

DIRECCIÓN DE POSTGRADO Y EDUCACIÓN CONTINUA
MAESTRÍA EN ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS



**EL SISTEMA TRIBUTARIO: LAS OPERACIONES Y SITUACIONES DE LA
SUBCAPITALIZACIÓN**

Tesis para optar a Título de Máster en Administración de Empresas (MBA)

MAESTRANTE:

LIC. JORGE ALEJANDRO SÁENZ BOQUÍN

TUTOR: MSC. IRENE ESTRADA

MANAGUA 27 DE AGOSTO 2018

DEDICATORIA

Dedico esta tesis principalmente a DIOS y a nuestra madre Santísima, por haberme permitido llegar hasta este momento tan importante de mi formación profesional. A mi Mamita Lily que, aunque ya no se encuentra con nosotros siempre me brindó su apoyo, a mi familia, hijos, esposa, a mis padres y cada persona que me brindó su apoyo incondicional y sus conocimientos para hacer esto posible.

Jorge Alejandro Sáenz Boquín.

AGRADECIMIENTOS

La presente tesis es un esfuerzo conjunto en el cual, directa o indirectamente, participaron varias personas, por lo cual merecen las gracias porque sin su valiosa aportación no hubiera sido posible este trabajo.

A DIOS por haberme dado la sabiduría y la fortaleza para que fuera posible alcanzar este triunfo.

A mis hijos Maria Vanessa y Jorge Martin y a mi esposa por su amor, cariño y comprensión que me demostraron en esta aventura que significó la maestría y que, de forma incondicional, entendieron mis ausencias y a mis padres por su apoyo incondicional.

Al GRUN y a la Direccion Superior de la DGI, por haber confiado en mi y darme esta oportunidad de crecer profesionalmente.

Agradezco a la tutora: Msc. Irene Estrada, por la invaluable dirección de este trabajo, por sus comentarios en todo el proceso de elaboración y sus atinadas correcciones.

A cada uno de mis maestros que participaron en mi desarrollo profesional durante mi maestria, compartiendo sus conocimientos, experiencias y formar parte de lo que ahora soy.

INDICE

Resumen.....	1
Capítulo I. Introducción.....	2
1.1 Antecedentes.....	5
1. Planteamiento del problema	9
1.2.1 Formulación del problema.	10
1.2.2 Hipótesis:	11
1.3 Objetivos.....	12
1.3.1. Objetivo general	12
1.3.2. Objetivos específicos	12
1.4 Justificación	13
Capítulo II: Marco teórico	14
2. La libertad contractual y la financiación de las empresas	14
2.1.1 La libertad contractual y la autonomía de la voluntad	14
2.1.2 Financiación de las empresas: Recursos ajenos o recursos propios ..	14
2.1.3 El Derecho Tributario y la Subcapitalización.....	16
2.1.4 Definiciones de la subcapitalización	20
2.1.5 Tipos de subcapitalización y sus elementos	23
2.1.5.1 Subcapitalización material	24
2.1.5.2 Subcapitalización formal o nominal.....	24
2.1.5.3 Elementos de la subcapitalización formal o nominal	25
2.1.5.4 Caso de Subcapitalización	26
2.1.6 La Elusión fiscal.....	29
2.1.6.1 Elusión fiscal, la Evasión fiscal y sus diferencias.....	29
2.1.6.2 La planeación fiscal y las economías de opción	30
2.1.6.3 ¿La subcapitalización es elusión o evasión fiscal?	33

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

2.1.6.4 La subcapitalización desde el punto de vista fiscal y sus ventajas ...	35
2.1.6.5 Cláusulas anti elusivas	39
2.1.7 Métodos para corregir la subcapitalización, según la OCDE	40
2.1.7.1 Método subjetivo	41
2.1.7.2 Método objetivo	42
2.1.7.3 Ratios.....	42
2.1.8 Medidas contra la subcapitalización determinada por la OCDE: Acción 4 BEPS	43
2.1.8.1 Legislación comparada respecto a normas de subcapitalización	46
1. El Salvador.....	47
2. Costa Rica.....	48
2.2 Marco conceptual	50
2.3 Discusión de variables.....	57
2.4 Marco legal	57
Capítulo III. Metodología de la investigación	62
3.1 Análisis de datos (método, técnica, instrumentos).....	63
3.1.1 Metodología para la evaluación de sectores económicos que utilizan la figura de la Subcapitalización en Nicaragua. (Estimación)	63
3.2 Análisis de variables	66
3.3 Ventajas y limitaciones	70
Capítulo IV. Análisis y Discusión de resultados.....	71
La subcapitalización en Nicaragua.....	71
4.1 Tratamiento tributario de los gastos financieros de acuerdo a la LCT. ...	71
4.1.1 Impuesto sobre la renta y la deducibilidad de los gastos.....	75
4.1.2 Limitaciones a la deducibilidad de los gastos financieros	76
4.2 Sectores económicos que utilizan la figura de la subcapitalización en Nicaragua en el período 2017.....	81
4.2.1 El Sistema Tributario Nicaragüense	81

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

4.2.2 Análisis de la deducción de intereses al extranjero, por sectores económicos.....	84
4.2.3 Análisis de los principales resultados de los sectores en estudio.....	87
4.3 Medidas contra la subcapitalización en el ordenamiento Tributario nicaragüense.	97
4.3.1 Propuesta de Normativa contra la Subcapitalización en Nicaragua. ...	97
a) Limite a la deducción de gastos financieros como proporción del EBITDA de la empresa.....	99
b) Limite a la deducción de gastos financieros a través de una relación Deuda/Patrimonio máxima permitida para fines tributarios.	99
c) Determinación del Gasto financiero deducible en el periodo y tratamiento del gasto financiero no deducible.	100
d) Excepciones.....	101
4.3.2 Evaluación de la propuesta.....	101
Capítulo V. Conclusiones	106
Capítulo VI. Recomendaciones	108
Lista de referencias bibliográficas	109
ANEXOS	114
Ejemplos; casos de Subcapitalización.....	114
Artículos de LCT.....	117

INDICE

Gráficos, ilustraciones y tablas

Gráfico 1 Porcentaje de la Recaudación Tributaria Nacional por Impuesto, 2016	82
Gráfico 2 Participación de los Sectores Productivos en el PIB y en la Recaudación Tributaria	83
Gráfico 3 Estructura Tributaria de Nicaragua 2005-2016	84
Gráfico 4 IED e IED/PIB, 2002-2016	86
Gráfico 5 IED por Sector, 2016	87
Ilustración 1: Estructura Tributaria por tamaño del contribuyente	81
Tabla 1 Estimación del impacto Fiscal de la norma de Subcapitalización. Año 2017.....	28
Tabla 2 Análisis de variables.....	66
Tabla 3 Países de Centro América y República Dominicana: Tasas del IR.....	76
Tabla 4 Relación contribuyentes Jurídicos activos que presentaron gastos por financiamiento extranjero.....	88
Tabla 5 Gasto por financiamiento extranjero vs gasto por financiamiento nacional y total gastos deducibles 2017 (miles de córdobas)	90
Tabla 6 Comparativo Renta Bruta vs Gasto por Finan. Extranjero año 2017 (miles de córdobas).....	92

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

Tabla 7 Relación de Endeudamiento (Pasivo/Activo) por Sector económico y región.....	96
Tabla 8 Estimación del impacto Fiscal de la norma de Subcapitalización. Año 2017.....	103
Tabla 9 Estimación del impacto Fiscal de la norma de Subcapitalización. Año 2017.....	104

SIGLAS y ABREVIATURAS

Art: Artículo

BEPS: Corresponde a las siglas en inglés de Base Erosión and Profit Shifting (erosión de bases y traslado de utilidades).

CDP: Crédito de Depósito a Plazo.

DGI: Dirección General de Ingresos.

EBITA: Ganancias antes del interés, del impuesto y de la amortización.

GRUN: Gobierno de Reconciliación y Unidad Nacional.

IBI: Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

IED: Inversión Extranjera Directa.

IR: Impuesto sobre la Renta.

LCT: Ley de Concertación Tributaria.

MHCP: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Nic: Nicaragua.

NIIF: Normas Internacionales de Información Financiera.

No. Número

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

Pág.: Página.

PIB: Producto Interno Bruto.

S.A.: Sociedad Anónimas.

U.A.I.I: Utilidad antes de intereses e impuestos.

U.A.I: Utilidad antes de impuestos.

Resumen

El presente trabajo investigativo se realiza con el objetivo de evaluar el sistema tributario nicaragüense respecto al marco regulatorio de las deducciones por gastos financieros producto de las operaciones de subcapitalización en el periodo 2017. Se analiza la naturaleza jurídica de las deducciones contra el IR, con el fin de conocer las causas de la situación descrita y al evaluar Sistema Tributario de Nicaragua. Se concluye que no existen reglas de anti-subcapitalización, por tanto, se debe incorporar en su regulación tributaria (Ley 822 y sus reformas: “Ley de Concertación Tributaria de Nicaragua”) para evitar el abuso de financiamiento excesivo (Limitación a la deducción de intereses), entre empresas relacionadas, según lo recomendado en la Acción 4 de BEPS, por lo cual se presenta una propuesta de normativa contra la subcapitalización en Nicaragua.

Palabras clave: impuestos, reforma tributaria, evasión, elusión, subcapitalización

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

Capítulo I. Introducción

Esta investigación está relacionada con el análisis del Sistema Tributario de Nicaragua. Tiene la finalidad de determinar cómo el tema de la subcapitalización se ubica en el derecho, además estudia la naturaleza jurídica de las deducciones contra el IR, de manera que se identifiquen sus características incidencia en la tributación del sector empresarial.

En el ámbito tributario, la configuración y aplicación de las deducciones contra el IR constituyen un elemento de carácter sensible, porque las deducciones son un tipo de beneficio fiscal y erosionan la base sobre la que se gravará el impuesto, convirtiéndose así en un factor determinante sobre el grado de aportación tributaria que efectúan los contribuyentes.

Las deducciones contra el IR deben estar apegadas a derecho, además de subsumirse a ciertos principios que cobran relevancia como presupuesto previo a la verificación de hechos jurídicos tributarios.

En la actualidad, las estructuras fiscales de los países desarrollados están diseñadas para que las utilidades generadas por las compañías multinacionales sean gravadas en el país de su domicilio. La tributación internacional de las transacciones intragrupo crea para las multinacionales la oportunidad para tomar ventaja tanto de la legítima economía de opción de tributos¹. (Chevarría, 2008)

En el marco de las crisis financieras, los gobiernos se ven en la obligación de proteger sus ingresos fiscales. Como consecuencia de esto, es frecuente que las operaciones de planeación tributaria que se desarrollan con observancia de la regulación tributaria sean señaladas como “abusivas” o “elusivas”, muchas veces, no poder ser tildadas de “evasivas”. (Collado, 1993)

¹ (febrero 21 de 2006), entre otros), propugna por la libertad con que cuenta el contribuyente para estructurar sus negocios de manera tal que se cause el menor impuesto posible siempre que las operaciones tenga pleno sustento económico.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

El documento se divide en seis capítulos, los cuales se describen a continuación:

Capítulo I. Introducción: Se presentan aspectos generales de este trabajo como una presentación del tema de estudio, los antecedentes para hacer referencia a estudios realizados a nivel nacional e internacional sobre el tema investigado. Además, se formuló el problema del que surgió la pregunta ¿Es necesario evaluar el sistema tributario nicaragüense respecto al marco regulatorio de las deducciones por gastos financieros producto de las operaciones de Subcapitalización, para evitar la erosión de la base imponible del Impuesto sobre la Renta? Asimismo, se plantearon los objetivos pertinentes de la investigación, uno general y tres específicos, los cuales proporcionaron una visión adecuada del tema.

Capítulo II. Marco teórico: Es indispensable para que el lector pueda confirmar la existencia y efectos de este fenómeno. Para el desarrollo de este capítulo se hizo un análisis de la principal definición de subcapitalización, características, tipos, elementos, cláusulas anti evasivas y métodos utilizados para su corrección, así como también la definición de IR y sus principales características.

Capítulo III. Metodología de la investigación: Contiene la metodología utilizada para la elaboración del documento siendo un estudio mixto, es decir cualitativo y cuantitativo. Por una parte, es de tipo cualitativo porque el estudio se funda en una base analítica a través del razonamiento de las posturas doctrinales y de los instrumentos jurídicos en materia de Derecho Tributario haciendo énfasis en la LCT y su reglamento y cuantitativo debido a que se analizaron las cifras reflejadas en las declaraciones del IR Anual correspondiente a contribuyentes que forman parte de los sectores económicos.

Capítulo IV. Análisis y discusión de resultados: Se centra en la presentación de los resultados obtenidos a través de análisis de la información obtenida de conformidad a los objetivos planteados, y se hacen una serie de recomendaciones sobre el tema analizado.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

La tesis finaliza con los **capítulos V y VI**, concernientes a las conclusiones y recomendaciones. En las conclusiones se dan a conocer los logros alcanzados con la presente investigación y la posible adaptación de la propuesta de Norma de Subcapitalización para reforma del artículo 48 de la LCT de Nicaragua, para limitar la deducibilidad de los gastos financieros aplicable en el territorio nicaragüense, que está basada en el análisis de un derecho comparado² y las recomendaciones de “mejores prácticas” señaladas en la Acción 4 del proyecto BEPS.

Para concluir se brindan las recomendaciones y se recogen las referencias bibliográficas y se adjuntan varios anexos donde se detallan algunos aspectos de la investigación.

² El análisis de las consideraciones reguladas en otros países, especialmente países como El Salvador y Costa Rica enriquecen la posibilidad de implementar medidas ya exitosas en esos países de la Región, por lo que el análisis comparativo de las legislaciones es una herramienta muy valiosa para incorporar buenas prácticas en la legislación tributaria de Nicaragua.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

1.1 Antecedentes

Después de realizar una búsqueda de documentos relacionados con el tema del Sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización, se eligieron como referencia para la elaboración de este documento, dos investigaciones que, aunque no abordan todos y cada uno de sus elementos, sirven como referencia para la elaboración del presente trabajo investigativo.

En la Escuela Superior Politécnica del Litoral, Escuela de Postgrado en Administración de Empresas y Maestría en Tributación, un trabajo de investigación realizado por la Lic. Montserrat Carolina Sánchez Álvarez, y que lleva por título: Tratamiento Tributario de la Subcapitalización en el Ecuador donde se analizó: ¿cuáles son las vías que se usan para evitarla, el remedio que nuestra legislación optó y cómo se fue introduciendo el mismo a nuestra normativa interna, qué ha ocurrido en otros países de la región?, entre otros temas. (Sanchez, 2014)

Los países latinoamericanos, que en su mayoría tienen impuestos altos, no controlan a las multinacionales a través de las estructuras de financiación, es decir, de las entradas y salidas de dinero de las compañías, sino a través de la limitación de la deducibilidad de intereses, ajustados al patrimonio³.

Es pertinente mencionar, que en otras legislaciones la subcapitalización ha sido regulada bajo el esquema de ratios fijos desde un inicio, un claro ejemplo de ello es el caso mexicano en el cual se reguló inicialmente bajo la metodología objetiva, y no sufrió la modificación que se dio en la normativa ecuatoriana, en la que en un inicio se regulaba bajo la tasa activa determinada por el Banco Central del Ecuador para después ser tratada bajo el esquema objetivo.

Es importante recalcar que las normas referentes a la subcapitalización han buscado desde un inicio establecer conductas anti-evasivas para

³ Dada la implicancia en la fiscalidad internacional de la regla de subcapitalización, resulta necesaria la revisión de la legislación, jurisprudencia y doctrina comparada, con el objeto de realizar un análisis en paralelo de nuestra legislación

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

contribuyentes. El tratadista español Rodrigo Gastalver (2011) afirma que “las normas anti-elusión” tienen la finalidad de evitar que las entidades financien en exceso sus operaciones concediendo préstamos con intereses altamente elevados, a fin de disminuir la carga tributaria favoreciendo a los contribuyentes y perjudicando al fisco.

Es decir que la financiación entre partes relacionadas no está prohibida, lo que se restringe es el exceso, para evitar precisamente perjuicios al fisco. Un ejemplo de ello son los préstamos Back to Back, que consisten en un crédito garantizado con un certificado de depósito a plazo emitido por el banco y está dirigido a aquellos inversionistas que tienen la necesidad de utilizar su capital y que no desean disponer de sus inversiones, solicitan un préstamo al banco y otorgan como garantía un CDP.

Esta modalidad de financiamiento automáticamente crea un escudo fiscal que permite deducir la totalidad de los intereses de un préstamo mientras la inversión en un banco offshore (con sede en otro país) se está ganando los intereses. La relación costo-beneficio al realizar esta transacción es bastante ventajosa para los contribuyentes.

Eso se debe a que adicionalmente a los intereses, el contribuyente tiene que deducir como gasto el diferencial cambiario, que es un ajuste por la devaluación de la moneda con respecto al dólar.

El problema que se presenta en la actualidad es que algunos bancos están originando préstamos back to back de papel, en los que se simula la operación crediticia sin que se realice un desembolso real.

Eso es, a todas luces, una maniobra para eludir, que puede resultar en un ajuste a la base imponible del impuesto sobre la renta declarada por los contribuyentes, al rechazar la Administración Tributaria esos intereses como gastos deducibles.

La subcapitalización es un concepto que ha sido ampliamente tratado por la normativa internacional, sea en los países de la región o de otros continentes; es necesario hacer hincapié en que es un concepto que ha venido desarrollándose juntamente con la evolución económica de cada país.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

En el caso de Nicaragua, la subcapitalización es un concepto nuevo, puesto que ni en la Ley No. 822 "Ley de Concertación Tributaria" (LCT) ni en el Código Tributario (CTr) se aborda esta figura. Sin embargo, existen artículos como el 39 y 48 de la LCT que podrían ser reformados y aplicados para evitar la subcapitalización.

En la Universidad Externado de Colombia, la Msc. Irene Estrada de la maestría en tributación internacional comercio exterior y aduanas, realizó una investigación en el corriente año, acerca del análisis para la aplicación de reglas de Subcapitalización e implementación de la acción 4 del BEPS: Limitación a la deducibilidad de intereses en la LCT de Nicaragua, en la cual se plantearon los siguientes objetivos:

Implementar normas que limiten la deducibilidad de interés de acuerdo con el marco actual nicaragüense, señalando las mejores prácticas en la materia considerando la experiencia de España, Colombia y la acción 4 BEPS.

Otro objetivo fue identificar y cuantificar las implicaciones económicas y fiscales por el uso de la figura de subcapitalización, lo que permite justificar la introducción de reglas domésticas que limiten el uso de endeudamiento excesivo.

Las principales conclusiones del trabajo fueron:

- La subcapitalización está fuertemente asociada con los grupos multinacionales, específicamente en la forma que obtienen financiamiento, la cual, se puede dar de dos maneras: por fondos propios o por endeudamientos. Generalmente, las regulaciones tributarias domésticas permiten que los intereses pagados o causados se deduzcan para efectos del cálculo del ISR, es decir que, mientras más alto sea el nivel de endeudamiento y por ende los intereses que paga por el servicio de la deuda, más baja será la base gravable sobre la cual se calcula el ISR.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

- Las reglas de subcapitalización son normas que restringen la deducibilidad de los intereses, en términos generales, evitan las manipulaciones que con operaciones de deuda colocan, según convenga, utilidades o pérdidas en las empresas. A nivel internacional, adicionalmente se pretende con estas planeaciones, ubicar las pérdidas en jurisdicciones de alta imposición y las utilidades en países con nula o baja tributación.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

1. Planteamiento del problema

El Impuesto sobre la Renta (IR) sigue teniendo el mayor peso en su participación de los ingresos fiscales (Hidalgo, 2017). La LCT no prevé nada al respecto en temas de subcapitalización, que es un método utilizado por muchas empresas para evadir impuestos, ni abarca concepto alguno que pueda ayudar al país a utilizar métodos objetivos para regular la subcapitalización como una medida para aumentar la recaudación o bien aumentar el riesgo subjetivo, ya que se ha demostrado que en muchos países cambian su tendencia de cómo financiarse cuando se implementa una regla de subcapitalización.

Por ello, es necesario analizar la naturaleza jurídica de las deducciones contra el IR en temas como el de la subcapitalización, a fin de analizar las causas de la situación descrita, lo que será posible a través del estudio de las características y principios de las deducciones, cómo están reguladas en las normas jurídicas de la materia y cómo se aplican, lo cual además contribuirá a identificar y proponer áreas de mejora sobre el tema.

Algunas empresas utilizan el mecanismo de la subcapitalización para inyectar recursos financieros de una matriz a una subsidiaria o cualquier otra relación que implique poder de decisión de una empresa a otra. En virtud que esta relación puede prestarse a abusos, toda vez que los intereses generados por los préstamos son gastos deducibles para determinar el pago del Impuesto sobre la Renta y al no tener límites, cualquier empresa matriz puede transferir recursos financieros sin límites, de tal manera que una magnitud incontrolable reduzca la base tributaria.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

1.2.1 Formulación del problema.

Para la formulación del problema se presentan las siguientes interrogantes:

1. ¿Es necesario evaluar el sistema tributario nicaragüense respecto al marco regulatorio de las deducciones por gastos financieros producto de las operaciones de Subcapitalización, para evitar la erosión de la base imponible del Impuesto sobre la Renta?
2. ¿Es necesario la modificación del artículo 48 de la LCT para limitar la deducción de interés, orientada al control de las operaciones entre empresas relacionadas tomando en cuenta la legislación de otros países y las recomendaciones establecidas en la Acción 4 de las BEPS?

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

1.2.2 Hipótesis:

La administración tributaria de Nicaragua no cuenta con los medios normativos internos necesarios para analizar y contrarrestar una situación de subcapitalización.

1.3 Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Evaluar el sistema tributario nicaragüense respecto al marco regulatorio de las deducciones por gastos financieros producto de las operaciones de Subcapitalización en el periodo 2017.

1.3.2. Objetivos específicos

- Analizar el tratamiento tributario de los gastos financieros en el marco de la Ley de Concertación Tributaria (LCT) y sus reformas.
- Determinar los sectores económicos que utilizaron la figura de la subcapitalización en Nicaragua en el período 2017.
- Formular propuestas de fortalecimiento respecto al marco regulatorio de las deducciones contra el IR e incrementos de patrimonio aplicadas a la subcapitalización de Nicaragua.

1.4 Justificación

La presente investigación pretende suministrar información útil a la Administración Tributaria de Nicaragua. Esto permitirá entender, fortalecer y evaluar el sistema tributario nacional con respecto al marco regulatorio de las deducciones por gastos financieros producto de las operaciones de subcapitalización, con el propósito de servir de referencia principalmente a servidores y funcionarios de la Administración Tributaria, cuya labor en diferentes áreas se encuentra inherentemente relacionada con este tema, en especial cuando se trate de analizar el comportamiento de las deducciones contra el IR.

Este estudio proporciona aportes teórico-legales necesarios para todo aquel que pretenda conocer sobre esta materia tributaria, e instituirse como un marco de referencia para asesores, especialistas y estudiosos del Derecho Tributario. Además, garantiza el acceso a una herramienta de consulta para los profesionales de las distintas áreas de fiscalización, que les permita conocer la esencia jurídica de las deducciones contra el IR relacionada la limitación de los gastos financieros.

Se considera esencial identificar la realidad jurídica en la que se instituyen las deducciones contra el IR, por ser un elemento de vital importancia para la determinación de este impuesto, cuyo uso puede generar para el Fisco un resultado positivo (saldo a pagar) o un resultado negativo (pérdidas fiscales o saldos a favor).

La subcapitalización utiliza un método no tradicional, pero con el mismo objetivo de capitalizar una empresa, es decir, que ingrese dinero a la empresa; en esta teoría se usan maniobras financieras o jurídicas distintas a las comunes, que permiten conseguir este fin, pero el resultado de esta forma camuflada de capitalizar crea en el campo tributario diferentes beneficios que resultan agradables para los empresarios y destructivos para la administración tributaria recaudadores de impuestos.

Capítulo II: Marco teórico

2. La libertad contractual y la financiación de las empresas

2.1.1 La libertad contractual y la autonomía de la voluntad

Según Rezzonico (1999) la autonomía de la voluntad se relaciona con la libertad contractual en que esta es una expresión de la otra, siendo la libertad contractual la posibilidad que tienen los individuos de realizar contratos y por ende imponerse a ellos mismos una obligación y de poder exigirle a su contraparte otra. Es decir, la autonomía de la voluntad se ejerce a través de la libertad contractual, ya que a través de esta que se permite al individuo decidir si pacta o no un contrato, con quien lo hace y como realiza esta contratación, eso sí, teniendo como límites, la moral y el orden público.

En la concepción tradicional, la libertad contractual y el poder de autonomía privada tenían su fuente en la ley, entendida ésta al modo roussoniano. Si la libertad contractual y la autonomía privada derivan de la ley, no puede discutirse el poder de la ley para restringirla o, en ocasiones, para anularla. (León L. D.-P., 2005)

En cuanto a la reglamentación de intereses, trata de regular, entre dos o más personas, unas relaciones jurídicas que muchas veces son duraderas, el contrato es una previsión del futuro que los contratantes realizan en el uso de su libertad, de su iniciativa y de su autonomía privada. Por ello, es un puente tendido hacia el futuro a través del cual los contratantes habrán de transitar y habrán de hacerlo de acuerdo con las reglas que ellos mismos se han dado. (León L. D.-P., 2005)

2.1.2 Financiación de las empresas: Recursos ajenos o recursos propios

Las fuentes de financiación es un elemento fundamental para el desarrollo económico favorable de cualquier empresa. Existen diferentes clasificaciones de las distintas fuentes de financiación, según el plazo, según su exigibilidad y según el origen de esa financiación, en esta última se puede diferenciar financiación propia o financiación ajena.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

La financiación interna o propia está constituida por aquellos fondos que provienen de la propia empresa. Los fondos propios de las empresas se componen, a grandes rasgos, de capital social, reservas y resultado. Estos fondos propios son utilizados en la mayoría de los casos de forma desafortunada como fuente de financiación, se expone esto porque en general, esta forma de financiarse genera altos costes financieros, los socios que aportan cantidades quieren recibir en función del riesgo que asumen y exigen mayores dividendos. Cuando los fondos propios no son suficientes para financiarse, o son difíciles de encontrar, aparece financiación ajena, a primera vista este tipo de financiación atrae, ya que los intereses de la financiación ajena son deducibles fiscalmente. Asimismo, en la financiación ajena se distinguen distintos tipos en función de su procedencia (López, s.f.):

- Financiación de entidades de créditos, como son los préstamos, las pólizas de crédito, leasing o renting, y más a corto plazo como son descuentos comerciales, factoring o confirming.
- Financiación en mercados organizados, pagarés, bonos o obligaciones.
- Otros préstamos, que pueden provenir de entidades de capital riesgo ECR, sociedades de garantía recíproca SGR, o préstamos de accionistas
- Entidades públicas, ayudas o subvenciones

Por tanto, a la hora de financiarse las sociedades pueden decidir entre hacerlo con recursos propios o recursos ajenos. “Los fondos propios proviene de las aportaciones de los socios o de la retención de beneficios, que desde el punto de vista económico es una forma de aportación. Los titulares de participaciones en el capital de las sociedades tienen derecho a participar en el beneficio social, que es el excedente una vez que se han retribuido los factores de producción. La financiación ajena se hace por vía de préstamo. El préstamo prestamista tiene derecho generalmente a una retribución fija, independiente de los beneficios sociales y a recuperar el capital en el plazo estipulado (Taboada C. P., 1995, pág. 79).

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

La financiación con recursos propios se obtiene mediante las aportaciones de capital, que hacen los socios de una empresa y la financiación a través de recursos ajenos se logra a través de préstamos.

La financiación recibida a través de recursos propios será retribuida con el pago de dividendos, mientras que la financiación de recursos ajenos se retribuirá mediante el pago de intereses.

Por tanto, el contribuyente tiene la posibilidad de escoger con quién y de qué forma se financia, esto en virtud de la libertad contractual que tutela nuestro ordenamiento jurídico. El problema surge cuando el contribuyente abusa de esta facultad de escoger y encubre un verdadero aporte de capital a través de un contrato de préstamos proveniente de terceros vinculados. Este actual de la contribuyente sería reprochable por el fisco al implicar un comportamiento elusivo.

2.1.3 El Derecho Tributario y la Subcapitalización

Desde la perspectiva del Derecho tributario, la subcapitalización es estudiada como aquella situación en la que la prevalencia de los recursos ajenos sobre los fondos propios en la financiación de una sociedad supone una pérdida recaudatoria para la Hacienda Pública⁴. (Cencerrado, 2008)

La doctrina reconoce que este principio, en la práctica, funciona en dos dispositivos:

1. Nadie está obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de la ley;

⁴ Rohatgi (2007) apunta dos razones adicionales por las que puede ser más conveniente utilizar financiación ajena en lugar de fondos propios en la financiación de una sociedad:

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

2. Sin perjuicio de otras garantías aseguradas al contribuyente, es vedado al Estado y/o a la administración tributaria, exigir o aumentar tributos sin la existencia de una ley que lo establezca.⁵

Estas dos acepciones del principio de legalidad cobran real importancia en la práctica; se debe hacer el análisis para entender el por qué.

En el caso que nos ocupa, el de determinar los supuestos en los cuales la subcapitalización es lícita o ilícita, plasmemos el primer dispositivo que es pertinente en el caso concreto: “nadie está obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de la ley”. Si una empresa decide financiarse a través de una parte relacionada bajo la figura de un contrato de mutuo comercial contemplado en la ley, está actuado legalmente y en virtud de la ley. Entonces entendemos que existe un supuesto lícito de subcapitalización en función de lo estipulado en la ley.

Las normas de subcapitalización pretenden limitar los beneficios que se generan por parte de las multinacionales sobre sus filiales, las cuales, vía deducibilidad fiscal de los intereses, buscan repatriar sus capitales para consolidar sus utilidades al menor costo impositivo. (Cencerrado, 2008)

En materia de normas tributarias sobre subcapitalización son tres las cuestiones que deben analizarse cuando estas disposiciones comunitarias son aplicables. En primer lugar, si permiten la recalificación como dividendos de rendimientos que en principio son intereses.

En segundo lugar, si los intereses recalificados como dividendos en virtud de la norma sobre subcapitalización pueden beneficiarse de la exención en la fuente prevista en la Directiva en materia de matrices y filiales. Por último, si el Estado de residencia tiene la obligación de aceptar la recalificación del interés, con el fin

⁵ Ricardo Lobo Torres, Legalidad tributaria y armonía entre poderes del Estado, (Argentina)

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

de que el receptor disfrute de las medidas adoptadas para eliminar el impuesto subyacente. (Cencerrado, 2008)

Las compañías para su funcionamiento y crecimiento requieren de inyección de capital, el cual puede ser financiado por dos vías: la financiación propia y la financiación ajena (endeudamiento) préstamos inter-Company.

Los préstamos intercompañías son internamente de una empresa para hacer frente a las necesidades de financiación de los diferentes departamentos y pueden crear problemas fiscales en potencia, por ello es importante que se originen dichos préstamos con cuidado para evitar en el impuesto errores comunes y problemas de contabilidad. (Piragauta, 2010)

El problema con los préstamos entre compañías y los impuestos es que, si bien la empresa puede considerar un préstamo, el gobierno puede ser capaz de verlo como una inversión en acciones. Como inversión, debe ser tratado de manera diferente por el receptor, y crea una situación fiscal compleja. Préstamos intercompañías debe llevarse a cabo en condiciones de competencia con un contrato de préstamo claro para demostrar que el préstamo dentro de la empresa, no un movimiento o una inversión de capital y el prestatario tiene la obligación de devolver el dinero de las condiciones establecidas. (Empresiente, 2017)

Los préstamos inter-compañías pueden ser una fuente muy útil de términos agradables de financiación rápida. Esto puede ser importante en la falta de fondos está frenando el desarrollo de proyectos, una empresa no quiere abrir el crédito exterior, si es necesario para ganar dinero rápido antes de que se complete un proyecto. Las empresas necesitan que sus abogados y consultas jurídicas para desarrollar un mandato adecuado y definir el préstamo correctamente en las declaraciones de impuestos. (Empresiente, 2017)

Si las autoridades fiscales sospechan que un supuesto préstamo entre empresas no es lo que parece ser, pueden iniciar una investigación. Esto incluye un

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

examen de la documentación contable, la documentación relacionada con el préstamo, y las prácticas empresariales. Las autoridades fiscales pueden contar impuestos atrasados si sienten que el préstamo debe contar como ingresos gravables, y también hay un riesgo de sanciones si la evidencia del fraude está presente. Toda la comunicación en relación con el préstamo debe ser hecha con el entendimiento de que puedan ser examinados por el gobierno.

Es frecuente que compañías con estructuras mundiales opten por el endeudamiento entre las sociedades del grupo, lo que genera un beneficio económico al grupo empresarial; y una pérdida recaudatoria para la Administración Tributaria del país de la empresa que recibe el préstamo, dado que los intereses son, por regla general, gastos deducibles de su base imponible del impuesto a la renta. (Cencerrado, 2008)

El endeudamiento excesivo de una sociedad con una parte relacionada se denomina subcapitalización. Las reglas para evitar la subcapitalización buscan, en esencia, corregir o neutralizar el efecto de pérdida recaudatoria que origina este financiamiento excesivo realizado a través de préstamos.

En el ámbito tributario, el endeudamiento excesivo genera problemas cuando quienes financian la sociedad son sujetos con los que la misma se encuentra relacionada; ya que el resultado de tal financiación, en general, supone un perjuicio recaudatorio para el país del prestatario, especialmente cuando los sujetos relacionados son no residentes.

Por lo tanto, el principio de independencia contribuye a la recta distribución del poder tributario de los Estados sobre las rentas internacionales. Es este el marco en el que debe situarse las normas tributarias en materia de subcapitalización, porque, como veremos, solamente intervienen en transacciones entre sujetos vinculados. Cuando no existe vinculación, tanto el ordenamiento interno como internacional respeta el valor acordado por las partes, toda vez que, al existir materialmente voluntades contrapuestas, no existe el riesgo de que las operaciones se manipulen con el fin reducir injustificadamente la carga fiscal.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

El término de subcapitalización, desde la óptica tributaria, debe entenderse en términos más restrictivos. No cualquier desproporción manifiesta entre recursos ajenos y propios es objeto de la norma tributaria sobre subcapitalización, sino solamente cuando el endeudamiento desproporcionado con sujetos con los que la entidad financiada se encuentra vinculada excede de su capacidad de crédito.

Solamente cuando se excede la capacidad de crédito en una situación de independencia, la norma sobre subcapitalización realizará las correcciones oportunas con el fin de evitar que se produzca un desajuste en la recta asignación del beneficio a cada uno de los Estados en el que residen los sujetos que intervienen. Ese desajuste está provocado por el tratamiento diferente previsto en materia de intereses y dividendos. En este sentido, me parece correcta la afirmación de que este tipo de normas pretenden corregir las consecuencias de las distribuciones encubiertas de beneficios⁶. (Pardo, 2000)

El interés minorita el beneficio obtenido por la sociedad. El beneficio, en forma de interés, se traslada a otro sujeto que puede residir en el mismo Estado o bien en un Estado tercero.

2.1.4 Definiciones de la subcapitalización

Para entender de forma clara todo lo que encierra el tema propuesto, es necesario tener claro qué es la subcapitalización, razón por la que se considera pertinente definirla. Al respecto, Lucio Manosalva Afanador, propone la siguiente definición:

⁶ Régimen tributario de la subcapitalización, trabajo presentado a los premios del Centro de Estudios Financieros del año 2000.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

“Subcapitalización de empresas: *Consiste en la financiación con capital ajeno, en forma desproporcionada frente a la financiación con capital propio, en una empresa, por causa de tratamientos tributarios diferenciales a estos dos tipos de financiación”.* (Afanador, 2000).

Este concepto encierra una base sustancial de lo que en sí representa la subcapitalización, de tal manera que se entiende que el financiamiento que una empresa obtenga puede provenir fundamentalmente de dos fuentes: la primera, por medio de terceros prestamistas (instituciones financieras), y la segunda, de sus mismos socios, figura que se la conoce como capitalización; en donde, el financiamiento obtenido de terceros es muy superior en comparación al aporte proporcionado por los socios, o dicho de otra manera, la inyección de capital que debieron hacer los socios fundadores, para que la empresa funcione, fue mínima y esto obliga a obtener un financiamiento externo para cumplir el objetivo social, generalmente dicha apreciación es de carácter monetaria.

Además, claramente el autor nos induce ya hacia la perspectiva de la subcapitalización en su fundamento tributario financiero, pues tributariamente el financiamiento por parte de los socios es diferente al tratamiento tributario por la obtención de recursos de terceros, siendo notable la diferencia entre uno y otro, ya que el objeto, en este último, es el de obtener una ventaja tributaria, como consecuencia de dicho financiamiento. Frente a esto, es indudable que cuando se refiere a una desproporción entre los supuestos de financiamiento, esto es, el capital aportado por los socios y aquel obtenido de terceros, aparentemente no debería generar una gran controversia, sin embargo, al existir dicha desproporción nos encontramos frente a dos supuestos: el primero, referente al por qué es necesario la financiación; y, el segundo, a la razón de dicha desproporción. (Afanador, 2000)

El concepto de subcapitalización debe ser analizado como la forma de financiación utilizada por las empresas de un mismo grupo económico, las cuales se encuentran integradas y bajo un control común frente a dos supuestos: el primero, referente al por qué es necesario la financiación; y, el segundo, a la

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

razón de dicha desproporción. En otras palabras, la subcapitalización muestra una empresa que aparentemente es financiada mediante el acceso al crédito, pero en realidad es financiada a través de capital social, con el fin de reducir el pago del impuesto a la renta a través de los intereses. (Melina, 2008)

Muchos autores han intentado definir lo que debe entenderse por subcapitalización. Al respecto, Ana Pita, Roberto Fernández y Carmen Ruiz (1998, pág. 227) expusieron que “La doctrina ha tenido que realizar un esfuerzo para obtener una aproximación conceptual, primero a las operaciones entre sociedades vinculadas y posteriormente a la subcapitalización”. (Pita Grandal, 1998)

A continuación, se mostrarán distintos conceptos o definiciones que respetados organismos y autores han dado respecto de lo que se entiende por subcapitalización:

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2012, pág. 3) “Una compañía se financia (o capitaliza) normalmente a través de una mezcla entre deuda y capital. Se considera subcapitalización cuando la compañía se financia a través de un nivel relativamente alto de deuda respecto del capital”.

Según el profesor español César García (2013, pág. 15), “Entendemos por subcapitalización de una sociedad aquella situación en la que el capital es menor de lo que debiera (...) En concreto, el supuesto de la subcapitalización consiste en suministrar recursos financieros a una sociedad mediante préstamo cuando por la vinculación existente entre el prestamista y la sociedad, la porción entre los fondos propios y los capitales prestados y las demás circunstancias de la operación puede considerarse que el préstamo encubre una verdadera aportación de capital”.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

Para Félix Vega “el término subcapitalización, desde la óptica tributaria, debe entenderse en términos más restrictivos. No cualquier desproporción manifiesta entre recursos ajenos y propios es objeto de la norma tributaria sobre subcapitalización, sino solamente cuando el endeudamiento desproporcionado con sujetos con los que la entidad financiada se encuentra vinculada excede de su capacidad de crédito (...) la norma sobre subcapitalización realizará las correcciones oportunas con el fin de evitar que se produzca un desajuste en la recta asignación del beneficio a cada uno de los Estados en el que residen los sujetos que intervienen”, estos beneficios muchas veces se traducen en perjuicios para las administraciones tributarias de los países en donde se generan los recursos sujetos a imposición. Una de estas actividades inusuales es la capitalización de empresas simulada, mejor conocida como subcapitalización (Vega, 2002)

2.1.5 Tipos de subcapitalización y sus elementos

Por su parte, Teodoro Cordón Ezquerro, respecto a la misma diferenciación considera que: Existen dos grandes tipos de subcapitalización en el tráfico societario: la subcapitalización material y la subcapitalización nominal. La subcapitalización material consiste en que los socios no suministran fondos suficientes para el ejercicio de la empresa proyectada, de tal modo que se produce una escasez absoluta no sólo del capital de responsabilidad sino también del capital crediticio suministrado por los socios. (Ezquerro, 2001)

La subcapitalización nominal se produce cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social. La particularidad no reside, por tanto, en la falta de un capital adecuado suficiente, sino en su tratamiento jurídico como capital de crédito, sustraído, consiguientemente, a la severa reglamentación del capital propio o de responsabilidad⁷ (Ezquerro, 2001). Aunque los conceptos establecidos por estos

⁷ Manual de Fiscalidad Internacional, (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2001), 306.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

autores son de absoluta claridad, a continuación, reafirmaremos en lo que cada uno de ellos consiste.

2.1.5.1 Subcapitalización material

Es aquella que se presenta cuando los recursos financieros que posee la empresa, son inferiores al capital necesario para sus operaciones, sin duda en las empresas constituidas al amparo de la regulación societaria de España (Ley de Compañías), y dentro de las figuras más conocidas societariamente como son las compañías de responsabilidad limitada, y las de sociedad anónima, en las que para su constitución se exige únicamente un capital de \$ 400 y \$ 800 respectivamente (Antón, 2013), capitales que en términos generales no permitirían el inicio operativo de una empresa, pues como se había manifestado, es responsabilidad de los socios capitalistas el proveer los fondos necesarios para su funcionamiento y operación, algo que queda en entredicho bajo la normativa local, de tal manera que, si los recursos no han podido ser producidos por el mismo ente con base en sus operaciones regulares, o que tampoco se los ha podido obtener de un medio externo como el financiamiento, o de plano no han sido proporcionados por los socios accionistas, sea cual fuere la razón de esta falta de recursos, estaríamos frente a este tipo de infra capitalización

2.1.5.2 Subcapitalización formal o nominal

Esta situación se presenta cuando existen los recursos necesarios para sus operaciones, pero estos recursos nominalmente (de nombre) provienen de fuentes externas como el préstamo; de este tipo de subcapitalización es de la que se preocupa el control tributario, pues el tratamiento jurídico (aparente o simulado) que se le ha dado es de préstamo, cuando en realidad se constituye en un aporte de socios, siendo por tanto, lo verdaderamente relevante, el que sobre dicho crédito se deberán pagar los respectivos intereses, los mismos que se considerarán deducibles por parte del sujeto pasivo, en su declaración de impuesto a la renta. (Alvarado, 2016)

Consecuentemente se debe apreciar que el fondo de esto consiste en que, no sólo a la provisión de fondos se le asigna una figura diferente a la real (es aporte

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

y se le llama préstamo), sino que esta función económica así tratada, tiende a sustituir al capital social, cuya responsabilidad les compete a los socios del ente. De esto se desprende que, en la subcapitalización nominal, se destaca que formalmente la operación resulta impecable, sin embargo, si observamos lo que realmente sucede inmediatamente percibimos que los préstamos concedidos constituyen el pilar de una construcción impropia que se rige por principios jurídicamente incompatibles: maximización del beneficio y minimización del riesgo. Con todo, no se puede calificar de impropia toda operación crediticia en la que coincidan o se superpongan la posición del socio y de acreedor.

La impropiedad se produce sólo cuando la función económica de los fondos prestados es la de sustituir la dotación del capital de responsabilidad. Es decir, cuando el préstamo es formalmente capital ajeno, pero materialmente viene contribuir el déficit en la operación adecuada del capital propio. En consecuencia, desde un punto de vista económico, nos encontramos con un supuesto de simulación relativa: los fondos se suministran. (Alvarado, 2016)

2.1.5.3 Elementos de la subcapitalización formal o nominal

Entendida en esencia lo que representa la subcapitalización formal, resulta evidente el por qué ésta es regulada tanto por la normativa interna como la externa, pues las repercusiones de esta figura implican algunas consecuencias económicas en el ámbito tributario, que hacen presumir la intención de perjudicar al fisco al limitar una de las potestades tributarias de las administraciones en la recaudación de tributos, bajo este supuesto, y tomando como antecedente lo antedicho, nos es posible obtener los elementos que constituyen la subcapitalización, siendo estos: el financiamiento, la relación o vinculación, la proporción de endeudamiento, así como la garantía y el objeto del financiamiento.

Dada la definición propuesta de lo que es la subcapitalización, y enfocados en su aspecto nominal, nos conduce a establecer que sus elementos constitutivos

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

se enfocan en torno al préstamo financiero, pues como se pudo apreciar, éste constituye el eje fundamental del tema tratado. (Alvarado, 2016)

2.1.5.4 Caso de Subcapitalización

La subcapitalización o capitalización débil es una práctica elusiva de frecuente ocurrencia entre las grandes empresas, que consiste en aportar capital, pero simulando que se trata de préstamos, generalmente otorgados por la casa matriz o alguna filial residente en el exterior.

La subcapitalización permite reducir la carga tributaria de las empresas, pues comúnmente los intereses pagan menos impuestos que los dividendos. La principal razón es que los intereses de la deuda son un gasto, no así los dividendos.

En la tabla siguiente se muestra un ejemplo. Supongamos una empresa que tiene activos por \$1 millón, una rentabilidad sobre activos del 12% y distribuye el 100% de su utilidad como dividendos sus accionistas no residentes. En el caso 1 suponemos que la empresa se financia completamente con capital propio. Es así que su utilidad de \$120.000 pagará un 30% de ISR, es decir, \$36.000. A su vez, la utilidad neta impuestos, que se distribuye como dividendos, estará gravada con un impuesto de retención del 15%, esto es, \$12.600. La Suma de ambos impuestos alcanza a \$48.600.

En el caso 2 asumimos que la empresa se endeuda en condiciones de mercado, financiando la mitad de su activo con un préstamo otorgado por una financiera no residente, a una tasa de interés anual del 8%. Como ahora tiene un gasto por intereses de \$40.000, su utilidad se reduce a \$80.000 y el impuesto de actividades económicas baja a \$24.000. A su vez, tanto los dividendos como los intereses pagarán un impuesto de retención de 15%. En resumen, la tributación total es ahora \$38.400, es decir, \$10.200 menos que el caso anterior.

Finalmente, en el caso 3 suponemos un caso extremo de capitalización débil, en donde los inversionistas no residentes aportan casi todo el capital en la forma de deuda, pactando una tasa de interés del 12%, igual a la rentabilidad sobre activos de la empresa. En este caso los intereses llevan a que la empresa no tenga

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

dichas utilidades, y por lo tanto no paga impuesto sobre rentas de actividades económicas. Dicho de otro modo, las utilidades se transformaron en intereses, los que solo pagarán el impuesto de retención d15%. Es decir, la tributación total se redujo en este caso a solo \$18.000, menos de la mitad que en el caso de endeudamiento en condiciones de mercado y casi un tercio que en el caso de financiamiento con capital propio.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

Tabla 1

Estimación del impacto Fiscal de la norma de Subcapitalización. Año 2017

	Caso 1	Caso 2	Caso 3
Antecedentes			
Rentabilidad sobre activos	12%	12%	12%
Tasa de interés de la deuda	8%	8%	8%
Utilidad distribuida como dividendos	100%	100%	100%
Patrimonio	1,000,000.00	500,000.00	1.00
Deudas	-	500,000.00	999,999.00
Activos	1,000,000.00	1,000,000.00	1,000,000.00
Impuestos sobre rentas de actividades económicas			
utilidad antes de intereses	120,000.00	120,000.00	120,000.00
Interés	0	40,000.00	120,000.00
Utilidad antes de impuestos	120,000.00	80,000.00	-
<i>Impuestos a la Renta (30%)</i>	36,000.00	24,000.00	-
Impuestos sobre rentas del capital			
Dividendos distribuidos	84,000.00	56,000.00	-
Intereses pagados al exterior	-	40,000.00	120,000.00
Rentas del capital totales	84,000.00	96,000.00	120,000.00
<i>Impuesto de retención (15%)</i>	12,600.00	14,400.00	18,000.00
Impuesto Total Pagado	48,600.00	38,400.00	18,000.00

Fuente: Elaboración propia.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

2.1.6 La Elusión fiscal

2.1.6.1 Elusión fiscal, la evasión fiscal y sus diferencias

Resulta importante tener claro, primeramente, los límites entre lo que le es permitido o no al contribuyente, para así poder determinar cuándo verdaderamente se está ejerciendo su derecho a elegir aquella forma de financiamiento que mejor cumpla con sus fines negociables y cuando está abusando de esta posibilidad de elegir y por ende realiza una actuación elusiva al fisco. De aquí la importancia de diferencia entre los comportamientos considerados como elusivos al fisco y los comportamientos lícitos constituidos de una economía de opción. Así las cosas, procederemos a definir el termino de elusión fiscal y su diferencia de la evasión fiscal, para así después adentrarnos en lo que se consideran las economías de opción.

La elusión fiscal es considerada como la utilización de mecanismos atípicos o no regulados por la legislación, para evitar la realización del hecho imponible, disminuir la carga tributaria o realizar un hecho que este gravado con menor carga fiscal, cuya utilización de estos actos no vulneren la ley tributaria o no contravengan el ordenamiento jurídico.

Tulio Rosembuj, entiende por elusión fiscal la forma de esquivar la aplicación de la norma tributaria para obtener una ventaja patrimonial por parte del contribuyente que no se realizaría si no se pusieran en práctica por su parte hechos y actos jurídicos o procedimientos contractuales con la finalidad dominante de evitarla.

Igualmente, este autor explica que el elemento más importante de la elusión entonces consistiría en la adopción de instrumentos negociales o no, pero, en cualquier caso, ejercitadas dentro de las prerrogativas propias de la autonomía de la voluntad y libertad de contratación lícita y cuyos efectos son merecedores de tutela jurídica, en cuanto tales. (Rusembuj, 1999)

Con respecto a la evasión, Tulio Rosembuj expresa que: El núcleo de la conducta trasgresora no es otro que la ocultación de rendimientos, bienes y derechos de

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

contenido económico mediante la utilización de documentos material o ideológicamente falsos, la realización de actos o negocios jurídicos.

Es indispensable, en primer lugar, diferenciar a la elusión que es la no verificación del hecho generador y por ello la inexistencia del gravamen, de la evasión que consiste en la verificación de la realización del hecho generador de la obligación tributaria, como el incumplimiento del pago correspondiente, así como dilatar el momento en que se vuelve exigible, mediante acciones u omisiones ilícitas, para que generalmente posterguen la ocurrencia del hecho que se grava. (León M. O., 2014)

La evasión tributaria, utilizándose del corte metodológico aplicado al Derecho Tributario, en acepción amplia, es toda y cualquier forma de eximirse de la tributación. En sentido estricto, significa derivar de la conducta voluntaria y dolosa, omisiva o comisiva, de los obligados tributarios se eximieren del cumplimiento, total o parcial, de las obligaciones tributarias. (León M. O., 2014)

2.1.6.2 La planeación fiscal y las economías de opción

La planeación fiscal es el esfuerzo por optimizar la carga tributaria ligada estrictamente al derecho, que ayuda a obtener una optimización de los recursos financieros, es una herramienta administrativa capaz de producir beneficios económicos futuros. Su objetivo básicamente es: “eliminar, disminuir o diferir la carga fiscal de toda operación, siempre dentro del marco jurídico fiscal vigente y contando con el soporte documental que demuestre la licitud de los casos”. (Corona Funes, 2004).

Toda planeación es una prefiguración simbólica de los hechos y fenómenos que se pretende controlar. En tanto que prefiguración entraña una concepción imaginativa de la realidad, tal como si pudiera ser manipulada. (DIEP DIEP, 2000)

La planeación fiscal depende, del régimen tributario, del tipo de empresa, y todas las contingencias, que se pudieran presentar. El diseño de la estrategia se basará en las circunstancias particulares y antecedentes de cada empresa o persona, aquí entra la capacidad, creatividad técnica y conocimientos del

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

especialista en la materia, atendiendo siempre al principio natural de economía: “obtener el máximo rendimiento con el mínimo sacrificio”.

Por lo que podemos concluir que la planeación fiscal es una herramienta administrativa que nos ayuda a tener un mejor control de las finanzas y que no es ningún delito siempre y cuando se apegue al derecho. Pero si lo vemos desde otro enfoque podríamos decir que es un abuso de las formas.

La economía de opción es un concepto que se le atribuye al jurista español Larraz J., que lo concibió como un caso excepcional en el cual la ley tributaria debía interpretarse en forma literal, la que se configura cuando los individuos se subordinan al ordenamiento jurídico y escogen las formas jurídicas adecuadas para sus negocios. Su conducta por consiguiente es lícita (Damarco, 2008). El concepto supone que el contribuyente se enfrenta a diferentes alternativas que la propia ley establece, y este se encuentre en posibilidades de elegir la forma que más le beneficie y, desde luego, le genere una carga tributaria menor.

Las alternativas jurídicas que ofrece el ordenamiento son todas lícitas, porque las normas no imponen una determinada forma jurídica, sino que el contribuyente tiene la libertad de analizar en la situación jurídica o de hecho en que se encuentra y formalizar legalmente su negocio, por lo que estaríamos en una verdadera planeación fiscal. Igualmente, cuando el contribuyente realiza actos exentos, estamos frente a una economía de opción, que la propia ley establece.

La exención es una sujeción, porque al realizarse el hecho generador se produce el hecho imponible, por lo que nace la obligación, pero la propia ley confiere la exención, lo que implica que existe una norma jurídica que crea la obligación, pero que la misma dispensa el pago del impuesto.

Cuando se está ante una economía de opción no podemos estar ante un fraude de ley, dado que la economía de opción es una vía más ventajosa que posibilita el legislador expresa o tácitamente, o como afirma algún autor, “consciente o inconscientemente”, sin que la configuración jurídica presentada por el obligado tributario resulte forzada. Por ello, no tiene mucho sentido hablar de reacción contra la economía de opción ya que se trata de una operación totalmente lícita.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

(Taboada P. , 2004) .Por otro lado, la falta de pago intencional del impuesto se puede configurar a través de la evasión o de la elusión.

El contribuyente no quiere pagar el tributo, entonces opta por las declaraciones engañosas, ocultación maliciosa o cualquier engaño (evasión) y se coloca al margen de la ley. Pero también puede optar por otro modo para poder quedar al margen de la aplicación de la norma tributaria (elusión). El contribuyente en estos casos tratará de mostrar la realización de un negocio distinto al que ejecuta y que no está alcanzado por las normas que describen el hecho imponible. El propósito del contribuyente es siempre el mismo, que el fisco no tome conocimiento de la realidad o de una parte de la realidad. Ello implica desarrollar conductas para mostrar los hechos o no mostrarlos en su totalidad. (Damarco, 2008).

Es importante estipular que el contribuyente para eludir la obligación utiliza también hábilmente las lagunas que existen en la ley, y como dice la máxima de derecho: “lo que no está prohibido, está permitido”.

A modo de resumen, tanto la economía de opción como la elusión fiscal persiguen la obtención de ahorros fiscales, pero en la economía de opción se perdigue obtener el fin típico de la forma contractual utilizada, en cambio en la elusión fiscal el fin del negocio jurídico no es requerido, simplemente se persigue el ahorro fiscal. Por ello intentar diferenciar entre economía de opción y elusión fiscal en la práctica resulta sumamente complicado, ya que, si la diferencia radica en la intención de los sujetos, definitivamente al fisco le será sumamente difícil la distinción entre ambos supuestos. He aquí la importancia de seguir la recomendación, de que las planificaciones fiscales deben tener un contenido u debe haber pruebas de este contenido, pues de lo contrario el aplicador del Derecho no tendrá como valorar si las actuaciones han sido fraudulentas o no.

En conclusión, no toda transacción, por el simple hecho de haber sido realizada entre empresas vinculadas y haberse obtenido a través de ella un ahorro fiscal lícito, es elusiva, pues el contribuyente tiene derecho de aplicar economías de opción. Una de las formas en las cuales se puede obtener una economía de

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

opción es a través de los contratos de préstamos entre partes vinculadas. Pero ¿Cuándo será este financiamiento elusivo al fisco? Nos adentraremos en el tema de la subcapitalización para así poder entender claramente cuando nos encontramos ante financiamientos legítimos entre empresas vinculadas y cuando en realidad se nos presenta un esquema de subcapitalización.

2.1.6.3 ¿La subcapitalización es elusión o evasión fiscal?

La doctrina, así como la jurisprudencia, separan las dos figuras anotadas de la elusión y la evasión, y dan a cada una un carácter diferente, considerando a la evasión como punible y a la elusión como no punible. La primera identifica procederes constantes en la ley, es decir hechos previamente tipificados, y por ello prohibido su aplicación, siendo por tanto punibles; mientras que la segunda utiliza actos jurídicos alternativos y con ello viables.

La elusión fiscal, prácticamente involucra eludir el hecho imponible, es decir, evitar que éste se verifique mediante un proceder lícito, con la utilización de instrumentos jurídicos válidos o mediante la participación de una institución exenta.

La evasión según Jorge Héctor Damarco dice: “en la acepción vulgar, tiene claro contenido intencional. La evasión cárcel. La evasión de una dificultad. La evasión de impuestos.”⁸ (Damarco, 2008)

Ahora lo importante es encuadrar a la figura de la subcapitalización en alguna de estas dos figuras. La subcapitalización es una forma de financiación que utilizan las empresas pertenecientes al mismo grupo económico, siendo que la figura de aportación de capital queda opacada por la de intereses. Lo que resultaría en una disminución de la rentabilidad de la empresa y por ende en menores contribuciones fiscales; pero será de considerarla como ¿legal o ilegal?, los

⁸ Jorge Héctor Damarco, La Elusión Fiscal y los Medios para Evitarla, Memorias de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Venezuela, Editado por Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2008, p. 199.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

convenios de doble imposición tocan el tema de los intereses, las regalías, y las rentas empresariales, y en todos los casos, tratan de evitar que la figura de la subcapitalización de empresas se configure, con estos criterios, se puede considerarlo o no como evasión fiscal; la pregunta da mucho que pensar y permite dilucidar los temas más trascendentales de la institución jurídica estudiada.

La elusión fiscal tiene como finalidad el ahorro fiscal de la compañía o contribuyente, mediante la conducta que impide el nacimiento de la prestación tributaria, reducirla o eliminarla; muy distinta a la evasión, tomando en consideración que la elusión tiende más a lo que es la planificación fiscal o economía de opción, conceptos inclinados más a la elusión legítima; mientras que, la evasión más bien tiene un carácter infraccional o delictivo, determinado por una norma específica; así lo comenta Cubides Pinto "...evasión corresponde a los actos contrarios a la Ley, mediante los cuales el contribuyente oculta el nacimiento de la obligación tributaria. (Damarco, 2008)

En la evasión hay una defraudación fiscal, es decir un acto evasor contraviene la ley y las figuras jurídicas, es preciso aclarar, que los actos que se encuentran tipificados o apoyados en normas expresas no podrán considerarse, ni se considera como si se tratase de una evasión fiscal, más bien, el hecho de aplicar la ley y sustentarse en ella, para liquidar un impuesto, es perfectamente lícito y de ninguna manera podrá considerarse como delito punible.

En conclusión, la subcapitalización es una actividad dirigida a impedir el perfeccionamiento del hecho imponible mediante la gestión lícita de una institución económica, jurídica, financiera, y por ende no busca la evasión fiscal, más bien puede decirse que es el resultado de la búsqueda de una ventaja patrimonial, que no está determinada como punible, por lo tanto, puede ser catalogada como elusión fiscal, ya que en la ley ya sea nacional como internacional y los tratados internacionales, lo único que hacen es regularla para

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

efectivamente evitar que exista el beneficio fiscal, que busca la empresa relacionada.

2.1.6.4 La subcapitalización desde el punto de vista fiscal y sus ventajas

Definido el marco general de estudio de la temática en torno a la "subcapitalización" empresaria, cabe entonces encarar la cuestión relativa a las diversas alternativas de política fiscal, esto es, las medidas legislativas tendientes a su sanción. A riesgo de ser reiterativo, pero a manera de síntesis de lo expuesto hasta ahora, cabe exponer los requisitos a observar en el diseño de las medidas legislativas que se aprecien con propiedad del título de normas "anti-subcapitalización". (Damarco, 2008)

1. Comprenden las financiaciones entre personas asociadas, cuya definición podrá ser lo más amplia posible que se desee, a efectos de contener eventuales maniobras elusivas.
2. Se refieren a la recalificación de préstamos en capital propio, convirtiendo los pagos de intereses en dividendos o utilidades, derivando de ello la suma de consecuencias tributarias previstos en la legislación interna en tomo al tratamiento dispensado al capital propio y a los dividendos o utilidades distribuidos.
3. Se ciñen a operaciones internacionales, cuyo funcionamiento tiende a la transferencia indebida de beneficios entre entes o personas residentes en distintos Estados, con el presumible objeto de obtener ventajas fiscales a nivel del grupo o conjunto económico.
4. La estructura de la medida anti-subcapitalización indica que los beneficios realizados por una empresa en transacciones con entidades asociadas, residentes ambas radicadas en distintos Estados, en su concreta y efectiva verificación y en su justa medida. La hipótesis patológica de simulación de los beneficios atribuibles al Estado donde se halla la fuente de la renta involucrada, sancionándola mediante el ajuste de los

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

beneficios, vía conversión de los intereses deducibles en dividendos o utilidades, generalmente no deducibles en dicho Estado, habitualmente sometidos a retención en la fuente y, además, comúnmente a tasa efectiva superior a la aplicable a los intereses remitidos al exterior.

El objetivo de la regulación anti-subcapitalización es evitar la sustracción de base imponible en el Estado en que se origina el rendimiento real, disminuido jurídicamente en forma impropia, como consecuencia de la distribución irregular de beneficios, es decir, verificándose la hipótesis de evasión del tributo por simulación del negocio jurídico (antecedente), cuya sanción jurídica es la actuación de la norma anti-subcapitalización (consecuente).

Como expresa Tulio Rosembuj en relación a la subcapitalización fiscal: "el préstamo oculta y encubre la aportación de capital con exclusiva finalidad fiscal, configurando un ejemplo de simulación relativa. ". (Rusembuj, 1999)

Los motivos que se mencionan como justificantes de financiación vía préstamo son:

- Limitación del capital que participa plenamente del riesgo
- Simplificación y mayor flexibilidad de la aportación del capital acreedor (no hay formalidades para el aumento de capital.
- Simplificación y mayor flexibilidad del reembolso del capital acreedor (no hay formalidades para la reducción del capital)
- Ausencia de modificación del porcentaje de participación y, por consiguiente, del derecho de voto (control) y del derecho a dividendos, cuando existen varios asociados.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

- Asimilación a otros prestadores en lo que respecta al riesgo
- Aumento del rendimiento de la inversión por los intereses cuando (por ejemplo, en virtud de la ley) los accionistas extranjeros no deben pasar de ciertos porcentajes de participación (50 por ciento, por ejemplo)
- Rendimiento de la inversión independientemente de los resultados de la sociedad
- Reducción de los costos (no fiscales) de la financiación por capital acreedor
- Mejora de los resultados (y del valor) de la sociedad por "palanca"
- Ausencia de riesgo vinculado a la moneda; mientras que el capital propio puede tener que constituirse en la moneda del Estado sede de la sociedad, un préstamo puede otorgarse en la moneda del país del accionista, etc.

Las ventajas que podemos encontrar son de dos tipos: Por una parte, permite trasladar bases imponibles al país del prestamista y este hecho es importante si se tienen diferencias sustantivas en el tratamiento fiscal entre los dos países. Por ejemplo, supongamos que «A», sociedad residente en el país «X» y, de otro lado, una sociedad «B» que es residente en el país «Y». (Chevarría, 2008)

Resulta que en el país X el tipo de gravamen del impuesto sobre las sociedades es del 40% y en el país Y es del 10%. La sociedad A le pide capital a la sociedad B, a cambio la sociedad A pagará intereses a B, derivados del préstamo, estos intereses ascienden a US \$1000; para A el ahorro fiscal por endeudarse sería \$400. La sociedad B tendrá un ingreso impositivo por \$1000, al aplicar la tasa

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

del 10% tendría que pagar \$100 por esta transacción en el país Y. Entonces, el saldo neto es un ahorro fiscal por un importe de (\$300). En ese sentido, si existe plena libertad de movimientos de capitales se acudiría a solicitar capital prestado donde le ofrezcan las mejores ventajas de rentabilidad financiera y fiscal.

Por tanto, las ventajas son, primero, trasladar la base imponible (\$1000), vía pago de intereses, al país del prestamista que es el de baja tributación y, segundo, reducir el importe de la tributación en el país de origen. La suma de estas dos ventajas es lo que nos da el ahorro fiscal neto de la operación considerada en su conjunto.

Por su parte, si las legislaciones del país X e Y fueran iguales o muy parecidas, desaparecerían las ventajas fiscales. Asimismo, la subcapitalización surge cuando la financiación ajena, obtenida por una sociedad no residente, es superior a la que se obtendría en condiciones iguales de mercado.

A partir del caso planteado, tendríamos que, si la sociedad A, residente del país X, acude al mercado financiero del país X, no obtendría una financiación tan ventajosa como la que va a obtener de la sociedad B, residente en otro país.

En ese sentido, los requisitos necesarios para que exista subcapitalización (endeudamiento progresivo y descapitalización de la empresa) serían los siguientes:

- Existencia de una transacción de endeudamiento entre una empresa o entidad residente y una no residente, financiación con capital ajeno con ventajas fiscales y descapitalización de alguna de las empresas.
- Transacción en circunstancias más favorables o ventajosas que las del mercado.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

En el derecho comparado, la norma de subcapitalización ofrece una serie de características comunes en aquellos ordenamientos que la recogen (Delgado Pacheco 2005) Suele actuar frente a entidades vinculadas no residentes. Los legisladores las adecuan a sus legislaciones internas con el fin de que no se erosionen sus bases imponibles nacionales.

La norma de subcapitalización se construye normalmente sobre una ratio de endeudamiento, al actuar como una fuente de seguridad jurídica en la medida que puede ser entendida como el límite que el propio legislador ofrece hasta el cual acepta la financiación de una entidad con recursos ajenos del propio accionista, directa o indirectamente.

Al respecto, señala Ana María Pita Grandal, que por endeudamiento directo debe entenderse la situación en que el prestamista tiene derecho a la percepción del capital y los intereses.

2.1.6.5 Cláusulas anti elusivas

Ante la conducta de los contribuyentes del empleo de mecanismos que no están regulados por la norma, ni expresamente prohibidos por la misma, y que generan perjuicios al fisco por la disminución de la recaudación del impuesto, el Poder Legislativo de los países ha respondido aplicando las conocidas doctrinariamente como cláusulas anti elusivas.

Así, considerada la práctica de la financiación excesiva entre partes relacionadas como subcapitalización, las reglas para limitar dicha conducta entre partes relacionadas constituyen una cláusula anti elusiva; y, es concebida como una regla para evitar abusos poniendo un límite a la deducción de los gastos por endeudamiento de la base imponible del impuesto a la renta. Así, con dichas cláusulas se logra corregir las consecuencias de las distribuciones de beneficios encubiertos.

Las reglas para evitar la subcapitalización son normas que regulan los requisitos necesarios para que opere la deducción de los gastos relacionados con el pago de intereses por préstamos al exterior estas reglas tributarias no operan para

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

préstamos internos⁹, porque el ente recaudador de los impuestos es uno solo, lo cual no ocurre cuando el prestamista es una entidad extranjera— entre partes vinculadas o relacionadas. (Aguilar, 2005)

El objeto principal de estas reglas es el de evitar la disminución de recaudación de la Administración Tributaria local por el uso de créditos que según las reglas no son proporcionales con el capital de la prestataria. Se busca evitar la transferencia de bases imponibles desde el país de origen en este caso sería Nicaragua al exterior ya que, en materia tributaria, en general, los intereses pagados al exterior son deducibles de la base imponible del impuesto a la renta, mientras que los dividendos, al ser distribuidos luego de determinado y pagado el impuesto a la renta, no constituye gasto deducible de su base imponible.

2.1.7 Métodos para corregir la subcapitalización, según la OCDE

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en un informe sobre subcapitalización realizado en 1987, señaló dos mecanismos o métodos para corregir o neutralizar la misma: el método subjetivo y el método objetivo.

Antes de entrar en el detalle de lo que cada método implica, es necesario tener presente que la OCDE, a través de sus Comités, establece directrices que tanto los Estados integrantes de la organización, como aquellos que no lo son, pueden tomar como guía para la adecuación de sus legislaciones, pero que no son en sí mismas normas de obligatoria aplicación. A decir del doctor César García Novoa (2013, pág. 13) “las recomendaciones de la OCDE (...) son reglas aprobadas por

⁹ No obstante, lo indicado, existe preocupación en la doctrina si dichas reglas deberían aplicarse internamente, especialmente para evitar operaciones fraudulentas mercantiles porque el capital social declarado no da suficiente respaldo a la operación y giro de la compañía.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

un organismo (...) sin capacidad normativa, elaboradas por funcionarios representantes de los Estados miembros ante una organización internacional (...) En suma, las disposiciones de la OCDE adolecen de falta de legitimidad y, por tanto, no tienen la coercibilidad propia de las normas jurídicas”.

A partir de los métodos sugeridos por la OCDE para corregir la subcapitalización, diversos estados han formulado las reglas internas que se aplican en sus jurisdicciones, con las modificaciones que han considerado oportunas y necesarias según su realidad. Tal como lo señala el profesor Eduardo Sanz (2005, pág. 41), “una norma de subcapitalización estará correctamente construida cuando la misma se fundamente en el análisis comparativo, convenientemente matizados por el análisis funcional. Por tanto, el objetivo a alcanzar es determinar los medios y formas más idóneos para aplicar dichos análisis a la estructura financiera de las entidades pertenecientes a un grupo de sociedades”.

2.1.7.1 Método subjetivo

El método subjetivo es aquel en el que se analiza cada caso y sus características, con el fin de establecer si la empresa que obtuvo el préstamo de una parte relacionada o vinculada a ella lo hubiera podido conseguir, en la misma cantidad y condiciones similares, de un tercero independiente, en situaciones de libre competencia. Con este propósito, y con miras a revelar una posible participación por parte de quien otorga el préstamo en los riesgos de la sociedad que lo recibe, la OCDE sugiere realizar un estudio en el que se comparen los siguientes factores: (OCDE, 2010).

- Ratio de endeudamiento versus capital antes del endeudamiento;
- Fin del préstamo, en particular si el propósito de este es el de cubrir pérdidas;
- Posible conversión del financiamiento ajeno en acciones;
- Vinculación de los intereses a los beneficios societarios; y,

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

- Subordinación del crédito frente a otros acreedores.

Es importante indicar que cuando se aplica el método subjetivo, la carga de la prueba le corresponde a la Administración Tributaria, pues el objeto de esta es demostrar si la empresa hubiese conseguido los mismos recursos por un tercero independiente.

2.1.7.2 Método objetivo

En el método objetivo, por su parte, y como su nombre lo indica, no prima el análisis, sino la configuración o no del presupuesto establecido en la norma. Por ello, la norma es necesaria que exista previa a la situación que se estudia. Este método consiste en fijar a través de una norma una ratio o coeficiente definido entre los recursos ajenos y los propios. Los valores que superen esta ratio en el préstamo se deben considerar como aportes de capital. (OCDE, 2010)

El método objetivo es el priorizado por la OCDE, pero aceptando que una compañía pueda probar que aquella relación financiera que es debatida o recalificada cumple con los parámetros normales y se da en forma similar a otras en libre concurrencia del mercado. Como indica Nilda (Barbetti, 2001), lo que se pretende con este método es que el requerimiento fiscal sea lo más equitativo posible y que dicha equidad se logre con la implementación de las normas respectivas. Aquí la carga de la prueba se invierte pues le corresponde al contribuyente demostrar que su crédito no ha superado el coeficiente establecido por la legislación que, pese a superarlo, es conforme al principio de plena competencia –en aquellas jurisdicciones en donde tal análisis es admitido por la legislación.

2.1.7.3 Ratios

Es la medida para establecer un máximo de aceptación del capital máximo al cual se le podrán aplicar la tasa de interés de mercado para que éste sea deducible del Impuesto sobre la Renta. Usualmente de 1,5:1 hasta 3:1. (OCDE, 2010)

2.1.8 Medidas contra la subcapitalización determinada por la OCDE: Acción 4 BEPS

Nos hallamos ante un dato fáctico al afirmar que el dinero es un bien móvil y fungible, lo que allana el camino para que los grupos multinacionales puedan obtener resultados favorables desde una perspectiva fiscal ajustando el nivel de endeudamiento de una entidad del grupo. Son varios los estudios y trabajos académicos que han puesto de manifiesto la incidencia de las normas tributarias en la ubicación de la deuda en las distintas entidades del grupo, pues es bien sabido que los grupos pueden aumentar exponencialmente el nivel de endeudamiento soportado por cada entidad del grupo a través de préstamos intragrupo. (OCDE/G20, 2015)

Los grupos multinacionales pueden utilizar instrumentos financieros para efectuar pagos económicamente equivalentes a los intereses, aunque con una distinta forma jurídica, sustrayéndose así a las limitaciones en materia de deducción de intereses. Los riesgos de erosión de la base imponible y de traslado de beneficios por parte de grupos multinacionales en esta área surgen en tres escenarios básicos:

- El grupo concentra un elevado nivel de deuda con entidades independientes en países de elevada tributación.
- El grupo utiliza préstamos intragrupo para generar deducciones por intereses superiores a los gastos efectivamente incurridos por pago de intereses a terceros.
- El grupo utiliza financiación obtenida de empresas del grupo o a entidades independientes para generar rentas no sometidas a gravamen. Para hacer frente a estos riesgos, la Acción 4 del Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (Plan de Acción BEPS, OCDE, 2013) instó a formular recomendaciones en relación a las mejores prácticas en el diseño de normas para impedir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios mediante la excesiva deducción de intereses. El

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

presente informe analiza varias de estas mejores prácticas y recomienda la adopción de un enfoque centrado específica y directamente en los riesgos señalados anteriormente.

El enfoque recomendado se fundamenta en una norma de ratio fijo que limita las deducciones netas de una entidad, en concepto de intereses y otros pagos económicamente equivalentes a intereses, a un porcentaje determinado de sus beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA, por sus siglas en inglés). Este criterio debería aplicarse, como mínimo, a las entidades que formen parte de grupos multinacionales. A fin de garantizar que los países aplican un ratio fijo que sea lo suficientemente bajo para prevenir BEPS, reconociendo al mismo tiempo que Partiendo de que no todos los países se encuentran en la misma situación, el enfoque recomendado incluye una horquilla de posibles ratios de entre el 10% y el 30%, al tiempo que se apunta a una serie de factores que los país han de tener en cuenta a la hora de establecer el ratio fijo aplicable con referencia a dicha.

El enfoque recomendado afectará principalmente a entidades con un elevado nivel de gasto neto por intereses y con un alto coeficiente de gasto financiero neto frente a beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA), y en particular cuando la entidad en cuestión registre un ratio superior al ratio global del grupo del que forma parte. Se encuentra ante un enfoque sencillo que garantiza que la deducibilidad del gasto financiero neto de toda entidad esté directamente relacionada con las rentas imponibles fruto de sus actividades económicas. Un rasgo importante de la norma de ratio fijo es que únicamente introduce límites a la deducibilidad del gasto financiero neto de toda entidad (esto es, gastos menos ingresos por intereses). Dicha norma no coarta la posibilidad que tienen los grupos multinacionales de obtener financiación de entidades independientes de forma centralizada en el país y en la entidad más eficientes teniendo en cuenta factores ajenos a la fiscalidad, tales como la calificación crediticia, la divisa y el acceso a los mercados de capitales, y posteriormente reпреstar dichos fondos dentro del propio grupo para financiar sus actividades económicas. (OCDE/G20, 2015).

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

El enfoque recomendado permite, asimismo, a los países complementar la norma de ratio fijo y la norma de grupo con otras disposiciones a fin de reducir la repercusión de dichas normas en el caso de entidades o en supuestos que plantean menos riesgos de prácticas elusivas BEPS como, por ejemplo (OCDE/G20, 2015):

- La fijación de un umbral impositivo mínimo que excluya a las entidades con un bajo índice de gasto neto por intereses. En el supuesto de que un grupo disponga de más de una entidad en un determinado país o territorio, se recomienda aplicar dicho umbral al gasto neto por intereses total incurrido por el grupo local.
- La exclusión, sujeta a condiciones, de los intereses pagados a terceros prestamistas, devengados por los préstamos utilizados para financiar proyectos públicos de interés común. En estos casos, una entidad puede verse sometida a un alto nivel de endeudamiento, aunque, dado el carácter de los proyectos y su estrecha vinculación con el sector público, se reduce el riesgo de práctica elusiva.
- La traslación o imputación de los gastos por intereses no deducidos y/o la capacidad no utilizada de interés a ejercicios posteriores (siempre que la deducción por el importe neto de los intereses efectivamente abonados por una entidad esté por debajo del máximo permitido). Esto minimizará los efectos de la volatilidad de las ganancias en la capacidad de cualquier entidad para deducirse los gastos por intereses abonados. La referida imputación de los gastos por intereses no deducidos a ejercicios posteriores no sólo beneficiará a las entidades que incurren en gastos por los intereses devengados por inversiones a largo plazo que se prevé generen rentas imponibles tan sólo en años posteriores, sino que también permitirá a las entidades con pérdidas solicitar la pertinente deducción fiscal cuando vuelvan a registrar beneficios.

El informe recomienda igualmente que el enfoque adoptado se sustente en normas específicas encaminadas a evitar su incumplimiento, por ejemplo,

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

minorando artificialmente el índice de gasto neto por intereses. Por otra parte, también insta a los países a plantearse introducir normas que hagan frente a aquellos riesgos específicos en materia de BEPS que no aborda el enfoque propuesto, situación que se verifica, por ejemplo, cuando una entidad que no incurre en gasto financiero neto alguno percibe ingresos en concepto de intereses. Por último, el informe pone de manifiesto que los sectores bancarios (OCDE/G20, 2015)

2.1.8.1 Legislación comparada respecto a normas de subcapitalización

En países como El Salvador y Costa Rica se aplican en la actualidad normas que regulan la subcapitalización. Estas reglas se han introducido en los ordenamientos jurídicos paulatinamente, con el objetivo común de lograr disminuir las consideradas por las administraciones tributarias como prácticas elusivas en materia tributaria. Es así que, ya en las últimas décadas del siglo pasado, los países europeos fueron de los primeros en incorporar en sus legislaciones normas tendientes a frenar estas prácticas que desplazan los ingresos tributarios de una sociedad residente a una con jurisdicción fiscal distinta.

Las reglas de subcapitalización son consideradas por la doctrina como mecanismos internos que se realizan de forma unilateral en cada legislación.

Estas soluciones unilaterales coinciden con el resultado buscado que consiste en limitar la deducción de los intereses de las bases imponibles del impuesto a la renta, obteniendo así una mayor recaudación por parte del fisco.

La reacción de los ordenamientos tributarios frente a la subcapitalización parte de la base de como el país direcciona su política fiscal a partir su realidad económica, ajustando sus disposiciones anti-abuso a los distintos supuestos de hecho que puede envolver la capitalización a través de la modalidad de endeudamiento. Por tal razón, a continuación, analizamos la regla de subcapitalización para los países de El Salvador y Costa Rica, identificando la estructura de la norma y la racionalidad legislativa detrás de la misma.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

1. El Salvador

Costos y gastos no deducibles Art. 29-a. No se admitirán como erogaciones deducibles de la renta obtenida:

14) los intereses, comisiones y cualquier otro pago proveniente de operaciones financieras, de seguros o reaseguros celebradas por el sujeto pasivo prestatario, en cualquiera de los casos siguientes:

- a) No se hubiere efectuado las retenciones de impuestos sobre la renta o de impuesto de transferencia de bienes inmuebles y a la prestación de servicios establecidas en el código tributario, cuando corresponda.
- b) El prestamista o prestador fuera un sujeto relacionado domiciliado, y este no las hubiera declarado como rentas gravadas en el ejercicio o periodo impositivo de su devengo.
- c) Se excediere el resultado de aplicar a los préstamos o créditos, la tasa promedio de interés activa sobre crédito más cuatro puntos adicionales y el prestamista fuera un sujeto relacionado o este domiciliado, constituido o ubicado en un país, estado o territorio con régimen fiscal preferente, baja o nula tributación o paraíso fiscal.¹⁰

La tasa promedio a que se refiere el inciso anterior es la referente a créditos o préstamos a empresas aplicada por el sistema financiero y publicado en el Banco Central de reserva.

- d) El prestamista o prestador de servicios de seguros o reaseguros fuere un sujeto relacionado o este domiciliado, constituido o ubicado en un país, estado o territorio con régimen fiscal preferente, de baja o nula tributación

¹⁰ Limite a la tasa. Se aplica cuando el pago es efectuado a un relacionado (residente o no) o aun sujeto residente en un paraíso fiscal.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

o paraíso fiscal y el endeudamiento por las operaciones crediticias, de seguros o reaseguros exceda del resultado de multiplicar por tres veces el valor del patrimonio o capital contable promedio del contribuyente prestatario.¹¹

Para efectos del inciso anterior el patrimonio o capital contable promedio es el cociente que se obtenga de dividir entre dos, la suma del patrimonio o capital contable existente al inicio y al final del ejercicio del prestatario.

Las reglas de no deducibilidad respecto a endeudamiento establecidas en este literal no serán aplicables a sujetos pasivos que se encuentren obligados a cumplir normas respecto a endeudamiento contenidas en otros cuerpos legales y sean sujetos de supervisión por la superintendencia del sistema financiero. Igualmente, no serán aplicables las referidas reglas a las sociedades cooperativas de ahorro y crédito y sus respectivas federaciones.

2. Costa Rica

El jueves 21 de junio de 2018, la Ministra de Hacienda solicita incorporar cambios a proyecto de ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas ante comisión legislativa, en la que propone incluir entre otros temas: Norma de subcapitalización (para evitar el sobreendeudamiento como mecanismo para reducir la base imponible y cumplir normas BEPS - OCDE).

Proyecto de ley crea el siguiente artículo:

“artículo 8 bis Limitación a la deducción de intereses. Sin perjuicio de otras normas en materia de deducción de intereses, el monto deducible por dicho concepto no podrá exceder del valor resultante de multiplicar el monto total de

¹¹ Limite al monto. Se aplica cuando el pago es efectuado a un relacionado (residente o no) o aun sujeto residente en un paraíso fiscal. No se aplica a bancos y otras instituciones reguladas.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

los intereses devengados en el periodo impositivo (I) por dos veces la relación existente entre el saldo promedio anual del capital contable y el saldo promedio anual de todas las deudas del contribuyente que devengan intereses (D) $(I \cdot 2) (C/D)$.

A los efectos del párrafo anterior, se entenderá que:

- a. El capital contable será la cantidad que resulte de sumar las cuentas de capital social, reserva legal y utilidad no distribuida de la entidad, de acuerdo con sus estados financieros, excluido el resultado del ejercicio.
- b. El saldo promedio anual del capital contable se calculará sumando el capital al inicio y al final del ejercicio fiscal y dividiendo el resultado por dos.
- c. El saldo promedio anual de todas las deudas del contribuyente que devengan intereses se calculará sumando el saldo de dichas deudas al inicio y al final del ejercicio fiscal y dividiendo el resultado por dos.
- d. La limitación prevista en este artículo no será de aplicación a entidades sujetas a la vigencia e inspección de la Superintendencia General de Entidades Financieras, ni a la proporción de operaciones realizadas con este tipo de tipo de entidades por los contribuyentes.
- e. Tampoco se aplicará la limitación prevista en este artículo a los intereses provenientes de crédito comercial concedido por proveedores no vinculados, siempre que el interés de este tipo de crédito no sea superior al promedio de tasas activas de interés anual en moneda local, de las entidades del Sistema Financiero Nacional. Para estos efectos se entenderá que existe vinculación entre personas cuando una de ellas ejerce el poder de decisión sobre la otra o cuando el poder de decisión sobre dos o más personas jurídicas involucradas en la operación es ejercido por una misma persona o grupo de interés económico. En uno y otro caso se entiende que existe poder de decisión cuando la persona física o jurídica que la ejerce posee una

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

participación directa o indirecta en el capital social de la otra, igual o superior al veinticinco por ciento (25%).

- f. En estos casos, el contribuyente queda obligado a probar los intereses, contable y documentalmente, cualquiera que sea el ejercicio en que se originaron e independientemente de la prescripción ordinaria de dicho periodo. Así mismo deberá demostrar a satisfacción de la Administración que no existe vinculación entre el contribuyente y sus proveedores en caso de ser requerido.

2.2 Marco conceptual

1. Administración Tributaria:

La Administración Tributaria se define como un: “Ente encargado por el ejecutivo nacional para realizar la recaudación ejecutar procedimientos de verificación y fiscalización de los tributos controlando y ejerciendo una inspección sobre las actuaciones de los entes pasivos, está facultado para asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias según normas y leyes establecidas luego de determinado el hecho imponible” (Internacional, 2017)

Se entiende como Administración Tributaria la Dirección General de Ingresos (DGI), organismo autónomo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP) conforme ley, que tiene a su cargo la administración, recaudación, fiscalización y cobro de los tributos, establecidos a favor del Estado, todo conforme las leyes, reglamentos y demás disposiciones legales que los regulen.

2. Base Imponible: La base imponible es la cuantía sobre la cual se calcula el importe de determinado impuesto a satisfacer por una persona física o jurídica. Para calcular la cuantía del impuesto lo que se hace es multiplicar la base imponible por un porcentaje determinado, que se llama tipo de gravamen. (Tributaria, 2014)

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

3. Derecho Tributario. El Derecho Tributario, también denominado como concepto de Derecho Fiscal, es parte integrante del Derecho Público, el cual a su vez está inserto dentro del Derecho Financiero, y se ocupa de estudiar las leyes a partir de las cuales el gobierno local manifiesta su fuerza tributaria con la misión de conseguir a través del mismo ingreso económicos por parte de los ciudadanos y empresas, y que son los que le permitirán cubrir el gasto público de todas las áreas del estado. (Economía Derecho, 2014)

4. Evasión. Macías et al (2007: p. 74), indica que, por evasión, se entiende el no cumplimiento de la obligación frente la normatividad vigente, es decir no declarar y pagar el impuesto, estando obligado a ello, en contradicción a la ley que grava cierta actividad. Es decir, la parte del impuesto que no llega a las arcas fiscales del Estado.

Carrasco define la evasión como cualquier acción fraudulenta de evitar el pago total o parcial de un impuesto, es toda eliminación o disminución de un monto tributario, por parte de quienes están jurídicamente obligados a abonarlo. No obstante, puede darse el caso en que la evasión sea no intencional cuando se excluye del sistema formal a un segmento de la población. Desde esta visión, la informalidad es parte de la evasión. (Carrasco, 2010)

La justificación de medir los niveles de evasión se ve sustentada en múltiples efectos que tiene esta sobre la economía en general. Carrasco, señala los siguientes factores por los cuales se debe hacer la medición:

- Transgrede el patrimonio fiscal de un Estado y atenta contra la economía social de mercado.
- Es un escollo para el desarrollo, para el crecimiento equilibrado, y en general para la justicia del sistema tributario.
- La erosión de los ingresos fiscales a causa de la evasión trae dificultades al Estado para ejecutar una política social eficiente.
- La evasión afecta al bienestar social porque rompe tanto la equidad vertical como la horizontal.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

- La evasión daña el crecimiento económico. Aquellas empresas que evaden sus responsabilidades fiscales tienen ventajas sobre aquellas que sí los cumplen, lo que genera fallos del mercado.
- Altos niveles de evasión debilitan la confianza de la sociedad en el Estado y deslegitima su accionar.
- El gobierno debe considerar la evasión tanto al momento de decidir las metas de recaudación como al analizar eventuales modificaciones a la legislación tributaria.
- Conocer esta estimación ayuda a identificar los sectores económicos que necesitarían.

Un mayor grado de simplificación del sistema impositivo, o mejores esfuerzos de control y fiscalización. Medir la evasión dimensiona el problema, el desconocimiento de su magnitud, puede impedir que se asignen recursos eficientemente para mejorar la institucionalidad y/o la gestión de la Administración Tributaria. No existe una única forma de realizar la estimación, (Macías et al, 2007: pp. 74-79), presenta una descripción detallada de los distintos métodos. Unos, según el autor se enfocan en medir un valor total, otros como parte del PIB y otros de acuerdo con el aumento de la economía informal, algunos de los métodos más comunes son:

- Coeficiente tributario constante, se calcula con base en los impuestos recaudados con relación al PIB de un año y se aplica al PIB del año respectivo con el fin de hacer un estimado del impuesto.
- Informes de la oficina recaudadora, realizando la comparación entre base tributaria reportada y base tributaria hallada por el ente fiscalizador.
- Basado en los datos macroeconómicos agregados, a partir de los ingresos reportados en cuentas nacionales.
- Métodos microeconómicos, determinando la evasión desde muestras de los contribuyentes

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

- Consumo final, se calcula con base en las cuentas nacionales, para determinar el nivel de evasión sobre impuestos indirectos o al consumo, como el IVA.

5. Elusión. Generalmente, se considera que no es ilegal, sino que es el aprovechamiento de los vacíos que tiene la normatividad tributaria vigente. Distintos autores señalan que la elusión y evasión al pago de impuestos, son el resultado de un sistema tributario caracterizado, por: aumento en tipos impositivos, altos índices de informalidad, complejidad del sistema, esquemas sancionatorios y controles ineficientes. (Carrasco, 2010)

6. Exención. Estatus jurídico establecido en Ley, que disculpa al contribuyente del entero del tributo, sin eximir de sus responsabilidades de declarar, efectuar retenciones, y otras obligaciones consignadas en las leyes de la materia.

Arto. 53. La exención tributaria es una disposición de Ley por medio de la cual se dispensa el pago de un tributo, total o parcial, permanente o temporal. La exención podrá ser:

1. Objetiva, cuando se otorgue sobre rentas, bienes, servicios o cualesquiera otros actos y actividad económica;

y 2. cuando se otorgue a personas naturales o jurídicas. No obstante, la exención tributaria no exime al contribuyente o responsable, de los deberes de presentar declaraciones, retener tributos, declarar su domicilio y demás obligaciones consignadas en este Código.” (Art.292, 2013)

7. Exoneración. Privilegio determinado en Ley, que libera del pago del impuesto por un hecho económico específico.

“Arto 54 Exoneración es la aplicación de una exención establecida por Ley, que la autoridad competente, según el caso, autoriza y se hace efectiva mediante un acto administrativo. La ley que faculte al Poder Ejecutivo para autorizar exoneraciones especificará los tributos que comprende; los presupuestos necesarios para que proceda y los plazos y condiciones a que está sometido el beneficio.” (Art.292, 2013)

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

8. Figura jurídica: Cualquier elemento que está contemplado en una ley. (España V. , 2015)

9. Fisco: Se refiere al Estado que, en su carácter de persona jurídica, se invierte de potestad tributaria como organismo recaudador, para lograr por medio del cobro de impuestos, tasas y contribuciones, solventar necesidades de interés general y particular de los contribuyentes. (Juridica, 2014)

10. Flexibilidad. Stiglitz define la flexibilidad de un sistema tributario como la estabilización automática de la economía. Sin embargo, surgen las dificultades propias que implica ajustar los distintos tipos impositivos, a las condiciones cambiantes de la economía, visto desde esta perspectiva surgen un sin número de inquietudes como: cuál reforma es justa y cuál no, a qué velocidad se llevan a la práctica los cambios de la legislación fiscal y los retardos en la recaudación, al igual que el aumento o disminución del monto de los tributos recaudados.

11. Subcapitalización. La subcapitalización es cualquier desproporción constatable entre la relación del capital de responsabilidad y el nivel de riesgo de la empresa para llevar a efecto el objeto social, limitada, para efectos tributarios y salvo las excepciones legales, a tres (3) veces el patrimonio líquido del año inmediatamente anterior. (Alvarado, 2016)

12. Tributación. Junto con el gasto constituyen las dos caras de la política fiscal. Sólo actuando en ambos sentidos se podrá contribuir eficazmente a mejorar la distribución del ingreso nacional. Hace referencia a los impuestos, tasas y contribuciones especiales que los contribuyentes deben pagar al Estado por distintos hechos generadores de tales obligaciones. (Gómez Sabaini)

13. Tributo. Es la prestación en dinero que el contribuyente está obligado legalmente a enterar al Estado, que la exige coercitiva y forzosamente con el objeto de obtener ingresos para financiar la inversión social, infraestructural y el resto de sus fines públicos. Existen 3 categorías distintas que conforman los tributos (Codigo Tributario, 2005):

Impuesto: Es el tributo cuya obligación se genera al producirse el hecho generador contemplado en la ley y obliga al pago de una prestación a favor del Estado, sin contraprestación individualizada en el contribuyente.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

Tasa: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en el usuario del servicio. Su producto no debe tener un destino ajeno al servicio que constituye el presupuesto de la obligación. No es tasa la contraprestación recibida del usuario en pago de servicios no inherentes al Estado.

Contribuciones Especiales: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de determinadas obras públicas y cuyo producto no debe tener un destino ajeno a la financiación de dichas obras o a las actividades que constituyen el presupuesto de la obligación (Codigo Tributario, 2005)

14. Vinculación o relación. A estos dos términos en el aspecto tributario se los considera como sinónimos, y dada la importancia de este elemento es necesario considerar el contexto que la ley de régimen tributario nos provee en lo que corresponde a las partes relacionadas lo siguiente:

Art. 94 Partes relacionadas.

1. A los efectos de esta ley, dos personas se consideran parte relacionadas:

a. Cuando una de ellas dirija o controle a la otra, o posea, directa o indirectamente, al menos el cuarenta por ciento (40%) de su capital social o de sus derechos de voto;

b. Cuando cinco o menos personas dirijan o controlen a estas dos personas, o posean en su conjunto, directa o indirectamente, al menos el cuarenta por ciento (40%) de participación en el capital social o los derechos de voto de ambas personas; y

c. Cuando sean sociedades que pertenezcan a una misma unidad de decisión. Se entenderá que, dos sociedades forman parte de la misma unidad de decisión si una de ellas es socio o partícipe de la otra y se encuentra en relación con ésta en alguna de las siguientes situaciones:

i. Posea la mayoría de los derechos de voto;

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

ii. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración;

iii. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto;

iv. Haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración; y

v. La mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. dos sociedades formen parte cada una de ellas de una unidad de decisión respecto de una tercera sociedad de acuerdo con lo dispuesto en este literal "c", todas estas sociedades integrarán una unidad de decisión.

2. A los efectos del numeral 1, también se considera que una persona física posee una participación en el capital social o derechos de voto cuando la titularidad de la participación, directa o indirectamente, corresponde al cónyuge o persona unida por relación de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad hasta el cuarto grado o por afinidad hasta el segundo grado.

3. También se considerarán partes relacionadas:

a. En un contrato de colaboración empresarial o un contrato de asociación en participación cuando alguno de los contratantes o asociados participe directa o indirectamente en más del cuarenta por ciento (40%) en el resultado o utilidad del contrato o de las actividades derivadas de la asociación;

b. Una persona residente en el país y un distribuidor o agente exclusivo de la misma residente en el extranjero;

c. Un distribuidor o agente exclusivo residente en el país de una entidad residente en el exterior y esta última;

d. Una persona residente en el país y sus establecimientos permanentes en el extranjero; y

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

e. Un establecimiento permanente situado en el país y su casa matriz residente en el exterior u otro establecimiento permanente de la misma o una persona con ella relacionada. (Ley 822 Concertacion Tributaria, 2012)

2.3 Discusión de variables

- Activo
- Pasivo
- Gastos Financieros
- Patrimonio
- Elusión Fiscal
- Tasa de interés
- Utilidad antes de intereses e impuestos
- Dividendos distribuidos
- Sectores económicos
- Préstamos entre compañías relacionadas

2.4 Marco legal

Las deducciones contra el IR que se pueden aplicar en otros países como: El Salvador y Costa Rica para evitar la subcapitalización se encuentran reguladas en las siguientes normas jurídicas:

El Salvador

En El Salvador, (Deloitte, 2010) resalta que “no son deducibles los intereses, comisiones, entre otros, los provenientes de operaciones financieras si el valor excede del resultado de aplicar al crédito la tasa promedio de interés activa más cuatro puntos adicionales”. Además de considerar el criterio que “el endeudamiento por las operaciones crediticias exceda al resultado de multiplicar por 3 veces el valor del patrimonio o capital contable promedio del prestatario”. Sin embargo, “la regla no es aplicable a entidades que se encuentren obligadas a subcapitalización cumplir con normas respecto al endeudamiento contenidas

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

en otros cuerpos legales salvadoreño y sean sujetos de supervisión por la Superintendencia del Sistema Financiero”.

Costa Rica

Sigue un esquema tributario en el que el pago de intereses constituye un gasto y la capitalización de las empresas por la vía del incremento del capital social no genera ningún escudo fiscal, pues las empresas tienen la tendencia a sobre endeudarse para obtenerlo”, explicó Vargas. (Varga, 2018)

Con la reforma se seguiría permitiendo la deducibilidad de los gastos por intereses de las empresas, **pero hasta un máximo del equivalente a un 20% de la utilidad antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones.**

Artículo 8: Limitación a la deducción de intereses. Sin perjuicio de otras normas en materia de deducción de intereses, el monto deducible por dicho concepto no podrá exceder del valor resultante de multiplicar el monto total de los intereses devengados en el periodo impositivo (I) por dos veces la relación existente entre el saldo promedio anual del capital contable y el saldo promedio anual de todas las deudas del contribuyente que devengan intereses (D) $(I*2) (C/D)$.

El exceso por encima de esa cifra no lo podría deducir en este periodo, sino en periodos siguientes.

El proyecto de Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas (Expediente 20.580) atacará los escudos fiscales que utilizan algunas empresas para pagar menos impuestos.

“La norma lo que busca es evitar que las empresas usen un escudo fiscal ficticio, al reducir o erosionar la base imponible de las utilidades”. (Varga, 2018)

La **cooperación de la OCDE con el G-20**, ha sido un tema continuo desde el nacimiento del grupo en 1999, en la reunión anual que el grupo de los 20 celebró en San Petersburgo Rusia en 2013, solicitó a la OCDE proponer un plan de acción que pudiera contrarrestar la llamada **erosión de bases imponibles y traslación de beneficios (BEPS) por sus siglas en inglés**, ya que para el organismo, existe un sin número de corporaciones y compañías multinacionales

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

en todos los sectores que “montan complejos sistemas de ingeniería fiscal para trasladar sus beneficios a países con un tratamiento fiscal muy ventajoso” como resultado de esto, los impuestos que estas empresas pagan son bastante reducidos.

El Proyecto BEPS fue diseñado para proveer a los gobiernos partícipes del **G-20 y la OCDE** herramientas internacionales coordinadas para combatir las diversas estrategias de evasión de impuestos que se articula en base a lagunas debilidades en los sistemas de recaudación de algunos países para trasladar sus ganancias a lugares donde gozan de condiciones fiscales más favorables.

Publicado en septiembre de 2014, el informe de las BEPS, fue creado bajo el consenso de los 44 países miembros de la OCDE, del G-20 y aquellas naciones en proceso de adhesión donde dicho documento da como resultado las siguientes Acciones:

- 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 CFC (controlled foreign corporations) “sociedades extranjeras controladas”
- **Acción 4: Limitar 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 substancia.
- Acción 6: Impedir la utilización abusiva del convenio.
- Acción 7: Impedir la elusión artificiosa del estatuto EP (establecimiento permanente).
- Acciones 8, 9, 10: Asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor.
- 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.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

- Acción 14: Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias.
- Acción 15: Desarrollar un instrumento multilateral.

Estas recomendaciones se centran en “la obligación de las empresas de informar sobre su negocio segregado por países” donde será necesario que las corporaciones declaren ante la administración tributaria de cada país su información financiera; así como el “abuso de convenios” de doble imposición y los “Regímenes preferentes perjudiciales” Por su naturaleza, el problema BEPS exige respuestas coordinadas.

Precisamente por esta razón, los países están destinando tiempo y recursos a desarrollar soluciones compartidas a problemas comunes ubicados en sus políticas fiscales, pero conservando al mismo tiempo, su soberanía tributaria y pudiendo implementar las medidas pertinentes de diversas formas, siempre que no contravengan los compromisos jurídicos internacionales¹²

En Nicaragua la LCT hace referencia a lo siguiente:

- Ley No. 822, Ley de Concertación Tributaria, publicada en La Gaceta No. 241, del 17 de diciembre de 2012 en los arts. 37, 39, 41, 42, 43, 48. Esta ley establece los tipos de deducciones autorizadas que se restarán de la renta bruta gravable para determinar la renta neta gravable. La mayoría de las deducciones se encuentran estipuladas en el art. 39. En el art. 42 se definen los requisitos para el reconocimiento de estas deducciones.
- Decreto No. 01-2013, Reglamento de la Ley No. 822, Ley de Concertación Tributaria, publicado en La Gaceta No. 12, del 23 de enero de 2013, en los arts. 30, 31, 32, 34, 35 y 183. Con este reglamento se especifica el procedimiento para aplicar determinadas deducciones, así como especificar

¹² Proyecto OCDE/G20 de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios 2014

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

el proceder de los requisitos de las deducciones contempladas en el art. 42 de la LCT.

- Ley No. 562, Código Tributario de la República de Nicaragua, publicada en La Gaceta No. 177 del 11 de septiembre del 2006 en los arts. 102 y 103. Los arts. Precitados establecen los deberes generales y formales de los contribuyentes, y algunos hacen referencia a los soportes de las operaciones efectuadas, lo cual es un requisito para la deducibilidad de costos y gastos.

Capítulo III. Metodología de la investigación

El enfoque que se le ha dado al presente estudio es mixto, es decir cualitativo y cuantitativo. Por una parte, es de tipo cualitativo, puesto que el estudio se funda en una base analítica a través del razonamiento de las posturas doctrinales y de los instrumentos jurídicos en materia de Derecho Tributario haciendo énfasis en la LCT y su reglamento.

Por otro lado, la investigación es también de tipo cuantitativa debido a que se analizaron las cifras reflejadas en las declaraciones del IR Anual correspondiente a contribuyentes que forman parte de los sectores económico que utilizan la figura de la subcapitalización como parte de una economía de opción.

Este trabajo busca identificar los principales elementos que debe contener un sistema tributario, con el fin de mejorar la eficiencia de la gestión de la administración tributaria en Nicaragua, en el marco de la reforma tributaria Ley 822 de 2013, reconociendo sus avances y retrocesos en esta materia y proponiendo recomendaciones acerca de lo que debería contener la estructura tributaria nicaragüense, para mejorar los niveles de recaudación de impuestos y disminuir la elusión que provoca la subcapitalización de las empresas.

Esta investigación se clasifica como descriptiva, desde un punto de vista jurídico-tributario, las deducciones contra el IR de forma general, en aras de analizar el comportamiento tributario del grupo económico en estudio respecto al uso de la figura de la subcapitalización.

Se realizó un análisis sintético. El proceso seguido para la investigación podría resumirse en las siguientes etapas: revisión y elaboración del marco teórico conceptual acerca de la subcapitalización y las características de los sistemas tributarios, seguido por un examen del marco normativo de la reforma tributaria de 2013. Posteriormente, se consultaron fuentes secundarias de información como, bases de datos disponibles en portales web de organismos y se consultaron algunos libros.

Partiendo de los objetivos y métodos empleados, esta investigación se clasifica como descriptiva, pues se quiere caracterizar desde un punto de vista jurídico-

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

tributario, las deducciones contra el IR de forma general, en aras de analizar el comportamiento tributario del grupo económico en estudio respecto al uso de la figura de las deducciones por gastos financieros hacia el exterior. Lo anterior, implica que la investigación pretende descubrir y comprobar la asociación de variables.

Con respecto al instrumento de la investigación, se hace uso principalmente de la doctrina y leyes como la ley 822 LCT. Partiendo del hecho que el presente estudio es de tipo documental, se hará uso de documentos en materia de Derecho Tributario, así como de textos doctrinales que reflejan los diferentes puntos de disertación en materia fiscal.

3.1 Análisis de datos (método, técnica, instrumentos)

3.1.1 Metodología para la evaluación de sectores económicos que utilizan la figura de la Subcapitalización en Nicaragua. (Estimación)

Los procesos productivos hoy en día, han tenido a homogenizarse cada vez más, es así como puede decirse que, en el corto plazo, y en el largo plazo son Cobb Douglas, este hecho nos permite estandarizar la participación de los costos, gastos y la utilidad al interior de los ingresos totales generados por cada actividad económica.

Para la evaluación se realizó:

1. Un estudio microeconómico con empresas de sectores sensibles al uso de la figura de la subcapitalización, en el cual se logre determinar los coeficientes de aplicación de subcapitalización delgada (Gasto Financiero no deducible Regla EBITDA y Gasto Financiero no deducible Regla Deuda/Patrimonio), así como los coeficientes de elusión generados.
2. Los resultados obtenidos, se aplicaron sobre las cifras sectoriales, obtenidas del sistema de información tributario. Esto permitirá obtener el monto de los ingresos que ha dejado de percibir la Nación, vía impuesto sobre la renta, como resultado del abuso de este fenómeno.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

3. El resultado del punto 2 se compara con los ingresos corrientes por concepto de renta y se determina así la Brecha Fiscal generada por la aplicación de la figura de la subcapitalización.
4. La presente metodología pretende estimar el impacto que la práctica indebida de la figura de la subcapitalización tiene en el recaudo del impuesto sobre la renta, y por ende en la equidad del sistema tributario nicaragüense. A través de ella se podrá identificar en que sectores la administración tributaria debe centrar su atención para corregir las desviaciones generadas por esta práctica. La metodología se relaciona con los métodos utilizados para ajustar las utilidades de las empresas que aplican una subcapitalización fraudulentamente.

La metodología consiste en comparar la estructura fiscal de los sectores con una estructura fiscal estandarizada a nivel internacional. La estructura fiscal la definimos como el peso de cada variable de producción dentro de la renta bruta gravable. Las variables de producción consideradas son: beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones, activos, pasivos, patrimonios, gastos financieros nacionales y al exterior, gastos operacionales y la utilidad neta, los cuales integran los siguientes elementos de la declaración del impuesto sobre la renta:

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

Renta Bruta Gravable (RBG)	Renglón 49 : Total Renta Bruta Gravable.
Gastos Operacionales (GO) ¹³	Reglón 28: Gastos depreciación activos fijos Reglón 115: Gastos de financiación nacional y extranjero Renglón 30: Gastos financian. Nacional Renglón 301: total gtos finc.ext. Renglón 55: Costos y Gastos
Activos	Renglón 36: Activos
Pasivos	Renglón 36: Pasivo fijo Renglón 41: Pasivos
Patrimonio	Renglón 42: Patrimonio neto

El EBITDA resulta de restar a la renta bruta gravable las variables anteriores:
 $EBITDA = RBG - (IMPUESTOS-DEPRECIACIONES Y AMORTIZACIONES)$

¹³ No se integra el renglón 73 de la DJIR, Deducción Extraordinaria, ya que este concepto en el cálculo de los gastos operacionales, debido a que comprende pérdidas de ejercicios anteriores (artículo 16 LEF y artículo 46 LCT).

3.2 Análisis de variables

Tabla 2

Análisis de variables

Descripción	Concepto	Indicadores
Activo	<p>Los activos que una empresa posee se clasifican dependiendo de su liquidez, es decir, la facilidad con la que ese activo puede convertirse en dinero. Por ello se dividen en:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Activo fijo. Son los activos utilizados en el negocio y no adquiridos con fines de venta, como maquinarias y bienes inmuebles • Activo circulante. Son activos que se esperan que sean utilizados en un periodo inferior al año, como las existencias. 	<ul style="list-style-type: none"> • Revaluación de activos • Depreciación de activos revaluados
Pasivo	<p>El concepto de pasivo hace referencia al conjunto de deudas que una empresa posee. Así, el pasivo queda recogido en el balance de situación de toda entidad y por tanto es resultado de</p>	Balance

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

	aquellas obligaciones de la empresa que han sido resultado de su actividad financiera	
Gastos Financieros	Son el costo de los pasivos, es decir de las deudas que tiene la empresa. El más importante es el interés que se paga sobre las deudas con bancos o con terceros, también las comisiones que se pagan cuando se formalizan préstamos, algunos servicios bancarios que tienen que ver con financiamiento, etc.	<ul style="list-style-type: none">• Costo de Capital• Costos y Gastos deducibles• Costos y gastos fijos
Patrimonio	Es una suma de un activo y un pasivo que se encuentran estrechamente vinculados y relacionados, de tal manera que el activo engloba los bienes y activos reales mientras que el pasivo se refiere a obligaciones y deudas con los que cuenta la persona o empresa.	<ul style="list-style-type: none">• Bienes y activos reales• Obligaciones y deudas

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

<p>Elusión fiscal.</p>	<p>Hace referencia a las conductas del contribuyente que busca evitar el pago de impuestos utilizando para ello maniobras o estrategias permitidas por la misma ley o por los vacíos de esta. La elusión no es estrictamente ilegal puesto que no se está violando ninguna ley, sino que se está aprovechando mediante una interpretación en ocasiones amañada o caprichosa, situación que es permitida por una ley ambigua o con vacíos</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Costos y gastos • Ingresos • Avalúos • Período fiscal
<p>Tasa de interés</p>	<p>Hace referencia al costo que tiene un crédito o bien a la rentabilidad de los ahorros. Se trata de un término que, por lo tanto, permite describir al provecho, utilidad, valor o la ganancia de una determinada cosa o actividad.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Tasas de interés • Prestamos • Deducibilidad del interés.
<p>Utilidad antes de interés e impuesto</p>	<p>Es aquella utilidad depurada de todo concepto operativo y financiero, a la que sólo le falta la aplicación de los impuestos para proceder a ser distribuida.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Intereses y costes financieros. • Renta líquida • Utilidad operativa. • EBITDA

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

<p>Sectores económicos</p>	<p>La actividad económica está dividida en sectores económicos. Cada sector se refiere a una parte de la actividad económica cuyos elementos tienen características comunes, guardan una unidad y se diferencian de otras agrupaciones. Su división se realiza de acuerdo a los procesos de producción que ocurren al interior de cada uno de ellos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Deducibilidad de interés. • IED
<p>Prestamos entre compañías relacionadas.</p>	<p>Debido a que los intereses y dividendos reciben un distinto trato tributario, la deducibilidad del interés actúa como elemento primordial al momento de decidir cuál financiamiento es el adecuado, es por este motivo que resulta más atractivo al momento de elegir financiamiento entre vinculadas, al prestar ya que es una medida para disminuir la carga fiscal a través del aumento de pasivos y por consiguiente aumento de gastos y una utilidad antes de impuesto mucho menor, por lo que parece más razonable pensar que en muchas ocasiones se preferirá la financiación a través de préstamos</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Aumento del patrimonio. • Deducibilidad de intereses.

Fuente: Elaboración propia.

3.3 Ventajas y limitaciones

3.3.1 Ventajas

- Existen investigaciones a nivel internacional que facilitaron el desarrollo de la investigación.
- Algunas fuentes, libros y sitios de internet fueron de gran utilidad para obtener información acerca del tema en estudio.
- Conocer el sistema tributario nicaragüense y sus debilidades.
- Brindar recomendaciones acerca de que artículos podrían modificarse

3.3.2 Limitaciones

- Solamente existe un documento que hace referencia al tema de la subcapitalización en Nicaragua.
- El sistema tributario nicaragüense no aborda nada en temas de subcapitalización.
- Escasez de información acerca del tema aplicado en Nicaragua.

Capítulo IV. Análisis y Discusión de resultados

La subcapitalización en Nicaragua

La legislación nicaragüense en materia de subcapitalización debe consistir en el establecimiento de un límite único y general, basado en una presunción que el legislador formula a partir de un juicio que él mismo ha realizado y que cumple su efecto cuando el límite resultante de esa apreciación queda establecido en el precepto legal.

4.1 Tratamiento tributario de los gastos financieros de acuerdo a la LCT.

En lo que compete en nuestro marco jurídico tributario, a manera general esta figura de la deducción de intereses está contenidas en la “Ley de Concertación Tributaria Ley 822” de la siguiente manera:

Artículo 39. Costos y gastos deducibles.

Son deducibles los costos y gastos causados, generales, necesarios y normales para producir la renta gravable y para conservar su existencia y mantenimiento, siempre que dichos costos y gastos estén registrados y respaldados por sus comprobantes correspondientes.

Entre otros, son deducibles de la renta bruta, los costos y gastos siguientes:

15 - Los intereses, comisiones, descuentos y similares, de carácter financiero, causados o pagados durante el año gravable a cargo del contribuyente, sin perjuicio de las limitaciones de deducción de intereses establecida en el Artículo 48 de la presente Ley;

Artículo 42. Requisitos de las deducciones.

La deducción de los costos y gastos mencionados en el Artículo 39 de la presente Ley será aceptada siempre que, en conjunto, se cumpla con los siguientes requisitos:

- 1. Que habiendo efectuado la retención se haya enterado el pago a la Administración Tributaria, el gasto será deducible en el período fiscal en que se cumplan el pago de las retenciones o contribuciones; y*

2. *Que cuenten con los comprobantes de respaldo o soportes.*

Artículo 48. Deducción máxima de intereses.

Los intereses causados o pagados en el periodo fiscal por deudas contraídas para generar renta gravable de actividades económicas serán deducibles hasta el monto que resulte de aplicar la tasa de interés activa promedio de la banca, a la fecha de la obtención del préstamo, si fuera fija, y a la fecha de cada pago si fuera variable. No se incluye en esta limitación los préstamos que realizan las instituciones financieras reguladas o no por las autoridades competentes.

Quedan exceptuadas de esta disposición, las instituciones financieras sometidas o no a la supervisión y vigilancia de la autoridad competente.

Es un hecho que, dentro de la legislación tributaria nicaragüense, encontramos inmerso dentro de la figura de los costos y gastos las deducciones de interés de carácter financiero a cuenta del IR; deducciones que solo contemplan como requisitos:

- La presentación de los documentos debidos y soportados que legalicen el préstamo realizado entre las empresas.
- Que la tasa de interés mínima y máxima sea la aprobada por la Banca Nacional.

Por lo tanto si se realiza un préstamo entre partes relacionadas o terceros y estos establecieran o pactaran una tasa de interés sobre el préstamo que este fuera de lo aprobado por la Banca Nacional, fiscalmente si la documentación presentada está debidamente soportada, la única variable seria el realizar un ajuste y solo reconocer el porcentaje de la tasa activa o pasiva aprobada por la Banca Nacional, siendo esta la única limitante por parte de las grandes compañías y el único instrumento para la Administración tributaria, de controlar las deducciones por intereses.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

También en otro instancia en la que se compruebe que la casa matriz este ubicada en un país considerado como paraíso fiscal según lo establecido en el artículo 9 de la LCT, se le dará un tratamiento acorde a lo establecido en el artículo 49 donde los gastos pagados o acreditados por un contribuyente residente o un establecimiento permanente de una entidad no residente, a una persona o entidad residente en un paraíso fiscal, están sujetos a una alícuota de retención definitiva del diecisiete por ciento (17%).

- No se contemplan mayor normativa que establezca un límite sobre las deducciones de intereses por préstamo entre empresas con partes relacionadas, por lo que esta figura puede estar siendo utilizada para trasladar los ingresos de fuente nicaragüense a otros países, afectando la recaudación Nacional.

Pero para que el contribuyente pueda aplicarse esta deducción sobre intereses como gastos, debe cumplir con los requisitos plasmados en el artículo 31 del RLCT efectuando la retención del IR contenida en la LCT por la vía de las Rentas de capital y ganancias de pérdidas de capital según lo que establece el artículo 15, numeral 2 inciso "b" de la misma Ley "Rentas de capital mobiliaria" por las ganancias sobre intereses, artículo 81 sobre la base imponible (artículo 62 del RLCT), Cabe señalar, que la aplicación de la alícuota que establece el artículo 87 de la LCT para el año 2013 era de un 10% y del 15% para el año 2014 según la ley 891, ley de reforma adicional a la ley 822.

Analizando lo que la ley demanda, las grandes Compañías y Transnacionales pueden utilizar esta figura para disminuir sus ganancias al final del período, acordando préstamos en concepto de desarrollo extranjero entre casas matrices o terceros en el extranjero, tributando sobre las ganancias de los intereses y no tributando en base a la alícuota del impuesto sobre la renta de un 30%, minimizando así la base imponible del IR en un 20%, lo cual a manera general le resulta más factible por que tributan menos.

Dentro de este comportamiento es importante recalcar que Nicaragua se ubica dentro de los 3 países con una alícuota del IR de las más altas siendo esta del 30%, por lo tanto, es de esperar que los contribuyentes busquen la manera de disminuir la renta neta gravable.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

Por tanto, se debe tomar en cuenta que en la Legislación Tributaria Nacional se puede vislumbrar un vacío jurídico en lo que refiere al tratamiento y límites sobre los costos y gastos deducibles a cuenta del IR, no hay un parámetro sustentable que controle la deducción de interés sobre préstamos, de igual manera la alícuota del 10% y 15 % aplicada sobre los intereses es relativamente favorable en comparación con la alícuota del IR de un 30%.

Al analizar las alícuotas que para el 2013 estaba entre un 10% en comparación con la alícuota aplicada en el 2014 del 15% nos podemos percatar que se presenta una variable, sobre la alícuota que grava la ganancia sobre intereses, cambio que puede haber frenado en parte el utilizar más los préstamos en el extranjero sobre los préstamos a nivel nacional.

Es recomendable valorar la posibilidad de establecer límites, en lo referente al monto máximo que permita deducir por esta figura, analizando la posibilidad de implantar una norma tributaria en materia de subcapitalización porque no se deja muy claro ningún límite respecto a las decisiones de financiación de las sociedades. Una empresa puede estar operando con el nivel de endeudamiento que estime conveniente, incluso hasta llegar a una situación de inflar los gastos y los costos para reducir el pago parcial o total de los tributos.

Otra medida que se podría valorar es el controlar el porcentaje de la tasa de interés activa y pasiva permitida en la LCT, si esta es demasiado excesiva o bien que antes de que un contribuyente ubicada en el territorio nacional suscriba un préstamo otorgado por la empresa matriz o relacionada ubicada en el extranjero, presente un detalle sobre la razón de ser de dicho préstamo y el análisis financiero de cuanto significaría el gasto por deducción de intereses.

Esto con la finalidad de que el ente fiscalizador verifique la procedencia y compruebe que efectivamente, el préstamo sea por las razones determinadas vía contrato y que efectivamente la fuente de ingreso sea extranjera y no se presente una figura de capitalización por parte de socios ubicados en el territorio nacional que distorsione los niveles de recaudación.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

4.1.1 Impuesto sobre la renta y la deducibilidad de los gastos

En artículo 39, se establece los costos y gastos deducibles en el IR de actividades económicas donde son deducibles los costos y gastos causados, generales, necesarios y normales para producir la renta gravable y para conservar su existencia y mantenimiento, siempre que dichos costos y gastos estén registrados y respaldados por sus comprobantes correspondientes.

En cuanto al numeral 15 son deducibles los intereses, comisiones, descuentos y similares, de carácter financiero, causados o pagados durante el año gravable a cargo del contribuyente, sin perjuicio de las limitaciones de deducción de intereses establecida en el artículo 48 de la presente Ley; no se deja explícitamente dicho que la deducción de intereses no contempla los intereses moratorios que se produzcan por negligencia del contribuyente, tampoco los requisitos que se deben cumplir para la admisión de esta deducción. (Ley 822 Concertación Tributaria, 2012)

La tasa nominal del IR en Nicaragua (30 por ciento) es también más elevada que la de los países del COSEFIN (Tabla 3) cuyo promedio simple en 2016 es 27 por ciento. Para no quedar competitivamente retrasada Nicaragua podría bajar al 27.5 por ciento o menos (25 por ciento) la tasa nominal del IRPJ (aunque no es esta tasa nominal la que a veces determina la decisión del país en el cual se va a invertir, sino la tasa marginal, que puede llegar a ser cero en el caso de Nicaragua y en los demás países Centroamericanos).

Una reducción substancial de la tasa nominal del IR (al 25 por ciento, por ejemplo) sólo tiene sentido si, simultáneamente, fueran eliminadas o reducidas determinadas exenciones, exclusiones, tarifas preferenciales y otras formas de erosión de la base gravable con el objeto de realizar una reforma neutral desde el punto de vista recaudatorio. Una futura reforma podría condicionar (o atar) la reducción de la tasa del IRPJ a la reducción de beneficios, por ejemplo, limitándolos en el tiempo, gravando los dividendos de todas las empresas beneficiadas (en zonas francas, turismo, etc.) al 10 por ciento y/o estableciendo una tasa de tributación baja para el IRPJ para todas las empresas actualmente exentas (por ejemplo 5 por ciento). Es de importancia crítica restaurar la base

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

del impuesto para que se valide la máxima según la cual donde todos pagan, todos pagan menos.

Tabla 3

Países de Centro América y República Dominicana: Tasas del IR

Países	Tasa Marginal Sociedades	Tasa % para Dividendos	Tratamiento a las utilidades
Costa Rica	30.0	15.0	Exención de dividendos
El Salvador	30.0	5.0	Se gravan al 5%
Guatemala	25.0	5.0	Se gravan al 5%
Honduras	25.0	10.0	Se gravan al 10%
Nicaragua	30.0	10.0 y 15.0	Se gravan al 10% Nacionales y el 15% Extranjeros
Panamá	25.0	10.0 y 5.0	Se grava al 10% Nacionales y el 5% Extranjeros
Rep. Dominicana	27.0	10.0	Se gravan al 10%, pero las acciones no están sujeta a retenciones

Fuente: Informe CIAT, septiembre 2016 " Los sistemas Tributarios de América Latina"

4.1.2 Limitaciones a la deducibilidad de los gastos financieros

Por lo general, la limitación a la deducibilidad de los intereses se encuentra expresada por un coeficiente endeudamiento-capital/patrimonio. Los intereses que corresponden a la porción de la deuda que excede a dicho coeficiente no serían deducible. Ahora bien, la diversidad de tratamiento a nivel internacional está dada por los aspectos siguientes:

1. Tipos de endeudamiento que deben ser considerada para efectos de la aplicación del coeficiente ("capital acreedor");

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

2. Debe entenderse por patrimonio del deudor ("capital propio"), y
3. La forma en que debe ser aplicado el coeficiente (deudas por cada accionista o sobre la total de deudas) sobre el endeudamiento de una entidad subcapitalizada.

Sin embargo, si los referidos dividendos son pagados en favor de un beneficiario¹⁴ que resida en el otro Estado Contratante, el impuesto que grava los dividendos en el Estado contratante en el que resida la empresa que los paga no podría ser mayor al 5 por ciento del monto de los mismos, si es que dicho beneficiario participa en por lo menos 25 por ciento del capital social de la referida empresa; en caso contrario, dicho impuesto no podría exceder de 15 por ciento de los referidos dividendos

En ese sentido, se considera subcapitalización cuando los sujetos participantes en la operación se encuentren vinculados y en distintos países. Ya que cuando no existe vinculación, aunque la operación sea internacional, no hay riesgo de que estas se manipulen, debido a que un mayor beneficio para una corporación representa una mayor carga para la otra. (Chevarría, 2008)

El artículo 48 de la LCT dispone que los gastos por intereses serán deducibles hasta el monto que resulte de aplicar la tasa de intereses activo promedio de la banca sobre el valor de los préstamos.

De manera general, podemos decir que el capital social de una empresa hace referencia a las aportaciones (monetarias o en especie) que los accionistas hayan hecho a la empresa. Las aportaciones de los socios pueden tener

¹⁴ De acuerdo con lo señalado en los Comentarios de la propia OCDE a los artículos del Modelo de Convenio. al hacer expresa referencia al "beneficiario" de los dividendos, se busca que la tasa reducida de 5 por ciento no sea aplicable cuando quien reside en el otro Estado Contratante es un agente, intermediario o cualquier otro tercero distinto a aquél que es titular de la participación en el capital de la empresa del Estado Contratante en el que reside la empresa que paga los dividendos.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

diferentes características. Estas pueden ser monetarias, por ejemplo, o bienes o derechos que sean susceptibles de ser explotados por la empresa. En caso de tratarse de estos últimos, deberá hacerse una valorización de estos, para poder medir la magnitud del valor de dicho aporte.

Las aportaciones de los socios no sólo sirven para proveer a la empresa del capital necesario para que realice sus funciones. Hay que mencionar que, dependiendo de la magnitud de sus aportaciones, el capital social hace que los socios puedan participar de los beneficios económicos que genere la empresa a través de sus actividades. Aunque también, y no menos importante, la magnitud de las aportaciones de un socio le concederá beneficios políticos, de toma de decisiones, al interior de la empresa

La acción le da derecho al accionista de reclamar o pedir sus dividendos. Ahora bien, la norma sobre subcapitalización es computar, de ningún modo, el endeudamiento que una sociedad pueda tener con una persona o entidad con la que no se encuentre vinculada y ello, aunque exista la interposición de una entidad vinculada a ambas.

Sin embargo, la mayor discrepancia en este punto se centra en conocer si también es computable como endeudamiento indirecto los préstamos concedidos por terceros independientes que están garantizados formalmente (por ejemplo, mediante un aval) por una entidad vinculada no residente, los avalistas asume, en última instancia, el riesgo de insolvencia y porque en muchas de estas situaciones el préstamo no hubiera sido posible sin la intervención como garante de la sociedad vinculada no residente.

Esta interpretación está justificada únicamente cuando el prestamista independiente es también no residente, ya que entonces se verifica el supuesto de vaciado de las bases imposables, mientras que no tendría sentido si la entidad financiera prestamista fuera residente en el territorio porque entonces no «hay fugas al exterior de bases imposables»¹⁵. Por el contrario, otros autores han

¹⁵ Para Calderón Carrero y Martín Jiménez (2009) resulta bastante lógica la inclusión: «ya que, en las operaciones donde la vinculada no residente asume el riesgo de insolvencia como consecuencia de la

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

sostenido que no debe computarse como endeudamiento indirecto dichos préstamos con terceros independientes, aunque exista un aval u otra garantía formal concedida por parte de una sociedad vinculada. En primer lugar, porque el aval constituye un negocio de garantía diferente del contrato de préstamo¹⁶.

Se concluye que las medidas de política fiscal deben ser tomadas por parte de los gobiernos no solamente para corregir estas situaciones que pueden ser denominadas como “abusivas”, y así proteger sus propios ingresos tributarios, sino también para evitar que las compañías que solamente cuentan con presencia local, pero que compiten con empresas multinacionales en determinados mercados nacionales, puedan verse perjudicadas al no estar en capacidad de estructurar operaciones con las características descritas.

En este contexto, si se aplican normas de interpretación económica y eventualmente se calificará a tales intereses como dividendos, sería necesario prescindir de los supuestos de vinculación económica previstos en la Ley, en tal caso sí existiría un mayor costo tributario para el accionista que otorga el crédito,

garantía prestada, estamos, realmente, ante un préstamo "back-to-back" o una variante de las operaciones típicas de esta naturaleza que debe ser tratada como éstas», pág. 32. De la misma opinión es Fernández de Soto (2008), quien incluso llega a definir el propio endeudamiento indirecto como: «aquellas operaciones en las que independientemente de cual sea la entidad que otorga el préstamo, existe otra entidad no residente vinculada a la entidad prestamista y que asume el riesgo de la operación de préstamo realizada», pág. 15.

¹⁶ Como afirma Esteve Pardo (2001), «el aval, como cualquier otra forma de prestar garantía, es de naturaleza jurídica diversa al préstamo, y no da lugar a endeudamiento entre avalado y avalista, o más genéricamente entre el prestatario y el garante», pág. 14. En el mismo sentido, Lete Achirita (2003) sostiene que: «las relaciones jurídicas existentes entre las partes implicadas en esta clase de operaciones no pueden menospreciarse puesto que el mismo artículo 20 de la LIS alude a una relación jurídica formal.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

en tanto éstos no serían deducibles para el deudor. Desde un punto de visto teórico, cabe apuntar distintas soluciones:

En primer lugar, podría atenderse a un criterio estrictamente cronológico, de manera que las últimas operaciones de endeudamiento realizadas por la sociedad residente serían las primeras en verse afectadas por la recalificación hasta el montante necesario para que sólo sean deducibles los intereses generados por un endeudamiento que se corresponda exactamente con el triple del capital fiscal medio.

A favor de esta solución podría argumentarse que tanto la sociedad prestataria como, seguramente, el último prestamista puede conocer que, debido a la existencia de préstamos anteriores, la operación de endeudamiento que van a concertar va a provocar la situación de subcapitalización, mientras que esto puede no ser así en las primeras operaciones de endeudamiento realizadas.

En segundo lugar, atender al mayor grado de control que pudieran ejercer las distintas personas vinculadas sobre la sociedad prestataria, es decir, empezar la recalificación por el préstamo concertado con el socio que mayor participación tuviese en la sociedad prestataria, lo que podría argumentarse en base a la finalidad anti-elusiva del precepto. En este sentido, cuanto mayor control tenga el prestamista sobre la sociedad prestataria, más lógico es sostener la existencia de una voluntad común para generar una situación de endeudamiento excesivo tendente a reducir la base imponible del Impuesto sobre Sociedades que debe tributar.

En tercer lugar, se podría hacer una imputación del exceso de endeudamiento a aquellos préstamos que tuviesen pactados tipos de interés más elevados, ya que éstos son los que producen un mayor desplazamiento de base imponible al extranjero y, por lo tanto, podría presumirse que en ellos ha existido la actitud más elusiva por parte de las entidades vinculadas.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

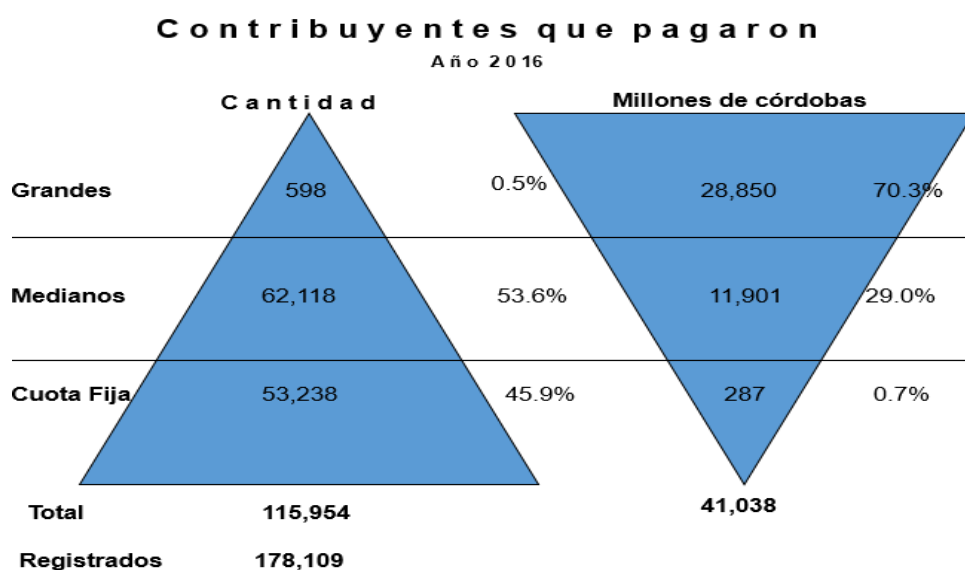
4.2 Sectores económicos que utilizan la figura de la subcapitalización en Nicaragua en el período 2017

4.2.1 El sistema tributario nicaragüense

El sistema tributario nicaragüense descansa tradicionalmente en un número reducido de grandes contribuyentes. Durante el año 2016, el 70.3% de la recaudación provino de 598 grandes contribuyentes, es decir el 0.5% del universo de contribuyentes. Esta relación ha mejorado desde el 2010, en el que 2,794 grandes contribuyentes (el 4% del universo total) aportaban el 88%, lo que significa que, la concentración de la recaudación tributaria aun es alta, incrementándose el riesgo en el ingreso fiscal (estadísticas DGI 2016).

Ilustración 1

Estructura Tributaria por tamaño del contribuyente



Fuente: Elaboración Propia con datos de Estadísticas DGI-2016.

En materia tributaria, la recaudación de ingresos en 2016 se realizó bajo el marco de la Ley No. 822 “Ley de Concertación Tributaria” (LCT), publicada en diciembre de 2012 y vigente a partir del primero de enero de 2013. Esta Ley busca mejorar la calidad del sistema tributario, al reducir la evasión fiscal y ampliar la base de

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

contribuyentes, lo que tendrá como resultado una mejora gradual en la recaudación del Gobierno Central. No obstante, el impacto recaudatorio de la LCT tendrá su efecto esperado a medida que su aplicación termine de afianzarse.

En este sentido, los ingresos tributarios del Gobierno Central (Gráfico 1) ascendieron a 61,474.8 millones de córdobas (C\$40,785 millones en 2013). Los impuestos que tuvieron mayor participación en la recaudación total fueron el IR (39.5%), el IVA total (37.1%) y el ISC doméstico (17.8%).

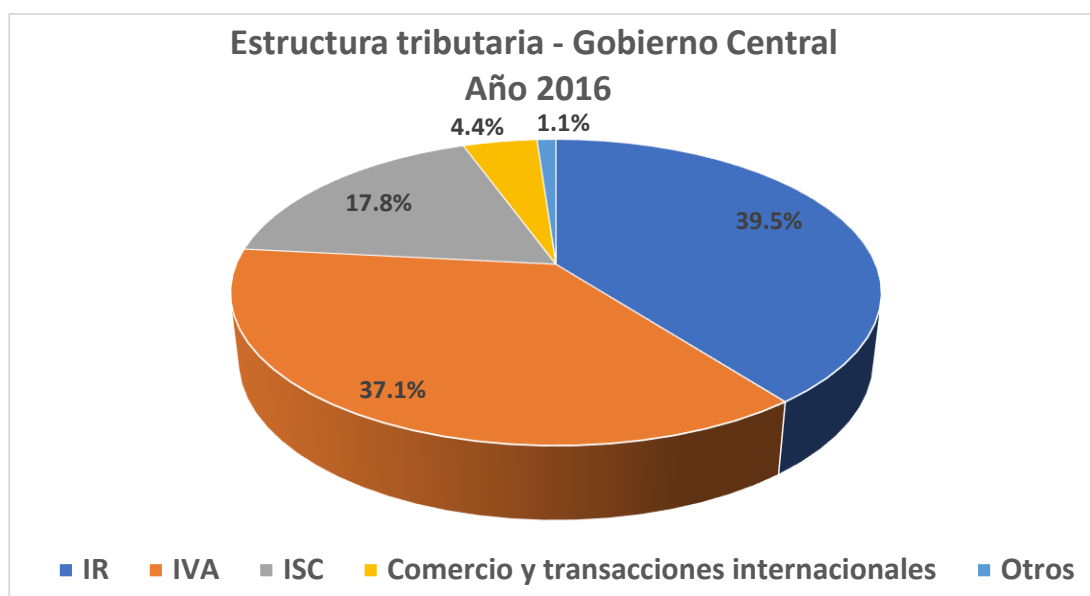


Gráfico 1 Porcentaje de la Recaudación Tributaria Nacional por Impuesto, 2016

Fuente: Elaboración Propia con datos del BCN (BCN, 2016)

Analizando la distribución de la recaudación total por sectores económicos, destacan principalmente la industria manufacturera con el 28.6% y el comercio con el 26.8%, sumando el 55.40% de la recaudación total, seguidos a considerable distancia del sector financiero, transporte y servicios se ubican entre el 10 y el 15.6%, y finalmente un tercer tramo de sectores de baja tributación (entre el 2.5 y 1.6% 7%): minería, agricultura, ganadería, caza y silvicultura, construcción y electricidad, agua y gas. Para el caso de los sectores

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

de comercio y agricultura, ganadería, caza y silvicultura, destaca la desproporción de este ratio en relación a lo que aportan al PIB (Gráfico N.º 2).

En relación al peso de Impuesto sobre la Renta para cada sector económico (Gráfico N.º 2), este se concentra principalmente en Comercio y Manufactura (21.1% cada uno) y el sector financiero (20.5%), seguidos del Servicios, Transporte, y minería (entre el 3.8 y el 13.9%). Comparando el peso del IR por sector con su contribución al PIB nacional, destaca la divergencia para el caso de la Agricultura, ganadería, caza y silvicultura con una participación en el PIB de 15 puntos porcentuales, mayor que su contribución al IR del 2.4%.

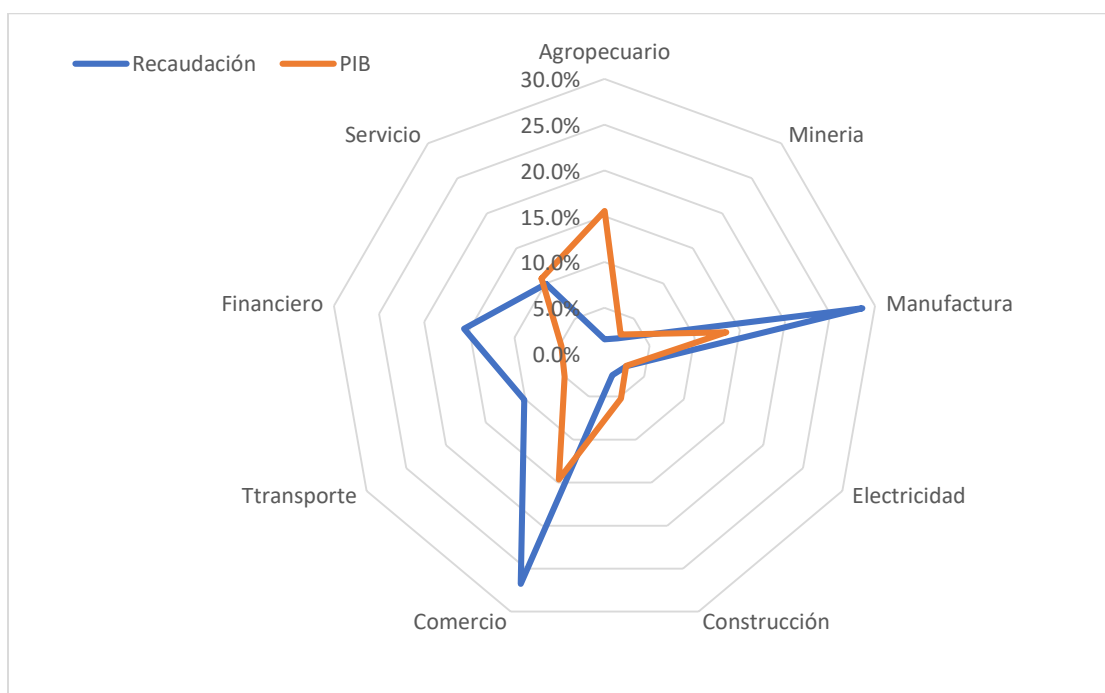


Gráfico 2 Participación de los Sectores Productivos en el PIB y en la Recaudación Tributaria
Fuente: Elaboración propia en base a BCN (2016) y Estadísticas DGI

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

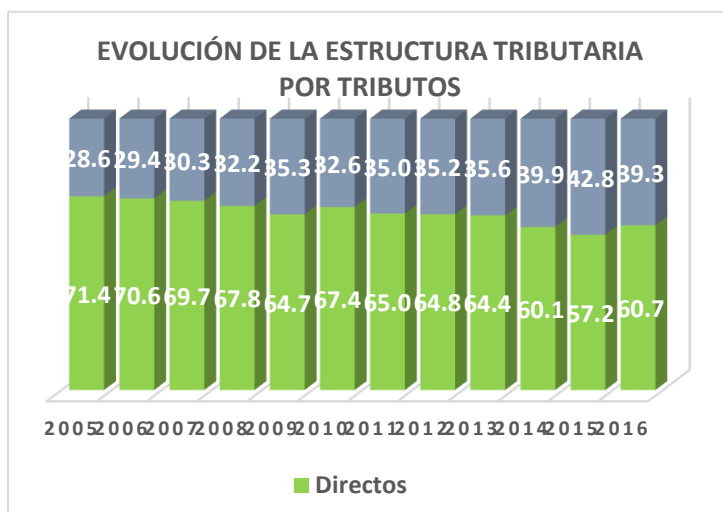


Gráfico 3 Estructura Tributaria de Nicaragua 2005-2016

En conjunto, podemos decir que a pesar de que la tributación indirecta sigue teniendo mayor peso dentro del sistema, este ha ganado en progresividad al reducirse en 40 puntos porcentuales desde el 2002. Este es un dato muy

positivo ya que indica una mejora de la equidad del sistema al reducir el peso de la tributación sobre el consumo de las familias a cambio de un incremento en la tributación de la renta, gravando según la capacidad adquisitiva de los agentes económicos.

4.2.2 Análisis de la deducción de intereses al extranjero, por sectores económicos.

En la primera etapa de desarrollo de la normativa y control del abuso a la deducibilidad de intereses en el país, la administración nicaragüense debe focalizar su estrategia de control tributario sobre las empresas transnacionales con presencia en el país. Para ello, hemos realizado un análisis de la inversión extranjera directa (IED) en los últimos años, sobre su evolución, estructura de origen y sectorial, y hemos determinado los parámetros del contribuyente con mayor riesgo de aplicación indebida de subcapitalización y cuya evasión del IR puede causar un mayor impacto en la recaudación del impuesto, para lo cual hemos creado una base de datos de las principales empresas (Grandes y Principales contribuyentes) en los 9 sectores más representativos del país. Esta base de datos también será un insumo para el arranque operativo de la oficina o unidad de fiscalidad internacional a crear dentro de la AT.

Es evidente que, si un país de forma aislada limita la deducción de los gastos financieros, esto podría afectar negativamente al atractivo de ese

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

país para los negocios internacionales, es decir, podría reducir su atractivo para atraer inversiones extranjeras.

En el 2016, “las economías de los países en desarrollo representaron más del 37% del total de las entradas de IED” (CEPAL, 2017)¹⁷. Como es sabido, América Latina y Caribe (ALC) se han erigido como destino refugio de los inversionistas durante la crisis económica surgida en el 2008. En CA la IED volvió a crecer en el 2016 alcanzando los 11,971 millones de dólares, un 4.9% más que en el 2015. La participación de Centroamérica en la recepción de IED aumentó, pasando del 3,7% del total en 2010 al 7,2% en 2016. Aunque en términos absolutos estas cifras no son llamativas, en relación al PIB los países centroamericanos son algunos de los mayores receptores en la región latinoamericana.

¹⁷ La visión sobre la globalización y sus efectos económicos y sociales alcanzó un punto de inflexión en 2016. Fenómenos políticos como el referéndum por el que se aprobó la salida del Reino Unido de la Unión Europea (*brexit*) y las elecciones presidenciales de los Estados Unidos reflejan tendencias que se han gestado a largo plazo en la producción y el comercio mundiales.

Esta coyuntura ha dificultado el arribo de inversiones a América Latina y el Caribe. Estas han caído por segundo año consecutivo, llegando a niveles similares a los de hace seis. Pese a ello, el coeficiente entre los flujos de IED y el producto interno bruto (PIB en Nicaragua) llega al 6.56%, mientras que el promedio global ha sido del 2,5%, lo que muestra la relevancia de las transnacionales en las economías de la región.

Si se consideran los componentes de la IED, la mayor caída se registró en los aportes de capital (10%), seguidos por las reinversiones de utilidades (6%). Esto podría indicar una postura defensiva y de espera por parte de las transnacionales que operan en la región ante los precios aún no tan atractivos de algunos recursos naturales y como respuesta a la contracción del mercado interno en varios países; al mismo tiempo, podría obedecer al desplome de la rentabilidad de los acervos que más se incrementaron en el período de auge de los precios de los minerales metálicos y de otras materias primas.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

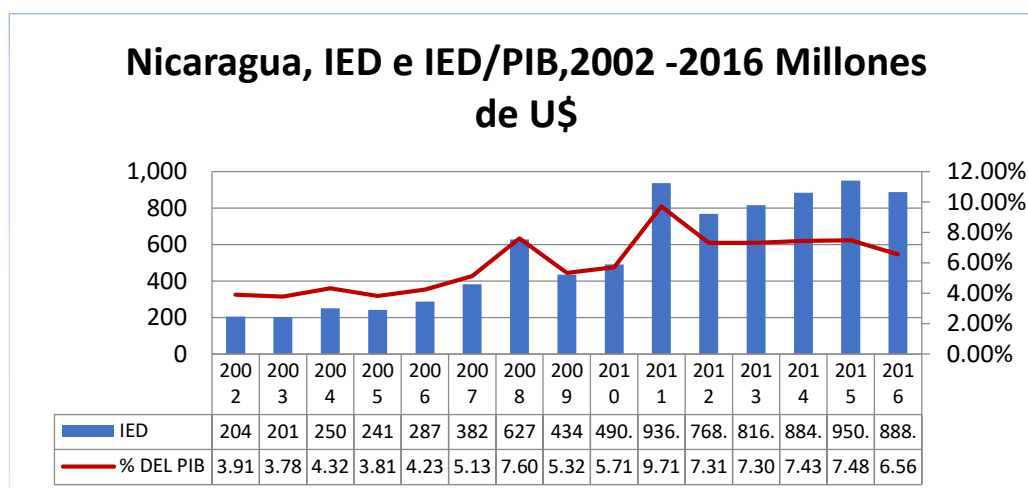


Gráfico 4 IED e IED/PIB, 2002-2016

Fuente: Elaboración propia en base a datos del BCN (2016, s.f.)

En el caso específico de Nicaragua, en el 2016 las cifras definitivas han contabilizado 888 millones de dólares. Lo que equivaldría a una disminución del 6.5% con respecto al 2015, año en el que la IED alcanzó los 950 millones de dólares. En relación al PIB estas cifras se traducen en un 7.48% para el 2015 y un 6.56% para el año 2016.

Si bien las inversiones hacia Nicaragua cayeron un 6,5% en 2016, el total de IED de 888 millones de dólares se encuentra por encima del promedio de la década de 2000. Los sectores de manufacturas y telecomunicaciones se mantuvieron como los principales receptores de capital (con el 31% y el 26% del total en 2016) y los valores recibidos fueron similares a los de 2015 (manufacturas cayó un 2% y telecomunicaciones subió un 2%). Por su parte, las inversiones en comercio y servicios descendieron un 7%, representando el 16% del total, y el sector energético representó el 14% de la IED, con un pequeño aumento del 3%. Las inversiones en minería disminuyeron sostenidamente en los últimos tres años y alcanzaron valores negativos en 2016 tras tener una participación media del 18% del total entre 2011 y 2013.

Adicionalmente, se registraron ingresos brutos de inversión extranjera en doce diferentes sectores económicos; los cinco principales fueron industria (30%),

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

telecomunicaciones (25%), comercio y servicios (15%), energético (14%), y minería (-2%), los cuales en conjunto representan el 77 por ciento del total. Asimismo, US\$232 millones correspondieron a compañías operando en telecomunicaciones, lo que representó un incremento de 23 por ciento en comparación a los US\$189 millones obtenidos en el 2014. (Gráfico 4)

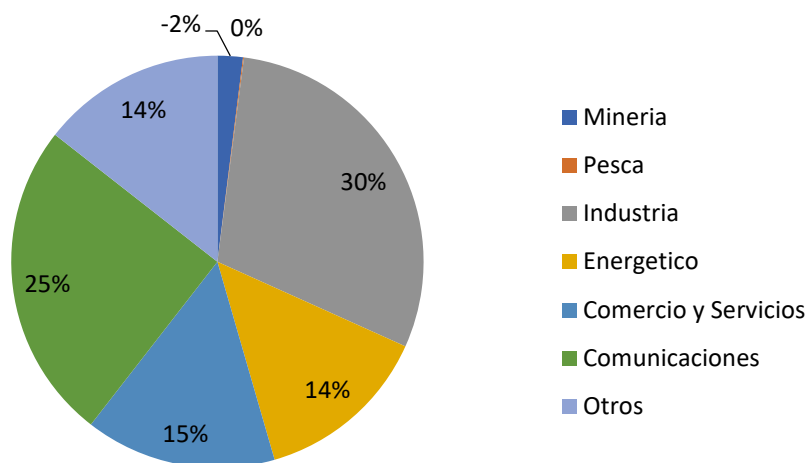


Gráfico 5 IED por Sector, 2016

Fuente: elaboración propia adaptado en base a datos del BCN (2016)

4.2.3 Análisis de los principales resultados de los sectores en estudio.

Como se ha mencionado anteriormente, el esquema económico actual en el que la deslocalización de capitales es una constante, ha dado como resultado diferentes esquemas o prácticas de planificación fiscal nociva, entre ellas la deducción excesiva de intereses, esta práctica está siendo estudiada detenidamente por la OCDE y otros grupos internacionales como el G-20, de ahí que se haya creado el Plan de Acción BEPS. Para poder tener una noción más práctica de lo que esta problemática puede generar en Nicaragua hemos realizado el siguiente análisis cuantitativo.

Se realizó un análisis de las declaraciones “IR anual” presentadas para el periodo 2017, por los contribuyentes clasificados como jurídicos de los 9 sectores

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

económico más relevantes a nivel nacional, con la finalidad de analizar la dinámica de deducción por intereses por cada sector económico del país.

Para evaluar la propuesta se utilizó la base de datos de las declaraciones de Impuesto a la renta del año 2017. De un total de 35,212 empresas declarantes, hay 3,542 que informan tener gastos financieros (10% del total). De esa cantidad, el 96% está endeudado solo con entidades nacionales, mientras que el 8% también lo está con entidades al exterior.

Tabla 4

Relación contribuyentes Jurídicos activos que presentaron gastos por financiamiento extranjero

	2017	2016	Variación
Total Contribuyentes jurídicos Activos	18,132	15,596	16%
Cont. Jurídicos /gasto por finan. Extranjero	268	224	19%
Cont. Jurídicos/ Gastos Fina. Nac. Y Extran	3,542	3,059	15%

Fuente: Elaboración propia con datos facilitados por Planificación Estratégica DGI

Este indicador permitió tener el número de contribuyentes jurídicos que presentaron dentro de la figura de costos y gastos, deducciones por financiamiento extranjero para evaluar ciertas variables que nos permitieran determinar si es palpable un esquema o prácticas de planificación fiscal nociva.

Se analizó el comportamiento de las deducciones aplicadas de estos contribuyentes durante los periodos fiscales mencionados, para determinar a cuánto asciende en términos porcentuales, en comparación al total de gastos deducibles y al total de gasto por financiamiento nacional y extranjero permitido en la LCT.

Se realiza un cruce de variables que nos permita identificar cuantos contribuyentes y en qué sectores económicos se presentaron datos importantes

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

para analizar si se podría estar erosionando la base imponible del Impuesto sobre la Renta, según lo contenido en la acción número 4 de las BEPS. Este análisis se detalla en las tablas que a continuación se presentan.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

Tabla 5

Gasto por financiamiento extranjero vs gasto por financiamiento nacional y total gastos deducibles 2017 (miles de córdobas)

SECTOR ECONOMICO	Cont. Con Préstamos al Ext.	(30)- GASTO FINANCIERO NACIONAL	(301)- TOTAL GTOS FINC.EXT.	(115)- GASTOS FINANC. NAC. Y EXTRAN.	(55)- TOTAL DE COSTOS Y GASTOS DEDUC	% GASTO FINAN. EXT VS TOTAL GASTO FIN	% GASTO FINAN. EXT VS TOTAL COSTOS Y GASTOS
AGROPECUARIO	27	132,717.28	557,468.53	690,185.81	19,987,754.59	80.77%	2.79%
COMERCIO	75	177,724.26	595,398.90	773,123.16	58,540,369.39	77.01%	1.02%
CONSTRUCCION	15	23,663.16	44,069.54	67,732.70	1,488,305.73	65.06%	2.96%
ELECTRICIDAD, AGUA, LUZ	8	93,907.25	1,678,072.68	1,771,979.92	8,613,822.42	94.70%	19.48%
FINANCIERO	73	1,969,247.59	2,092,298.01	4,061,545.60	33,782,755.11	51.51%	6.19%
MANUFACTURA	42	605,660.20	958,713.77	1,564,373.98	50,693,851.02	61.28%	1.89%
MINERO	6	53,614.93	369,918.32	423,533.25	9,548,772.36	87.34%	3.87%
SERVICIOS	14	56,458.72	157,621.25	214,079.97	1,680,338.67	73.63%	9.38%
TRANSPORTE	8	48.86	96,128.30	96,177.17	725,318.13	99.95%	13.25%
Total general	268	3,113,042.27	6,549,689.30	9,662,731.57	185,061,287.41	67.78%	3.54%

Fuente: Elaboración propia

Como se puede observar los sectores que presentan un comportamiento irregular sobre el porcentaje de gastos por financiamiento extranjero versus total

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

de gastos deducibles durante el año 2016 fueron, Electricidad agua y gas con un 19.48%, y el sector Transporte un 13.25 %, lo cual nos indica que en términos generales, solo la deducción de interese en conceptos de gastos deducibles a cuenta del IR permisibles en la LCT son demasiado elevados dentro de estos sectores y por lo tanto se podría estar evadiendo el pago de tributos.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

Tabla 6

Comparativo	Numero	(49)-	TOTAL	Cont. Con	(301)-	TOTAL	(115)-	%	Participación
Renta Bruta vs	de Cont.	RENTA	BRUTA	Préstamos al	GTOS FINC.EXT.	GASTOS	FINANC. NAC. Y	Comp.Total	del total
Gasto por Finan.	2017	GRAVABLE		Ext.		EXTRAN.	EXTRAN.	Gastos vs	Fin. Ext
Extranjero año								Renta Bruta	
2017 (miles de									
córdobas)									
SECTOR									
ECONOMICO									
AGROPECUARIO	3979	48,056,498.71		27	557,468.53		1,598,607.82	3.33%	9%
COMERCIO	8424	251,916,620.75		75	595,398.90		3,464,387.38	1.38%	9%
CONSTRUCCION	2846	34,446,211.00		15	44,069.54		658,618.46	1.91%	1%
ELECTRICIDAD, AGUA, LUZ	223	39,134,517.72		8	1,678,072.68		2,437,529.27	6.23%	26%
FINANCIERO	8728	83,859,960.75		73	2,092,298.01		5,166,985.37	6.16%	32%
MANUFACTURA	1566	145,659,469.70		42	958,713.77		2,369,517.59	1.63%	15%

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

MINERO	167	11,132,250.49	6	369,918.32	439,894.09	3.95%	6%
SERVICIOS	6490	71,739,078.81	14	157,621.25	679,018.30	0.95%	2%
TRANSPORTE	2789	43,126,280.33	8	96,128.30	437,275.71	1.01%	1%
Total general	35212	729,070,888.27	268	6,549,689.30	17,251,833.98	2.37%	100.00%

Fuente: Elaboración propia con datos facilitados por Planificación Estratégica DGI

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

Realizando un análisis con el monto que represento la Renta Bruta en el año 2017, del total general de contribuyentes jurídicos por sector económico, en comparación con el número de contribuyentes jurídicos que contemplan gastos por financiamiento extranjero, se denota que el sector económico de electricidad agua y gas solo un número mínimo de 8 contribuyentes (3% del total 268) que contemplan gastos por financiamiento extranjero representaron un 6.23% del total de la Renta Bruta, un indicador que deja entre ver que para una representación de un 26% de un 100% de Gastos financieros al exterior, estos disminuyeron considerablemente la Renta Bruta Gravable, por lo tanto es un hecho que se erosiono el nivel de la Renta Neta gravable.

Se podría asumir que debido a que tanto el sector servicios (es un sector que se tiene fiscalizar con mayor urgencia) como el de electricidad agua y gas son sectores que necesitan grandes inversiones, para poder operar tienen pasivos importantes con empresas relacionadas en el extranjero, no obstante, el porcentaje tan elevado que muestra el cálculo, indican que podrían estar siendo trasladados beneficios vía intereses al extranjero. Esto resultaría en un daño importante para la Hacienda Pública de Nicaragua, por lo tanto, se puede considerar el evaluarlo y corregirlo.

Al ser grupos vinculados y al no existir una legislación clara y coordinada en materia de deducciones de intereses a como lo plantea la Acción BEPS, estas empresas aprovechan estas debilidades del sistema y envían beneficios en forma de pago de intereses a sus grupos en el extranjero.

Por otro lado, es importante destacar que en el estudio hemos identificado al grupo de contribuyentes por cada sector económico que reporta en el último año pagos por financiamiento extranjero y nacional. Estos contribuyentes serian en una primera etapa en los que se debería focalizar la acción fiscalizadora para revisar los contratos y condiciones de financiamiento de tal manera que en un mediano plazo se pueda determinar más precisamente los casos en los que ha habido erosión de la base imponible del impuesto sobre la renta.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

En la tabla 8, se muestra la razón de endeudamiento promedio por sector económico en Nicaragua, y se compara con la relación de endeudamiento de USA, Europa, los países emergentes y el mundo (global).

La razón de endeudamiento se define como el cociente entre el valor agregado de las deudas y la suma del valor agregado de la deuda y el patrimonio, todo a valor de libro y para el conjunto de empresas de cada sector. Las ratios para USA, Europa y los países emergentes provienen de los estados financieros de empresas cuya información es pública, principalmente de empresas que hacen ofertas públicas de valores, y fue obtenida de la página web del profesor Aswath Damodaran. Para el caso de Nicaragua las ratios se calcularon para los grandes contribuyentes, a partir de la información de las declaraciones del ISR del año 2017.

En general, se puede concluir que en las empresas nicaragüenses presentan niveles de endeudamiento superiores al resto del mundo, a pesar de tener un mercado financiero mucho menos desarrollado que el de USA y el resto de los países europeos. Ello permite conjeturar que se trata más bien de una estrategia de planificación tributaria, más que de un endeudamiento genuino.

Si nos concentramos en la última fila, que considera el agregado de todas las empresas, excluyendo al sector financiero, podemos ver que los Grandes contribuyentes en Nicaragua financian el 46% de sus activos con deuda. Dicho porcentaje sube a 86% cuando consideramos solo a los grandes contribuyentes que se endeudan en el exterior. Ambas cifras superan la ratio promedio de USA (51%) y Europa (45%). Pero lo más importante es que es el doble de la ratio de los países emergentes, que son económicas más comparables a Nicaragua.

Los ratios de endeudamiento de las empresas nicaragüenses son mayor al resto del mundo en casi todos los sectores, con excepción del sector servicios.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

Tabla 7

Relación de Endeudamiento (Pasivo/Activo) por Sector económico y región

Sector	Nicaragua1	Nicaragua2	USA	EUROPA	EMERGENTES	GLOBAL
AGROPECUARIO	1.98	1.16	0.56	0.71	0.40	0.49
COMERCIO	0.51	0.71	0.58	0.36	0.40	0.47
CONSTRUCCION	1.07	0.74	0.33	0.59	0.52	0.49
ELECTRICIDAD, AGUA, LUZ	0.91	0.97	0.51	0.51	0.51	0.51
FINANCIERO	0.39	0.88	0.53	0.58	0.56	0.55
MANUFACTURA	0.69	0.87	0.48	0.47	0.46	0.46
MINERO	1.85	0.55	0.51	0.42	0.44	0.42
SERVICIOS	0.30	0.65	0.54	0.51	0.50	0.51
TRANSPORTE	1.11	0.81	0.59	0.54	0.39	0.51
Total general	0.44	0.87	0.63	0.63	0.47	0.57
Total general, Excluyendo el Sector Financiero	0.46	0.86	0.51	0.45	0.69	0.44

Fuente: Nicaragua, las declaraciones de ISR del año 2017, para el resto, los datos fueron obtenidos de la página web: <http://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/>

Notas:

1/Considera a todas las empresas clasificadas como grandes contribuyentes por la DGI (573 empresas)

2/ Considera a todas las empresas clasificadas como grandes contribuyentes que además se financian en el exterior (224 empresas)

Para evitar los abusos antes expuestos los países incorporan en su legislación tributaria normas que limitan la deducción de interés cuando el endeudamiento alcanza niveles excesivos. Estas normas anti abuso, conocidas como normas de subcapitalización, existen prácticamente en todos los países desarrollados y hace años se vienen incorporando en las legislaciones de los países en desarrollo. Sin ir más lejos, en la región han sido incorporadas por El Salvador, Guatemala y República Dominicana. A su vez, en Costa Rica, está en trámite en el Congreso una reforma tributaria que, entre otras materias, agrega un artículo a la ley de la tenga que regular la subcapitalización. En el punto 4.8, abordaremos

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

una propuesta “climatizada” de norma de subcapitalización para reforma en la Ley de Concertación Tributaria de Nicaragua.

4.3 Medidas contra la subcapitalización en el ordenamiento Tributario nicaragüense.

4.3.1 Propuesta de Normativa contra la Subcapitalización en Nicaragua.

Sin duda alguna, Nicaragua debe buscar una reforma estructural al sistema tributario, donde uno de sus objetivos principales sea: **Fortalecer la lucha contra la evasión y la elusión**: a través de la adopción de medidas transversales al sistema tributario, que permitan una mayor calidad y cantidad de recursos, controlando aquellas situaciones que generan mayor riesgo y modernizando la institucionalidad fiscal, considerando los estándares internacionales. Estas disposiciones también se fortalecerán a través de propuestas en materia de administración tributaria y de penalización de las conductas.

En concreto, Nicaragua deberá incorporar en su regulación tributaria (Ley 822 y sus reformas: “Ley de Concertación Tributaria de Nicaragua”) reglas para evitar el abuso de financiamiento, en cuanto al comportamiento de las empresas relacionadas. Como ya hemos visto, la subcapitalización es un mecanismo que se utiliza para inyectar recursos financieros de una matriz a una subsidiaria o cualquier otra relación que implique poder de decisión de una empresa a otra.

El artículo 48 de la LCT dispone que los gastos por intereses serán deducibles hasta el monto que resulte de aplicar la tasa de interés activo promedio de la banca sobre el valor de los préstamos. Este esquema de regulación muy particular de la legislación nicaragüense está orientado a resguardar que no se apliquen tasas de intereses artificialmente excesivas, con el propósito de transformar rentas de actividad económica en rentas de capital, que tributan a una tasa reducida. Sin embargo, esta figura elusiva no se logra solo con la manipulación de la tasa de interés, sino también con el exceso de deuda con partes relacionadas, que en realidad corresponden a aportes de capital encubiertos.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

Para proteger la base imponible de esta última forma de elusión, se propone reemplazar la actual regla de límite a la tasa de interés por otras dos reglas de límite a la deducción de gastos financieros. La primera, como una proporción máxima sobre el EBITDA; y la segunda, en función de la relación Deuda/Patrimonio de la empresa. Ambas reglas se aplicarían de manera simultánea, dando derecho a deducción la cantidad menor de gastos financieros que resulte de ellas.

Adicionalmente, un enfoque de las “mejores prácticas” para la lucha contra la erosión de las bases imponibles y el desplazamiento de beneficios por el uso de los gastos financieros debe ser eficaz, en el sentido de hacer frente a las estrategias que puedan implementar los grupos para sortear la aplicación de este tipo de normas. Las técnicas que pueden ser utilizadas con la finalidad citada pueden incluir (entre otras):

- a. El uso de entidades sin dependencia de otra entidad del grupo.
- b. Establecimiento de acciones especiales para ocultar el control de una entidad o romper una relación de grupo;
- c. La interposición de terceros para realizar operaciones de préstamos entre personas vinculadas (préstamos back-to-back);
- d. Estructuras para convertir los gastos financieros netos de terceros en otras formas de renta imponible con el fin de reducir su importe por debajo del nivel de un límite o tope; y
- e. El uso de instrumentos de divisas para manipular el resultado de las reglas establecidas.

Por ello, se considera que los países deberán establecer disposiciones específicas para reforzar la aplicación de la regla general de limitación de los gastos financieros en supuestos concretos de planificación fiscal agresiva.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

a) Limite a la deducción de gastos financieros como proporción del EBITDA de la empresa.

Se propone que el monto máximo a deducir como gastos financieros en un período no puede exceder del 20% de la utilidad antes de impuesto, intereses y depreciación (concepto similar al EBITDA) de ese mismo período¹⁸.

Para estos fines, el concepto de gasto financiero debe incluir no solo los intereses de las deudas, sino también las comisiones, servicios y cualquier otro recargo convencional que se aplica en las operaciones de crédito.

Por otra parte, el EBITDA se debe determinar respecto de las operaciones gravadas, puesto que la ley ya considera como no deducible cualquier gasto no asociado a las operaciones gravadas. Es decir, el EBITDA para los fines de esta norma corresponde a la Renta Neta Gravable antes de Gastos Financieros y depreciación de activos fijos.

La aplicación de este límite explícitamente activaría el indicador de riesgo sobre las empresas que están realizando esta práctica, para fines de fiscalización.

b) Limite a la deducción de gastos financieros a través de una relación Deuda/Patrimonio máxima permitida para fines tributarios.

Se propone establecer una norma tradicional de capitalización débil, en función de la relación deuda a patrimonio de la empresa.

Se considerará que existe exceso de endeudamiento cuando la deuda total de la empresa excede de 2 veces su patrimonio.

Se determinará un porcentaje de exceso de deuda de la siguiente forma:

¹⁸ Esta regla es similar a la norma de "Limitación en la deducibilidad de gastos financieros" de España, contenida en el artículo 16 de la Ley de Impuestos a las sociedades.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

$$\% \text{ de Exceso de Deuda: } \frac{\text{Deuda Total} - (2 \times \text{Patrimonio})}{\text{Deuda Total}} \times 100$$

No será deducible como gasto la cantidad que resulte de multiplicar los gastos financieros pagados por el porcentaje anterior.

c) Determinación del Gasto financiero deducible en el periodo y tratamiento del gasto financiero no deducible.

El gasto financiero deducible en un periodo corresponderá al monto inferior entre el gasto financiero deducible determinado con la primera regla y aquel determinado con la segunda regla.

Para no perjudicar a empresas que pudieran puntualmente exceder los límites permitidos, pero sin que exista una planificación elusiva de por medio, se propone que los gastos financieros que no puedan rebajarse en un periodo puedan arrastrarse a periodos siguientes¹⁹. Es decir, en cada periodo tributario se someterían a ambas reglas la suma de los gastos financieros del periodo más lo remanentes de gastos financieros no deducibles provenientes de periodos anteriores.

En consecuencia, las empresas que no realicen planificación elusiva para transformar rentas económicas en rentas de capital solo tendrán en consecuencia, en el peor de los casos, un diferimiento en la deducción de sus gastos financieros. Por su parte, las empresas que si realicen dichas maniobras elusivas nunca podrán rebajar los gastos financieros que se determine que no son deducibles, a menos que modifiquen su comportamiento tributario.

¹⁹ El Carry Forward como opción para canalizar la inversión y evitar dificultades para la financiación.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

d) Excepciones

Se propone excepcionar de la aplicación de las reglas anteriores a los siguientes:

- Bancos y compañías de seguros, regulados por la autoridad competente²⁰.
- Mipymes cuyos ingresos brutos anuales sean inferiores a C\$15 millones.
- Deudas contraídas para la construcción, operación o mantenimiento de infraestructura productiva vinculada con áreas estratégicas para el país.
- Deudas con organismos financieros internacionales multilaterales.

El límite del doble del capital contable puede ampliarse en los casos en que se compruebe que la actividad del contribuyente requiere de mayor apalancamiento y se obtenga resolución

4.3.2 Evaluación de la propuesta.

Para evaluar la propuesta se utilizó la base de datos de las declaraciones de Impuesto a la renta del año 2017. De un total de 35,212 empresas declarantes, hay 3,542 que informan tener gastos financieros (10% del total). De esa cantidad, el 92% está endeudado solo con entidades nacionales, mientras que el 8% también lo está con entidades al exterior. Al simular la aplicación de la regla proporcional al EBITDA, se concluye que el 56% de las empresas endeudadas solo en Nicaragua declaran gastos financieros superiores al 30% del EBITDA.

²⁰ Previsión de normas específicas que tengan en cuenta las especialidades de ciertos sectores económicos (además del sector financiero y asegurador) o de fases expansivas o de lanzamiento de nuevos negocios, considerando magnitudes objetivas referenciadas al valor de los activos de la sociedad, número de empleados, volumen de las existencias, etc. Sin embargo, se ha claudicado en este sentido a favor de la sencillez del “café para todos” con una norma “forfait aria” más formalista y de inmediata aplicación que es la que ofrece el umbral monetario frente a normas que se acomoden mejor a las muy diferentes situaciones de las empresas. A este respecto, la Directiva Anti-BEPS sí contempla al menos una previsión en este sentido, excluyendo de su ámbito de aplicación los gastos por intereses generados como consecuencia de la inversión en infraestructuras públicas.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

Esta proporción aumenta al 67% al considerar los contribuyentes con deudas en el exterior.

Empresa	Cantidad			
Todas	35,212	100%		
Con gastos financieros	3,542		100%	
Solo nacional	3,274			100%
Interés > que 30% EBITDA	1,835		92%	56%
Interés < que 30% EBITDA	1,439	10%		44%
Nacional y extranjero	268			100%
Interés > que 30% EBITDA	179		8%	67%
Interés < que 30% EBITDA	89			33%
Sin gastos financieros	31,670	90%		

En la tabla 8, se muestra cómo se distribuyen los grandes contribuyentes en distintos tramos de la relación deuda/patrimonio. Llama la atención que, al considerar a todos los grandes contribuyentes, hay un 20.54% de ellos que tiene una relación superior a 4 veces. Pero este porcentaje es aún mayor cuando se considera solo a las empresas que se endeudan al exterior, llegando al 25.23%. Si observamos ahora la cuarta línea vemos que un 45.59% de las grandes empresas tienen deudas que exceden de 1.5 veces el patrimonio, lo que es un nivel de deuda bastante alto para el común de las empresas. Pero este porcentaje se eleva al 55.86% cuando analizamos a las empresas que se endeudan en el exterior. ***Todo ello sugiere que detrás de estas altas deudas hay una planificación tributaria, especialmente de empresas que se endeudan con partes relacionadas no residentes.***

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

Al análisis anterior se agrega que hay un porcentaje bastante alto (12% y 17%), de contribuyentes cuya razón deuda/patrimonio es negativa. **Esto ocurre porque esas empresas tienen patrimonios negativos, lo que en muchos casos es consecuencia del sobre endeudamiento planificado.**

Tabla 8

Número de empresas según el tramo de la razón Deuda/Patrimonio

Razón Deuda/ Patrimonio	Todos los Gracos		Gracos con Deuda Ext	
	Numero	%	Numero	%
		20.54		25.23
Mayor que 4	114	%	28	%
		27.39		30.63
Mayor que 3	152	%	34	%
		40.18		49.55
Mayor que 2	223	%	55	%
		45.59		55.86
Mayor que 1.5	253	%	62	%
		85.95		82.88
Mayor que 0	477	%	92	%
		12.97		17.12
Menor que 0	72	%	19	%

Fuente: Elaboración propia

En la tabla siguiente se muestra el impacto de las medidas en la recaudación del Impuesto a la Renta de Actividades económicas. En resumen, se estima una mayor recaudación en 0.15% del PIB (C\$ 415,126.80 millones de córdobas). Esta estimación es conservadora, pues considera un ajuste del 50% respecto de la estimación original, para reflejar posibles cambios de comportamiento de los contribuyentes o dificultades de la administración tributaria para hacer cumplir la norma.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

Tabla 9

Estimación del impacto Fiscal de la norma de Subcapitalización. Año 2017

	Empresas con Deuda Nacional	Empresas con Deuda Nacional y Extranjera	Total
Cantidad de Empresas	3,274	268	3,542
Gasto Financiero Total	10,702.14	6,549.69	17,251.83
Gasto Financiero no deducible Regla EBITDA	3,226.25	1,849.61	5,075.86
Gasto Financiero no deducible Regla D/P	3,852.29	2,941.66	6,793.96
Gasto financiero no deducible Total	4,667.67	3,107.71	7,775.39
Mayor recaudación (Sin ajuste)			
En millones de córdobas	802.41	458.35	1,260.77
Como Porcentaje del PIB	0.19%	0.11%	0.30%
Mayor recaudación (Con ajuste al 50%)			
En millones de córdobas	401.21	229.18	630.38
Como Porcentaje del PIB	0.10%	0.06%	0.15%

Fuente: Elaboración Propia.

En cualquier caso, de poco sirven estas propuestas si no encuentran un desarrollo legislativo armonizado y acompasado en las distintas jurisdicciones (*Es evidente que, si un país de forma aislada limita la deducción de los gastos financieros, esto podría afectar negativamente al atractivo de ese país para los negocios internacionales, es decir, podría reducir su atractivo para atraer inversiones extranjeras*). De no ser así, no solo no se evita el problema de la descoordinación de los sistemas impositivos nacionales, sino que, incluso, puede empeorarse la situación existente. De hecho, la descoordinación en la

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

puesta en aplicación de las recomendaciones plasmadas en el Informe final de la Acción 4 de *BEPS* puede afectar a la competitividad de las empresas situadas en las jurisdicciones más restrictivas, colocándolas en inferioridad de condiciones a la hora de captar recursos en los mercados internacionales de capitales o de obtener financiación (ya que, de facto, la no deducibilidad total o parcial de su carga financiera a efectos fiscales incrementa indirectamente el coste de su financiación ajena). Si así aconteciera, el resultado de los trabajos de la OCDE en esta materia sería el contrario del declaradamente pretendido.

Consciente de la importancia de todo ello, la Comisión de la Unión Europea ha impulsado y aprobado la referida Directiva Anti-*BEPS* para establecer un mínimo común denominador normativo en el territorio comunitario que, en la medida de lo posible, evite la asimetría entre las legislaciones nacionales.

En este contexto, y ya en clave interna, es menester valorar cuál es la posición institucional de Nicaragua y cómo afecta a la competitividad de nuestras empresas.

Capítulo V. Conclusiones

De la investigación realizada y desarrollada se presentan las siguientes conclusiones:

Se entiende por subcapitalización aquella financiación ajena (préstamo-endeudamiento) obtenida de entidades no residentes vinculadas (que no se limita a las relaciones matriz-filial), superior a la que se hubiese obtenido en condiciones normales de mercado (precio internacional de distribución), cuyas ventajas serían trasladar bases imponibles vía pago de intereses al país del prestamista y reducir el importe de la tributación en el país de origen.

Al evaluar Sistema Tributario de Nicaragua se llega a la conclusión de que no existen reglas de anti subcapitalización; por tanto, se debe incorporar en su regulación tributaria (Ley 822 y sus reformas: “Ley de Concertación Tributaria de Nicaragua”) reglas para evitar el abuso de financiamiento excesivo (Limitación a la deducción de intereses), entre empresas relacionadas, según lo recomendado en la Acción 4 de BEPS.

Se determinó que los sectores que más utilizan la figura de la subcapitalización son transporte con un 99.95%, electricidad, agua y gas con un 94.70%, y el sector minero con un 87.34 %, lo cual indica solo la deducción de intereses al exterior en conceptos de gastos financieros deducibles a cuenta del IR permisibles en la LCT.

Al realizar un análisis comparativo de la ratio pasivo/activo, se determinó que los grandes contribuyentes financian el 46% de sus activos con deuda, este porcentaje asciende a 86% cuando se condona solo a los grandes contribuyentes que se endeudan en el exterior. Ambas cifras superan la ratio promedio de USA (51%) y Europa (45%), y equivalen al doble de la ratio de los países emergentes, que son economías más comparables a Nicaragua, lo que permite conjeturar que, se trata más bien de una estrategia de planificación tributaria, que de un endeudamiento genuino.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

La adaptación de la propuesta de Norma de Subcapitalización para reforma del artículo 48 de la LCT de Nicaragua, para limitar la deducibilidad de los gastos financieros aplicable en el territorio nicaragüense, está basada en el análisis de un derecho comparado²¹ y las recomendaciones de “mejores prácticas” señaladas en la Acción 4 del proyecto BEPS.

Mediante el análisis del escenario de **“Estimación de Impacto Fiscal de la Norma de Subcapitalización”**, sobre las declaraciones del ISR 2017 en Nicaragua, se estima una mayor recaudación potencial de 0.15% del PIB. Siendo conservador, un ajuste del 50% con respecto a la estimación original, para reflejar posibles cambios de comportamiento de los contribuyentes o dificultades de la administración tributaria para hacer cumplir la norma.

²¹ El análisis de las consideraciones reguladas en otros países, especialmente países como El Salvador y Costa Rica enriquecen la posibilidad de implementar medidas ya exitosas en esos países de la Región, por lo que el análisis comparativo de las legislaciones es una herramienta muy valiosa para incorporar buenas prácticas en la legislación tributaria de Nicaragua.

Capítulo VI. Recomendaciones

- Nicaragua debe implementar de forma inmediata normas de subcapitalización, basadas en el principio internacional de la distribución de la carga fiscal o financiera; es decir, el derecho que tiene cada país de gravar las rentas que se producen en el mismo. Con este derecho, se justifica la norma anti elusión para tratar de proteger o reforzar la recaudación en el país de origen donde se generan los rendimientos del capital.
- La estructura del artículo 48 (propuesta de reforma) de la Ley de Concertación Tributaria (LCT) se aproxima a la de una presunción ***ius et de iure***, dado que el exceso de endeudamiento es calificado inmediatamente como una distribución encubierta de beneficios, por lo que los intereses que excedan dicho límite tributarán como dividendos con todas las consecuencias fiscales a las que esta situación conlleva, por tanto en dicha normativa se deberá determinar si los ajustes por motivos de subcapitalización (reclasificación) aplicarán únicamente para fines de tributarios y no necesariamente en los registros contables de las empresas.
- Los legisladores deben considerar si las sociedades residentes en Nicaragua pueden someter a la Administración Tributaria una propuesta para la aplicación de la ratio o coeficiente distinto y, lógicamente, superior al establecido por Ley. Esta propuesta es acorde con las normas de precio de transferencia a las que se refiere el capítulo V de la LCT y, por supuesto, debe fundamentarse en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiera podido obtener de terceros no vinculados en condiciones normales. Se debe entender que el endeudamiento excesivo también puede ser debido a otras circunstancias ajenas a los fines de ahorro fiscal.

Lista de referencias bibliográficas

1999. (s.f.). PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LOS CONTRATOS. En J. C. REZZONICO. BUENOS AIRES: ASTREA.
2016. (s.f.). *Banco Central de Nicaragua*. Obtenido de Informe anual: https://www.bcn.gob.ni/publicaciones/periodicidad/anual/informe_anual/informe_anual_2016.pdf
- Acevedo Vogel. (s.f.). *Impacto distributivo de las reformas Tributarias*.
- Afanador, L. E. (2000). *Enquadramiento Fiscal de la subcapitalizacion*. Lisboa.
- Aguilar, L. (2005). El tratamiento tributario de la legislacion Peruana. *Revista PUCP*, 1.
- Alvarado, F. y. (24 de noviembre de 2016). *Figuras Tributarias con procedimiento especial de calculo y contenido de leyes Tributaria*. Obtenido de <http://www.mh.gob.sv/portal/page/portal/intranet/Informacion/Material%20Didactico/FIGURAS%20TRIBUTARIAS.pdf>
- Antón, F. S. (2013). *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Coyve S.A.
- Arango, J. M. (2013). La capitalizacion encubierta en la Reforma Tributaria 2012. *Derecho del Estado*.
- Art.292. (2013). Ley 822 Ley de Concertacion Tributaria. *REFORMAS A OTRAS LEYES*. Managua.
- Art.94, L. 8. (2012). Partes relacionadas. *REGLAMENTO DE LA LEY No. 822, LEY DE CONCERTACIÓN TRIBUTARIA*. Managua.
- Barbetti, N. (2001). *Metodo objetivo y subjetivo*.
- BCN. (2016). *Banco Central de Nicaragua*. Obtenido de Informe anual: https://www.bcn.gob.ni/publicaciones/periodicidad/anual/informe_anual/informe_anual_2016.pdf

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

Carrasco. (2010). *ciat.org*. Obtenido de Instrumentos y técnicas para la medición de la evasión. : <https://www.ciat.org/>

Cencerrado, E. (2008). *Capítulo 16 La subcapitalización*. Obtenido de FISCALIDAD DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA (OPERACIONES VINCULADAS): <https://core.ac.uk/download/pdf/32319789.pdf>

Chevarría, Z. (2008). La naturaleza jurídica de la norma de subcapitalización y su aplicación. *Contabilidad y Negocios Revista del departamento academico de ciencias administrativas*.

Código Tributario, d. l. (28 de octubre de 2005). *LA SAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA*. Obtenido de <http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/fb812bd5a06244ba062568a30051ce81/ede7f16a7db78776062571a1004f84fd?OpenDocument>

Collado, R. F. (1993). «*Aspectos fiscales de la subcapitalización de sociedades*». Madrid.

Corona Funes, J. (2004). «*Planeación fiscal, 100 estrategias fiscales*». Mexico DF: Gasca Sicco.

Cortés, T. y. (2001). *TODO SOBRE IMPUESTOS EN NICARAGUA*. Managua .

Damarco, J. H. (2008). *La Elusion Fiscal y los medios para evitarla* . Venezuela: Asociacion Venezolana.

Deloitte, S. (2010). *Síntesis Fiscal Iberoamericana* . España.

DIEP DIEP. (2000). *La planeación fiscal hoy*. Mexico: Ed. PAC, S.A. de C.V.

Economía Derecho, T. (2014). *Definiciones ABC*. Obtenido de <https://www.definicionabc.com/economia/derecho-tributario.php>

Empresiente. (2017). ¿Cuáles son los préstamos intercompañías? *EmpreSiente*, 4.

España, C. (2008). *La libertad de empresa en nuestro mercado. Nuestra Constitución Económica*. Obtenido de

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

https://www.uam.es/personal_pdi/derecho/bbagooria/ADEPiloto/Libertad%20de%20empresa.pdf

España, V. (27 de febrero de 2015). *Vlex España*. Obtenido de <https://vlex.es/tags/figura-juridica-definicion-3553322>

Ezquerro, T. C. (2001). *Manual de Fiscalidad Intrnacional*. Madrid: Instituto de estudios fiscales.

Gerencie.com. (12 de junio de 2017). *Gerencie.com*. Obtenido de <https://www.gerencie.com/que-es-la-subcapitalizacion.html>

Gómez Sabaini, J. (s.f.). *Desafíos para la modernización del Sistema Tributario*. Nicaragua.

Hidalgo, W. Á. (12 de Abril de 2017). Fuerte aumento en recaudación de impuestos en Nicaragua. *LA PRENSA*.

impuestos, B. s. (2017). Integración de Rentas de Capital y Ganancias y Pérdidas de Capital como Rentas de Actividades Económicas. *Blog sobre impuestos*, 1-3.

Internacional, D. N. (2017). *Aquí se Habla de Derecho*. Obtenido de Apuntes legales: <https://apunteslegalesblog.wordpress.com/>

Juridica, E. (2014). *Enciclopedia Jurídica*. Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/fisco/fisco.htm>

León, L. D.-P. (2005). Contrato y libertad contractual. *Revista de Derecho*, 9.

León, M. O. (2014). ELUSIÓN O EVASIÓN FISCAL. *Revista Iberoamericana de Contaduría, Economía y Administración*, 1.

(2012). *Ley 822 Concertación Tributaria*.

López, E. (s.f.). *Crowdlending*. Obtenido de <https://www.crowdlending.es/blog/mas-tipos-de-financiacion-para-empresas>

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización-

Melina, G. A. (2008). Incidencia Tributaria de la Subcapitalización. *Incidencia Tributaria de la Subcapitalización*. Ecuador, Guayaquil.

OCDE. (2010). *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio*. Paris.

OCDE/G20. (2015). *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. Obtenido de <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf>

Pardo, E. (2000). *Regimen tributario de la subcapitalización*. Centro de estudios financieros.

Piragauta, L. M. (2010). *eumed.net*. Obtenido de Biblioteca virtual de Derecho y Economía: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2010a/657/OPERACIONES%20INTERCOMPANIAS.htm>

Pita Grandal, A. M. (1998). «Una aportación sobre la naturaleza jurídica de la norma sobre subcapitalización». España.

Quintanilla, C. R. (s.f.). *Tesis Doctoral*. Obtenido de https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125736/1/DDP_MoralesQuintanillaCR_Condicionesgenerales.pdf

Ramirez, N. (2016). *reflexiones para la alta dirección empresarial*. Managua: Hispamer.

Rusembuj, T. (1999). *El fraude de la ley, la simulación y abuso de las formas en el derecho tributario*. Madrid: Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas.

Sanchez, L. M. (2014). *Tratamiento Tributario de la Subcapitalización en Ecuador*.

Taboada, C. P. (1995). La Subcapitalización y los convenios de doble imposición. *Revista de Contabilidad y Tributación*, 281.

Taboada, P. (2004). La norma anti-elusión del Proyecto de nueva Ley General Tributaria. En P. Taboada, , *El Conflicto en la Aplicación de*.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

Tributaria, A. (27 de noviembre de 2014). *Agencia Tributaria*. Obtenido de https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_Segmentos_/Empresas_y_profesionales/Empresas/Impuesto_sobre_Sociedades/Periodos_impositivos_a_partir_de_1_1_2017/Base_imponible/Concepto_y_determinacion/_Que_es_la_base_imponible_y_como_se_determina_.

Varga, C. (3 de julio de 2018). Reforma tributaria atacará escudos fiscales de empresas. (J. P. Areas, Entrevistador)

Vega, F. (2002). El término subcapitalización, desde la óptica tributaria. En F. Vega, *El termino de la Subcapitalizacion* (pág. 7).

ANEXOS

Ejemplos; casos de Subcapitalización.

Imaginemos una empresa domiciliada en nuestro país que requiere de una inyección de recursos, para lo cual coordina el traslado de los mismos provenientes de una empresa relacionada domiciliada en el exterior. Sin embargo, esta última utiliza una entidad financiera del exterior, en la que coloca su capital, y a su vez, ésta es la que directamente efectúa el préstamo a nuestra empresa domiciliada del ejemplo. Esta empresa registrará un determinado importe como gasto financiero por el préstamo directamente celebrado con la entidad financiera del exterior.

Otro caso. Imaginemos que la misma empresa domiciliada en nuestro país, en lugar de solicitar la inyección de recursos a su vinculada, contrata a una entidad financiera independiente del exterior para que efectúe el préstamo, requiriéndole a la entidad vinculada que actúe como fiador en la transacción. Nuestra empresa registrará gastos financieros (intereses) por su operación con la mencionada entidad financiera. Un último caso. Imaginemos que la misma empresa solicita ahora directamente los recursos a su vinculada del exterior recibiendo los fondos de aquella. Nuestra empresa, en cuanto recibe los fondos los traslada inmediatamente a sus empresas vinculadas domiciliadas en el interior del país. Así, cada una de las empresas relacionadas domiciliadas en nuestro país registrarán gastos financieros en relación al préstamo de la receptora primigenia de los fondos, y esta a su vez registrará gastos financieros con la entidad vinculada del exterior.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

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

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

En el tercero de los escenarios propuestos, si bien la empresa domiciliada principal recibirá directamente los fondos de la empresa vinculada del exterior, serán cada una de las empresas relacionadas domiciliadas las que deberán incluir los gastos financieros dentro del cálculo de la subcapitalización, pues en este caso, la principal sólo se configura como un intermediario operativo.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

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

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

Artículos de LCT.

Subcapitalización	Artículo 48. Deducción máxima de intereses	Artículo xx.
	<p>1. Limite proporcional al resultado operacional</p> <p>La deducción de gastos financieros no podrá exceder del treinta por ciento (30%) del resultado operacional del ejercicio.</p> <p>A esto efectos, se entenderá por gastos financieros los intereses, comisiones, remuneraciones por servicios y cualquier otro recargo convencional, que se vincule al financiamiento otorgado por terceros, sean estos nacionales o extranjeros.</p> <p>El resultado operacional se determinará deduciendo de la renta bruta gravable todos los costos y gastos deducibles, a excepción</p>	<p>1. Para los fines del numeral 2 del artículo 48, por patrimonio se entenderá el capital propio determinado al 1 de enero del ejercicio respectivo, o a la fecha de iniciación de actividades, según corresponda. Se agregará, considerando proporcionalmente su permanencia en el periodo respectivo, el valor de los aportes y aumentos de efectivos de capital efectuados dentro del ejercicio. Se deducirá el valor del capital propio señalado, considerando proporcionalmente aquella parte del periodo en que tales cantidades no se hayan permanecido en el patrimonio, el valor de las disminuciones efectivas de capital, así como los retiros o distribuciones del ejercicio respectivo.</p> <p>También se deducirá del valor del capital propio tributario, el valor de aquel aporte que directa o indirectamente hay sido financiado por préstamos, créditos, instrumentos de deuda y otros contratos u operaciones con partes directa o indirectamente relacionadas, salvo que se encuentren pagados en el ejercicio respectivo, a menos que el pago se hay efectuado o financiado directa o indirectamente con ese mismo tipo prestamos, créditos, instrumentos de deuda y otros contratos u operaciones.</p>

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

de los gastos financieros y los gastos de depreciación de activos fijos.

2. Limite proporcional al exceso de endeudamiento.

No serán deducibles de la renta bruta los intereses, comisiones, remuneraciones por servicios y gastos financieros y cualquier otro recargo convencional, que se deriven del exceso de endeudamiento de una empresa.

Para que exista el exceso mencionado en el inciso anterior, el endeudamiento total del contribuyente no debe ser superior a 2 veces su patrimonio al término del ejercicio respectivo.

Cuando por aplicación de las normas señaladas se determine un valor negativo del patrimonio, se considerará que éste es igual a 1.

2. Por endeudamiento total anual se considerará la suma de los valores de todos los créditos y pasivos que la empresa registre durante el ejercicio, sean estos contratados por partes relacionadas o no, así como entidades residentes en Nicaragua o en el exterior.

En el caso de fusiones, divisiones, disoluciones o cualquier otro acto jurídico u operación que implique el traspaso o novación de deudas, estas se calcularán en el cálculo del exceso de endeudamiento de la empresa a la cual se traspasó o se asumió la deuda, prestamos, créditos, instrumentos de deuda y otros contratos u operaciones a que se refiere este artículo, a contar de la fecha en que ocurra dicha circunstancia.

Para el cálculo del endeudamiento total anual, se considerarán la suma de los valores de los créditos y demás pasivos a su valor promedio por los días de permanencia en el mismo, más los intereses y demás partidas devengadas en favor del acreedor que no se hubieran pagado, abonado en cuenta o puesto a disposición.

3. Para determinar el monto de los intereses no deducibles, cuando resulte un exceso de endeudamiento, se aplicará sobre la suma de los intereses y demás partidas a que se refiere el numeral 3 del artículo 48, pagadas, abonadas en cuenta o puestas a disposición durante el ejercicio respectivo, el porcentaje que se obtenga de dividir el endeudamiento total anual de la empresa menos 2 veces el patrimonio, por el referido endeudamiento total anual, todo ello multiplicado por cien.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

El reglamento definirá la forma de determinar el exceso de endeudamiento y las cantidades no deducibles asociadas a dicho exceso.

3. En cada periodo tributario se podrá deducir por concepto de gastos financieros la cantidad menor entre el gasto deducible que se determine a partir de la regla establecida en el numeral 1 y aquel que se determine conforme a lo dispuesto en el numeral 2.

4. Los gastos financieros que por aplicación de estos límites no puedan ser deducidos en el periodo, podrán deducirse en los periodos impositivos siguientes, conjuntamente con los del periodo impositivo correspondiente y con

En todo caso, el interés no deducible no podrá exceder de la suma total de los intereses y demás partidas a que se refiere el numeral 3 del artículo 48, pagadas, abonadas en cuenta o puestas a disposición durante el ejercicio respectivo a personas o entidades residentes en el extranjero.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.

los límites previstos en los numerales anteriores.

5. Excepciones

Se exceptúan de la aplicación de las reglas anteriores:

- a) Los bancos y compañías de seguros sometidos a la supervisión y vigilancia de la autoridad competente.
- b) Los contribuyentes con ingresos brutos anuales menores o iguales a doce millones de córdobas (C\$12,000, 000.00).
- c) Deudas contraídas para la construcción, operación o mantenimiento de infraestructura productiva vinculada con áreas estratégicas para el país.
- d) Tampoco se aplicará respecto de deudas con organismos financieros internacionales multilaterales.

El sistema tributario: las operaciones y situaciones de la subcapitalización.