
OPERACIONES DE FINANCIAMIENTOS INTRAGRUPPO, SUBCAPITALIZACIÓN Y EL PRINCIPIO *ARM'S LENGTH*

INTRAGROUP FINANCING OPERATIONS, THIN CAPITALIZATION AND THE ARM'S LENGTH PRINCIPLE

Serviliano Abache Carvajal(*)

Fecha de recepción: 11 de diciembre de 2018

Fecha de aprobación: 14 de enero de 2019

Página inicial: 49

Página final: 72

Resumen: Se revisan las operaciones de financiamientos como modalidad de optimización de la fiscalidad intragrupo, a la luz de la acción 4 del plan BEPS, para luego analizar los préstamos intragrupo y la deducibilidad de los gastos financieros, en lo general, y la subcapitalización, en lo particular. Finalmente, se examina descriptiva y críticamente la norma venezolana de subcapitalización y el principio *arm's length*.

Palabras clave: Operaciones de financiamientos, plan BEPS, acción 4, préstamos intragrupo, deducibilidad de gastos financieros, subcapitalización, intereses financieros, capital, patrimonio, reglas, principios, principio *arm's length*, sustancia económica, libertad contractual, economía de opción, igualdad de trato.

* 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 y Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de pregrado de Introducción al Derecho, Universidad Central de Venezuela, y de Argumentación Jurídica, Universidad Católica Andrés Bello. Miembro de Número, del Consejo Directivo y Coordinador del Comité Editorial de la Revista de Derecho Tributario, Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Representante Titular por Venezuela al Directorio, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario. Miembro Encargado de la Sección Venezolana de la "Reseña de Fiscalidad Sudamericana" de la Revista *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*. Coordinador de la Sección Venezolana del Observatorio *Doxa* de Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, España.

Abstract: Financing operations are reviewed as an optimization modality for intragroup taxation, in light of action 4 of the BEPS plan, to then analyze intragroup loans and the deductibility of financial expenses, in general, and thin capitalization, in particular. Finally, the Venezuelan thin capitalization rule and the arm's length principle are descriptively and critically examined.

Keywords: Financing operations, BEPS plan, action 4, intragroup loans, deductibility of financial expenses, thin capitalization, financial interests, capital, equity, rules, principles, arm's length principle, economic substance, freedom of contract, tax planning, equal treatment.

Sumario: I. A modo de introducción. Optimización de la fiscalidad intragrupo, operaciones de financiamientos y la acción 4 del plan BEPS. II. Recomendaciones del Informe BEPS de la acción 4: los seis grandes grupos. III. Préstamos intragrupo y deducibilidad de gastos financieros: el caso de la subcapitalización, capitalización delgada o *thin capitalization*. IV. Intereses financieros por operaciones de préstamos intragrupo y la norma venezolana de subcapitalización. V. Condiciones de aplicación de la norma venezolana de subcapitalización. VI. El parámetro de medición (capital o patrimonio) de la norma venezolana de subcapitalización. VII. El monto deducible de los intereses financieros y la re-caracterización del excedente como patrimonio neto en la norma venezolana de subcapitalización. VIII. La utilización alternativa (¿y combinada?) de los métodos objetivo y subjetivo de aplicación de la norma venezolana de subcapitalización: entre reglas y principios. IX. A modo de conclusión (o reflexión final). El principio *arm's length* vs. las sustancia económica, libertad contractual, economía de opción e igualdad de trato, a propósito de la subcapitalización. X. Bibliografía.

I. A modo de introducción. Optimización de la fiscalidad intragrupo, operaciones de financiamientos y la acción 4 del plan BEPS

No es secreto que «[l]os grupos diseñan estructuras para optimizar la fiscalidad, aprovechando la deducibilidad de los pagos de intereses, para concretar los gastos financieros en jurisdicciones de fiscalidad media y alta, provocando un verdadero profit shifting»⁽¹⁾. Precisamente por esta razón, el 5 de octubre de 2015 la OCDE publicó el Informe BEPS sobre la acción 4, intitulada *Limitar la Erosión de la Base Imponible por vía de Deducciones en el Interés y Otros Pagos Financieros*, con el objetivo de prevenir (o disminuir) el fenómeno de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios mediante el uso del gasto financiero, o como lo explica GARCÍA NOVOA, con este Informe se «[p]retende afrontar la estrategia de los grupos multinacionales, consistente en utilizar los endeudamientos internos para reducir la carga fiscal total»⁽²⁾. Así, la acción 4 se enfoca en el uso de: (i) deudas con terceros; (ii) deudas con terceros relacionados; y (iii) deudas intragrupo; para obtener deducciones tachadas de «excesivas» o para financiar la generación de ingresos *exentos* o *diferidos*.

En esa línea, explica FIGUEIRA GOITIA que el objetivo principal de la acción 4 del plan BEPS consiste en «[l]imitar la deducción de los intereses y otros tipos de instrumentos financieros, tomando en cuenta la facilidad que pueden tener los grupos de multiplicar el nivel de deuda de unas de las entidades del grupo a través del financiamiento intragrupo»⁽³⁾, por lo que mediante la acción se persigue reducir el riesgo en los *grupos de interés* siguientes: (i) los que concentran y aumentan la deuda en jurisdicciones de alta imposición; (ii) los que tienen como práctica generar préstamos inter-compañías del grupo para tener deducciones de intereses; y (iii) los que recurren a financiamiento externo (de no vinculados) o interno (de vinculados) para generar ingresos fiscalmente *exentos*⁽⁴⁾.

En la acción 4 del plan BEPS y su Informe en particular, se refieren, como es sabido: (i) la regla de la tasa fija o *fixed ratio rule* que limita el gasto por intereses de una empresa a un porcentaje fijo de su beneficio; (ii) la denominada *group ratio rule*, en tanto complemento de la anterior, pero dirigida al grupo de empresas; (iii) así como la posible adopción de una regla

(1) GARCÍA NOVOA, César, *La deducibilidad de gastos financieros en el impuesto de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 32.

(2) *Ibid.*, p. 12.

(3) Cf. FIGUEIRA GOITIA, Ysabel Natividad, «Las implicaciones de la aplicación de las prácticas BEPS para los servicios financieros y préstamos intercompañías», en GARCÍA PACHECO, Ingrid (Coordinadora General), *Nuevos retos de la fiscalidad internacional. Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tema II, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, p. 125.

(4) Así lo resume, en similar sentido, GARCÍA NOVOA: «El Informe señala tres situaciones en que esta erosión de base de los grupos multinacionales mediante el pago de gastos financieros puede concretarse, que define como “escenarios básicos”. Por un lado, puede ocurrir que el grupo concentre un elevado nivel de deuda con entidades independientes en países de elevada tributación. Por otro, el grupo puede utilizar préstamos intragrupo para aprovechar deducciones por intereses superiores a los gastos efectivamente incurridos por el pago de intereses a terceros. Finalmente, el grupo puede usar financiación obtenida de empresas del grupo o de entidades independientes para generar rentas no sometidas a gravamen». GARCÍA NOVOA, César, *La deducibilidad... cit.*, p. 13.

mediante la cual –simplemente– no se permita deducción alguna de intereses⁽⁵⁾, propuesta que, en nuestra opinión, carece de sentido, si se tiene en cuenta la lógica del impuesto sobre la renta, así como los principios de capacidad contributiva de las empresas contribuyentes y de realidad económica⁽⁶⁾. Por su parte, también se ha considerado que existe otra vertiente a propósito de las técnicas señaladas, mediante la cual se pudieran aplicar «[c]ombinaciones de estos dos enfoques»⁽⁷⁾, opción que comentaremos más adelante.

Partiendo de lo que ha considerado FIGUEIRA, para quien resultaría recomendable que las entidades (especialmente las integrantes de grupos multinacionales), evalúen como tienen estructuradas sus operaciones financieras a propósito de las «[n]uevas reglas de la tributación internacional»⁽⁸⁾, debe tener en cuenta que, si bien entendemos la buena intención detrás de la recomendación, si se quiere *preventiva* y *anticipatoria*, no es menos cierto que, como la misma autora más adelante lo concluye «[n]o existe una obligación de cumplir con estas prácticas sobre BEPS»⁽⁹⁾, habida cuenta la necesaria adopción formal y sustancial del *soft law* en el Derecho doméstico en apego al principio de legalidad tributaria⁽¹⁰⁾, por lo que mientras ello no ocurra, por ejemplo, en relación a la acción 4 del plan BEPS, la misma –simplemente– no integra el (o pertenece al) ordenamiento jurídico y, así, carece de *normatividad estricta* y *fuerza vinculante* alguna⁽¹¹⁾.

II. Recomendaciones del Informe BEPS de la acción 4: los seis grandes grupos

En la actualidad, las reglas que aplican los Estados para evitar (o minimizar) el fenómeno de las erosiones de bases imponibles y los traslados de beneficios financieros, pueden clasificarse en seis grandes grupos, sobre las cuales algunos países aplican *enfoques combinados* de las mismas que comprenden, así, a más de una regla.

(5) Cf. FIGUEIRA GOITIA, Ysabel Natividad, *op. cit.*, pp. 125-126.

(6) «[D]esde el punto de vista de los principios constitucionales, una prohibición de deducción de intereses puede colisionar con las exigencias del principio de capacidad económica que, respecto a las sociedades, se traduce en el *principio del neto*, en la medida en que se requiere tener en cuenta los gastos deducibles para no gravar una renta superior a la real. Eso significa que hay que partir de la regla general de que la carga financiera, incluso la satisfecha en la adquisición de acciones o participaciones, es deducible». GARCÍA NOVOA, César, *La deducibilidad... cit.*, p. 155.

(7) ALVARADO WEEFFER, Antonio, «BEPS, limitación a deducir intereses y otros pagos financieros. Enfoque práctico», en GARCÍA PACHECO, Ingrid (Coordinadora General), *Nuevos retos de la fiscalidad internacional. Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tema II, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, p. 135.

(8) FIGUEIRA GOITIA, Ysabel Natividad, *op. cit.*, p. 128.

(9) *Ibid.*, p. 133.

(10) Cf. ABACHE CARVAJAL, Serviliano y ATENCIO VALLADARES, Gilberto, «Informe de relatoría. Tema II, Nuevos retos de la fiscalidad internacional», en GARCÍA PACHECO, Ingrid (Coordinadora General), *Nuevos retos de la fiscalidad internacional. Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tema II, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, pp. 43-47.

(11) Como también lo ha precisado GARCÍA NOVOA, para quien: «[e]l Informe BEPS no tiene carácter vinculante». GARCÍA NOVOA, César, *La deducibilidad... cit.*, p. 145.

En efecto, y de manera resumida, estos seis grupos son los siguientes: (i) prueba de operador independiente o *arm's length test*, para comparar los intereses de una *entidad vinculada* con los que se hubiesen pactado con una *entidad no vinculada* o *tercero independiente*, como es el caso del método subjetivo o el *subjective scope* de la norma venezolana de subcapitalización, que más adelante será analizada; (ii) retención del impuesto sobre el pago de intereses, con la finalidad de habilitar el derecho a imposición del Estado de la fuente; (iii) impedimento de un porcentaje determinado de gasto financiero de una entidad, al margen de la naturaleza del pago o de su beneficiario; (iv) limitación del nivel de gasto financiero o deuda de una entidad con base en una tasa fija (*fixed ratio rule*), e. g. deudas/activos, intereses/ganancias o intereses/total de activos, que se alinea con el método objetivo o el *objective scope* del régimen venezolano de subcapitalización, como podrá apreciarse a continuación; (v) limitación del nivel de gasto financiero o deuda de una entidad con base en la posición general del grupo (*group ratio rule*); y (vi) enfoque anti-evasión, para impedir el gasto financiero en ciertas y determinadas transacciones⁽¹²⁾.

Como puede observarse, la solución propuesta en todos los casos por los Informes de la acción 4 del plan BEPS, consiste en *limitar* o *negar* el carácter de partida deducible de un determinado monto de gastos financieros, con todo lo que ello implica⁽¹³⁾. Aunado a lo anterior, y como explica GARCÍA NOVOA:

«[L]o más importante es que la propuesta incluye la posibilidad de complementar la norma ratio fijo (sin reemplazarla) con una norma de ratio global del grupo (*group ratio rule*) que permitiría deducir intereses por encima de la ratio fija, atendiendo a la correlación entre gasto financiero neto y el EBITDA del grupo a nivel mundial (el Informe habla de nivel de la tasa neta de interés/EBITDA del grupo –*level of the net interest/EBITDA ratio of its worldwide group*–). Así, señalaba el Informe que “este enfoque puede complementarse con una norma de ratio global del grupo que permite a una entidad exceder dicho límite en determinadas circunstancias”»⁽¹⁴⁾.

III. Préstamos intragrupo y deducibilidad de gastos financieros: el caso de la subcapitalización, capitalización delgada o *thin capitalization*

La subcapitalización, en tanto una situación extraordinaria, sobrevenida y cuestionable en el mundo de los negocios, es un hecho comprobable, el cual tiene claras consecuencias

(12) Cf. ALVARADO WEFER, Antonio, «BEPS, limitación...» *cit.*, p. 141.

(13) Cf. GARCÍA NOVOA, César, *La deducibilidad...* *cit.*, p. 13.

(14) *Ibid.*, p. 47. Esta fórmula pudiera entenderse como una modalidad de *cláusula de escape*, en los términos que el mismo GARCÍA NOVOA lo explica: «Aunque el término *escape* se aplica a la tipología de *ratios* de grupo que se basan en una comparación entre el capital social y número de activos de una determinada entidad con los del grupo al que pertenece, suele utilizarse, por extensión, para mencionar todos aquellos supuestos en que el límite de endeudamiento tiene en cuenta el endeudamiento del grupo. Así, la toma en consideración del endeudamiento global del grupo para permitir que, cualquiera que sea el grado de endeudamiento de una empresa, se admita la deducibilidad si el endeudamiento es igual o inferior al grupo a nivel mundial, suele adquirir la forma de una *cláusula de escape*». *Ibid.*, p. 124.

mercantiles. Dentro de éstas destacan la reducción de la actividad empresarial y la pérdida de oportunidades, por razón de la minoración de la capacidad de endeudamiento de la compañía porque su «[c]apital es menor de lo que debiera»⁽¹⁵⁾, cuestión que afecta, entre otras cosas, 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⁽¹⁶⁾, que no es otra cosa distinta que afirmar la eventual imposibilidad de asunción por parte de la empresa de mayores compromisos por no poder respaldarlos. De igual manera la subcapitalización, infracapitalización o *capitalización exigua*⁽¹⁷⁾ —y esto es lo que realmente nos interesa— tiene trascendencia en materia *fiscal*, específicamente, en la determinación del impuesto sobre la renta, de ahí su concepción como especie de las conocidas *specific anti-avoidance rules* (SAAR)⁽¹⁸⁾.

Las reglas tributarias sobre subcapitalización o capitalización delgada (*thin capitalization*), 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⁽¹⁹⁾, generándose, en estos dos últimos casos, la erosión de la base (*base erosion*) del prestatario. Así, su encuadramiento en la acción 4 del 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 *financiamiento vía préstamo intragrupo*, 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 mediante préstamos, precisamente porque de esta manera 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

(15) 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. 115.

(16) 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. 220.

(17) 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. 488.

(18) Cf. GARCÍA NOVOA, César, *La deducibilidad... cit.*, p. 36.

(19) 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.

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⁽²⁰⁾. Bajo este enfoque luce entonces más conveniente, amén de flexible, el fondeo corporativo vía financiamiento con *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 (y operaciones) 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 persiguen las partes. Y es esto lo que busca la Ley de Impuesto Sobre la Renta (LISLR) venezolana⁽²¹⁾: si las circunstancias de hecho (las características del *grupo económico*⁽²²⁾ 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 financiamiento intragrupo vía 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.

IV. Intereses financieros por operaciones de préstamos intragrupo y la norma venezolana de subcapitalización

En sintonía con lo recién expuesto, desde el punto de vista de planificación fiscal internacional, se ha considerado que la subcapitalización tiene como objetivos: (i) trasladar la base imponible del impuesto sobre la renta a otras jurisdicciones, (ii) encubrir el pago de dividendos y, con ello, evitar su imposición en el país de origen, y (iii) crear gastos ficticios (*pasivos artificiales*⁽²³⁾) para aminorar la base imponible del impuesto sobre la renta de la empresa deudora o pagadora de los intereses financieros.

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

(21) Su más reciente reforma fue publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 6.210 Extraordinario, 30 de diciembre de 2015.

(22) Entendiendo por grupo, conjunto o conglomerado económico: «[u]n conjunto de sociedades cuyos órganos de administración actúan con una orientación económica unitaria en respuesta a la misma influencia dominante o control». MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, «Introducción: la regulación fragmentaria de los grupos de sociedades y su repercusión en la jurisprudencia», en MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo y DE VALERA, Irene (Coords.), *Derecho de grupos de sociedades*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 19, Caracas, 2005, p. 15. Sobre el tratamiento fiscal general de los grupos económicos en Venezuela, *vid.* CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal, «Régimen impositivo de los grupos societarios en el ordenamiento jurídico venezolano», en MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo y DE VALERA, Irene (Coords.), *Derecho de grupos de sociedades*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 19, Caracas, 2005, pp. 275-314.

(23) Cf. GARCÍA NOVOA, César, *La deducibilidad... cit.*, p. 35.

No obstante lo anterior, es posible que el financiamiento intragrupo tachado de «excesivo» esté plenamente justificado, debido a las actividades o aspectos económicos que se estén desarrollando a propósito de la materialización del préstamo, cuestión que hace necesario analizar la norma de subcapitalización venezolana, a fines de precisar el tratamiento que, de acuerdo con la misma, debe darse a las operaciones de financiamiento entre entes del mismo grupo económico, para lo cual brindaremos especial atención a la libertad de gestión y contratación de los contribuyentes, por un lado, y a la tipología normativa de los métodos objetivo y subjetivo, por el otro.

Contextualizando, así, lo enunciado sobre la acción 4 del plan BEPS en el marco de la legislación venezolana, a continuación revisaremos la disposición contenida en el artículo 116 de la LISLR, que establece la norma de subcapitalización o capitalización delgada –introducida hace exactamente una década, con la reforma de 2007⁽²⁴⁾–, conforme a la cual:

«Artículo 116. Los intereses pagados directa o indirectamente a personas que se consideren partes vinculadas en los términos de la Sección Segunda del Capítulo III del Título VII del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, serán deducibles sólo en la medida en que el monto de las deudas contraídas directa o indirectamente con partes vinculadas, adicionadas con el monto de las deudas contraídas con partes independientes, no exceda del patrimonio neto del contribuyente.// Para los efectos de determinar si el monto de las deudas excede del 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. No se incluirán en el saldo del último día de cada mes los intereses que se devenguen en dicho mes.// El monto de los intereses deducibles a que se refiere el primer párrafo de este artículo se determinará 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, se dividirá entre el saldo anual de las deudas del contribuyente contraídas directa o indirectamente con personas que se consideren partes vinculadas. Si el cociente es igual o mayor a uno, el contribuyente podrá deducir el monto total de los intereses pagados directa o indirectamente a partes vinculadas. Si el cociente es menor que uno, el contribuyente únicamente podrá deducir el monto que resulta de multiplicar dicho cociente por el monto total de los intereses pagados directa o indirectamente a personas que se consideren partes vinculadas.// La porción del monto de las deudas contraídas por el contribuyente, directa o indirectamente con partes vinculadas que exceda del

(24) Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.628, 16 de febrero de 2007.

saldo promedio anual del patrimonio neto del contribuyente tendrá el tratamiento de patrimonio neto para todos los efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.// Aunque el monto total de las deudas del contribuyente no supere el monto del patrimonio neto de dicho contribuyente, una deuda contraída por el contribuyente directa o indirectamente con personas vinculadas tendrá el tratamiento de patrimonio neto para todos los efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley si la misma no se contrata en condiciones de mercado. Para determinar si una deuda se contrajo en condiciones de mercado se considerará: (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».

V. Condiciones de aplicación de la norma venezolana de subcapitalización

Para que se aplique la norma de subcapitalización venezolana, son *condiciones necesarias* que: (i) se trate de operaciones realizadas entre *partes vinculadas*, (ii) esas operaciones sean *internacionales*, esto es, que al menos una de las partes esté domiciliada en el *extranjero*, y (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 voces, el dato singular y adicionalmente característico de la norma de subcapitalización—de cara a las reglas venezolanas de precios de transferencia— es la *subcapitalización* misma de la empresa prestataria o el eventual cuestionamiento de la contratación del préstamo por alejarse de condiciones de *libre mercado*⁽²⁵⁾.

(25) 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 financieros 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 financieros 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 la *vinculación*: (i) que se entiende por *parte vinculada*, a tenor del artículo 114 de la LISLR venezolana, 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⁽²⁶⁾, (ii) la idea de *capacidad de influencia*, aspecto éste no delimitado cuantitativamente en la legislación venezolana, (iii) la vinculación por la actuación de interpuestas personas que no califiquen formalmente como vinculada, *ex* artículo 115 de la LISLR, y (iv) la presunción *iuris tantum* de vinculación de operaciones con personas domiciliadas en paraísos fiscales o, como se les ha referido en los tiempos más recientes, *jurisdicciones no cooperantes*⁽²⁷⁾, de conformidad con el artículo 117 de la ley.

En lo que la *internacionalidad* de la operación se refiere, si bien la LISLR venezolana vigente no indica tal condición de manera expresa, la misma se infiere de la interpretación sistemática de las normas sobre precios de transferencia, 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»⁽²⁸⁾, elemento que, adicionalmente, también ha sido precisado por la doctrina

(26) Cf. FALCÓN Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira, *Derecho fiscal internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 231.

(27) Éste ha sido, precisamente, el criterio que se ha consolidado en la actualidad a partir de las tendencias más recientes de la fiscalidad internacional y la reconducción del concepto de «paraíso fiscal» hacia el de *jurisdicción no cooperante*, esto es, poniéndose el acento en el *intercambio de información* (y no en las alícuotas específicas o el *effective-tax-rate approach*), por el cual, indistintamente de ubicarse debajo del tope mínimo indicado la jurisdicción en cuestión o, incluso, estando formalmente incluida en la lista negra, si con ese Estado o territorio se tiene un Convenio para evitar la Doble Imposición (CDI) con cláusula de intercambio de información o un Acuerdo de Intercambio de Información (AII), no cabría tal calificación atendiendo a la *finalidad* perseguida en esta materia. Después de todo, lo prioritario es poder contar con la información fiscalmente relevante en tanto *condición necesaria* para la efectividad del sistema de renta mundial. Cf. ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «De “paraísos fiscales” a “jurisdicciones no cooperativas”», *Ámbito Jurídico*, Año XVIII - Nº 207, abril-junio, Legislación Económica, Caracas, 2017, p. 13.

(28) 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. 208. En igual sentido, ALVARADO WEFER concluye en relación al régimen de precios de transferencia venezolano –y, por vía de consecuencia, sobre la aplicación de la norma de subcapitalización– 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, *op. cit.*, p. 472; y CASTILLO CARVAJAL, Juan Carlos, «Temas especiales de la Ley del Impuesto sobre la Renta (Relatoría tema II)», en KORODY TAGLIAFERRO, Juan Esteban

específicamente en materia de subcapitalización⁽²⁹⁾, y que, sin duda, sería mejor que gozara de una referencia expresa ese importante dato en la legislación, específicamente en el artículo 109 de la LISLR, en aras del mejor cumplimiento del principio de seguridad jurídica.

Finalmente, 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»⁽³⁰⁾. 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 con 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*, (ii) que se trate de *operaciones internacionales*, 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).

VI. El parámetro de medición (capital o patrimonio) de la norma venezolana de subcapitalización

Las reglas del régimen venezolano de subcapitalización emplean como *parámetro de medición*, a tenor del artículo 116 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

(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. 51, 61 y 62.

(29) 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.

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

el *capital social*, ni tampoco el *patrimonio*, sino el *patrimonio neto* de la empresa, entendiendo por tal el «patrimonio neto financiero»⁽³¹⁾, realmente, el *patrimonio neto económico*⁽³²⁾. 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⁽³³⁾. Ello así, sólo luce racional y razonable emplear, a los fines del cálculo del coeficiente de endeudamiento, el saldo promedio anual del *patrimonio neto económico* 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.

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 infracapitalización *material*, no la *formal*⁽³⁴⁾, 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 y patrimonio (1:1)⁽³⁵⁾, esto es, delimita un nivel de endeudamiento hasta el monto del patrimonio neto⁽³⁶⁾.

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⁽³⁷⁾, 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⁽³⁸⁾, como se analizará con detenimiento más adelante en cuanto al *método objetivo* establecido en la LISLR venezolana.

(31) 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.

(32) Y preferimos la expresión *patrimonio neto económico* –en lugar de patrimonio neto financiero–, porque si bien pudiera ser considerada una cuestión semántica, nos luce más precisa, habida cuenta que lo «financiero» se refiere a la convertibilidad y exigibilidad de activos y pasivos, regularmente en el período de un año (denominados de *convertibilidad inmediata*), o en un período mayor de un año (denominados de *convertibilidad mediata*), siendo éstos últimos los que generalmente constituyen las garantías de los préstamos a mediano y largo plazo.

(33) Cf. FRAGA PITTALUGA, Luis, «Subcapitalización...» *cit.*, pp. 413-416.

(34) 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. 371.

(35) Cf. EVANS MÁRQUEZ, Ronald, *op. cit.*, p. 488; ANDRADE, Betty, *op. cit.*, p. 257; y CASTILLO CARVAJAL, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 53.

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

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

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

VII. El monto deducible de los intereses financieros y la re-caracterización del excedente como patrimonio neto en la norma venezolana de subcapitalización

En lo que al monto deducible de los intereses se refiere, el artículo 116 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 116 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⁽³⁹⁾.

VIII. La utilización alternativa (¿y combinada?) de los métodos objetivo y subjetivo de aplicación de la norma venezolana de subcapitalización: entre reglas y principios

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 (*the objective scope*⁽⁴⁰⁾) para la determinación de la subcapitalización de la empresa prestataria, y que éste consagra una *presunción*⁽⁴¹⁾, también se hace del *método subjetivo* (*the subjective*

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

(40) Cf. FINNERTY, Chris, MERKS, Paulus, PETRICCIONE, Mario y RUSSO, Raffaele, *Fundamentals of international tax planning*, IBFD, Amsterdam, 2007, p. 222.

(41) 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 precios de transferencia de la OCDE son aplicables en Venezuela, ex artículo 113 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

scope⁽⁴²⁾), 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⁽⁴³⁾. 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 116 de la LISLR no contempla expresamente un enlace de uso *simultáneo* o *combinado* de estos métodos o sistemas, más bien cada uno de ellos 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: (i) si se repara en que el financiamiento «excesivo» entre partes vinculadas puede estar plenamente justificado, debido a las actividades o aspectos económicos (sustancia y realidad) que se estén desarrollando en la empresa del grupo que necesita el financiamiento, y (ii) si se tiene en cuenta la tipología normativa estándar en la teoría general del Derecho (reglas y principios), es posible aclarar el panorama brevemente expuesto.

En cuanto al primer aspecto, esto es, la posibilidad y forma de pactarse una operación de financiamiento (interna o externa) debe tenerse en cuenta que, sin duda alguna, «[l]a decisión de la empresa de optar entre financiación propia o financiación ajena parece una alternativa que entraría dentro de la libertad económica que permite al operador apreciar la conveniencia

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, como más adelante lo precisaremos, ante la consideración de las guías de precios de transferencia como «Derecho blando» (*soft law*). En esta línea, se ha pronunciado GARCÍA NOVOA: «[e]l remitir el régimen de los precios de transferencia, y la regla de la cuantificación de los mismos a valor de mercado, a disposiciones de derecho blando como las recomendaciones de la OCDE, supone una deslegalización de un aspecto esencial de la cuantificación del tributo». GARCÍA NOVOA, César, *Hacia un Derecho tributario global*, Vergara & Asociados-Plural Editores, La Paz, 2016, p. 169. Por otro lado e indistintamente de la tipología de la presunción legal contenida en el artículo 116 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*.

(42) Cf. FINNERTY, Chris, MERKS, Paulus, PETRICCIONE, Mario y RUSSO, Raffaele, *op. cit.*, p. 222.

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

de una fórmula o de otra, dentro de lo que se conoce como criterio empresarial o *business judgement*»⁽⁴⁴⁾.

Por su parte, en relación al segundo aspecto señalado sobre la *tipología normativa* mediante la cual están regulados ambos métodos, en nuestra opinión los dos 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⁽⁴⁵⁾, 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 una concreción 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 o conglomerado 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 método subjetivo⁽⁴⁶⁾; y (ii) superar la amplia discrecionalidad y valoración que implica el *método subjetivo*,

(44) GARCÍA NOVOA, César, *La deducibilidad... cit.*, p. 30.

(45) 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>, 14 de octubre de 2017.

(46) 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

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 del conglomerado económico, en atención del principio *arm's length*⁽⁴⁷⁾.

IX. A modo de conclusión (o reflexión final). El principio *arm's length* vs. las sustancia económica, libertad contractual, economía de opción e igualdad de trato, a propósito de la subcapitalización

El principio de independencia (de *empresa separada*⁽⁴⁸⁾ o de *operaciones a precio de mercado*⁽⁴⁹⁾), que inspira la redacción del artículo 9 (empresas asociadas) del Modelo de CDI de la OCDE⁽⁵⁰⁾, encuentra expresa consagración en la LISLR venezolana, en sus artículos 109 y 111, de acuerdo con los cuales:

«Artículo 109. 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 contraprestaciones que hubieran utilizado con o entre partes independientes en operaciones comparables».

–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 [el] 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 v. 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.

(47) Lo que pudiera ser la «raíz del problema» de los precios de transferencia (el principio *arm's length*), como lo explica la doctrina [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], y más adelante lo abordamos, pudiera –a su vez– ser la «raíz de la solución» en la interpretación racional y razonable de la estructuración interna del artículo 116 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 de subcapitalización se refiere (nuestro criterio: *reglas vs. principios*).

(48) Cf. 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. 116.

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

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

«Artículo 111. 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 LISLR venezolana remite, *ex artículo 113*⁽⁵¹⁾, en términos similares a como lo hacen otras normativas de países latinoamericanos, a la aplicación de las guías sobre precios de transferencia 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 –práctica por cierto puesta en entredicho, con razón, en la jurisprudencia comparada⁽⁵²⁾–, cuestión que, en nuestra opinión⁽⁵³⁾, se traduce en una afectación del principio de reserva legal tributaria⁽⁵⁴⁾, en tanto que vía «Derecho blando» (*soft*

(51) Artículo 113 de la LISLR: «Para todo lo no previsto en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, será aplicables las guías sobre precios de transferencia para las empresas multinacionales y las administraciones fiscales, aprobadas por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en el año 1995, o aquellas que las sustituyan, en la medida que las mismas sean congruentes con las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y de los tratados celebrados por la República Bolivariana de Venezuela».

(52) «Respecto a la no obligatoriedad de los trabajos de la OCDE existe ya un antecedente en la jurisprudencia, en virtud del cual se consideró inconstitucional la remisión que hizo la ley 788 de 2002 al listado de la OCDE para establecer las jurisdicciones que a la luz del derecho colombiano deben tomarse como paraísos fiscales, así como la remisión a las guías de la OCDE como criterios interpretativos vinculantes de las normas sobre precios de transferencia. En dicha jurisprudencia la Corte Constitucional indicó que la remisión a los listados de la OCDE era contraria a los principios de certeza y autonomía del Estado colombiano en el manejo de su política fiscal, de comercio exterior o de relaciones internacionales; por su parte, la remisión a las guías de la OCDE como criterio interpretativo vinculante viola el principio de legalidad; no obstante, se admite la calidad de herramienta de interpretación de las guías pero sin carácter vinculante. Este antecedente da una idea de la situación frente al Comentario, el cual, sobre la base del análisis ya realizado por la Corte Constitucional seguramente sería rechazado como fuente de interpretación vinculante, pero aceptado como criterio auxiliar o herramienta de interpretación no obligatoria. Por tanto, no podrá ser tomado como fuente de interpretación, sino que mantendrá su calidad de referencia y guía para poder dilucidar el significado de las cláusulas y términos de los Convenios. Como lo menciona el mismo Comentario al Modelo OCDE, las autoridades tributarias deben seguir el Comentario, lo cual en el caso de Colombia será como referencia interpretativa no vinculante». CUBIDES PINTO, Benjamín, «Comentarios», en UCKMAR, Víctor, CORASANTI, GIUSEPPE, DE'CAPITANI DI VIMERCATE, Paolo, *Manual de Derecho tributario internacional*, Editorial Temis, Bogotá, 2010, p. 117.

(53) Cf. ABACHE CARVAJAL, Serviliano y ATENCIO VALLADARES, Gilberto, *op. cit.*, pp. 43-47.

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

law)⁽⁵⁵⁾ se estaría incidiendo en la delimitación de los elementos constitutivos del tributo y, con ello, en la determinación de la obligación tributaria⁽⁵⁶⁾.

Como consecuencia de la aplicación del principio *arm's length*, se pretende evitar la generación de ventajas y desventajas fiscales, en los términos anteriormente señalados, que podrían distorsionar las posiciones competitivas de una u otra empresa en el mercado, precisamente por una eventual fijación de precios de operaciones entre partes vinculadas al margen de la realidad o sustancia económica de la misma⁽⁵⁷⁾. Este principio justifica, entonces, la existencia misma de las reglas de precios de transferencia y las normas de subcapitalización, teniéndose en cuenta, así, que la operación que pacten partes vinculadas o no independientes de un grupo deben obedecer a las condiciones que hubiesen acordado por la misma negociación partes no vinculadas o independientes. De esta manera, se pretende garantizar que las consecuencias fiscales de los financiamientos intragrupos estén en sintonía con el *arm's length principle*, debiendo interpretarse las normas de subcapitalización conforme a este principio⁽⁵⁸⁾ o *estándar*, con las dificultades que ello implica.

No obstante lo anterior, lo cierto es que la finalidad perseguida por este estándar no siempre se logra, amén de implicar altos costos de aplicación y litigio⁽⁵⁹⁾. Al respecto, resulta interesante el planteamiento que BAISTROCCHI presenta –desde la teoría general del Derecho– sobre la eventual raíz del problema de los precios de transferencia: el *principio o estándar (y no regla) de independencia*. Explica el autor, que las normas centrales del Modelo OCDE –y dentro de ellas, las de precios de transferencia, que a su vez inciden en las de subcapitalización– están estructuradas bajo la forma de *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

(55) «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 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. 49. 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 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, pp. 184-185.

(56) En igual sentido, *vid.* SOL GIL, Jesús, *op. cit.*, p. 210.

(57) Cf. SOL GIL, Jesús, *op. cit.*, p. 205.

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

(59) Cf. BAISTROCCHI, Eduardo, *op. cit.*, p. 87.

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 delimitada *ex ante*⁽⁶⁰⁾.

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⁽⁶¹⁾, la solución del conflicto vale para el caso concreto objeto de estudio, siendo totalmente imprevisible la solución en casos futuros del mismo conflicto, 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*)⁽⁶²⁾.

Aunado a lo expuesto, no debe perderse de vista que el libre mercado es un *orden espontáneo* –jamás guiado⁽⁶³⁾–, que supone la idea de *libertad contractual* (así como otras libertades) y ésta, como es sabido, parte de la premisa de que los sujetos de un contrato pueden libremente pactar, entre otros elementos, los *precios* de los bienes y servicios que comercializan o préstamos que acuerden –sean o no vinculados–, razón por la cual iría en contra de su libertad que les sea impuesto un determinado precio al margen de la realidad económica de la operación, por ser ese precio «el que pactarían partes independientes», máxime si se tiene en cuenta que el trato preferencial que pudieran darse las *partes vinculadas de un grupo*, podría responder a una situación que perfectamente lo justificase.

Debe repararse en que los grupos o conglomerados de sociedades tienen *libertad plena de decisión, elección y gestión* sobre la forma en que quieren conducir sus

(60) Cf. *Ibid.*, pp. 87-89.

(61) Cf. GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, p. 171.

(62) En general, sobre la diferencia entre reglas y principios (o estándares), *vid.* ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *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, 21 de octubre de 2017.

(63) Así lo enseña HAYEK: «14. El orden espontáneo de mercado, basado en la reciprocidad y las ventajas mutuas, suele describirse como un orden económico; si se tiene en cuenta el significado popular del término «económico», la Gran Sociedad se mantiene unida enteramente por aquellas fuerzas que suelen llamarse fuerzas económicas. Sin embargo, llamar a este orden una economía es demasiado falaz, y se ha convertido en la principal fuente de confusión y de equívoco, como cuando hablamos de una economía nacional, social o mundial. Esta es al menos una de las principales causas de los muchos intentos de los socialistas para transformar el orden espontáneo de mercado en una organización deliberadamente guiada, al servicio de un sistema establecido de fines comunes». HAYEK, Friedrich A., «Principios de un orden social liberal», *Estudios de filosofía, política y economía*, Universidad Francisco Marroquín-Unión Editorial, Madrid, 2007, pp. 235 y 236.

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⁽⁶⁴⁾. Lo anterior a su vez implica el derecho de los contribuyentes de escoger libremente las *opciones fiscalmente menos gravosas* dentro de las jurídicamente disponibles (ahorro impositivo, economía de opción⁽⁶⁵⁾ o planificación fiscal⁽⁶⁶⁾), reconocido por la Corte Suprema de Estados Unidos de América en el caso *Gregory v. Helvering* (1935)⁽⁶⁷⁾,

- (64) Cf. ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «Venezuela y las medidas BEPS» (Relatoría Nacional - Venezuela), *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, D. F., 2015, p. 375.
- (65) A la que se refiere FRAGA PITTALUGA como: «[l]a libertad de los ciudadanos para adoptar estructuras legítimas que le permitan reducir al máximo su carga fiscal», cuestión que también enfoca desde el desarrollo de la dogmática francesa sobre el *principio de la libertad de gestión de la empresa (o de los negocios)* o de la *no injerencia en la gestión*, el cual, como explica: «[p]rohibe a la Administración tributaria cuestionar las decisiones de gestión de la empresa, entre las cuales se encuentra la de organizar los negocios de tal forma que tengan la menor incidencia fiscal posible, siempre dentro de la ley, huelga decirlo». FRAGA PITTALUGA, Luis, *Principios constitucionales de la tributación*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, N° 95, Caracas, 2012, pp. 149 y 148, respectivamente. Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa, mediante sentencia de 11 de julio de 2002, caso *Organización Sarela, C. A.*, (en apelación), se pronunció sobre esta importante figura, en los términos siguientes: «Cierto es que existen algunos casos en que los contribuyentes recurren a determinadas formas jurídicas con el propósito fundamental de eludir la carga tributaria que, bajo un escenario normal, tendrían que enfrentar, y que en estas situaciones es posible que la administración tributaria aplique figuras como el denominado “abuso de las formas”, y el desconocimiento del uso de formas atípicas a fin de proteger los intereses del Fisco Nacional y cuidar la efectiva y correcta aplicación de las normas tributarias, pero es importante destacar que estas herramientas deben ser utilizadas con sumo cuidado por las autoridades fiscales, a objeto de que no degeneren en arbitrariedades que vulneren el denominado principio de “economía de opción”, que en materia tributaria se traduce en que ningún individuo puede ser obligado a estructurar sus negocios de la forma que le sea más gravosa desde el punto de vista fiscal.// Por ende, la aplicación de las figuras antes mencionadas no debe hacerse a partir de presunciones caprichosas y gratuitas del funcionario actuante, sino que requiere de la existencia de pruebas contundentes que demuestren fehacientemente elementos tales como que el contribuyente ha tenido el propósito fundamental de eludir la carga tributaria al emplear una forma jurídica determinada, o que la utilizada por él es manifiestamente inadecuada frente a la realidad económica subyacente».
- (66) En palabras de GARCÍA NOVOA, la *planificación fiscal o economía de opción* consiste en «[l]a posibilidad que tiene el contribuyente de optar dentro de la legalidad por las fórmulas fiscales más beneficiosas sobre la base de la libertad económica. O, lo que es lo mismo, la posibilidad de la evitación del tributo (*tax avoidance*) a través del legítimo derecho a optar por las vías fiscales menos onerosas (...). En suma, se puede defender una derecho a la planificación fiscal consistente en optar por las distintas vías negociales.// Esta concepción tradicional admite, por tanto, que toda planificación fiscal, en la medida en que no constituye vulneración directa de la norma, es legal. Y, en la medida en que no constituye elusión, es lícita». GARCÍA NOVOA, César, *La deducibilidad... cit.*, p. 30.
- (67) En el que se afirmó que: «[c]ualquiera puede arreglar sus asuntos de tal modo que su impuesto sea lo más reducido posible; no está obligado a elegir la fórmula más productiva para la tesorería; ni aun existe el deber patriótico de elevar sus propios impuestos». *Gregory v. Helvering* 293 U.S. 465 (1935), citado en PAZ YANASTACIO, Francisco, *Las economías de opción como instrumentos de control de riesgo fiscal*,

así como por la Cámara de los Lores británica en la resolución *Duque de Westminster* (1936)⁽⁶⁸⁾.

Pensemos, entonces, en el siguiente ejemplo: si la *casa matriz* de un grupo económico tiene su inversión comprometida porque una de sus *subsidiarias* no sale a flote y posiblemente un *tercero no vinculado o ajeno al grupo* (e. g. un banco independiente) no le otorgaría un préstamo a la *subsidiaria*, pero sí pudiera perfectamente –y quisiera– hacerlo la *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 la casa matriz no va a darle un «trato preferencial», mediante un préstamo quirografario, o uno con tasa de interés blanda, en fin, con alguna facilidad –que por cierto no pertenecen exclusivamente al campo de las operaciones intragrupo–, como partes vinculadas de un conjunto económico, *en tanto lo son*, que no es más que dárselo a sí misma, pues es su accionista único o principal?

Paradójicamente, la finalidad del *arm's length* no es otra que evitar la «manipulación artificial» de los precios pactados entre *entes vinculados*, mediante el establecimiento de precios *al margen de la realidad* de las partes y, eventualmente, de la operación en concreto, 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 es que actúen, se comporten y se interrelacionen así. ¿Acaso ello no respondería al principio de sustancia o realidad económica? Además, debe recordarse que es tan discriminatorio tratar desigual a los iguales, *que igual a los desiguales* (vinculados y no vinculados, ¿por igual?)⁽⁶⁹⁾, lo que pone sobre la mesa la posibilidad de que la esencia misma del *arm's length principle* pudiera verse encontrada con el principio de igualdad, por un lado, y significar una eventual desatención de la sustancia económica y de la libertad contractual, por el otro⁽⁷⁰⁾.

Caracas, octubre 2017

Universidad Central de Venezuela-Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Colección Monografías, Nº 92, Caracas, 2007, p. 21.

(68) Cf. GARCÍA NOVOA, César, *El Derecho tributario actual. Innovaciones y desafíos*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Serie Monografías Tributarias, Bogotá, 2015, p. 175.

(69) Máxime si tiene en cuenta, como hemos tenido noticia, que en la actualidad el *arm's length principle* no pareciera satisfacer la realidad fáctica de las *operaciones internacionales*, por razón de que se estima que el ochenta por cien (80%) de las operaciones internacionales se celebran entre *partes vinculadas*, lo que haría forzoso plantearse la siguiente pregunta, ¿resulta razonable tratar como *regla* las operaciones –casi *excepcionales*– que abarcan el veinte por cien (20%) de las transacciones a nivel global, en lugar de las que representan el ochenta por cien (80%)? O lo que es lo mismo, ¿tiene justificación que cuatro quintas (4/5) partes de las operaciones entre las empresas del mundo sean tratadas bajo los parámetros que responden a las realidad económica de las que representan, apenas, una quinta (1/5) parte? Sin duda esto luce, por lo menos, revisable.

(70) Cf. ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «Venezuela y las medidas BEPS» *cit.*, pp. 368, 376 y 387.

X. Bibliografía

- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «De “paraísos fiscales” a “jurisdicciones no cooperativas”», *Ámbito Jurídico*, Año XVIII - N° 207, abril-junio, Legislación Económica, Caracas, 2017.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «Venezuela y las medidas BEPS» (Relatoría Nacional - Venezuela), *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, D. F., 2015.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano y ATENCIO VALLADARES, Gilberto, «Tema II. Nuevos retos de la fiscalidad internacional. Informe de la Relatoría General», en GARCÍA PACHECO, Ingrid (Coordinadora General), *Nuevos retos de la fiscalidad internacional. Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo III, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016.
- ALVARADO WEFFER, Antonio, «BEPS, limitación a deducir intereses y otros pagos financieros. Enfoque práctico», en GARCÍA PACHECO, Ingrid (Coordinadora General), *Nuevos retos de la fiscalidad internacional. Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tema II, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016.
- 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 RUIZ MANERO, Juan, *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.
- CARMONA BORJAS, Juan Cristobal, «Régimen impositivo de los grupos societarios en el ordenamiento jurídico venezolano», en MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo y DE VALERA, Irene (Coords.), *Derecho de grupos de sociedades*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 19, Caracas, 2005.

-
- 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.
- CUBIDES PINTO, Benjamín, «Comentarios», en UCKMAR, Víctor, CORASANITI, Giuseppe, DE' CAPITANI DI VIMERCATE, Paolo, *Manual de Derecho tributario internacional*, Editorial Temis, Bogotá, 2010.
- 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.
- FALCÓN Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira, *Derecho fiscal internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- FIGUEIRA GOITIA, Ysabel Natividad, «Las implicaciones de la aplicación de las prácticas BEPS para los servicios financieros y préstamos intercompañías», en GARCÍA PACHECO, Ingrid (Coordinadora General), *Nuevos retos de la fiscalidad internacional. Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tema II, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016.
- FINNERTY, Chris, MERKS, Paulus, PETRICCIONE, Mario y RUSSO, Raffaele, *Fundamentals of international tax planning*, IBFD, 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.
- 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.
- FRAGA PITTALUGA, Luis, *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, *La deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto de Sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- GARCÍA NOVOA, César, *Hacia un Derecho tributario global*, Vergara & Asociados-Plural Editores, La Paz, 2016.
- GARCÍA NOVOA, César, *El Derecho tributario actual. Innovaciones y desafíos*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Serie Monografías Tributarias, Bogotá, 2015.

-
- 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.
- 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.
- 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.
- GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.
- HAYEK, Friedrich A., «Principios de un orden social liberal», *Estudios de filosofía, política y economía*, Universidad Francisco Marroquín-Unión Editorial, Madrid, 2007.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, «Introducción: la regulación fragmentaria de los grupos de sociedades y su repercusión en la jurisprudencia», en MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo y DE VALERA, Irene (Coords.), *Derecho de grupos de sociedades*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 19, Caracas, 2005.
- 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.
- PAZ YANASTACIO, Francisco, *Las economías de opción como instrumentos de control de riesgo fiscal*, Universidad Central de Venezuela-Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Colección Monografías, N° 92, Caracas, 2007.
- 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.
- 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.