de enero de 2015, en <http://www.avdt.org.ve/sitio/images/AVDT/eventos/reformat.jpg>, 5 de abril de 2015.

(176) En efecto, se desaprovechó esta oportunidad para corregir los distintos aspectos criticados en este trabajo en materia de TFI, PT y subcapitalización, por un lado, así como para dar expresa acogida a otros, como, por ejemplo, las *operaciones internacionales financieras híbridas*, que carecen de regulación específica en la LISLR venezolana y que, como es sabido, sirven para –precisamente– erosionar las bases imponibles y trasladar beneficios.

(177) *Vid.* OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion...*, *cit.*, p. 26.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. En Venezuela no se le ha dado acogida formal al plan BEPS en el ordenamiento jurídico tributario y, por vía de consecuencia, no han tenido lugar modificaciones normativas por tal razón, al margen de la reciente «reforma tributaria», y lo que luce peor aún, es que con el panorama descrito pareciera que el plan BEPS de la OCDE tendrá, en el mejor de los casos, un grado *simbólico* de influencia en la legislación venezolana, por lo menos en la actualidad.

2. Si bien lo anterior es cierto, también debe tenerse en cuenta que el ordenamiento jurídico tributario venezolano ha adoptado, desde la reforma de 1999 de la LISLR, distintas medidas (instituciones) de fiscalidad internacional (*v. g.* transparencia fiscal internacional, precios de transferencia y subcapitalización), dirigidos –precisamente– a evitar la *erosión de la base imponible* y el *traslado de beneficios empresariales*.

3. Esta adopción de medidas unilaterales de *cláusulas antielusión fiscal*, han significado el típico riesgo asociado a esta forma aislada de actuar en protección de la base impositiva doméstica, ante la potencial generación de doble imposición sin deducciones o exenciones que ayuden a aliviarla.

4. Todas las medidas antielusión acogidas en la legislación venezolana en materia de tributación internacional necesitan, como ha quedado expuesto, experimentar cambios para que no sólo alcancen su finalidad última, que no es otra que evitar la elusión fiscal y combatir el abuso de las formas y la evasión fiscal internacional, sino que además lo hagan en respeto de los derechos fundamentales de los contribuyentes, en este caso, con especial atención en el principio de capacidad contributiva.

5. Finalmente, valdría la pena revisar, en el seno del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, y así lo recomendamos, la virtualidad del principio *arm's length* como fundamento de las reglas de precios de transferencia y subcapitalización pues, como fue propuesto, el mismo podría representar una *falla de base* en la concepción misma de estas normas si no se evalúa la *realidad o sustancia económica* más allá de sus designios, debiendo tenerse en cuenta que: *es tan discriminatorio tratar desigual a los iguales, que igual a los desiguales*.

Caracas, abril 2015

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «De “reformas judiciales” a “reformas ejecutivas”. El caso de la reserva legal tributaria, el Decreto N° 1.435 y el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta», *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, en imprenta.

_____, «Taxation and development. Case study: Venezuela», *Venezuela. Some current legal issues 2014. Venezuelan National Reports to the 19th International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Vienna, 20-26 July 2014*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Editorial Jurídica Venezolana, Serie Eventos, N° 31, Caracas, 2014.

_____, «La responsabilidad patrimonial del Estado “Administrador, Juez y Legislador” tributario venezolano. Especial referencia al paradigmático caso del procedimiento de verificación» (Relatoría Nacional - Venezuela), *Memorias de las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Tomo II, Abeledo Perrot-Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Buenos Aires, 2010.

_____, «Elusión fiscal y figuras afines. Reflexiones para su conceptualización, sistematización y aplicación pragmática», *Memorias de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Tomo I, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2008.

ABACHE CARVAJAL, Serviliano y BURGOS-IRAZÁBAL, Ramón, «Parafiscalidad, sistema tributario y Libertad», en HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso (Coord.), *Enfoques actuales sobre Derecho y Libertad en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013.

ALVARADO WEFFER, Antonio, «Algunos aspectos problemáticos de la aplicación de los lineamientos de la OECD en materia de precios de transferencia», *Impuesto sobre la Renta e ilícitos tributarios. VI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002.

ANDRADE, Betty, «La subcapitalización y los precios de transferencia en el régimen venezolano», *Jornadas Internacionales. Cuestiones actuales de Derecho Tributario*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2007.

ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruiz, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, 4ª edición, Barcelona, 2007.

BAISTROCCHI, Eduardo, «La raíz del problema de los precios de transferencia», en BAISTROCCHI, Eduardo (Dir.), *Litigios de precios de transferencia: teoría y práctica. Los casos de la Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela*, Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2008.

BAYÓN, Juan Carlos, «Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico», en GAIDO, Paula, SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo y SELEME, Hugo (Eds.), *Relevancia*

normativa en la justificación de las decisiones judiciales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

BAZÓ PISANI, Andrés, «Transparencia fiscal internacional», en SOL GIL, Jesús, PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, DUPOUY MENDOZA, Elvira y FERMÍN, Juan Carlos (Coord.), *Manual Venezolano de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.

BUHLER, Ottmar, *Principios de Derecho internacional tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968.

CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal, «Colaboración y asistencia mutua entre Administraciones tributarias», *Revista de Derecho Tributario*, N° 100, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2003.

_____, «Factores de conexión en la legislación venezolana en materia de impuesto sobre la renta», en SOL GIL, Jesús (Coord.), *60 años de imposición a la renta en Venezuela. Evolución histórica y estudios de la legislación actual*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2003.

_____, «Principios de la renta mundial y de la renta territorial», en DE VALERA, Irene (Organizadora), *Comentarios a la Ley de Impuesto sobre la Renta*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2000.

CASTILLO CARVAJAL, Juan Carlos, «Temas especiales de la Ley del Impuesto sobre la Renta (Relatoría tema II)», en KORODY TAGLIAFERRO, Juan Esteban (Coord.), *70 años del Impuesto sobre la Renta. Memorias de las XII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo II, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.

DÍAZ IBARRA, Valmy J., «Las reglas de transparencia fiscal internacional en Venezuela. Consecuencias de la vinculación de contribuyentes venezolanos con sociedades en "paraísos fiscales"», en DUPOUY M., Elvira y DE VALERA, Irene (Coord.), *Temas de actualidad tributaria. Homenaje a Jaime Parra Pérez*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2009.

EVANS MÁRQUEZ, Ronald, «La experiencia de Venezuela en el área de litigios de precios de transferencia», en BAISTROCCHI, Eduardo (Dir.), *Litigios de precios de transferencia: teoría y práctica. Los casos de la Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela*, Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2008.

_____, «Los convenios para evitar la doble tributación internacional y otros aspectos internacionales de la política tributaria venezolana», en DE VALERA, Irene (Organizadora), *Comentarios a la Ley de Impuesto sobre la Renta*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2000.

_____, *Régimen jurídico de la doble tributación internacional*, McGraw-Hill, Caracas, 1999.

FALCÓN Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira, *Derecho fiscal internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

FERGUSON, Niall, *Civilization: the West and the rest*, Penguin Books, Nueva York, 2012.

FINNERTY, Chris, MERKS, Paulus, PETRICCIONE, Mario y RUSSO, Raffaele, *Fundamentals of international tax planning*, IBDF, Amsterdam, 2007.

FRAGA PITTALUGA, Luis, «Subcapitalización y reclasificación de los intereses no deducibles», en KORODY TAGLIAFERRO, Juan Esteban (Coord.), *70 años del Impuesto sobre la Renta. Memorias de las XII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo II, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.

_____, «Régimen jurídico tributario de la subcapitalización de empresas», en UZCÁTEGUI ANGULO, Astrid y RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio (Coords.), *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández*, volumen II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012.

_____, *Principios constitucionales de la tributación*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 95, Caracas, 2012.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «¿Dónde va el Derecho actual?», en: <https://www.youtube.com/watch?v=eWPZSKW-00Y>.

GARCÍA NOVOA, César, «Un nuevo paradigma de la lucha contra la elusión fiscal internacional. Paraísos fiscales, jurisdicciones no cooperativas e intercambio de información», *Revista de Derecho Tributario*, N° 143, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2014.

_____, «Elusión fiscal y los medios para evitarla» (Relatoría General), *Memorias de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Tomo I, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2008.

_____, «Precios de transferencia y valoración aduanera», *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, N° 1 (Precios de transferencia), Ediciones Latinoamericanas Tributarias-Asociación Venezolana de Derecho Tributario-Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Caracas, 2005.

_____, «Problemas actuales del Derecho tributario internacional», Conferencia dictada en la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas.

GODOY, Juan Pablo y HOYOS, Catalina, «Precios de transferencia en Colombia», *Precios de transferencia en Venezuela: una visión global. Libro homenaje X aniversario ASOVEDEFI*, Asociación Venezolana de Derecho Financiero, Caracas, 2003.

GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.

-
- KORODY TAGLIAFERRO, Juan Esteban E., *Régimen de los intangibles en el Derecho positivo venezolano*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.
- LEÓN ROJAS, Andrés Eloy, «La doble tributación internacional. Diferencia entre países desarrollados y en desarrollo», *IV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 1998.
- OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.
- PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, «La lucha contra la erosión de las bases de imposición y la transferencia de beneficios (BEPS)», *Ámbito Jurídico*, Año XV - Nº 193, noviembre, Legislación Económica, C. A., Caracas, 2014.
- _____, «La política de Administración Tributaria en la globalización», *Administración Tributaria. En conmemoración a los 20 años del Seniat. Memorias de las XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo I, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2014.
- PAREDES, Carlos Enrique, *El principio de territorialidad y el sistema de renta mundial en la Ley de Impuesto sobre la Renta venezolana*, Andersen Legal, Caracas, 2002.
- ROCHE, Emilio J., «Transparencia fiscal internacional», en SOL GIL, Jesús (Coord.), *60 años de imposición a la renta en Venezuela. Evolución histórica y estudios de la legislación actual*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2003.
- RODRÍGUEZ LOSADA, Soraya, *La interpretación de los convenios para evitar la doble Imposición suscritos por España*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2012.
- RONDÓN GARCÍA, Andrea, HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso y ARIAS CASTILLO, Tomás A., «Case Study: Private Property Abolition in Venezuela», *International Property Rights Index. 2010 Report*, American for Tax Reform Foundation/Property Rights Alliance, Washington, 2010.
- ROSALES ROMERO, Alberto, «El uso de las presunciones en el sistema venezolano de transparencia fiscal internacional como herramienta para evitar la evasión fiscal», *Revista de Derecho Tributario*, Nº 113, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2007.
- ROSS, Maxim, *¿Capitalismo salvaje o Estado depredador?* Editorial Alfa, Caracas, 2008.
- RUIZ SOROA, José María, «¿Reglas o principios?», *Tribuna*, en http://elpais.com/elpais/2013/06/28/opinion/1372439698_848910.html.
- SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo y SELEME, Hugo, «Derrotabilidad de las normas jurídicas», en ORTEGA GOMERO, Santiago (Ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico*, Ara Editores, Lima, 2009.
- SANZ GADEA, Eduardo, *Transparencia fiscal internacional*, Ediciones Estudios Financieros, Madrid, 1996.

SOL GIL, Jesús, «Precios de transferencia», en SOL GIL, Jesús; PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo; DUPOUY MENDOZA, Elvira; y FERMÍN, Juan Carlos (Coord.), *Manual Venezolano de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.

_____, «Los paraísos fiscales», en CRUZ DE QUIÑONES, Lucy (Directora Académica), *Lecciones de Derecho tributario inspiradas por un maestro. Liber Amicorum en homenaje a don Eusebio González García*, tomo I, Universidad del Rosario-Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2010.

_____, «Introducción al tema de los precios de transferencia», *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, N° 1 (Precios de transferencia), Ediciones Latinoamericanas Tributarias-Asociación Venezolana de Derecho Tributario-Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Caracas, 2005.

TERRA, Ben J. M., y WATTEL, Peter J., *European tax law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn (Países Bajos), 2008.

ZAMBRANO DUGARTE, Mary Clory, «Régimen de presunción de inversiones en jurisdicciones de baja imposición fiscal», en KORODY TAGLIAFERRO, Juan Esteban (Coord.), *70 años del Impuesto sobre la Renta. Memorias de las XII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo II, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.

Páginas Web consultadas

www.avdt.org.ve.

www.iladt.org.

www.iuet.org.uy.

www.internationalpropertyrightsindex.org/.

www.oecd.org.

www.seniat.gob.ve.