

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

MAESTRÍA EN DERECHO TRIBUTARIO



“Problemática de los Instrumentos Financieros Híbridos en la legislación tributaria peruana”

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO TRIBUTARIO:

AUTOR

CLAUDIA DEL PILAR LOYOLA SARMIENTO

ASESOR

WALKER VILLANUEVA GUTIERREZ

Septiembre, 2018

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo busca analizar la legislación tributaria peruana, desde el ámbito local, a fin evidenciar que existe una problemática con relación al tratamiento fiscal de los instrumentos financieros híbridos. Estas formas de financiamiento se caracterizan por contener elementos de capital y de deuda, lo que genera que el retorno generado por tales operaciones no pueda ser fácilmente encausado como pago de interés o de dividendo, escenario donde se genera una problemática de clasificación.

Así, se pretende demostrar que nuestra normativa tributaria no señala de manera expresa cuáles son los componentes esenciales de los instrumentos financieros de deuda y de capital, ni recoge presunciones o elementos que permitan realizar una clasificación certera de los instrumentos financieros híbridos para fines impositivos.

Por lo antes mencionado, y sobre el análisis de la experiencia comparada y de casos prácticos, se plantean alternativas para hacer frente a los conflictos generados por los instrumentos financieros híbridos, de tal manera que sea posible anticipar las consecuencias jurídicas de su utilización.

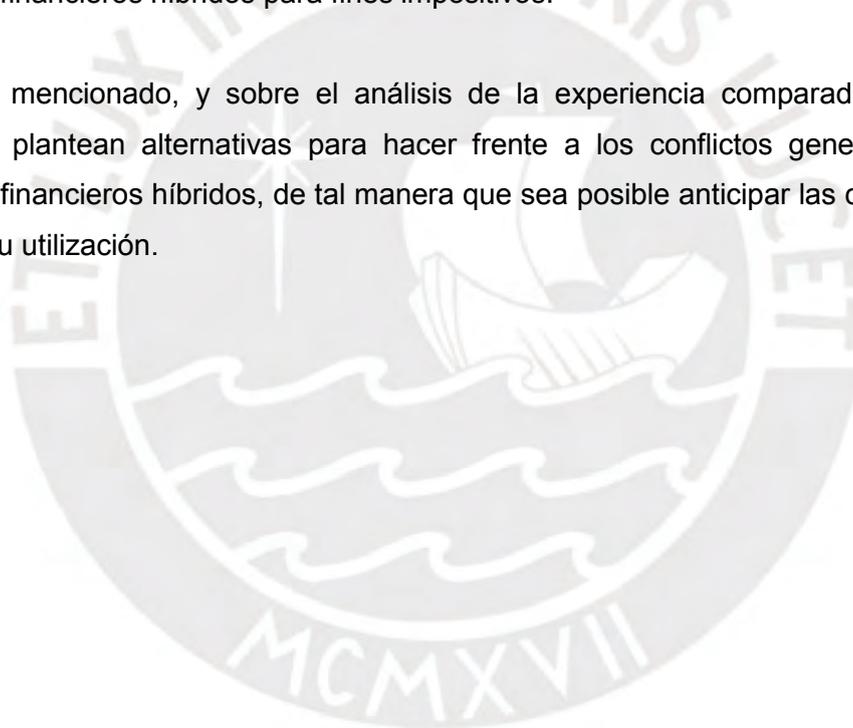


Tabla de contenido

RESUMEN EJECUTIVO	2
INTRODUCCIÓN.....	5
SECCIÓN PRIMERA.....	8
INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.....	8
1.1. FINANCIAMIENTO A TRAVÉS DE CAPITAL	8
1.1.1 LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA.....	9
1.1.2 CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN.....	17
1.1.3 DECISIÓN 578 - COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES	26
1.1.4 REGLAS DE TRIBUTACIÓN.....	27
1.2 FINANCIAMIENTO A TRAVÉS DE DEUDA.....	28
1.2.1 LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA.....	29
1.2.2 CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN.....	33
1.2.3 DECISIÓN 578 - COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES	40
1.2.4 REGLAS DE TRIBUTACIÓN.....	41
1.3 INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS.....	42
SECCIÓN SEGUNDA	46
INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL: CASO DE ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA	46
2.1. INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS EN LEGISLACIONES EXTRANJERAS.....	48
2.1.1. CASO DE ESTADOS UNIDOS	54
2.1.2. CASO DE ESPAÑA.....	58
2.2. INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS EN OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS.....	61
SECCIÓN TERCERA.....	64
INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS: PROPUESTA PARA EL CASO PERUANO.....	64
3.1. APLICACIÓN DE MÉTODOS EN EL PERÚ.....	64
3.2. PROPUESTA PARA EL CASO PERUANO	69
3.3. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA PROPUESTA.....	76
3.3.1. PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS	76

3.3.2.	ACCIONES PREFERENTES	76
3.3.3.	ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN	77
CONCLUSIONES		80
BIBLIOGRAFÍA		83



INTRODUCCIÓN

Siendo el financiamiento un aspecto de vital relevancia para el desarrollo de las actividades económicas en el ámbito empresarial, los costos generados en la obtención de tales flujos de dinero resultan aspectos a ser evaluados y ponderados en cada caso, pues pueden significar la conveniencia o no de concretar operaciones de crédito.

Ante dicho escenario, surgen los instrumentos financieros híbridos como una demanda de los agentes económicos de realizar negocios jurídicos cuya estructura responda a las exigencias individuales de los sujetos que participan en el mercado. Ello, a fin de obtener las mayores ventajas económicas del mismo. Este tipo de financiamiento comparte, simultáneamente, características propias de instrumentos de deuda y de capital, situación que, para el caso que nos ocupa, implica un tratamiento impositivo distinto.

En ambos escenarios, el objetivo es proveer a la entidad de recursos para la realización de sus actividades; no obstante, la primera diferencia surge respecto de la naturaleza de los retornos que generan para la parte que participa como prestamista (en el caso de créditos) o como aportante (en el caso de aportes de capital). Tratándose de operaciones de crédito, la expectativa de retorno se materializa a través del pago de intereses, cuya naturaleza dista de la expectativa de retorno de inversión por aportes de capital, que genera el pago de dividendos.

Como bien lo señala su nombre, los instrumentos financieros *híbridos* no encajan en la definición tradicional de instrumentos de deuda y de capital, teniendo como consecuencia que el retorno generado por tales operaciones no pueda ser fácilmente encausado como pago de interés o de dividendo, escenario donde se genera una problemática de clasificación.

Esta problemática tiene lugar en el Perú en tanto nuestra legislación tributaria no señala de manera expresa cuáles son los componentes esenciales de los instrumentos financieros de deuda y de capital, ni recoge presunciones o elementos que permitan realizar una clasificación certera de los instrumentos financieros híbridos para fines impositivos.

Por ello, el presente trabajo tiene por finalidad realizar una evaluación de la efectividad de la normativa tributaria actual para hacer frente a la problemática de los instrumentos financieros híbridos, luego de lo cual se realizará un análisis de la experiencia

comparada a fin de determinar si corresponde o no incorporar modificaciones a la legislación local, de tal manera que nuestra normativa fiscal cuente con reglas que permitan anticipar las consecuencias jurídicas de la utilización de instrumentos financieros híbridos.

Ahora bien, la experiencia comparada comprende no solo la revisión de la legislación en otras jurisdicciones, sino que busca comprender la problemática desde el punto de vista de la planificación fiscal internacional y las soluciones que habrían sido planteadas por organismos multilaterales (como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE) para afrontar y neutralizar los efectos de los instrumentos financieros híbridos.

En ese sentido, la investigación se concentrará en identificar la solución más adecuada desde el punto de partida de la legislación doméstica, sin perder de vista el impacto que ello tendrá en el ámbito del derecho tributario internacional.

El presente trabajo será desarrollado a partir de tres capítulos. El primero de ellos tiene como finalidad establecer el marco normativo en que tiene lugar la problemática de los instrumentos financieros híbridos en el Perú, pues dicha figura no se encuentra definida en nuestra legislación tributaria, no obstante que ha sido materia de comentario por la doctrina nacional e internacional.

Dicho apartado busca introducir una serie de elementos que, a partir de lo desarrollado por la legislación, jurisprudencia y doctrina, permitirán al lector comprender las características de los instrumentos de capital y de deuda, de tal manera que le sea posible manejar conceptos que resultarán imprescindibles para comprender la dificultad de clasificar los instrumentos financieros híbridos, haciendo énfasis en los distintos tratamientos tributarios que conlleva la mencionada clasificación. Para fines didácticos, dicho apartado culmina planteando, a modo de casuística, tres tipos de operaciones que constituyen instrumentos financieros híbridos, a fin de hacer evidente la dificultad de clasificar sus retornos como de deuda o de capital.

El segundo capítulo desarrollará la problemática de los instrumentos financieros híbridos a partir del tratamiento tributario que reciben en las legislaciones de otros países. En primer término, se mencionarán cuatro métodos para hacer frente a estos problemas, los cuales han sido elaborados por la doctrina internacional a partir de la experiencia comparada. Posteriormente, se hará referencia a Estados Unidos, país pionero en legislar sobre este tipo de financiamiento; luego de lo cual mencionaremos el caso de

España, cuyo mercado podría asimilarse al caso peruano. Además, se hará una breve mención a la Acción 2 del Plan BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting* por sus siglas en inglés) propuesto por la OCDE, donde se señala, entre otros, la necesidad de que la legislación doméstica de cada país introduzca reglas claras y predecibles sobre el tratamiento fiscal de los denominados “*Hybrid Mismatch Arrangements*”.

Finalmente, el tercer capítulo recogerá los cuatro métodos analizados en el apartado anterior, a fin de verificar si es posible adecuarlos a la realidad peruana. Además, se enfocará en presentar alternativas para resolver la problemática sobre el tratamiento tributario de los instrumentos financieros híbridos en el Perú, tomado en consideración cómo la experiencia internacional ha hecho frente a este tipo de situaciones. Para efectos de dar respuesta a esta interrogante, se recurrirá a la casuística, esto es, se retomará el análisis sobre las tres figuras que fueron presentadas para fines didácticos en el primer capítulo, a fin de señalar si la legislación de nuestro país amerita la introducción de modificaciones legislativas que permitan realizar una clasificación *a priori* de los instrumentos financieros híbridos como financiamiento de capital o de deuda.



SECCIÓN PRIMERA

INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

La presente sección tiene por finalidad establecer el marco normativo en que tiene lugar la problemática de los instrumentos financieros híbridos en el Perú, tomando en consideración que esta figura no ha sido definida de manera expresa en nuestra legislación tributaria. Así, este apartado introduce al lector en los componentes básicos del financiamiento a través de capital y el financiamiento a través de deuda. Estos tipos de financiamiento sí han merecido regulación expresa por parte de la legislación tributaria peruana, la misma que les atribuye distintos efectos jurídicos sobre la base de la naturaleza de los retornos que generan (dividendo – producto del aporte de capital, o interés – producto del crédito).

En ese sentido, nos enfocaremos en los aspectos conceptuales del financiamiento a través de capital y el financiamiento a través de deuda, tanto a partir de la legislación local como a partir de los tratados internacionales que resultan vinculantes para el Perú. Posteriormente, haremos una breve referencia al tratamiento tributario aplicable a cada uno. Finalmente, analizaremos las diversas definiciones doctrinales de los instrumentos financieros híbridos que, como su nombre lo menciona, no encajan en la clasificación tradicional de instrumentos de deuda y de capital, teniendo como consecuencia que el retorno generado por tales operaciones no pueda ser fácilmente encausado como pago de interés o de dividendo, escenario donde se genera una problemática de clasificación.

1.1. FINANCIAMIENTO A TRAVÉS DE CAPITAL

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española (en adelante, “DRAE”) el término financiar posee dos acepciones. Una de ellas es “*aportar el dinero necesario para una empresa*”, y la segunda “*sufragar los gastos de una actividad, de una obra, etc*”. De ello podemos advertir que, en términos latos, el financiamiento consiste en proveer de recursos a una empresa para el desarrollo de sus actividades.

Ahora bien, en el caso particular del financiamiento a través de capital, nos encontramos ante una forma de proveer recursos que se materializa a través de un aporte al capital social de la empresa, que puede darse en dinero o en especie, a cambio del cual se reciben acciones o participaciones que otorgan el derecho económico a participar en los resultados del negocio.

Tomando en cuenta lo antes mencionado, advertimos que la aproximación conceptual al financiamiento a través de capital puede ser abordada de dos maneras: (i) a partir de la clasificación expresa por parte del ordenamiento jurídico de determinada operación como de financiamiento de capital; y/o (ii) a partir del análisis de la retribución debida, es decir, si esta califica o no como una participación en los resultados del negocio propia de este tipo de financiamiento.

A continuación, realizaremos el análisis de ambas modalidades a partir de la legislación, jurisprudencia y doctrina (en el plano local), así como de los convenios para evitar la doble imposición y normas comunitarias (en el plano internacional). Asimismo, se efectuará una breve referencia al tratamiento tributario del financiamiento a través de capital, a efectos de resaltar la relevancia de su clasificación.

1.1.1 LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

A) LEGISLACIÓN PERUANA

El Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante, "Ley del IR") se aproxima al financiamiento a través de capital a partir de la definición del retorno que este genera (participación en el negocio), el cual es definido como dividendo. Así, en el artículo 24-A del mencionado texto normativo podemos identificar una lista de conceptos que constituyen dividendos y cualquier otra forma de utilidades.

En las líneas siguientes realizaremos un análisis del citado artículo a efectos de identificar los elementos comunes de la definición de dividendos que recoge nuestra legislación tributaria, lo que nos permitirá comprender qué constituye financiamiento a través de capital para el legislador peruano.

El inciso a) del artículo 24-A establece:

“Artículo 24-A.- Para los efectos del Impuesto se entiende por dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades:

a) Las utilidades que las personas jurídicas a que se refiere el Artículo 14 de la Ley distribuyan entre sus socios, asociados, titulares, o personas que las integran.

(...)"(Énfasis agregado) (Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, 2004)

Como se puede observar, este artículo señala en su inciso a) que los dividendos están vinculados con los importes que perciben los socios por su participación en las utilidades del negocio. Hasta aquí se hace evidente que para hablar de dividendos se requieren dos elementos: (i) la participación en las utilidades de la persona jurídica; y (ii) que el titular de dicha participación -beneficiario de las utilidades- ostente la calidad de socio. Esta primera observación nos permite afirmar preliminarmente que el concepto de dividendo requiere necesariamente que el sujeto que perciba tales beneficios ostente la calidad de socio.

Ahora bien, el artículo 24-A contiene un grupo de disposiciones (incisos c), d), f), g) y h)) de cuya redacción observamos la existencia de un socio; no obstante, no resulta claro que dicho sujeto ostente la participación sobre los resultados del negocio. En estos casos, nos encontramos ante normas anti elusivas específicas que, como veremos en un apartado siguiente, incorporan presunciones sobre determinados elementos.

Por otro lado, encontramos presunciones sobre la configuración de dividendos que no hacen referencia alguna a los socios como sujetos beneficiarios de dichos retornos. Nos estamos refiriendo al inciso e). Dicho inciso opta por clasificar como dividendo a la participación en las utilidades que tenga como origen un título que confiera al sujeto tenedor el derecho a participar, directa o indirectamente, en el capital o en los resultados del negocio. Esta disposición constituye la excepción a la regla que había sido anteriormente advertida, pues nos encontramos ante un sujeto beneficiario de los retornos que genera el negocio que no ostenta la calidad de socio y que, pese a ello, puede percibir dividendos.

Cabe señalar que la Ley del IR establece exclusiones sobre aquellos conceptos que no constituyen dividendos. Así, menciona expresamente que "*no se consideran dividendos ni otras formas de distribución de utilidades la capitalización de utilidades, reservas,*

primas, ajuste por reexpresión, excedente de revaluación o de cualquier otra cuenta de patrimonio.” (Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, 2004).

Sobre la base de lo antes mencionado, podemos afirmar que la Ley del IR contiene una definición general de dividendos y utilidades que distribuyan las personas jurídicas a sus socios. Así, nos brinda una lista taxativa de supuestos de hechos específicos y normas anti elusivas sobre lo que constituye financiamiento a través de capital.

A continuación, pasaremos a analizar la jurisprudencia del Tribunal Fiscal que ha sido construida a partir de la definición de dividendos de la Ley del IR.

B) JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL

El Tribunal Fiscal es el órgano a cargo de conocer y resolver en última instancia administrativa las controversias en materia tributaria. Las resoluciones que emite constituyen jurisprudencia que sirve de referente para los órganos de la administración; no obstante, solo aquellas denominadas “de observancia obligatoria” resultan ser de imperativo cumplimiento para los operadores jurídicos en la instancia administrativa.

En lo que respecta al financiamiento a través de capital, el Tribunal Fiscal no ha desarrollado el concepto de dividendos y otras formas de distribución de utilidades más allá de lo ya mencionado por la Ley del IR. En ese sentido, a la fecha de la presente investigación, no hemos identificado jurisprudencia que analice los elementos propios e inherentes a este tipo de financiamiento, pues los pronunciamientos se limitan a remitirse a la literalidad de la ley y su reglamento. Nótese que esta ausencia de precedentes jurisprudenciales se debe, suponemos, a que las partes que llevaron sus casos al Tribunal Fiscal no cuestionaron en sus argumentos las características propias de los retornos de capital.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, resulta relevante traer a colación la Resolución N° 14312-9-2013 (2013, p. 4) donde el Tribunal Fiscal se pronuncia sobre la aplicación del Impuesto General a las Ventas (en adelante, “IGV”) por concepto de prestación de servicios en el marco de un contrato de asociación en participación que habría sido desnaturalizado. Pese a que el objeto de dicha resolución no está vinculado con la aplicación de dividendos u otras formas de distribución de utilidades, encontramos entre

los considerandos que el Tribunal Fiscal cita a Talledo Mazú (1998), quien en su obra analiza la contribución que percibe el asociado en una asociación en participación y lo compara con los retornos propios de una contribución en una sociedad. A continuación, el extracto pertinente de la mencionada Resolución del Tribunal Fiscal:

“Que el mismo autor [Talledo Mazú] refiere que si bien la asociación en participación es un contrato oneroso, el asociado no recibe el contravalor de su contribución al realizar la misma, atribuyéndosele simplemente un derecho expectatio de participación, en función de lo cual la utilidad que corresponde al asociado no es la retribución de su contribución, agregando que el derecho de participación en los resultados atribuido al asociado guarda semejanza con el socio de una sociedad, pero se diferencia de él, ya que no conlleva el derecho a intervenir en la formación de la voluntad social, no es valorizable en sí misma, ni es susceptible de ser transferida.” (2013, p. 4).

El extracto antes citado, que el Tribunal Fiscal utiliza como parte de su argumentación, parece admitir que la participación en los resultados puede darse en diversos contextos, sea a través de un aporte social, o de la retribución del asociado en el marco de un contrato de asociación en participación.

De lo señalado surge la pregunta siguiente: ¿las diferencias identificadas por el autor entre ambos supuestos justifican un distinto tratamiento tributario? Por un lado, queda claro que el socio de una persona jurídica percibe dividendos de acuerdo al inciso a) del artículo 24-A de la Ley del IR; no obstante, a pesar de que la Asociación en Participación no constituye una persona jurídica en los términos del artículo 14 de la Ley del IR, el asociado posee un derecho *expectatio* de participación cuya retribución está condicionada por los resultados del negocio.

Planteamos este cuestionamiento en aras de hacer evidente que los aspectos conceptuales del financiamiento a través de capital no resultarían tan claros al momento de aplicarlos a las figuras jurídicas que tienen lugar en el día a día del mercado económico

La resolución antes comentada resulta interesante en tanto que el Tribunal Fiscal acoge entre sus argumentos que el elemento constitutivo de un contrato de asociación en

participación es que el asociado participe en las utilidades del negocio y, al mismo tiempo, resalta que no es socio de una sociedad. Lamentablemente, el análisis no se extendió más allá del extracto citado pues la controversia giraba en torno al Impuesto General a las Ventas y no sobre la aplicación de la Ley del IR.

Ahora bien, respondiendo a los cuestionamientos antes planteados, el Tribunal Fiscal emitió la Resolución N° 00637-2-2017, donde analizó si el ingreso de un asociado (en el marco de un contrato de asociación en participación) constituye renta de tercera categoría gravada con IR. Como parte de su razonamiento, señala que el asociante es el único obligado a determinar y pagar el IR, por cuanto el asociado solo entrega una contribución a cambio del derecho de participar en los resultados del negocio. Mediante la nota al pie N° 9, explica el tipo de participación del asociado en los siguientes términos:

*“La participación del asociado es concebida como un **derecho de crédito**, puesto que, en los contratos asociativos en sentido lato, existe solamente la obligación del asociante de atribuirle al asociado una parte de las utilidades que produce todo o un sector de su negocio, las cuales – de momento- son obtenidas todas por el asociante y **existe el correspondiente derecho personal (de crédito), del asociado frente al asociante, a obtener la parte convenida.**” (Énfasis agregado) (2017, p.8).*

Llama la atención que dicho desarrollo se realice mediante una nota al pie de página, pues afirmar que el derecho de participación de asociado es concebido como uno de crédito se apartaría de las reflexiones de Talledo Mazú (1998) recogidas en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 14312-9-2013, donde lo asemeja a un socio de una sociedad.

En aras de no dejar al lector con interrogantes, el caso particular del tratamiento tributario de las utilidades que percibe el asociado de una asociación en participación será abordado en la sección tercera de la presente investigación, junto con otras figuras jurídicas que tienen como elemento común el derecho expectatio de participación en el negocio.

C) DOCTRINA

De acuerdo a lo señalado por Rubio Correa (2009) la doctrina cumple diversas funciones. Entre ellas, tenemos la función de describir aquellas normas que se encuentren dispersas a lo largo del ordenamiento jurídico; explicar aquel texto jurídico que resulte inentendible; sistematizar en términos de conexión y contexto los distintos dispositivos legales; así como criticar y aportar soluciones a fin de poner en evidencia las deficiencias legislativas, sin dejar de lado la propuesta de mejoras para resolver los diversos problemas que se presenten. (pp. 196-199). Así, dicho autor resalta la participación de la doctrina como elemento integrante del Derecho, que puede materializarse a través de un rol complementario a la legislación, o incluso como fuente de Derecho, en razón a la “*concordancia –discrepancia*” entre los autores y las opiniones versadas sobre un mismo tópico. (2009, pp. 201-202).

Ahora bien, según la Norma III del Título Preliminar del Código Tributario, cuyo Texto Único Ordenado fuera aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF, la doctrina jurídica se encuentra comprendida como fuente de derecho tributario. Sobre ello, debemos mencionar que dicha disposición no implica *per se* que los documentos académicos de diversos autores conlleven a la creación de derecho, sino que influyen a los operadores jurídicos en calidad de explicación, sistematización, entre otros, como bien lo señala Rubio Correa (2009) en el apartado antes comentado.

Siendo ello así, ante la dificultad de identificar en la legislación local definiciones relativas al endeudamiento de capital, consideramos pertinente remitirnos a los estudios realizados sobre dicha materia, tanto a nivel doméstico como internacional. Cabe agregar que los autores cuyas obras serán materia de comentario en el presente capítulo han analizado específicamente la problemática de los instrumentos financieros híbridos, de cuya lectura advertimos una interesante sistematización de la legislación comparada, por lo que hemos priorizado los textos tanto descriptivos como críticos de las definiciones acogidas sobre dividendos.

De manera inicial, señalamos que, en virtud de lo comentado por Lucas Durán, los dividendos resultan esenciales para el desarrollo de toda actividad mercantil, concepto que equipara a la participación en fondos propios de entidades. (2010, p. 567). Agrega dicho autor que los dividendos constituyen, por excelencia, la figura mercantil para la repatriación de inversiones realizadas en el exterior, motivo por el cual nos encontramos

ante las rentas pasivas de mayor relevancia en el contexto internacional. (2010, pp. 573-574).

Ahora bien, en lo que respecta a los componentes asociados a la financiación a través de capital, Dorenkamp menciona, sobre la base del Código de Comercio Alemán, que las características propias de la financiación a través de capital son: *“la subordinación (tras la deuda en caso de insolvencia), la sostenibilidad (sin derecho de cancelación y, por lo tanto, mantenimiento del compromiso abierto); y la participación en las pérdidas y beneficios”* (2010, p. 3).

Nótese que, a partir del análisis de las características de la retribución originada por el financiamiento, este último autor extrae elementos propios de los dividendos, resaltando que se incluye en esta categoría a aquellos pagos que, pese a ser realizados bajo el concepto de deuda, prevén la participación tanto en los beneficios de la sociedad como en el producto resultante de la liquidación. (Dorenkamp, 2010, p.3).

Por su parte, Núñez comenta también tres elementos característicos del financiamiento a través de capital:

“(…) sobre la base de los criterios establecidos por las empresas clasificadoras de riesgo Standard & Poor’s y Moody’s un instrumento de capital presenta las siguientes características: i) no tiene plazo de vencimiento; ii) no conlleva a la exigencia de pagos que puedan derivar en incumplimiento; e iii) implica la absorción de pérdidas por parte de los tenedores en caso de quiebra o liquidación de la empresa emisora”. (Núñez, 2010, p. 163).

De manera aún más exhaustiva, Sanz (2009) señala que para diferenciar los instrumentos de capital de los instrumentos de deuda resulta necesario remitirse al contenido del derecho representado, es decir, si nos encontramos ante un derecho de crédito o determinante de la condición de socio. Nótese que este autor resalta que el titular del derecho (dividendo) debe tener la calidad de socio, elemento que no había sido expresamente advertido por los autores que fueron antes comentados.

A continuación, un cuadro comparativo elaborado a partir de las características recogidas por Sanz (2010):

Criterio	Financiamiento a través de capital	Financiamiento a través de deuda
Retribución	El accionista tiene derecho a participar ilimitadamente de los beneficios obtenidos por la sociedad.	El obligacionista percibe un interés. Es posible que el interés esté condicionado a la obtención de beneficios, e inclusive varíe teniendo en cuenta el importe de los beneficios.
Duración del derecho	El accionista tiene, en principio, una posición estable de duración indeterminada.	La obligación será necesariamente amortizada llegada la fecha de vencimiento.
Voto	El accionista participa en el gobierno de la sociedad a través del ejercicio del derecho de voto.	El obligacionista carece de este derecho.
Suscripción preferente	El accionista tiene derecho de suscripción preferente para evitar la dilución de su posición y el agotamiento de reservas.	El obligacionista carece de dicho derecho.
Reparto del haber líquido social	El accionista tiene derecho a una cuota de liquidación del patrimonio social con la extinción de la sociedad.	El obligacionista carece de dicho derecho aun cuando deberá ser pagado antes que cualquier socio.

Elaboración propia a partir de lo señalado por Sanz (2010)

Como se puede observar, los autores antes mencionados coinciden en que los dividendos tienen como origen la participación en los beneficios de la empresa (sin hacer mención alguna al titular de tales beneficios); no obstante, van más allá al extraer un listado de características de dicha participación, incorporando, principalmente, la referencia al riesgo de la inversión (posibilidad de obtener o no el retorno esperando) participando tanto en los beneficios como en las pérdidas del negocio.

1.1.2 CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

De acuerdo a lo señalado en líneas anteriores, la Ley del IR recoge una lista de operaciones que originan dividendos y otra forma de distribución de utilidades, listado sobre el cual es posible extraer una serie de elementos comunes a efectos de ensayar una definición del financiamiento a través de capital.

Sin perjuicio de ello, existen normas que, pese a no estar contenidas en la Ley del IR, forman parte del ordenamiento jurídico peruano y, por tanto, resultan vinculantes tanto para la Administración Tributaria como para los contribuyentes. Así, a lo largo del presente apartado pasaremos a referirnos a los Convenios para Evitar la Doble Imposición (en adelante, "CDIs") que han sido suscritos por el Perú, los mismos que contienen definiciones sobre el financiamiento a través de capital.

A la fecha, Perú ha suscrito CDIs con los siguientes países:

CDI	Inicio de Aplicación
Convenio con Chile	Aplicable desde el 1 de enero de 2004
Convenio con Canadá	Aplicable desde el 1 de enero de 2004
Convenio con Brasil	Aplicable desde el 1 de enero de 2010
Convenio con los Estados Unidos Mexicanos	Aplicable desde el 1 de enero de 2015
Convenio con la República de Corea	Aplicable desde el 1 de enero de 2015
Convenio con la Confederación Suiza	Aplicable desde el 1 de enero de 2015
Convenio con la República de Portugal	Aplicable desde el 1 de enero de 2015

Elaboración propia a partir de la información publicada en el portal web del Ministerio de Economía y Finanzas

Los referidos CDIs tienen carácter de tratado internacional y por tanto forman parte del ordenamiento jurídico peruano (Constitución Política del Perú, 1993, art. 55), en tanto que han sido suscritos a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), de la cual el Perú es parte.

Con relación a la observancia de los Tratados, la Convención de Viena en sus artículos 26° y 27° recoge el principio de "*Pacta sunt servanda*", es decir, que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Además, señala que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

A partir de lo antes mencionado, no cabe duda que los CDIs suscritos por el Estado peruano resultan plenamente vinculantes y forman parte del ordenamiento jurídico nacional. Adicionalmente, cabe tomar en cuenta que las reglas de interpretación planteadas por la Convención de Viena ya han sido aplicadas por la Administración Tributaria a fin de resolver conflictos sobre los términos y/o definiciones atribuidas a los textos de los CDIs. Un ejemplo de ello es el Informe N° 070-2016-SUNAT/5D0000 de fecha 07 de abril de 2016, donde se analiza la expresión "transacciones realizadas en Perú" a que se refiere el literal b) del párrafo 5 del artículo 13° del CDI Perú - Suiza. En dicho caso, la Administración Tributaria le atribuye una interpretación amplia respecto del contexto en que se aplica, entendiendo las referencias a la legislación interna de manera restrictiva, debido a que los fines del CDIs solo podrán conseguirse en la medida que los términos contenidos en los respectivos textos sean entendidos de la misma forma por los Estados contratantes.

Ahora bien, a efectos de analizar el tema que nos ocupa (financiamiento a través de capital) pasamos a remitirnos a los respectivos textos de los CDIs suscritos por el Perú, así como al texto del Modelo OCDE (2014), donde se hace referencia a la definición del término "dividendo", para lo cual pasaremos a comentar el siguiente cuadro comparativo:

Definición de dividendos en los CDIs suscritos por el Perú

Párrafo CDI	Modelo OCDE	CDI Perú Chile	CDI Perú Canadá	CDI Perú Brasil	CDI Perú México	CDI Perú Corea	CDI Perú Suiza	CDI Perú Portugal
Párrafo 3: Definición de Dividendos	El término “dividendos”, en el sentido de este artículo, significa las rentas de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las participaciones mineras, de las partes de fundador u	El término “dividendos” en el sentido de este artículo significa las rentas de las acciones u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios,	El término “dividendos” en el sentido de este artículo significa los rendimientos de las acciones u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los	El término “dividendos”, en el sentido de este Artículo, significa las rentas de las acciones de goce o usufructo sobre acciones, de las partes de minas, de las partes de fundador u otros	El término “dividendos” en el sentido de este Artículo significa las rentas de las acciones u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como los rendimientos de	El término “dividendos” en el sentido de este artículo significa las rentas de las acciones u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los	El término “dividendos” en el sentido de este artículo significa las rentas de las acciones o bonos de disfrute, de las participaciones mineras, de las partes de fundador u otros derechos,	El término “dividendos”, en el sentido de este Artículo, significa las rentas de las acciones u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras

<p>otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad</p>	<p>así como las rentas de otros derechos sujetos al mismo régimen tributario que las rentas de las acciones por la legislación del Estado que la sociedad que hace la distribución sea residente.</p>	<p>beneficios, así como los rendimientos de otros derechos sujetos al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las rentas de las acciones por la legislación del Estado que la sociedad que hace la distribución sea residente.</p>	<p>derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como a los rendimientos de otras participaciones sociales sujetos al mismo régimen tributario que las rentas de las acciones por la legislación del Estado que hace la distribución sea residente.</p>	<p>otras participaciones sociales, las rentas de otros derechos y otros ingresos sujetos al mismo régimen tributario que las rentas de las acciones por la legislación del Estado que hace la distribución sea residente.</p>	<p>beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen tributario que las rentas de las acciones por la legislación del Estado que hace la distribución.</p>	<p>excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen tributario que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución.</p>	<p>participaciones sociales sujetas al mismo régimen tributario que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución.</p>
--	---	--	---	---	--	--	---

	que hace la distribución.							
Protocolo relativo a la definición de Dividendos	No aplica.	Las partes no han suscrito un protocolo relativo a la definición de dividendos.	Las partes no han suscrito un protocolo relativo a la definición de dividendos.	Las partes no han suscrito un protocolo relativo a la definición de dividendos.	Las partes no han suscrito un protocolo relativo a la definición de dividendos.	Las partes no han suscrito un protocolo relativo a la definición de dividendos.	Las partes no han suscrito un protocolo relativo a la definición de dividendos.	En el caso de Portugal, el término “dividendo” deberá incluir también las rentas atribuidas por un acuerdo de asociación en participación (“associação em participação”).

Elaboración propia a partir de lo señalado en los respectivos CDIs y Modelo de Convenio OCDE (2014)

Como se puede observar, en líneas generales, el texto del Modelo OCDE (2014) y los textos de los CDIs suscritos por el Perú recogen una redacción y estructura similar. Así, el primer párrafo del artículo 10º establece una breve referencia a la potestad tributaria atribuida a los Estados miembros (tributación compartida). En el párrafo 2 se menciona la tasa límite tratándose del impuesto aplicable al Estado fuente (sociedad pagadora de los dividendos). El párrafo 3 realiza una descripción sobre el término “dividendos” que resulta vinculante para efectos del artículo 10º antes mencionado. En líneas posteriores, se abarcan las reglas para efectos de aplicar las disposiciones de los párrafos 1 y 2, así como respecto de los Establecimientos Permanentes.

Particularmente, nos enfocaremos en el párrafo 3 en tanto recoge una definición de “dividendos” que, como ha sido señalado anteriormente, forma parte del ordenamiento jurídico peruano para efectos de su aplicación en las situaciones jurídicas que involucren a los Estados parte.

Salta a la vista que en todos los casos se parte por definir a los dividendos como “rentas de acciones” y luego de una breve enumeración de figuras similares a las acciones (bonos, por ejemplo) se señala expresamente que se incluyen a otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios de la sociedad que hace la distribución. Nótese que este concepto habría sido construido partiendo de la premisa que los dividendos constituyen retornos producto de la participación en los beneficios de la sociedad, definición similar a la preliminarmente extraída de la lectura de algunos incisos del artículo 24-A de la Ley del IR, que hacen referencia a los dividendos como aquellos provenientes de la participación de los socios en las utilidades del negocio.

Habiendo repasado las diversas definiciones de dividendos contenidas en los CDIs suscritos por el Perú, a continuación, pasaremos a analizar el Modelo OCDE que en su última versión (*Model Tax Convention on Income and on Capital 2014*) desarrolla comentarios sobre el artículo 3º. Ello, a fin de brindar lineamientos para su interpretación y aplicación.

De manera previa a la revisión de los comentarios, es importante señalar que de acuerdo al Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE los comentarios son “*redactados y acordados por expertos que representan, en el seno del Comité, a los Gobiernos de los países miembros*”. Sobre el particular, cabe advertir que el Modelo de Convenio OCDE

recoge expresamente en su parte introductoria que dicho texto incluye los artículos, comentarios, posturas de países cuyas economías no forman parte de la OCDE, recomendaciones del Consejo de la OCDE, notas históricas, lista detallada de acuerdos entre países miembros de la OCDE y el texto completo de antecedentes sobre acuerdos adoptados a partir de 1977. Nótese que nos encontramos ante una herramienta que no se limita únicamente a las opiniones arribadas a partir del consenso de los Estados miembros de la OCDE, sino que incorpora referencias adicionales para los Estados miembros de dicha organización.

Con relación al artículo sobre “dividendos”, los comentarios sobre el párrafo 3 (que contiene la definición que ocupa nuestro estudio) señalan que existen grandes diferencias en la legislación fiscal de los países miembros de la OCDE que hace imposible definir los dividendos de manera completa y exhaustiva. Por tanto, la definición del Modelo de Convenio OCDE únicamente se refiere a ejemplos que pueden ser encontrados en la mayor parte de las legislaciones y que, en cualquier caso, no reciben un tratamiento diferenciado. En ese sentido, se deja a discreción de las negociaciones entre los Estados la incorporación de particularidades sobre la definición de dividendos.

Asimismo, señala que la definición de dividendos contiene, en primera instancia, una referencia a la distribución de beneficios de sociedades provenientes de acciones o de participaciones o derechos sobre las utilidades del negocio, siempre que no constituyan créditos. Se precisa que los préstamos participativos no encajan en la categoría de dividendos, al igual que los intereses sobre títulos convertibles.

Según lo indicado en los comentarios, el artículo 10º no solo se refiere a dividendos (en estricto) sino también a intereses donde el prestamista comparte los riesgos del manejo del negocio (por ejemplo, cuando la retribución depende del éxito del negocio a largo plazo). Por ello, se considera como un elemento determinante -que deberá ser analizado en cada caso concreto- si el sujeto a cargo del préstamo comparte o no, los riesgos empresariales.

A modo de resumen, se plantean elementos que deberán evaluarse a efectos de determinar si una operación de crédito podría encajar en las disposiciones del artículo 10º:

- Si el préstamo representa un volumen importante sobre el capital de la empresa, comparado con otras contribuciones sobre el capital social;
- Si la devolución del préstamo está subordinada al pago de otros acreedores o al pago de dividendos;
- Si el pago de intereses depende de las utilidades de la empresa;
- Si el contrato de préstamo no establece disposiciones sobre su devolución en un periodo definido.

Cabe agregar que según los comentarios del Modelo de Convenio OCDE, las rentas de contratos asociativos no generan dividendos de acuerdo al párrafo 3 del artículo 10º, salvo que estén sujetos a un tratamiento tributario similar al aplicable a sociedades de responsabilidad limitada.

Es importante recalcar que, como regla general, los accionistas serán los destinatarios de los dividendos. No obstante, se admite que tales beneficios sean atribuidos a sujetos distintos, siempre que:

- La vinculación entre tales sujetos y la empresa (que distribuye las rentas) sea similar a la de quien dirige una empresa, y
- Los sujetos que reciben los beneficios (dividendos) estén estrechamente vinculados a los accionistas. Por ejemplo, se plantea el caso de un familiar del accionista o si la empresa pertenece al mismo grupo empresarial que aquella que es titular de las acciones.

A la luz del interesante desarrollo conceptual planteado por los comentarios, cabe cuestionarnos sobre la fuerza vinculante que ejercen sobre los CDIs suscritos por el Perú, aun cuando nuestro país no forme parte de la OCDE.

Sobre el particular, debemos señalar que este tema ha sido materia de debate por parte de la doctrina nacional, ya que existe la postura de considerar los comentarios como parte del “contexto” del tratado en los términos de la Convención de Viena. En contraste, se plantea que tales comentarios no deben ser seguidos por el Estado peruano en tanto este último no forma parte de la OCDE. Además, si fuera el caso que tales comentarios

constituyesen lineamientos de interpretación por el solo hecho de haber sido suscritos en el marco del Modelo de Convenio OCDE, se discute la temporalidad de estos. En palabras de Massari:

“Finalmente, con respecto a las versiones posteriores de los Comentarios a la conclusión de un CDI, creemos que estas no pueden considerarse comprendidas dentro de la regla general del artículo 31º de la CVDT (Convención de Viena) o como medios suplementarios (...) pues dichas versiones no existían al momento de su conclusión. En tal sentido, creemos que, aunque puedan servir de referencia, las versiones posteriores de los Comentarios no gozan de un valor como material interpretativo (...).” (Massari, 2008, p. 590)

Agrega dicho autor que resulta atendible que los comentarios sean considerados como la interpretación del sentido corriente de los términos de los tratados, al amparo de la Convención de Viena.

Sin perjuicio de lo antes señalado, resulta relevante mencionar que la Administración Tributaria ha utilizado los comentarios sobre el artículo 7º esbozados en el Modelo de Convenio (Madrid, 1978) para interpretar el concepto de “beneficios”, tal como se puede apreciar en el Informe N° 030-2007-SUNAT-2B0000 de fecha 07 de febrero de 2007. Este antecedente podría llevarnos a concluir que la SUNAT, en la práctica, utiliza los comentarios como fuente de interpretación; sin embargo, al tratarse de una opinión no vinculante y que no ha sido tomada por el Tribunal Fiscal, no es posible afirmar la existencia de una posición institucional sobre el tema.

A modo de síntesis, debemos resaltar que los CDIs suscritos por el Perú contienen definiciones sobre dividendos a la norma interna peruana. Llama la atención el caso particular del CDI Perú-Portugal, en el que se incorporan expresamente las rentas de la asociación en participación como dividendos, siendo el único caso donde se hace referencia a una operación en particular. Respecto al Modelo OCDE, este nos brinda referencias sobre los elementos predominantes de los retornos del capital, como el riesgo que asume el inversionista y que el mismo ostente poder de decisión sobre el negocio, motivo por el cual no se acepta (salvo excepciones) que un sujeto distinto al socio sea quien perciba los dividendos.

1.1.3 DECISIÓN 578 - COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

Habiendo hecho referencia a los CDIs que forman parte del ordenamiento jurídico peruano en calidad de tratados internacionales (bajo el Modelo de Convenio OCDE), pasaremos a comentar las normas comunitarias que resultan de obligatorio cumplimiento en el Perú, pues estas contienen también reglas fiscales relativas al reparto o restricción de potestad tributaria con relación a intereses o dividendos.

El 26 de mayo de 1969, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú suscribieron el Acuerdo de Integración Subregional Andino, más conocido como Acuerdo de Cartagena. Dicho acuerdo tiene por objeto, principalmente, *“promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países miembros (...) con miras a la formación de un mercado común latinoamericano”*. (Acuerdo de Cartagena, 1969, art. 1). Posteriormente, Venezuela se adhirió al acuerdo, y Chile se retiró de él.

La Decisión 578, materia que nos ocupa, fue publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1.063 del 05 de mayo de 2004 (vigente desde el 2005) con la finalidad de eliminar la doble imposición de las actividades realizadas por los sujetos domiciliados en los países miembros de la Comunidad Andina. Para dichos efectos, se propuso establecer reglas para la colaboración de las administraciones tributarias, que fueron trasladadas en veintidós artículos. Cabe advertir que el procedimiento de aprobación de la Decisión 578 motivó una serie de cuestionamientos sobre la legitimidad de dicho dispositivo. En atención a ello, la Administración Tributaria mediante Carta N° 11-2010-SUNAT/2B0000 de fecha 10 de septiembre de 2010 dio por concluida la discusión, en el sentido de afirmar que la Decisión 578, en tanto instrumento proveniente del Acuerdo de Cartagena, tiene plena vigencia en nuestro país, en calidad de norma comunitaria.

Ahora bien, con relación a la definición de dividendos, la norma antes comentada señala:

“Artículo 11.- Dividendos y participaciones

Los dividendos y participaciones solo serán gravables por el País Miembro donde estuviere domiciliada la empresa que los distribuye.

El País Miembro en donde está domiciliada la empresa o persona receptora o beneficiaria de los dividendos o participaciones, no podrá gravarlos en cabeza de la sociedad receptora o inversionista, ni tampoco en cabeza de quienes a su vez

sean accionistas o socios de la empresa receptora o inversionista.” (Decisión 578 de la Comunidad Andina de Naciones, 2004).

Observamos que, a diferencia de los CDIs, esta disposición no plantea definición alguna sobre lo que debe entenderse por dividendos. Solo es posible advertir una serie de elementos como la existencia de una *“empresa o persona receptora o beneficiaria de los dividendos o participaciones”*, así como de *“accionistas o socios de la empresa receptora o inversionista”*.

Como hemos podido analizar en apartados anteriores, la legislación peruana parece admitir que el beneficiario de los dividendos deba ostentar la calidad de accionista. Por su parte, los comentarios al Modelo de Convenio OCDE, según su redacción, se alinean con lo señalado por nuestra legislación.

Las disposiciones de la Decisión 578, a diferencia del Modelo de Convenio OCDE, no poseen comentarios que sirvan de lineamientos para su aplicación, por lo que debemos regirnos netamente a su literalidad y los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que resultan de imperativo cumplimiento para los Estados parte. A la fecha del presente trabajo, no hemos identificado pronunciamientos sobre la definición de dividendos a la luz del artículo 11º, situación que creemos se debe a que fue intención de la Comunidad Andina regular únicamente la potestad tributaria para evitar la doble imposición, y no imponer conceptos que puedan ser ajenos a su realidad local.

Hasta aquí hemos abordado los aspectos conceptuales y componentes del financiamiento a través de capital que forman parte del ordenamiento jurídico peruano, tanto a partir de la legislación local (Ley del IR y jurisprudencia) como de los tratados internacionales y normas comunitarias (CDIs y Decisión 578). A continuación, comentaremos brevemente el tratamiento tributario aplicable en el Perú a este tipo de financiamiento.

1.1.4 REGLAS DE TRIBUTACIÓN

De conformidad con lo establecido en el inciso d) del artículo 9º de la Ley del IR, los dividendos que una sociedad distribuye, pague o acredite serán considerados rentas de fuente peruana alcanzados por el IR cuando dicha sociedad se encuentre domiciliada

en el país. La tasa impositiva a cargo de personas naturales y sucesiones indivisas domiciliadas, así como sujetos no domiciliados es de 5%. Las rentas provenientes de la distribución de utilidades entre personas jurídicas domiciliadas en el país constituyen rentas inafectas.

Los dividendos pagados (después de impuestos) no constituyen gastos deducibles para efectos de la determinación del IR de la entidad que los distribuye, pague o acredite.

Tratándose de operaciones que incluyen residentes fuera del territorio nacional, corresponde verificar la aplicación de los CDIs suscritos por el Perú o de la Decisión 578, pues cada uno de ellos provee reglas de tributación vinculantes entre los países involucrados. Como regla general, los CDIs suscritos por el Perú bajo el Modelo de Convenio OCDE establecen la regla de tributación compartida, esto es, que los dividendos serán gravados en el país de residencia (del sujeto perceptor de los mismos) dejando a salvo el derecho del país de la fuente (donde se ubica la entidad que los distribuye) de ejercer su potestad tributaria. No obstante, en este último caso, establece límites sobre la tasa de IR que, en la mayoría de casos, fluctúa entre 10% y 15%.

Por su parte, la Decisión 578 se acoge al principio de tributación exclusiva en el país de la fuente, debiendo el país de la residencia del sujeto perceptor considerar los ingresos como exonerados.

1.2 FINANCIAMIENTO A TRAVÉS DE DEUDA

Una vez tomada la decisión de proveer de recursos a una entidad, el paso siguiente es evaluar la forma de hacerlo. Una de ellas es la denominada “financiación a través de capital” que, como fue explicado en el apartado anterior, es retribuido con dividendos u otras formas de participación en las utilidades del negocio. Nótese que, en líneas generales, estamos ante un caso donde el sujeto coloca su expectativa de retorno a modo de inversión, esto es, lo condiciona directamente a los resultados del negocio.

Ahora bien, la segunda forma tradicional de financiar una entidad se lleva a cabo a través del endeudamiento, donde el retorno no se caracteriza por estar condicionado a los resultados del negocio, sino que se materializa a través de una tasa de interés (fija o variable) sujeta a las condiciones de un acuerdo privado. En ese sentido, el presente apartado busca realizar una aproximación conceptual al término “deuda”, bajo los alcances de la legislación peruana, así como de la jurisprudencia y doctrina. Asimismo, nos remitiremos a normas internacionales (CDIs y Decisión 578) a efectos de identificar

las similitudes y divergencias entre la normativa nacional y la internacional, y así comprender cómo la insuficiente regulación sobre este tema nos puede llevar a una problemática de clasificación para efectos fiscales.

Finalmente, siguiendo el esquema planteado en el apartado dedicado al financiamiento a través de capital, realizaremos una breve referencia al tratamiento tributario de los préstamos, a fin de resaltar el impacto fiscal que los caracteriza.

1.2.1 LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

A) LEGISLACIÓN PERUANA

El ordenamiento jurídico peruano reconoce la existencia de una operación de crédito a partir de la retribución debida, esto es, el retorno que se genera como contraprestación por el capital prestado, el cual se denomina “interés”. Sobre dicha terminología, el Código Civil recoge dos acepciones: la primera, entiende al interés como contraprestación por el uso del dinero (denominado “compensatorio”) y la segunda, lo vincula con la indemnización debida por la demora en el pago (denominado “moratorio”). (Código Civil peruano, 1984, art. 1242). Así, podemos observar que el interés como elemento característico de una operación de crédito es aquel definido por el Código Civil como la contraprestación por el uso de dinero, es decir, el interés compensatorio.

Ahora bien, la Ley del IR, a diferencia del caso de dividendos, no enumera los supuestos que son considerados como rentas provenientes de operaciones de crédito, ni mucho menos incorpora definiciones sobre “préstamo” o “interés”. No obstante, en el artículo 37° numeral a) de la Ley del IR podemos encontrar una referencia al término “intereses de deudas”, disposición que regula la deducibilidad de gastos para fines del IR y nos permite vincular tales conceptos como propios de un financiamiento.

Una mayor aproximación a la definición que nos ocupa la podemos encontrar en el artículo 26° de la Ley del IR. Este artículo no discute la existencia de una operación de endeudamiento, sino que nos hace presumir que todo préstamo no genera interés, motivo por el cual resulta necesario regular aquellos casos donde, pese a haber pactado que sólo se devolverá el capital, para fines tributarios tendrá lugar el denominado “interés presunto”. Nótese que, al final del citado artículo, es posible advertir una

definición de interés determinada en términos numéricos, esto es, que equivale a todo “exceso” al capital prestado.

La norma reglamentaria del artículo 26° de la Ley del IR nos brinda mayores alcances sobre lo antes mencionado:

*“a) Sólo se considerará préstamo a aquella operación de mutuo en la que **medie entrega de dinero** o que implique pago en dinero por cuenta de terceros, **siempre que exista obligación de devolver.***

(...)

*d) Tampoco se considerará préstamo a los **retiros en dinero que a cuenta de utilidades** (...)” (Énfasis agregado) (Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, 1994, art. 15).*

Cabe anotar que el Reglamento de la Ley del IR incorpora el elemento de “obligatoriedad”, esto es, que si bien es cierto el contrato de préstamo es un contrato de obligaciones recíprocas (en términos civiles), resulta relevante -para efectos fiscales- que no quepa duda que existe la obligación de devolver el capital entregado como crédito.

En ese sentido, podemos definir, preliminarmente, a la operación de préstamo como la entrega de dinero condicionada a su devolución, la misma que generará intereses como contraprestación por su uso. Adicionalmente, y de acuerdo a lo señalado por la SUNAT como opinión institucional mediante Informe N° 32-2007-SUNAT/2B0000, la configuración del interés tendrá lugar con prescindencia de la forma jurídica que lo origine. Por ello, aun cuando no nos encontremos ante un acuerdo denominado “contrato de préstamo” resulta indispensable conocer las características de la retribución debida a fin de establecer si nos encontramos o no ante un endeudamiento pasible de generar intereses.

B) JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL

Con relación al financiamiento a través de deuda, el Tribunal Fiscal ha resuelto principalmente controversias vinculadas con la existencia de interés presunto a la luz del artículo 26° de la Ley del IR y el artículo 15° de su Reglamento. Sus

pronunciamientos tienden a aplicar las normas antes mencionadas sin extender la definición o conceptos de interés o endeudamiento.

Al igual que en el caso del financiamiento a través de capital, creemos que la ausencia de resoluciones que desarrollen los elementos propios del endeudamiento se debe a que las partes de la controversia no lo plantearon como parte de la discusión.

Sin perjuicio de ello, resulta pertinente referirnos a la resolución del Tribunal Fiscal N° 08026-2-2015 (2015, pp. 1-15) donde la SUNAT observó que el contribuyente no cumplió con cancelar los intereses presuntos provenientes de un préstamo otorgado a su accionista. Así, pese a que dicha operación había sido contabilizada como “derecho exigible al accionista”, procedió la presunción antes indicada pues el contribuyente no había distribuido utilidades en el ejercicio acotado, con lo cual no fue posible sustentar que se trataba del pago de dividendos.

En este caso, el Tribunal Fiscal falló sobre la base de las pruebas alcanzadas por el contribuyente y no sobre el análisis de los elementos característicos de la retribución debida. No obstante, debemos señalar que esta situación ya habría sido resuelta por una reciente modificación de la Ley del IR, cuyo artículo 24-A señala, expresamente, que todo préstamo otorgado al accionista configura el pago de dividendos. Por tanto, a través de una norma con rango de ley, se exceptúa la aplicación de los intereses presuntos, dando lugar a la seguridad jurídica de una operación que solía carecer de ella.

Ahora bien, resulta relevante referirnos a la Resolución del Tribunal Fiscal N° 00637-2-2017 que fuera comentada en el literal B) del apartado 1.1.1 de la presente investigación, donde se afirma que la participación del asociado (en un contrato asociativo) es concebida como un derecho de crédito. Debemos precisar que en dicha resolución no se hizo un análisis sobre los elementos que configuran un financiamiento a través de deuda, ni se reflexionó sobre los riesgos que pueda asumir el asociado en el negocio a efectos de desestimar que se trata de un dividendo. Además, habiendo afirmado que se trata de un derecho de crédito frente al asociante, no se mencionó expresamente que la retribución recibida constituya interés.

C) DOCTRINA

Siguiendo la línea de argumentación planteada en el apartado referido al financiamiento de capital, a continuación, pasamos a comentar la doctrina referida a la definición de operaciones de crédito. Haremos referencia a aquellos autores que llamaron nuestra atención por la forma como sistematizan la legislación comparada, pues nos permite contar con un panorama descriptivo y a la vez crítico de este tipo de operaciones.

En primer lugar, Dorenkamp señala, comentando las disposiciones del Código de Comercio Alemán, que los pagos se considerarán realizados como deuda:

“(...) a no ser que el instrumento subyacente prevea la participación tanto en los beneficios de la sociedad como en el producto resultante de la liquidación. En consecuencia, salvo que se trate de un instrumento por el que se participe en las reservas ocultas de la sociedad, los pagos efectuados en base a este instrumento serán calificados como intereses (y, por tanto, como deuda).” (Dorenkamp, 2010, p. 3).

Por su parte, Núñez elabora una definición de financiamiento a través de deuda de índole negativo, es decir, señala que solo ante la ausencia de los elementos propios del financiamiento de capital, nos encontraremos ante una operación de préstamo. Así, los componentes de una operación de deuda serían: (i) que exista un plazo de vencimiento, (ii) que el pago se torne exigible luego de vencido el plazo; y (iii) que los riesgos del negocio no impacten en el retorno del capital y el interés respectivo. (Núñez, 2010, p. 163).

Con relación a casos específicos que sean clasificados *a priori* como deuda, Durán, citando a Álvarez Barbeito, enumera aquellos conceptos que para la legislación tributaria española están comprendidos dentro de la definición de interés: (i) rendimientos de letras de Tesoro, (ii) rendimientos generados por letras de cambio y pagarés, (iii) intereses de bonos y obligaciones, (iv) beneficios generados por las cuentas en participación, (v) rendimientos generados por operaciones de préstamo, entre otros. (L. Durán, 2010).

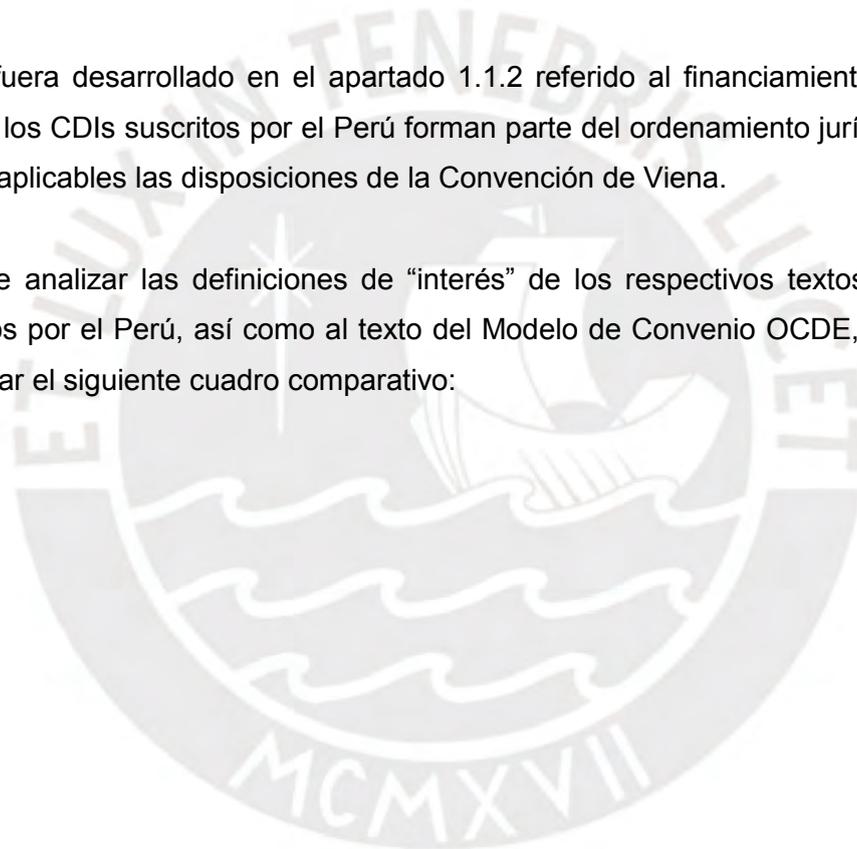
De la revisión de la legislación, jurisprudencia y doctrina sobre el financiamiento a través de deuda, advertimos que la definición de interés puede ser extraída a partir de una

revisión conjunta de la Ley del IR, su reglamento, y demás pronunciamientos de la Administración Tributaria. Así, por ejemplo, identificamos los elementos de temporalidad y obligación de devolver; no obstante, no se han definido los alcances de tales expresiones, por cuanto podríamos cuestionarnos si un préstamo a 50 años generaría retornos de tipo interés, pues literalmente existe un plazo determinado para efectuar su devolución. Por ello, creemos que la definición acogida por nuestra legislación, similar a la construida por la doctrina, amerita ser acotada a efectos de procurar una eficiente aplicación a los casos concretos.

1.2.2 CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Como fuera desarrollado en el apartado 1.1.2 referido al financiamiento a través de capital, los CDIs suscritos por el Perú forman parte del ordenamiento jurídico nacional, siendo aplicables las disposiciones de la Convención de Viena.

A fin de analizar las definiciones de “interés” de los respectivos textos de los CDIs suscritos por el Perú, así como al texto del Modelo de Convenio OCDE, pasaremos a comentar el siguiente cuadro comparativo:



Definición de interés en los CDIs suscritos por el Perú

	Modelo OCDE	CDI Perú Chile	CDI Perú Canadá	CDI Perú Brasil	CDI Perú México	CDI Perú Corea	CDI Perú Suiza	CDI Perú Portugal
Párrafo 3 o 4, según sea el caso	El término “intereses”, en el sentido de este artículo, significa las rentas de créditos de cualquier naturaleza , con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en los beneficios del deudor , y en particular las rentas de valores públicos y las rentas de bonos y obligaciones,	El término “intereses”, en el sentido de este Artículo significa las rentas de créditos de cualquier naturaleza , con o sin garantía hipotecaria, y en particular, las rentas de valores públicos y las rentas de bonos y obligaciones, así como cualquiera otra renta que la legislación del Estado de	El término “interés”, en el sentido de este Artículo significa las rentas de créditos de cualquier naturaleza , con o sin garantía hipotecaria, y en particular, las rentas de valores públicos y las rentas de bonos y obligaciones, incluidas las primas y lotes unidos a esos valores, bonos y obligaciones, así	El término “intereses”, en el sentido de este Artículo significa las rentas de créditos de cualquier naturaleza , con o sin garantía hipotecaria, y en particular, las rentas de valores públicos y las rentas de bono y obligaciones, así como cualquiera	El término “intereses” empleado en el presente Artículo significa las rentas o los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza , con o sin garantías hipotecarias o cláusula de participación en los beneficios del deudor y, especialmente, los provenientes de fondos públicos y bonos u	El término “intereses”, en el sentido de este artículo, significa las rentas de créditos de cualquier naturaleza , con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en los beneficios del deudor y, especialmente, los provenientes de fondos públicos y bonos u obligaciones, incluidas las	El término “intereses”, en el sentido de este artículo, significa las rentas de créditos de cualquier naturaleza , con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en los beneficios del deudor y, en particular las rentas de valores públicos y las rentas de bonos u obligaciones, incluidas las primas	El término “intereses” empleado en el presente Artículo significa las rentas o los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza , con o sin garantías hipotecarias o cláusula de participación en los beneficios del deudor y, especialmente, los provenientes de fondos públicos y bonos u

	<p>incluidas las primas y premios unidos a esos títulos. Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran intereses a efectos del presente artículo.</p>	<p>donde procedan los intereses asimile a las rentas de las cantidades dadas en préstamo. Sin embargo, el término “enteres” no incluye las rentas comprendidas en el Artículo 10.</p>	<p>como cualquiera otra renta que la legislación del Estado de donde procedan los intereses asimile a las rentas de las cantidades dadas en préstamo. Sin embargo, el término “interés” no incluye las rentas comprendidas en los artículos 8 ó 10.</p>	<p>otra renta que la legislación tributaria del Estado de donde procedan los intereses asimile a las rentas de las cantidades dadas en préstamo.</p>	<p>obligaciones, incluidas las primas y premios unidos a estos títulos, así como cualquier otro concepto que se asimile a los rendimientos o rentas de las cantidades dadas en préstamo bajo la legislación del Estado Contratante de donde procedan estos. El término “intereses” no incluye a los ingresos considerados como dividendos de conformidad con el párrafo 3 del Artículo 10.</p>	<p>primas y premios unidos a estos fondos, bonos u obligaciones. Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran intereses a efectos del presente artículo.</p>	<p>y premios unidos a estos valores, bonos u obligaciones. Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran intereses a efectos del presente artículo.</p>	<p>obligaciones, incluidas las primas y premios unidos a estos títulos, así como cualquier otra renta que se sujete al mismo tratamiento tributario aplicable a las rentas provenientes del préstamo de dinero según la legislación del Estado Contratante de donde procedan estos. Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran intereses a efectos del presente Artículo. Las rentas tratadas en</p>
--	---	--	--	---	---	---	---	--

								el Artículo 10 no se consideran intereses para propósitos del Convenio.
Protocolo relacionado con la definición del interés del artículo 11	No aplica.	Las partes no han suscrito un protocolo relativo a la definición de interés.	Las partes no han suscrito un protocolo relativo a la definición de interés.	Las cantidades pagadas a título de “remuneración sobre el capital propio” según el artículo 9 de la Ley N° 9.249/95 de Brasil se consideran como intereses para los fines del	Las partes no han suscrito un protocolo relativo a la definición de interés.	b) Con respecto al párrafo 4 del Artículo 11, se entiende que el término “interés” incluye la diferencia de precio de las operaciones de reporte, pactos de recompra o préstamos de bursátiles. Se entiende además que	Con respecto al párrafo 4 del Artículo 11, se entiende que el término “interés” incluye la diferencia de precios de las operaciones de reporte, pactos de recompra o préstamos de bursátiles. Se entiende además que las autoridades competentes podrán convenir	Las partes no han suscrito un protocolo relativo a la definición de interés.

				párrafo 3 del artículo 11.		<p>las autoridades competentes podrán convenir de común acuerdo que otros elementos similares de otras transacciones financieras tratadas como intereses en la legislación nacional que entre en vigor después de la fecha de la firma del presente Convenio se</p>	<p>de común acuerdo que otros elementos similares de otras transacciones financieras tratadas como intereses en la legislación nacional que entre en vigor después de la fecha de la suscripción del presente Convenio se considerarán como intereses a los fines de ese Convenio. En ese caso, las autoridades</p>	
--	--	--	--	----------------------------	--	---	---	--

						considerarán como intereses a los fines de ese Convenio. En ese caso, las autoridades competentes publicarán la solución que adopten de común acuerdo.	competentes publicarán la solución que adopten de común acuerdo.	
--	--	--	--	--	--	--	--	--

Elaboración propia a partir de lo señalado en los respectivos CDIs y Modelo de Convenio OCDE (2014)

Según lo señalado en los comentarios al Modelo de Convenio OCDE (2014), una fórmula de distribución de jurisdicción que le otorgue gravamen exclusivo al país de residencia o de la fuente, podía no recibir una acogida general. En ese sentido, se adoptó la regla de gravar los intereses en el país de residencia y la fuente (potestad compartida), dejando a salvo el derecho del país de la fuente de gravarlos si así lo establece su legislación interna.

Ahora bien, con relación al párrafo 3 relativo a la definición de interés, advertimos que el texto del Modelo de Convenio OCDE y los respectivos CDIs suscritos por el Perú no se remiten a la legislación local para efectos de establecer qué se entiende por interés. Por el contrario, de su redacción podemos observar que se realiza una descripción general de dicho término, afirmando que incluye “rentas de crédito de cualquier naturaleza”, luego de lo cual se realiza un listado de las operaciones que constituyen endeudamiento. La no remisión a las legislaciones internas de cada país es explicada en los comentarios al Modelo de Convenio OCDE (2014) en tanto que: (i) dicho artículo ya contiene los tipos de ingresos considerados interés en la mayor parte de las legislaciones, (ii) la fórmula adoptada ofrece seguridad jurídica y asegura que los convenios no se vean afectados por las variaciones en las legislaciones internas, y (iii) las referencias a legislación doméstica, para el Modelo de Convenio OCDE, deben ser –en lo posible- evitadas.

Cabe mencionar que los comentarios al Modelo de Convenio OCDE (2014) reconocen que la definición de interés adoptada en el párrafo 3 podría no resultar aplicable a los pagos realizados bajo figuras jurídicas no tradicionales, donde no es posible identificar la operación de endeudamiento. No obstante, señala que podría recurrirse a dicha disposición bajo el principio de “sustancia sobre la forma”, en virtud del cual se considere que existe un préstamo.

Con relación a los elementos que componen el “interés”, los comentarios al Modelo de Convenio OCDE (2014) mencionan el factor riesgo. Así, señalan, por ejemplo, que los intereses sobre bonos que otorgan el derecho a participar en las utilidades del negocio serán considerados dividendos en tanto que el préstamo comparta el riesgo que asume la entidad deudora.

De lo antes desarrollado, podemos advertir que la definición de interés en los diversos textos de los CDIs suscritos por el Perú se remite a las rentas por rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, donde se incluyen aquellas con cláusulas de participación en los beneficios del deudor. Esto resulta ser bastante general, pues no se incorpora, por ejemplo, el factor riesgo. Este último elemento sí ha sido considerado por los comentarios al Modelo de Convenio OCDE (2014).

1.2.3 DECISIÓN 578 - COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

A diferencia del financiamiento a través de capital, donde la Decisión 578 no contiene referencias sobre la definición de dividendo, el artículo 2º de dicho cuerpo normativo recoge en su inciso l) el significado del término “intereses”. Así, textualmente indica:

“l) El término “intereses” significa los rendimientos de cualquier naturaleza, incluidos los rendimientos financieros de créditos, depósitos y captaciones realizados por entidades financieras privadas, con o sin garantía hipotecaria, o cláusula de participación en los beneficios del deudor, y especialmente, las rentas provenientes de fondos públicos (títulos emitidos por entidades del Estado) y bonos u obligaciones, incluidas las primas y premios relacionados con esos títulos. Las penalizaciones por mora en el pago atrasado no se considerarán intereses a efecto del presente articulado.” (Decisión 578 de la Comunidad Andina de Naciones, 2004, art. 2).

La definición antes citada guarda un grado de similitud con el párrafo 3 del artículo 11º del Modelo de Convenio OCDE, en tanto que parte de la premisa general de considerar los intereses como “rendimientos de cualquier naturaleza” y luego presenta una lista de operaciones expresamente consideradas como endeudamiento.

Las disposiciones de la Decisión 578, a diferencia del Modelo de Convenio OCDE, no poseen comentarios que sirvan de lineamientos para su aplicación, por lo que debemos regirnos netamente a su literalidad y los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que resultan de imperativo cumplimiento para los Estados parte.

Hasta aquí hemos abordado los aspectos conceptuales y componentes del financiamiento a través de deuda que forman parte del ordenamiento jurídico peruano,

tanto a partir de la legislación local (Ley del IR y jurisprudencia) como de los tratados internacionales y normas comunitarias (CDIs y Decisión 578). A continuación, comentaremos brevemente el tratamiento tributario aplicable en el Perú a este tipo de financiamiento.

1.2.4 REGLAS DE TRIBUTACIÓN

La Ley del IR en su artículo 9° señala que se consideran rentas de fuente peruana:

“c) Las producidas por capitales, así como los intereses, comisiones, primas y toda suma adicional al interés pactado por préstamos, créditos u otra operación financiera, cuando el capital esté colocado o sea utilizado económicamente en el país; o cuando el pagador sea un sujeto domiciliado en el país.” (Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, 2004)

Las tasas impositivas para personas jurídicas son las siguientes:

Perceptor del Interés	Tasa de IR
Personas jurídicas domiciliadas en el país.	29.5%
Personas jurídicas no domiciliadas, siempre que cumplan determinados requisitos.	4.99%
En el caso anterior, cuando exista vinculación o cuando los intereses deriven de operaciones realizadas desde o a través de países o territorios de baja o nula imposición.	30%

Elaboración propia a partir de la Ley del IR

Los intereses pagados serán considerados gastos deducibles para efectos de la determinación del IR del sujeto pagador; no obstante, deberá tomarse en cuenta que no serán deducibles aquellos intereses que excedan el resultado de aplicar el coeficiente 3:1 sobre el patrimonio del contribuyente, tratándose de operaciones realizadas entre partes vinculadas. Esta última es la denominada “*regla de subcapitalización*” la cual advierte casos en que existe desproporción entre los recursos propios de la empresa

(capital) y los recursos ajenos (créditos). Tradicionalmente, el exceso de endeudamiento resultaba relevante cuando las partes involucradas guardaban vinculación, pues los acuerdos de las partes pondrían en riesgo el régimen recaudatorio del Estado donde reside el sujeto pagador, quien incorporaría en su base imponible mayores gastos pese a no tener una sostenible capacidad crediticia. Hoy, cada vez más países, como el Perú, extienden los límites de subcapitalización a operaciones realizadas entre partes independientes¹. Además, utilizan nuevos parámetros para la medición del referido ratio (EBITDA en lugar de patrimonio).

Tratándose de operaciones que incluyen residentes fuera del territorio nacional, corresponde verificar la aplicación de los CDIs suscritos por el Perú, pues cada uno de ellos prevé reglas de tributación vinculantes entre los países involucrados. Como regla general, los CDIs suscritos por el Perú bajo el modelo OCDE establecen la regla de tributación compartida, esto es, que los intereses serán gravados en el país de residencia (del sujeto perceptor de los mismos) dejando a salvo el derecho del país de la fuente (donde se ubica la entidad deudora) de ejercer su potestad tributaria. No obstante, en este último caso, establece límites sobre la tasa de IR que, en la mayoría de casos, fluctúa entre 10% y 15%.

Por su parte, la Decisión 578 se acoge al principio de tributación exclusiva en el país de la fuente, debiendo el país de la residencia del sujeto perceptor considerar los ingresos como exonerados.

1.3 INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS

Los instrumentos financieros híbridos constituyen una tercera modalidad de proveer a una entidad de recursos financieros. No obstante, a diferencia del financiamiento a través de capital y de deuda, nos encontramos ante una figura “no tradicional”. Esta forma de financiamiento no ha sido recogida por nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la legislación como en la jurisprudencia. Por ello, a efectos de comprender el contexto y la problemática generada por este tipo de financiamiento no tradicional pasaremos a remitirnos a diversos trabajos elaborados por la doctrina especializada.

A modo de aproximación a la definición del tema, citamos lo expuesto por Duncan:

¹ Modificación incorporada por el Decreto Legislativo N° 1424, vigente a partir del 01 de enero de 2019.

“Un instrumento mixto es un instrumento financiero que tiene características económicas que son incoherentes, en su totalidad o en parte, con la clasificación que suscita su forma jurídica. Ese instrumento puede poseer características que sean coherentes con más de una clasificación fiscal o que no sean claramente coherentes con ninguna.” (Duncan, 2000, p. 69)

En esa misma línea, Núñez afirma que los instrumentos financieros híbridos pueden ser definidos como: *“una clase especial de instrumentos financieros que presentan características que son, total o parcialmente, inconsistentes con su forma legal. Estos instrumentos poseen características consistentes con más de una clasificación tributaria”*. (Núñez Ciallella, 2010, p. 167). Ello se debe a que la línea divisoria entre endeudamiento y capital es difícil de trazar en la financiación híbrida. (Vega, 2002)

Por su parte, el documento denominado Resúmenes de Informes Finales del Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios del año 2015, en la parte pertinente a los efectos de los instrumentos híbridos, concluye que:

“Los mecanismos híbridos se nutren de las asimetrías o divergencias existentes en cuanto al tratamiento fiscal de una entidad o de un instrumento financiero con arreglo a los ordenamientos de dos o más jurisdicciones, lo que puede acabar generando una doble no imposición o, bien el diferimiento a largo plazo de los tributos. Este tipo de mecanismos y/o acuerdos, cuyo uso está ampliamente extendido, se traduce en una erosión significativa de las bases imponibles de los países afectados, provocando un impacto global negativo desde el punto de vista de la competencia, eficiencia, transparencia y justicia” (2015, p. 55)

En líneas generales, los instrumentos financieros híbridos comparten características de los instrumentos de deuda (intereses) y de capital (dividendos), por lo que la incoherencia e inconsistencia entre la figura legal adoptada y la sustancia de la operación constituye el aspecto relevante de esta alternativa de financiamiento, al ser evidente el distinto tratamiento fiscal otorgado a intereses y dividendos en el plano local e internacional.

A modo de ejemplo, y con cargo a efectuar un mayor desarrollo en la sección I.3.1, planteamos como ejemplo situaciones concretas de instrumentos financieros híbridos.

Así, tenemos el caso de los préstamos participativos, donde el prestamista acuerda que el interés a ser pagado se encuentra condicionado a la rentabilidad del negocio del deudor. En virtud de la figura legal adoptada (préstamo) podríamos afirmar que nos encontramos ante un endeudamiento; no obstante, si se analiza el factor “riesgo” y “retorno sobre las utilidades del negocio” cabría cuestionarse si la retribución debida podría calificar como dividendo.

Asimismo, las acciones preferentes otorgan a su titular el derecho de recibir de parte de la sociedad un retorno (dividendo) fijo o calculado sobre la base de un índice de mercado, sin tomar en cuenta las utilidades generadas por la empresa emisora. En este caso es evidente la ausencia del factor “riesgo”, que podría llevarnos a afirmar que el retorno asegurado, pese a recaer en un accionista, constituye una retribución que califique como interés.

Por otro lado, la asociación en participación constituye una figura jurídica donde el asociante concede al asociado la participación en las utilidades del negocio, a cambio de determinada contribución. Queda fuera de dudas que el asociado no ha constituido una sociedad ni puede ser calificada como accionista, motivo por el cual surge el cuestionamiento de si la retribución a su favor podrá calificar como dividendo o la retribución por intereses. Sobre este último caso, tenemos el pronunciamiento del Tribunal Fiscal mediante Resolución N° 14312-9-2013, donde se comenta que la participación en los resultados del negocio por parte del asociado se asemeja al de un socio de una sociedad. Esto nos podría llevar a afirmar que el Tribunal Fiscal se inclina por considerar las rentas del asociado como un dividendo u otra forma de distribución de utilidades; no obstante, no encajaría en los términos del artículo 24-A de la Ley del IR pues la asociación en participación no es una persona jurídica. Como contrapartida, la Resolución N° 00637-2-2017 señala que el asociado posee un derecho de crédito, afirmación que se realiza en un pie de página sin realizar un análisis sobre los elementos de deuda que posee la retribución del asociado. Esta situación no hace más que resaltar la problemática sobre la clasificación de un retorno como deuda o como capital.

Dado que la figura jurídica de los instrumentos financieros híbridos no ha sido recogida en la normativa tributaria peruana, y que la jurisprudencia no brinda mayores alcances sobre las definiciones de dividendo e interés que nos permitan efectuar una clasificación sobre la base del retorno generado, consideramos que los cuestionamientos realizados

sobre los casos antes planteados prevalecerán en el tiempo, motivo por el cual requerimos tener claridad sobre el o los elementos predominantes del financiamiento a través de capital y el financiamiento a través de deuda a fin de hacer frente a la problemática de los instrumentos financieros híbridos. Distinto es el caso de la experiencia internacional, donde sí existe regulación sobre dichos financiamientos, la misma que nos otorgará herramientas para hacer frente a la problemática aquí expuesta. Ello será objeto de comentario en el capítulo siguiente.



SECCIÓN SEGUNDA

INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL: CASO DE ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA

Como fuera advertido en la sección primera, los instrumentos financieros híbridos constituyen tipos de financiamiento que combinan características de capital y de deuda; por lo tanto, nos encontramos ante un problema de clasificación, dado que los retornos generados por tales operaciones no son fácilmente identificados como de capital (en forma de dividendos) o deuda (en forma de intereses).

En el plano local, la legislación peruana no contiene una definición sobre instrumentos financieros híbridos, ni le otorga un tratamiento particular a este tipo de financiamiento no tradicional. No obstante, encontramos que la doctrina ha desarrollado esta problemática, y que las normas vinculantes de carácter internacional (CDIs y Decisión 578 – CAN) contienen definiciones sobre intereses y dividendos que nos resultan útiles para identificar el retorno de un financiamiento como capital o como deuda. Con relación a la jurisprudencia local, con excepción de dos pronunciamientos relativos al retorno del asociado en contratos de asociación en participación, atribuimos la ausencia de pronunciamientos sobre esta materia al hecho de que nos encontramos ante una modalidad de financiación novedosa para el Perú, lo que explicaría que las controversias sobre el tratamiento fiscal de los instrumentos financieros híbridos no hayan llegado a los tribunales peruanos.

Ahora bien, aquello que resulta novedoso para el Perú surgió décadas atrás en regiones de economías avanzadas, donde los instrumentos financieros híbridos fueron estructurados con la finalidad de reducir costos y obtener ventajas en el ámbito contable, financiero, regulatorio y tributario. (Núñez, 2010). Así, al tratarse de una problemática que ha estado presente a lo largo de los años en distintos países, la presente sección plantea como punto de partida comprender cómo otras las legislaciones fiscales vienen afrontando los conflictos de clasificación de los instrumentos financieros híbridos.

A partir de la revisión de doctrina local e internacional, se han identificado métodos considerados “tradicionales” para resolver la problemática de clasificación antes expuesta. Nótese que esta sistematización ha sido realizada por diversos autores a partir del estudio de legislación comparada, investigaciones que resultan de fácil comprensión pese a remitirse a experiencias de países del *common law* o derecho anglosajón.

La aproximación a los métodos adoptados por parte de otros países resulta interesante en términos didácticos, los mismos que pasaremos a exponer a continuación:

- (i) Prevalencia de la forma jurídica, en virtud de la cual la clasificación de un instrumento financiero como retorno de capital o retorno de deuda será determinada sobre la base de la nomenclatura dada por cualquier norma que forme parte del ordenamiento jurídico;
- (ii) *Test* denominado “*Debt and Equity Characteristics Approach*”, que busca clasificar una operación como de capital o de deuda sobre la base de las características que se desprendan de su estructura;
- (iii) “*Single determinative factor*”, que busca realizar la clasificación del retorno sobre la base uno o dos elementos predominantes, y
- (iv) Principio de sustancia sobre la forma o “*Substance over form*”, que establece que la clasificación del instrumento financiero híbrido se realizará atendiendo a la sustancia económica propia de su naturaleza, y no sobre la base de un *test*.

Estas modalidades nos brindan distintos enfoques para resolver la problemática de clasificación de los instrumentos financieros híbridos, las cuales serán materia de comentario a fin de comprender y evaluar los aspectos positivos y negativos de su implementación. Además, serán analizadas como parte del estudio de la legislación interna de Estados Unidos y España. La elección de estos países obedece a la distinta perspectiva para hacer frente a estos conflictos, pues nos permiten entender cuál ha sido el resultado de la aplicación de las modalidades antes citadas. Así, por un lado, Estados Unidos posee una economía avanzada, que históricamente ha sido una de las pioneras en producir normas que permitan clasificar un rendimiento como de capital o deuda, al margen de su forma jurídica. Además, cuenta con innumerables pronunciamientos jurisprudenciales que nos permiten realizar un análisis crítico sobre la forma de resolver esta problemática, particularmente porque hacen prevalecer la sustancia económica sobre la forma jurídica. En lo que respecta a España, nos encontramos ante un país cuyo mercado no es sofisticado en términos de operaciones financieras, por lo que su forma de resolver los conflictos de clasificación podría asemejarse al caso peruano. Por ejemplo, Perú y España coinciden en contar con definiciones legales sobre intereses y dividendos y, además, rechazan de manera categórica la calificación económica de hechos

para fines fiscales. Además, como se verá a detalle más adelante, la Norma XVI del Código Tributario incorporada mediante Decreto Legislativo N° 1121 fue inspirada en la Ley General Tributaria Española del año 2003.

Por otro lado, tratándose de operaciones de financiamiento que involucran a más de una jurisdicción, se incluirá una breve referencia a las reglas adoptadas por los países a fin de evitar las oportunidades de arbitraje fiscal, el mismo que tiene lugar cuando se aprovechan las diferencias entre las legislaciones locales para conseguir ventajas fiscales (Avi-Yonah 2007). De esta manera, se abordará la problemática generada por las operaciones de financiamiento transfronterizas, haciendo una breve referencia a la Acción 2 del Plan de Acción BEPS (Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios o *Base Erosion and Profit Shifting*, por sus siglas en inglés). Dicha acción desarrolla las reglas que deben adoptar los Estados a fin de neutralizar los efectos de los instrumentos financieros híbridos que, principalmente, busca que las legislaciones internas prevean concesiones fiscales para evitar la nula imposición.

2.1. INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS EN LEGISLACIONES EXTRANJERAS

De acuerdo con lo señalado por Núñez (2010), casi todas las legislaciones tributarias en el mundo otorgan un disímil tratamiento del impuesto a la renta sobre los conceptos de deuda y capital. Ello, pese a que una corriente de autores sostiene que en aplicación estricta del Principio de Neutralidad (en virtud del cual el tratamiento fiscal debe distorsionar lo menos posible las decisiones de los agentes económicos), todo tipo de financiamiento debe recibir el mismo tratamiento tributario, no debiendo distinguirse en función de la forma adoptada para concretar tales operaciones (Aguilar, 2001). En esa línea de pensamiento, Jakob señala que “*la legislación fiscal no debería favorecer el endeudamiento y la financiación de capital a las empresas*” (2010, p.20).

Respecto a la posibilidad de aplicar un mismo tratamiento tributario a los retornos de deuda y de capital, Núñez (2009), citando a Emmerich (1985) resalta que aun cuando la tendencia de la teoría financiera está alineada con la eliminación de las distinciones entre deuda y capital, ello no resulta aplicable desde el punto de vista fiscal, salvo que se busque la abolición total del impuesto a la renta corporativo. Lo antes mencionado se ve corroborado en la medida que las legislaciones fiscales internas de los Estados incorporan, como regla general, la distinción entre capital y deuda, es decir, existe un

disímil tratamiento tributario para los intereses y para los dividendos. Así, los intereses son considerados gastos deducibles, pues constituyen desembolsos necesarios para la actividad del negocio (el financiamiento permite –potencialmente– generar ingresos), mientras que los dividendos son considerados gastos no deducibles (para el sujeto pagador) y renta no gravada (para el sujeto receptor). Cabe agregar que existen países, como el Perú, donde los dividendos sí generan rentas gravadas para el beneficiario de los mismos, tal y como ha sido señalado en el apartado 1.1.4.

Ahora bien, como fuera señalado en la parte introductoria del presente acápite, las legislaciones locales de diversos países han acogido métodos para intentar resolver el problema de clasificación de los instrumentos financieros híbridos. A continuación, comentaremos los más relevantes:

- **Primer método** : Predominancia de la forma jurídica

Según lo señalado por Córdova (2007), los especialistas han optado, de manera uniforme, por partir del tratamiento legislativo que el ordenamiento común haya otorgado a determinada operación de financiamiento (p. 132). Así, de acuerdo a este método, si el Código Civil peruano señalase que los préstamos participativos constituyen operaciones de crédito, la legislación fiscal deberá seguir dicha clasificación, al margen de que la estructura de financiamiento contenga elementos de capital.

Agrega dicho autor que, al existir una norma legal expresa que califique un instrumento como de deuda o de capital, el tratamiento tributario deberá ceñirse a lo allí dispuesto, en la medida que la legislación fiscal no prevea una disposición en contrario. (p. 133).

Sobre el particular, somos de la opinión que esta alternativa ya vendría siendo aplicada en el Perú. Así, la norma IX del TUO del Código Tributario admite la posibilidad de usar normas distintas a las tributarias, siempre que estas no se les opongan o desnaturalicen. Por ello, ante la usencia de normativa fiscal, podría recurrirse a la regulación de otros sectores. No obstante, corresponde ser muy cuidadosos con su aplicación.

Pensemos en el caso de una norma que contenga una definición sobre las acciones preferentes, clasificándolas como retorno de capital. Creemos que dicha definición deberá ser leída poniendo especial énfasis en el contexto en que ha sido dada. Así, corresponde verificar cuidadosamente cuál es su ámbito de aplicación.

En el caso antes sindicado, si una norma X señala que las acciones preferentes constituyen retornos de capital para fines del sistema financiero, entonces sería cuestionable que se pretenda extenderla a sectores o situaciones distintas al sector financiero, y mucho menos como disposición fiscal para todos los contribuyentes que posean acciones preferentes. Sin embargo, en caso la redacción de dicha norma señale que la definición allí contenida resulta aplicable “para todos los efectos”, consideramos que sí sería atendible que la clasificación realizada por una norma jurídica distinta a la fiscal resulte vinculante para fines tributarios, lectura que debe surgir de la propia redacción de la ley.

Cabe resaltar que la definición o clasificación que resulte relevante deberá ser la contenida en una norma con rango de ley, no siendo admisible la regulación incorporada mediante una norma con rango de infralegal, situación que consideramos atentaría contra el Principio de Reserva Tributaria (en virtud del cual los aspectos esenciales de la configuración del hecho imponible deben encontrarse en una norma con rango de ley).

Sin perjuicio de lo antes señalado, cabe mencionar que la aplicación de este método no resuelve la problemática de lo que consideramos constituye una *insuficiente* regulación dentro del ordenamiento jurídico (falta de mayores o mejores definiciones), en cuyo caso corresponderá recurrir a otra modalidad. Esto demuestra que **la propuesta aquí planteada no resolvería por sí sola los conflictos generados por los instrumentos financieros híbridos.**

- **Segundo método** : “*Debt – Equity characteristics approach*”

De acuerdo con este método, los retornos serán clasificados sobre la base de un *test* que contiene las características del financiamiento a través de deuda y de

capital, de tal manera que se busca encajar al retorno híbrido en la categoría donde exista mayor coincidencia.

Según reportes de autoridades australianas (Australian Treasury, s/f) algunos elementos a considerar como parte de este *test* son:

- Términos del reembolso de la inversión
- Tasa de retorno pactada
- Contingencia del pago
- Participación en pérdidas y ganancias
- Prioridad ante la liquidación de la empresa
- Control sobre el pago
- Forma legal adoptada
- Otros factores, como amortización o rescate automáticos, seguridad dada al inversionista, garantías dadas al inversionista, monto de utilidades acumuladas disponibles para distribución del inversionista, etc.

Como lo señala Wood (1999), este método constituye un intento por categorizar los instrumentos financieros en función de si tienen más características de deuda o de capital. **No obstante, consideramos que dicho *test* conlleva un alto grado de discrecionalidad por parte de las autoridades fiscales**, pues si bien establece un listado de características para identificar dónde hay mayor coincidencia, **no explica qué factores son predominantes o esenciales al momento de efectuar la respectiva clasificación.**

Por ello, somos de la opinión que este método genera **incertidumbre**, en tanto que la valoración sobre los elementos de capital y deuda queda a expensas del sujeto que tiene a su cargo realizar la categorización. Además, en tanto que los instrumentos financieros híbridos son constantemente innovados, su estructura ameritará un análisis particular, resultando que los elementos del *test* no generarán la predictibilidad esperada.

- **Tercer método** : “*Single determinative factor*”

A efectos de superar la crítica sobre el método comentado líneas arriba, se plantea contar con uno o dos elementos característicos que resulten determinantes para establecer la clasificación de un retorno como de capital o deuda.

Como lo comenta Wood (1999), una posibilidad de aplicar este método (que él denomina *Tax Hybrids as Equity or Tax Hybrids as Debt*) consiste en establecer una definición clara y precisa sobre deuda, de tal manera que todo aquello que no sea comprendido en dicho concepto será calificado como retorno de capital. Además, agrega que no solo se supera la incertidumbre generada por la aplicación del *test*, sino que esta fórmula resulta menos compleja de incorporar en las legislaciones. No obstante, la desventaja de utilizar una definición o establecer elementos predominantes para clasificar un retorno como capital o deuda, radica en que sería fácilmente discontinuado. Esto quiere decir que, ante las nuevas estructuras híbridas, es posible que este método requiera de una constante actualización.

Una forma simplificada de aplicar este método es propuesta por Emmerich, quien plantea solo dos características de deuda a efectos de resolver el conflicto de los instrumentos financieros híbridos: (i) que se trate de una promesa incondicional, escrita, de pagar determinada suma de dinero, con la sola exigencia del acreedor; y (ii) que dicho pago se realice en una fecha específica. De esta manera, el autor sostiene que las empresas se verían forzadas a usar instrumentos estrictamente de deuda en lugar de instrumentos financieros híbridos, a fin de gozar del tratamiento tributario aplicable a los intereses. (1985, pp. 143-146). Esta alternativa generaría predictibilidad sobre la base de incluir en la legislación local las características que, teóricamente, son propias de una operación de deuda. Sin embargo, advertimos que nos encontramos ante un tipo de cláusula anti elusiva específica, sobre la cual estaríamos confiando la tarea de resolver la clasificación de los instrumentos financieros híbridos. Como lo señala Núñez (2009), sería cuestión de tiempo para que los contribuyentes encuentren la forma de evitar la configuración de este tipo de cláusulas, por lo que bastaría con estructurar una operación “a la medida” para desvirtuar la clasificación propuesta por la norma.

Sobre el particular, somos de la opinión que las cláusulas anti elusivas específicas resultan útiles en toda legislación tributaria, en tanto que buscan resolver un conflicto generado por el dinamismo de la economía y el factor estático propio de la legislación. Sin embargo, creemos que **no es la forma más eficiente de hacer frente a la problemática de los instrumentos financieros híbridos**, por los motivos que han sido comentado por Núñez (2009) en el párrafo anterior.

- **Cuarto método** : “*Substance over form*” también denominado “*Facts and circumstances approach*”

Núñez (2009, p. 23) propone solucionar el conflicto de los instrumentos financieros híbridos siguiendo los siguientes factores:

- Analizar la operación como un todo, y no dividiendo sus componentes.
- Partir del tratamiento otorgado por la legislación civil.
- En caso de inconsistencia, realizar el *test* de sustancia sobre la forma.

En opinión del autor, resulta indispensable tomar en cuenta la situación financiera de la compañía, así como su estructura societaria y las relaciones con sus accionistas. Así, la distinción entre deuda y capital no puede ser sostenible si solo se basa en características abstractas en lugar de una clasificación estructural, es decir, tomando en cuenta todas las circunstancias y condiciones vinculadas con el instrumento emitido. (Núñez, 2009, p. 25). De esta manera, en palabras de Hariton (1993), “*la verdadera cuestión no está en cuántas características de deuda posee el instrumento, sino en qué medida dicho instrumento aísla al inversionista del riesgo y beneficios del sujeto emisor ...*” (p. 522).

Estados Unidos, como se verá más adelante, ha adoptado este método para resolver sus conflictos de clasificación; no obstante, el análisis económico de la estructura adoptada ha generado que se emitan innumerables pronunciamientos por parte de los tribunales que resultan ser largos, costosos y controversiales. (Aleksandra, 2014) Esto nos lleva a afirmar que el método de sustancia sobre la forma **genera un alto grado de discrecionalidad e inseguridad jurídica, por cuanto su aplicación requiere que la jurisprudencia analice cada caso**

concreto, lo que no permite que los agentes económicos puedan predecir el impacto fiscal de las operaciones de financiamiento, quedando a la expectativa del análisis que realice el Tribunal que tenga a la vista la operación.

A continuación, analizaremos el caso de Estados Unidos y España a fin de comprender cómo sus legislaciones internas tratan la problemática de los instrumentos financieros híbridos.

2.1.1. CASO DE ESTADOS UNIDOS

La sección 163(a) del *Internal Revenue Code* (en adelante, "IRC") permite a los contribuyentes deducir el interés pagado o atribuido; tratamiento que no resulta aplicable a los retornos de capital en forma de dividendos.

El IRC no establece alcances a efectos de distinguir deuda de capital; no obstante, como parte de la reforma fiscal de 1969, se incluyó la sección 385(a), mediante la cual el Congreso autorizó al *Internal Revenue Services* (en adelante, "IRS") a emitir tantas disposiciones como fuesen necesarias para determinar si el interés de una corporación debe ser tratado como deuda o como capital (o parte como deuda y parte como capital). La sección 385(b) agrega que las reglas que emita el IRS debían incluir, por lo menos, los siguientes factores:

- Si existe una promesa escrita, incondicional, de pagar determinada suma de dinero y una tasa fija de interés, en una fecha determinada, a exigencia del acreedor.
- Si existe subordinación o preferencia sobre cualquier otro crédito de la empresa.
- Margen de deuda o capital de la empresa.
- Si es posible realizar conversión en capital.
- Relación entre los inversionistas y los acreedores de deuda.

Asimismo, la sección 385(c) incorporada en 1992 señala que la clasificación realizada por el sujeto emisor del instrumento de deuda y la empresa pagadora resulta vinculante entre ellos, mas no respecto del IRS. Cabe anotar en el 1980 el IRS emitió una serie de regulaciones en virtud de la sección 385 antes mencionada, las mismas que fueron

dejadas sin efecto luego de un corto período de tiempo por tratarse de medidas que no resultaban acertadas. Desde esa oportunidad, hasta el 2016, no se emitieron disposiciones para implementar lo señalado por el IRC.

Hacia fines del 2016, el IRS emitió las denominadas “*Final 385 Regulations*” que desarrollan la sección 385 a través de cuatro secciones. La primera contiene reglas y definiciones generales; la segunda establece requisitos documentarios; la tercera desarrolla una serie de acciones que operan para recalificar determinadas operaciones de préstamo como retornos de capital para efectos del impuesto federal; y la cuarta establece el tratamiento sobre las reglas de recalificación para grupos consolidados. Cabe precisar que esta reglamentación tiene lugar, principalmente, en el marco de operaciones entre partes vinculadas o como parte de Empresas Multinacionales (MNEs por sus siglas en inglés).

Atendiendo a la reciente regulación de la sección 385, durante varias décadas la problemática de clasificación de los instrumentos financieros híbridos estuvo a cargo de la jurisprudencia que, a través de sus pronunciamientos, desarrolló sus propias guías y lineamientos. En ese sentido, la metodología de los tribunales consistió en establecer una lista de potenciales factores y sobre ello evaluar las características de capital y deuda de manera integral. A modo de ejemplo, un *test* de trece y once factores es usado en el caso *Estate of Mixon v. United States* (1972) y *Roth Steel Tube Co. v. Comm’r* (1986), respectivamente. (Barton & Sager, 2007)

En la línea de lo antes mencionado, en noviembre de 2001 el Departamento del Tesoro del IRS emitió el memorándum 2002205031 absolviendo una consulta planteada con relación a la calificación de operaciones de financiamiento como capital o como deuda. El caso propuesto involucraba a partes vinculadas y terceros ajenos al grupo económico. Como parte del análisis, se señala que la evaluación debe realizarse en virtud de la sustancia de la operación y no de la forma, especialmente si las partes en la transacción son entidades controladas. Así, menciona que cuando partes vinculadas ocupan ambos lados de la “mesa de negociación”, la forma y las etiquetas no necesariamente corresponden a la realidad económica, pues las partes pueden estructurar las operaciones como mejor se acomode a sus intereses. Agrega que a efectos de determinar si una transacción constituye deuda o capital, los hechos y circunstancias

particulares deben ser examinados. Esto guarda coherencia con el hecho de que los tribunales no han adoptado un único enfoque cuando analizan cada caso.

Un párrafo que particularmente llama nuestra atención señala textualmente que “(...) *la Corte analiza si existe una genuina intención de crear deuda, con una razonable expectativa de retorno... y si esa intención se ajusta a la realidad económica de crear una relación deudor-acreedor.*” (2001, p.2). Notamos que existe una referencia a la intención de las partes, la misma que no vemos desarrollada a mayor abundamiento a lo largo de dicho documento. Sin perjuicio de ello, en adición a dicha intención, las Cortes toman en consideración doce factores (ninguno se toma como determinante) como parte una lista enunciativa:

- (i) El nombre y la presencia de un acuerdo escrito que demuestre el endeudamiento;
- (ii) la existencia de una fecha de vencimiento fija,
- (iii) si existe una fuente razonable de pagos;
- (iv) si existe el derecho a exigir el cumplimiento del pago;
- (v) si el emisor aumenta su participación en la gestión como resultado del pago;
- (vi) el grado de subordinación de la deuda respecto de otros créditos;
- (vii) la solidez del patrimonio respecto de la deuda;
- (viii) la identidad de interés entre acreedor y accionista;
- (ix) si la fuente de los pagos de intereses proviene de las ganancias;
- (x) la capacidad de la empresa de obtener crédito de fuentes externas;
- (xi) el uso de fondos para bienes de capital o el riesgo involucrado en la realización de los anticipos; y
- (xii) el incumplimiento del deudor.

En base a lo antes mencionado, no cabe duda que Estados Unidos adopta el método de *Substance Over Form*; no obstante, utiliza el método *Equity-Debt Characteristics Approach* como lineamiento para que los tribunales analicen cada caso concreto. **Debemos resaltar que no existe una regla que señale un factor predominante, por lo cual el resultado de la calificación fiscal queda a expensas de la evaluación que realice la Corte.**

Con relación a la efectividad de este método, Chiang & Ted Englebrecht (2013) comentan una serie de estudios empíricos sobre la base de la jurisprudencia

norteamericana, donde se señala que de una muestra de ochenta y cuatro casos judiciales llevados a cabo en los últimos treinta años, es posible advertir que los tribunales han utilizado dos factores de manera recurrente: (i) el derecho de exigir el cumplimiento de pago; y (ii) la fuente del pago. La fuente del pago es entendida como la situación financiera en que se encuentra el deudor al momento de efectuarse el préstamo. Si existiera una razonable expectativa de obtener la retribución pactada, esta condición se dará por satisfecha. Caso contrario, si las finanzas del deudor mostrasen que resulta improbable que pueda cumplir con sus obligaciones al momento de pactarse la operación, nos encontraremos ante un retorno de capital.

A modo de ejemplo, en el caso *Delta Plastics v. U.S* (2003) nos encontramos ante dos sujetos que, antes de fundar una empresa sobre productos plásticos, reciben de terceros no vinculados (anteriores clientes, para ser exactos) diversos préstamos garantizados, así como pagarés u otros títulos de financiamiento. Los pagarés establecían que el pago se realizaría en un plazo de diez años, siendo que las cuotas incluirían capital e interés. La obligación de pago era incondicional, y los acreedores tenían conocimiento y expectativas de que la empresa deudora sería exitosa. En base a lo antes mencionado, en tanto que existía una promesa incondicional de devolver el dinero y existía una razonable expectativa de recibir dichos pagos, ambos factores inclinaban la balanza hacia retornos de deuda.

Distinto es el caso *Ramig v. Comm'r* (2011) donde un sujeto que formó una *start-up* realizó supuestos préstamos y emitió pagarés a favor de la compañía, pues era recurrente que esta última carezca de efectivo para realizar el pago de planilla y cubrir gastos. La compañía no solo estaba decayendo, sino que mantenía un historial de pérdida. Ante dicho escenario, las expectativas de que dicho sujeto vea devuelto su dinero estaban sujetas a que la compañía vea aumentado su capital. Por ello, al resultar cuestionable si existía una obligación incondicional de pago y al haber de por medio una compañía que no contaba con solidez patrimonial, el resultado era que ambos factores se inclinaban por un retorno de tipo capital.

Como se puede observar, el tratamiento fiscal de los retornos producidos por instrumentos financieros híbridos se resuelve sobre la base de un análisis casuístico de realidad económica, considerando una serie de factores que históricamente han sido sopesados por la jurisprudencia para efectos de emitir sus respectivos fallos. No

obstante, no se trata de factores vinculantes o que resulten definitivos, razón por la cual creemos que el caso de Estados Unidos ha dejado, por muchas décadas, a discrecionalidad de sus tribunales la resolución de esta problemática, lo que estaría generando incertidumbre respecto de operaciones cuyas características se encuentran en la frontera del capital y deuda. Sin embargo, creemos que las nuevas modificaciones incorporadas por el IRS como parte de la implementación de la sección 365 del IRC traerán nuevas experiencias, pues existirá una norma legal que sirva de guía para la jurisprudencia.

2.1.2. CASO DE ESPAÑA

De manera similar al caso de Estados Unidos, como regla general, los intereses pagados por sujetos residentes en España constituyen gastos deducibles; mientras que los dividendos generan ingresos exentos de tributación.

Ahora bien, no existe en la legislación española una definición de instrumentos financieros híbridos; no obstante, podemos encontrar diversas referencias sobre la definición de dividendos e intereses. El término dividendo aparece en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, "TRLIS") donde se señala que comprende, entre otros, a "*otros rendimientos derivados de la participación en los fondos propios*". Por su parte, el Texto Refundido de la Ley del Impuesto a la Renta sobre Personas Físicas (en adelante, "TRLIRPF") atribuye el mismo tratamiento tributario de los dividendos a cualquier otra utilidad obtenida por la condición de socio, accionista o partícipe. Además, excluye de manera expresa a los derechos de suscripción preferente, rendimientos de obligaciones convertibles, así como los resultantes de ejercitar el derecho de separación de socios y los rendimientos por préstamos participativos, entre otros. Otra referencia al término dividendo la podemos encontrar en la Directiva Comunitaria 90/435/CEE (2003), donde alude a la expresión genérica de "*distribuciones de beneficios o beneficios distribuidos*". (Lucas Durán, 2010)

Con relación a los intereses, el TRLIRPF contiene una relación de supuestos que serán calificados como "*rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios*". En el ámbito de la norma comunitaria, la Directiva 2003/49/CE aplicable para operaciones entre sociedades asociadas define a los intereses como rendimientos de los créditos de cualquier clase. (Lucas Durán, 2010)

Cabe precisar que las disposiciones contenidas en directivas comunitarias resultan vinculantes para las operaciones realizadas entre los sujetos integrantes de la Unión Europea, resultando relevantes los conceptos y definiciones proporcionados en ellas por tratarse de normas supranacionales.

Con relación al problema generado por los instrumentos financieros híbridos, debemos mencionar que el mercado español no es considerado como sofisticado o atractivo para la utilización recurrente de este tipo de operaciones (Jiménez-Blanco, 2010); por ello, el método para hacer frente a esta problemática lo encontramos a través de una cláusula anti elusiva general, y de interpretación jurídica: “(...) *las obligaciones tributarias se exigirá con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho... cualquiera sea la forma o denominación que los interesados le hubieren dado (...)*”. (Ley General Tributaria, 1995).

De esta manera, el legislador español ha optado por realizar la calificación de los hechos sobre la base de su naturaleza jurídica, y no económica. Para dichos efectos, se valdrá de las distintas definiciones y conceptos desarrollados en los apartados referidos a dividendos e intereses que, como hemos mencionado anteriormente, contienen referencias sobre lo que debe entenderse por tales operaciones. Además, se plantea un listado de operaciones que generan, en todos casos, retornos de capital.

Sin perjuicio de lo antes señalado, sí encontramos un desarrollo jurisprudencial sobre la problemática de los instrumentos financieros híbridos. En palabras de Fernández González de Torres (2016), los factores que resultan de carácter predominante para los tribunales son:

- La intención de las partes;
- La probabilidad de que el emisor pueda efectuar el pago, a su vencimiento;
- El plazo de vencimiento del instrumento;
- En el caso de los préstamos de accionistas, si un prestamista sin relación, independiente, hubiera hecho un préstamo a la empresa en condiciones similares.

A modo de ejemplo, nos referiremos al Recurso N° 1255/2011 (2011) que involucra la recalificación de un préstamo participativo en aportaciones de socios. En dicho caso, el

Tribunal Supremo analizó las condiciones pactadas por las partes (préstamo sin fecha de vencimiento, entre partes vinculadas, sujeto a la existencia de beneficios en la sociedad, entre otros), y determinó que tales circunstancias constituyen un endeudamiento a través capital, pues dicha operación no se hubiera concertado entre partes independientes.

De igual manera, el Recurso Nº 4261/2009 (2012) analiza el caso de una aportación al capital que fue recalificada por el Tribunal Supremo como préstamo. Las condiciones que fueron objeto de escrutinio llevaron a concluir que existía una contradicción entre un aporte para cubrir pérdidas que fuera posteriormente devuelto y las subsiguientes reducciones y ampliaciones de capital. En ese sentido, el Tribunal advierte que la verdadera naturaleza de la operación es un préstamo.

Como se puede observar, los tribunales españoles adoptan un *test* a efectos de establecer la naturaleza jurídica de la operación. Debemos resaltar que este listado de factores puede ser extraído de la revisión de los diversos pronunciamientos; no obstante, esta materia no ha sido objeto de una importante producción normativa como sí sucede en el caso de Estados Unidos.

En lo que respecta a la efectividad de este método, consideramos que la aplicación de la cláusula anti elusiva general española resulta útil en tanto que los lineamientos que sustentan su proceder estén contenidos en la propia legislación, pues no resulta atendible realizar una calificación jurídica sobre la base de elementos que no se encuentren debidamente contenidos en el ordenamiento jurídico. Prueba de esta intención de juridizar el análisis de la clasificación de los retornos como capital o deuda lo encontramos en la modificación introducida por la Ley 27/2014 respecto a los préstamos participativos. Así, mediante una ley, se ha establecido un distinto tratamiento tributario para aquellos préstamos que involucren la pertenencia o no a un grupo de sociedades. (Álvarez, 2015)

A partir de dicha modificación, el elemento que deberá analizarse para determinar la fiscalidad de los préstamos participativos está vinculada con la calidad del sujeto que interviene. En caso dichas operaciones se hayan llevado a cabo entre empresas que formen parte de un mismo grupo de sociedades, la retribución será considerada sobre fondos propios, debiendo considerar los intereses pactados como dividendos. De esta

manera, es posible afirmar que el legislador ha hecho predecible la fiscalidad de préstamos participativos intragrupo, dotando a los contribuyentes de una herramienta relevante en términos de seguridad jurídica.

Como se puede observar, el caso español utiliza una mezcla de métodos para resolver los conflictos generados por los instrumentos financieros híbridos. En tanto que otorga relevancia a la calificación jurídica de los hechos, esto guarda un grado de similitud con el método de “predominancia de la forma jurídica” (primer método), mientras que la jurisprudencia que resuelve cada caso concreto realiza una suerte de *test* de factores (segundo método), haciendo referencia de manera reiterada a cuatro elementos predominantes (tercer método) que nos indican que nos encontramos ante un retorno de deuda.

2.2. INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS EN OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS

El financiamiento de una empresa es, sin lugar a dudas, un factor esencial para el desarrollo de cualquier negocio. Así, ante la disyuntiva de optar por endeudamiento a través de préstamos o a través de capital, corresponde evaluar una multitud de factores que podrían resultar determinantes para la toma de dicha decisión. (Bundgaard & Tell, 2010). Tales factores tienen importancia tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional, pues en este último caso se plantea una cuestión de enorme importancia: ¿cuál sería la tributación aplicable a los sujetos involucrados en las respectivas jurisdicciones? (Lucas Durán, 2010)

Como bien lo señaláramos anteriormente, la regla general es que los intereses constituyan gastos deducibles para fines del impuesto a la renta a cargo del deudor, mientras que los dividendos generan rentas exentas en cabeza del perceptor. Así, la presencia de instrumentos financieros híbridos tendrá importancia significativa si, como resultado de la calificación de los retornos generados, un mismo instrumento obtiene un trato diferente, para fines fiscales, en el país de emisión y en el país de propiedad. (Duncan, 2000).

Ante dicha situación, diversos países de economías avanzadas han adoptado reglas para evitar la duplicidad de ventajas por motivo de la distinta clasificación de los retornos

generados por los instrumentos financieros híbridos. En tanto que no hay un método universalmente aceptado para resolver los conflictos de clasificación, se abren las puertas a las situaciones de arbitraje internacional, a través del cual es posible estructurar operaciones que gocen de beneficios fiscales en el país emisor del financiamiento y en el país receptor del mismo, llegando incluso a supuestos de doble no imposición.

Ante dicho escenario, por ejemplo, la legislación de Estados Unidos toma en cuenta la duplicidad de ventajas para la aplicación de disposiciones anti abuso, en virtud de las cuales niega la deducción de gastos (por intereses) o exención de ingresos (por dividendos). De igual manera, la Unión Europea incorpora este tipo de disposiciones para los Estados miembros, entre los cuales se realizan concesiones para evitar la obtención indebida de ventajas fiscales.

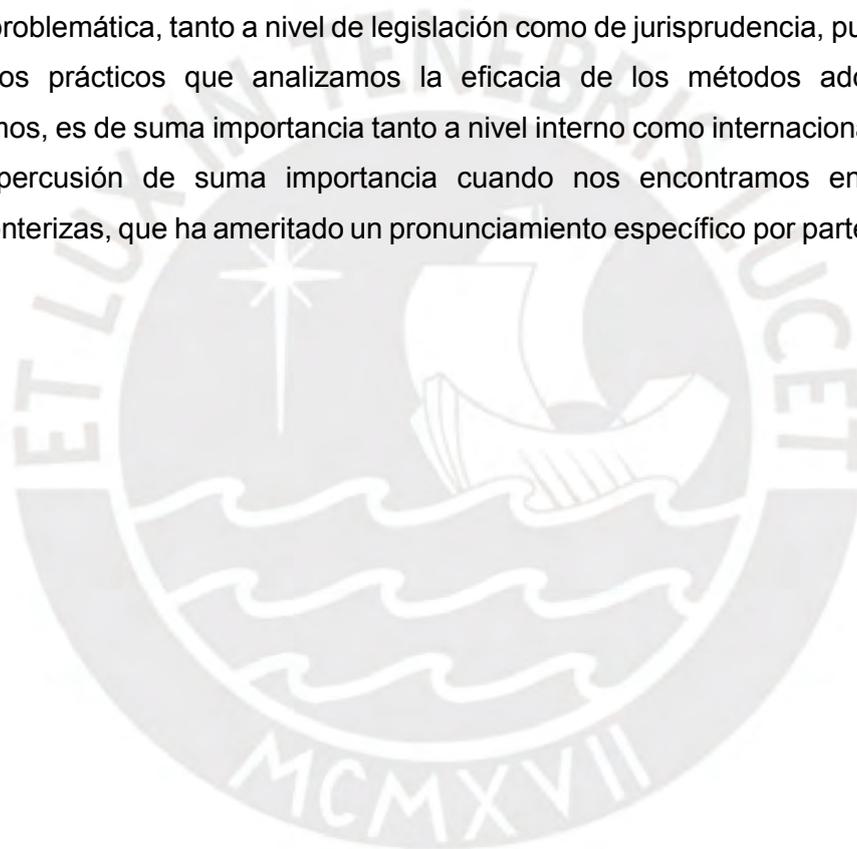
Como bien lo menciona Duncan (2000), los países de economías avanzadas han tenido necesariamente que establecer reglas destinadas a abordar los problemas planteados por los instrumentos financieros híbridos. Sin embargo, en otros países, la emisión infrecuente o inexistente de instrumentos no tradicionales en los mercados nacionales de capital ha hecho que no haya reglas para el tratamiento de tales instrumentos.

En dicho contexto tiene lugar la Acción 2 del Plan BEPS. Dicha acción desarrolla las reglas que deben adoptar los Estados a fin de neutralizar los efectos de los instrumentos financieros híbridos. De acuerdo a lo señalado en el Reporte Final (OCDE, 2015), para efectos de aplicar las reglas propuestas por la OCDE mediante la Acción 2, no es necesario que el contribuyente o la Administración Tributaria de un Estado conozca el método empleado para calificar el retorno como capital o deuda, en el otro. Ello, en tanto que se parte de la premisa de que cada jurisdicción tiene claridad sobre el tratamiento fiscal aplicable según sus normas internas, siendo que la incongruencia en la calificación del instrumento financiero híbrido en dos o más jurisdicciones será evidente con la sola comparación de los beneficios adoptados (i.e. deducción de gastos por intereses, rentas exentas por dividendos).

Cabe anotar que, si bien la Acción 2 del Plan BEPS no es el eje central del presente trabajo, las reglas propuestas para solucionar estos conflictos parten de la premisa de que las legislaciones locales ya han incorporado métodos para resolver los problemas

de clasificación, no habiendo espacio para la incertidumbre sobre el tratamiento tributario aplicable. Sobre ello radica la importancia del presente capítulo, pues hemos podido advertir que existen distintos métodos para hacer frente a los conflictos de calificación sobre los retornos generados por los instrumentos financieros híbridos. Casos como los de Estados Unidos y España nos muestran que las formas de solución contenidas en las legislaciones locales pueden ser diametralmente opuestas, pues juega un importante rol conocer si nos encontramos ante economías avanzadas o en mercados donde este tipo de operaciones no tradicionales recién comienzan a surgir.

Creemos que la experiencia internacional nos permite conocer si es posible dar solución a esta problemática, tanto a nivel de legislación como de jurisprudencia, pues es a través de casos prácticos que analizamos la eficacia de los métodos adoptados. Ello, reiteramos, es de suma importancia tanto a nivel interno como internacional, pues existe una repercusión de suma importancia cuando nos encontramos en operaciones transfronterizas, que ha ameritado un pronunciamiento específico por parte de la OCDE.



SECCIÓN TERCERA

INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS: PROPUESTA PARA EL CASO PERUANO

Como fuera advertido en secciones anteriores, la legislación peruana no contiene disposiciones en materia de instrumentos financieros híbridos. No obstante, ha sido tarea de la doctrina internacional recoger los métodos comúnmente adoptados por los países para hacer frente a esta problemática, siendo los más conocidos cuatro de ellos. El primer, segundo y tercer métodos fueron acogidos por España; mientras que el segundo y cuarto son propios de Estados Unidos; siendo que sus experiencias nos permiten afirmar que ninguno de ellos se libra de críticas sobre la efectividad para resolver la problemática de clasificación de este tipo de instrumentos.

Dicho ello, la presente sección busca analizar, en primer término, si los métodos antes citados podrían ser aplicados en el caso peruano, tomando en consideración el marco normativo de nuestro país. Debemos tomar en cuenta que el caso peruano se asemeja al español, más que al americano, por cuanto los instrumentos financieros híbridos no han tenido presencia significativa en los últimos años, sino que forman parte de las innovaciones que trae consigo la globalización y reciente exposición de los capitales peruanos en el exterior. Posteriormente, buscaremos responder a la interrogante sobre la forma más eficiente de clasificar los retornos de los instrumentos financieros híbridos en el Perú, sea a través de alguno de los métodos antes comentados o mediante una propuesta mixta desarrollada a partir de la experiencia extranjera, que en nuestra opinión sería la más adecuada. Finalmente, plantearemos casos prácticos a efectos de evaluar cómo se resolverían los casos de: préstamos participativos, acciones preferentes y asociación en participación, tomando en consideración la propuesta alcanzada.

3.1. APLICACIÓN DE MÉTODOS EN EL PERÚ

A continuación, pasaremos a analizar los cuatro métodos que son tradicionalmente utilizados en el ámbito internacional para efectos de resolver los conflictos de calificación de los instrumentos financieros híbridos, tomando en consideración su aplicación para el caso peruano.

- **Primer método:** Predominancia de la forma jurídica

Según este método, al existir una norma legal expresa que clasifique un instrumento como de deuda o de capital, el tratamiento tributario deberá ceñirse a lo allí dispuesto, en la medida que la legislación fiscal no prevea una disposición en contrario. (Córdova, 2007, p. 133).

En el Perú, existen diversas formas de financiamiento que, desde el punto de vista financiero, poseen una clasificación como de capital o de deuda. Siguiendo este método, por ejemplo, la deuda subordinada no redimible (título emitido por entidades del sistema financiero que subordinan el pago de la retribución al cumplimiento de las obligaciones ordinarias, sin fecha de vencimiento) constituyen operaciones de deuda según lo señalado en la Ley General de Bancos, norma que reconoce que se trata de operaciones que poseen características de capital y deuda. Asimismo, dicha norma establece las condiciones en que tales rendimientos podrán ser considerados como parte del patrimonio neto de los bancos (rendimientos de capital).

Ante dicho escenario, surge la duda sobre la posibilidad de extender la clasificación efectuada por la Ley General de Bancos a la Ley del IR. Somos de la opinión que esto no resultaría adecuado por cuanto nos encontramos ante una norma del sector financiero, cuya clasificación obedece a factores que son aplicables, principalmente, a entidades bancarias. Siendo ello así, no resultaría acertado extender tales definiciones al ámbito tributario, situación que ejemplifica la dificultad de aplicar una norma de un sector tan especializado.

Este ejemplo, aunado a la insuficiencia de definiciones a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico que nos permitan resolver los problemas que se presenten por los distintos tipos de financiamiento, nos lleva a señalar que este método no resulta ser idóneo para el caso peruano.

- **Segundo método:** “*Debt – Equity characteristics approach*”

De acuerdo con este método, los retornos serán clasificados sobre la base de un *test* que contiene las características del financiamiento a través de deuda y de capital, de tal manera que se busca encajar al retorno híbrido en la categoría donde exista mayor coincidencia.

En el Perú, este método podría ser llevado a cabo de dos maneras:

- (i) A través de la incorporación de los elementos característicos de capital y deuda dentro de la legislación tributaria; o
- (ii) A través de la jurisprudencia, que sería la llamada a elaborar el listado de elementos propios de cada tipo de financiamiento.

Creemos que, de una u otra forma, esta alternativa no daría solución a la problemática de los instrumentos financieros híbridos, principalmente, por lo siguiente:

- La incorporación de elementos característicos de capital y deuda en la legislación no dotaría de predictibilidad a los operadores jurídicos respecto de la clasificación de los tipos de financiamientos acogidos. Así, en caso se incluyese como parte de la definición de dividendo que el accionista o beneficiario deberá ostentar poder de decisión sobre las actividades de la sociedad, o dentro de la definición de interés que el prestamista no asume riesgo alguno sobre la incobrabilidad, advertimos que, dada la particularidad de los instrumentos financieros híbridos, será común encontrar estructuras de financiamiento que compartan ambos elementos, por lo que la existencia de definiciones generará complejidad en la aplicación de la norma. En síntesis, el problema de calificación no se verá resuelto.
- Los elementos clásicos de capital y deuda podrían no ir de la mano con la innovación del mercado financiero en la elección de diversos tipos de financiamiento, siendo que sería necesario actualizar los criterios utilizados en el *test* a efectos de que la norma no caiga en desuso. Así, la existencia del poder de decisión para ostentar dividendos que planteamos como ejemplo en el párrafo anterior, podría verse relativizado con la existencia de nuevas estructuras de financiamiento, lo que requeriría una constante modificación legislativa y una inminente inseguridad jurídica.
- En caso se optase por ceder la elaboración de los elementos característicos a la jurisprudencia, ello podría conllevar un alto grado de discrecionalidad, por cuanto el Tribunal Fiscal (entidad a cargo de resolver las controversias en última instancia

administrativa) emitirá pronunciamientos según cada caso concreto, evaluando las particularidades de las operaciones materia de calificación. Por ello, somos de la opinión que se daría una situación similar a la ocurrida en Estados Unidos, donde existe una gran cantidad de criterios jurisprudenciales que no otorgan seguridad jurídica alguna. Cabe mencionar que la existencia de Jurisprudencia de Observancia Obligatoria (de obligatorio cumplimiento para la Administración Tributaria) podría reducir la discrecionalidad; no obstante, se generaría la necesidad de actualizar los criterios sobre la base de la innovación de los instrumentos financieros híbridos.

- **Tercer método** : “*Single determinative factor*”

Este método plantea contar con un solo elemento característico que resulte determinante para establecer la clasificación de un retorno como de capital o de deuda.

Creemos que este método podría ser aplicable en el caso peruano en la medida que sea el legislador quien adopte una posición sobre el elemento característico de capital o de deuda, de tal manera que la definición contenida en una norma con rango de ley señale, por ejemplo, que sea el poder de decisión sobre la sociedad lo que determine que nos encontramos ante un retorno de capital. Además, en tanto que se trate de una opción legislativa que haya ponderado distintos elementos para finalmente optar por uno de ellos, la crítica sobre la discontinuidad de dicho método por la innovación de los instrumentos financieros híbridos se vería menguada por la existencia de una decisión legislativa.

Cabe advertir que la existencia de un elemento determinante como parte de la legislación tributaria dotaría a las operaciones de financiamiento de seguridad jurídica, pues bastaría que un tipo de endeudamiento posea la característica escogida por el legislador para que encaje como retorno de capital o de deuda, según sea el caso. Sin perjuicio de ello, debemos mencionar que esto permitirá que se estructuren operaciones “a la medida” para evitar la configuración de determinadas consecuencias fiscales. Este último punto será materia de comentario en líneas posteriores, pues anticipamos que estamos ante la tarea encomendada a una la cláusula anti elusiva.

- **Cuarto método** : “*Substance over form*” también denominado “*Facts and circumstances approach*”

Con relación a la posibilidad de incorporar en la legislación peruana el Principio de Sustancia sobre la Forma, debemos mencionar que existe en nuestro ordenamiento un antecedente histórico en la Norma VIII del Código Tributario, disposición introducida por el Decreto Legislativo N° 816 de fecha 21 de abril de 1996. Dicha norma incorporó la denominada “interpretación económica”, en virtud de la cual la Administración Tributaria, en aras de determinar el hecho imponible, tenía la potestad de prescindir de las formas jurídicas adoptadas, siendo relevante únicamente la situación económica real.

No obstante, con fecha 22 de septiembre de 1996 se publicó la Ley N° 26663, mediante la cual se derogó el apartado antes mencionado, subsistiendo la potestad de la Administración Tributaria de “calificar” los hechos gravables que, en opinión de Novoa (2005, 86), constituye una potestad ordinaria de aplicación del tributo. Agrega dicho autor que el texto vigente (a dicha fecha) de la Norma VIII permitía subsumir los hechos gravables en la disposición legal pertinente, norma que sería interpretada utilizando métodos de interpretación jurídica y no económica, en tanto que esta última fue expresamente expulsada de nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, la verdadera naturaleza jurídica del hecho imponible no sería interpretada, bajo ningún supuesto, a partir de criterios de realidad económica.

Según lo señalado por Taboada (2001), la potestad de calificación de la Administración Tributaria no consiste en “*atribuir al negocio la naturaleza que le corresponde de acuerdo con la realidad económica*”. De esta manera, Novoa (2005, p. 35) precisa que la calificación debe realizarse “desde la ley” y de acuerdo a los límites y restricciones impuestos por esta. Nótese que esto no significa que las formas adoptadas por los particulares al momento de celebrar contratos o concretar negocios jurídicos sean incuestionables, sino que la calificación debe realizarse a partir de la apreciación de los hechos desde una perspectiva jurídica. (Novoa, p. 95).

Ahora bien, mediante Decreto Legislativo N° 1121 de fecha 18 julio 2012 se incorporó en el Código Tributario la Norma XVI, la cual se denomina “Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación”. Dicha norma recogía la potestad de calificación a la que hemos hecho mención líneas arriba; no obstante, agregaba disposiciones relativas a la aplicación de normas tributarias cuando las actuaciones de los contribuyentes no configuren, por ejemplo, actos usuales o propios. Esto último fue observado por la Ley N° 30230 publicada el 12 julio 2014, que dispuso la suspensión de la aplicación de la Norma XVI con excepción del párrafo referido a la calificación del hecho gravable y la existencia de supuestos de simulación. Esta suspensión se encuentra vigente a la fecha de la presente investigación, sin perjuicio de la publicación del Decreto Legislativo N° 1422 de fecha 13 de septiembre de 2018, mediante el cual se dispone, entre otros, que un Comité Revisor tendrá a su cargo la evaluación de situaciones elusivas de conformidad con la Norma XVI y se precisa, de manera algo confusa, que su vigencia no se encontrará condicionada a lo regulado en el artículo 8 de la Ley N° 30230 (referida a la suspensión). Sin temor a equivocarnos, consideramos que con dicho decreto legislativo no se ha dejado sin efecto la suspensión antes indicada.

A partir de lo antes mencionado, podemos advertir que el ordenamiento jurídico peruano ha rechazado la existencia de la interpretación económica, particularmente aquella donde se faculta a la Administración Tributaria a recalificar hechos jurídicos bajo principios económicos. Sin perjuicio de ello, y tratándose de una cuestión que no ha sido pacífica hasta la fecha, podemos afirmar que el Principio de Substancia sobre la Forma que viene aplicando Estados Unidos no resultaría viable en el Perú.

A continuación, pasaremos a comentar la forma que en nuestra opinión resulta ser la más adecuada para resolver los conflictos de clasificación de instrumentos financieros híbridos en el Perú.

3.2. PROPUESTA PARA EL CASO PERUANO

De manera preliminar, resulta importante aclarar que si bien la legislación tributaria peruana no recoge de manera expresa la definición de instrumentos financieros híbridos, ello no significa que nos encontremos ante un vacío normativo o laguna del derecho. Ello, por cuanto hemos sido enfáticos en señalar que la normativa aplicable

sobre el financiamiento a través de capital y de deuda nos lleva a conflictos de clasificación, es decir, no existe claridad sobre el impacto fiscal que genera este tipo no tradicional de operaciones de endeudamiento. En ese sentido, consideramos que no estamos ante una situación de ausencia de regulación, sino de deficiencia de la misma.

Desde el punto de vista conceptual, el primer capítulo se enfocó en identificar el marco normativo de los tipos de rendimientos generados (dividendos e intereses), que en la práctica buscaba desentrañar el significado atribuido a las definiciones de la Ley del IR. Para dichos efectos, descartamos que la literalidad de la norma nos ayude a resolver la problemática de clasificación de los instrumentos financieros híbridos, luego de lo cual recurrimos a la jurisprudencia como fuente de derecho a fin de obtener mayores alcances. Nótese que de acuerdo a la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, resultan aplicables todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho. Siendo ello así, no cabe duda que la entidad administrativa o jurisdiccional a cargo de resolver casuísticas como las aquí presentadas arribará a una respuesta a partir de la utilización de los diversos métodos y/o criterios de interpretación (literal, axiológico, histórico, entre otros). No obstante, creemos que dicha interpretación no se escapará de cuestionamientos, por cuanto existe una deficiencia en la regulación que generaría que pueda existir más de una lectura sobre la misma norma jurídica. Es bajo dicho escenario que analizamos, desde el punto de vista crítico, las alternativas presentadas para hacer frente a esta problemática.

Como fuera señalado anteriormente, creemos que el primer método, pese a ser aplicado en el Perú, no resolvería la problemática expuestas por la insuficiencia de definiciones a lo largo de nuestro ordenamiento. Además, cabría ser muy cuidadosos con la utilización de normas legales distintas a las tributarias. Respecto del segundo y cuarto métodos, estos no resultarían aplicables en el Perú. El segundo, dada la inseguridad jurídica que traería consigo incluir en la legislación o encomendar a la jurisprudencia la realización de un *test* con los elementos característicos de capital o deuda; y, el cuarto, debido a que en nuestro ordenamiento jurídico prevalece la naturaleza jurídica sobre la sustancia económica (el hecho imponible es jurídico, no económico), además, el Perú pertenece a la corriente del *civil law* y el principio de sustancia sobre la forma resulta ser una institución propia del *common law* o derecho anglosajón.

No obstante, advertimos que el tercer método sí podría ser aplicado en el Perú a fin de resolver los conflictos de clasificación de instrumentos financieros híbridos. Recordemos que este método parte de la premisa que debe existir un elemento predominante en las características de capital y deuda, cuya sola existencia determinaría el tipo de financiamiento ante el cual nos encontramos. Nótese que, según los comentarios esbozados en el apartado anterior, hemos sido enfáticos en señalar que este elemento predominante debe encontrarse en una norma con rango de ley, pues en dicho caso el hecho imponible se vería *juridizado*.

Respecto de la interrogante ¿cuál sería el elemento predominante en el caso peruano? Somos de la opinión que, a partir de la doctrina y experiencia internacional, el elemento “riesgo” resulta fundamental para establecer si nos encontramos ante un retorno de capital o de deuda. Nos explicamos:

Riesgo en los retornos de capital:

- Cuando un accionista invierte en una sociedad, sus expectativas se ven retribuidas a modo de dividendo. Estas expectativas se encuentran estrechamente vinculadas con el resultado del negocio, por lo que el accionista participa en utilidades o pérdidas. Así, de darse este último caso, el accionista podría no recibir retribución alguna, e incluso ver frustrada su inversión.
- El riesgo que asume el accionista es aún mayor considerando que ante la inminente liquidación de una sociedad, la devolución de aportes a los socios se encuentra en último orden de prelación.
- Ahora bien, es común que se le otorguen al accionista ciertos derechos o atribuciones sobre el negocio que no se limitan al ámbito económico. Esto quiere decir que el accionista suele ostentar poder de decisión sobre la sociedad en menor o mayor grado. En el mejor de los casos, tendrá injerencia directa sobre la toma de decisiones y el rumbo del negocio, y en el peor de ellos, tendrá a su alcance información relativa a la situación financiera a modo de rendición de cuentas.

De lo antes comentado podemos concluir que la obtención de dividendos o utilidades que recibe un accionista se caracteriza por tener un alto componente de riesgo, que va de la mano con la posibilidad de intervenir, en mayor o menor medida, en las decisiones del negocio.

Riesgo en los retornos de deuda:

- Un prestamista que financia a la sociedad ve retribuida sus expectativas a través del pago de interés. Es usual que este interés haya sido previamente acordado, sea determinado o determinable, pues el acreedor de una adeuda se proyecta sobre los retornos que recibirá provenientes del capital entregado. Nótese que el interés retribuye el uso del dinero en el tiempo, por lo cual el elemento temporalidad se encuentra intrínsecamente vinculado con este tipo de financiamiento.
- En la medida que el interés será previamente acordado por las partes, resulta evidente que su existencia no se encuentra condicionada a que la sociedad lleve sus negocios exitosamente. Distintos son los casos donde se utiliza como referencia cuantitativa el monto de utilidades generadas por la sociedad, lo que constituye una modalidad de cálculo y no desnaturaliza el tipo de retorno ante el cual nos encontramos.
- Cabe agregar que el prestamista no tiene injerencia alguna el rumbo del negocio, esto es, que no ostenta poder de decisión bajo ninguna circunstancia. Distinto es el caso donde se toma como referencia el monto de las utilidades obtenidas en determinado período, en cuyo caso resulta plenamente razonable solicitar el respaldo de tales ingresos.
- Así, el riesgo que asume el prestamista sobre la sociedad deudora resulta ser mínimo, pues existe un acuerdo de por medio que, en situaciones regulares, corresponderá ser honrado por las partes.
- Ahora bien, ante el inminente incumplimiento del acuerdo de préstamo por la situación financiera negativa de la sociedad, será totalmente viable que el

acreedor inicie acciones legales para exigir el cumplimiento, lo que podría incluso llegar a la liquidación de la empresa. En este último caso, el prestamista constituye un acreedor cuyo orden de prelación se encuentra por encima de los accionistas, quienes podrían ver frustrada su inversión si no existiesen fondos remanentes.

De esta manera, advertimos que el riesgo asumido por el prestamista no es asimilable a aquel atribuido al accionista, ya que la situación financiera de la sociedad resultará determinante para que este último vea atribuida su expectativa, situación que ya conoce como parte del riesgo de su inversión. En ese sentido, el financiamiento a través de deuda se caracteriza por la ausencia de riesgo.

Habiendo justificado la relevancia del componente predominante para calificar ante qué tipo de financiamiento nos encontramos, el segundo paso es establecer su incorporación en el ordenamiento jurídico peruano. Anticipamos que esta incorporación podría generar algunos problemas en su aplicación, motivo por el cual la acompañaremos de alternativas para hacer eficiente la solución propuesta.

a) Modificación de la definición de interés

Como ha sido desarrollado en la sección primera, el artículo 26° de la Ley del IR, referido a la configuración de interés presunto, define al interés como aquella diferencia entre lo que recibe y devuelve el deudor. Por su parte, la norma reglamentaria hace referencia a la operación de préstamo como aquella donde exista, entre otros, la obligación de devolver.

Dicho ello, consideramos pertinente que la Ley del IR (y no su reglamento) señale expresamente que en el marco de una operación de préstamo debe existir la obligación de devolver el capital, en tanto que dicho elemento refuerza que el prestamista no asume el riesgo del negocio. Además, siguiendo lo señalado por Emmerich (1985) resulta relevante incorporar que la obligación de devolver se realizará dentro de un espectro temporal, dado que la inexistencia de un plazo nos llevaría a creer que el prestamista ha asumido un riesgo mayor al esperado en una situación regular. Ahora bien, en aras de dotar a las operaciones de financiamiento a través de deuda de seguridad jurídica, consideramos necesario agregar una serie de operaciones que, en

todos los casos, generarán rendimientos de deuda: préstamos participativos, acciones preferentes, préstamos convertibles en acciones, y similares.

Esta propuesta busca reducir las controversias que se generarían entre los contribuyentes y la Administración Tributaria, pues en los casos antes señalados el carácter de riesgo podría resultar bastante discutible. Por ello, le atribuimos al legislador la decisión de que los préstamos participativos, acciones preferentes, rendimientos de obligaciones convertibles en acciones y operaciones similares sean tratados como rendimientos de deuda. Cabe agregar que la referencia a “similares” debería ser materia de desarrollo jurisprudencial, habiéndose establecido como línea de referencia que se trate de estructuras de financiamiento que guarden similitud con los préstamos participativos, acciones preferentes y préstamos convertibles donde, pese a existir características de rendimiento capital, prevalece su clasificación como rendimientos de deuda.

b) Incorporación de cláusulas anti elusivas específicas

Creemos que en los casos antes planteados (préstamos participativos, acciones preferentes y obligaciones convertibles) el elemento riesgo podría ser utilizado como herramienta de planificación fiscal en el marco de operaciones que involucren a partes vinculadas. Siendo ello así, consideramos pertinente incorporar una cláusula anti elusiva específica similar a la propuesta en el caso español en la modificación del año 2014, en virtud de la cual los préstamos participativos realizados entre entidades que forman parte de un mismo grupo económico serán considerados como rendimientos de capital.

En ese sentido, las operaciones antes comentadas deberán seguir el tratamiento de financiamiento de capital, puesto que el riesgo que asumen los prestamistas sobre la inversión podría ser relativizado cuando nos encontramos ante partes vinculadas. De esta manera, consideramos pertinente aplicar una cláusula anti elusiva que admita prueba en contrario, en la medida que subsista la posibilidad de demostrar que la estructura de financiamiento hubiera sido pactada en los mismos términos entre partes independientes.

c) Precisiones sobre el artículo 24-A de la Ley del IR

Sin perjuicio de lo antes mencionado, se sugiere efectuar una modificación sobre el inciso e) del artículo 24-A de la Ley del IR, cuyo texto vigente señala que constituyen dividendos:

*“e) Las participaciones de utilidades que provengan de partes del fundador, acciones del trabajo y otros títulos que confieran a sus tenedores facultades para intervenir en la administración o en la elección de los administradores o el **derecho a participar, directa o indirectamente, en el capital o en los resultados de la entidad emisora.**”* (Énfasis agregado).

Sobre el particular, consideramos pertinente precisar que la referencia a “participar en los resultados de la entidad emisora” no está vinculada con la sola cuantificación de un retorno en función de las utilidades del negocio (como sucede en los préstamos participativos), sino que dicha participación tiene por finalidad resaltar el riesgo que asume el inversionista en un negocio, pudiendo ver frustrada su participación al asumir, por ejemplo, la pérdida de la sociedad de manera proporcional. Además, ello debería ir ligado también con la subordinación de su acreencia respecto de otras obligaciones.

d) Aplicación de la cláusula anti elusiva general (actualmente suspendida)

Creemos que tanto personas naturales como empresas recurren a la utilización de instrumentos financieros híbridos por razones distintas de las fiscales, esto es, porque las estructuras de endeudamiento que resultan ser complejas usualmente traen consigo la reducción de costos financieros y son elaboradas de acuerdo a la intención de las partes, ajustándose a las condiciones y particularidades propias de los intervinientes. No obstante, reconocemos que sí es posible que contribuyentes utilicen este tipo de endeudamiento para obtener ahorro fiscal, en cuyo caso será relevante la aplicación de una cláusula anti elusiva general que resulte aplicable cuando la operación planteada no responda a un supuesto de economía de opción.

Por lo antes mencionado, resulta importante que la legislación local cuente con una forma de resolver estos conflictos, lo que permitirá contar con seguridad jurídica sobre el tratamiento tributario de estas operaciones. Señalamos *a priori* que no creemos encontrar una fórmula a prueba de errores, pues siempre existirán críticas por la

complejidad de las estructuras, además de un grado de discrecionalidad por parte de la Administración Tributaria llamada a aplicar a aplicar el método aquí propuesto.

3.3. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA PROPUESTA

Según lo señalado al inicio de la presente sección, la propuesta para hacer frente al problema de clasificación de los instrumentos financieros híbridos tiene importantes implicancias prácticas, pues identificamos tres tipos de operaciones cuyo tratamiento como rendimiento de capital o deuda no resulta ser claro bajo la normativa actual.

3.3.1. PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS

En primer lugar, hicimos referencia el caso de los préstamos participativos, en los cuales se pacta que el monto del interés a ser pagado o incluso, su existencia misma, se encuentra condicionada a la rentabilidad del negocio del deudor. Este tipo de operación sería incorporado de manera expresa como un rendimiento de deuda por diversos motivos. El primero de ellos es que el prestamista no posee injerencia alguna sobre el negocio, pues no ostenta calidad de socio directa o indirectamente. Además, el escenario de este tipo de operaciones se presenta cuando una entidad muestra un gran margen de utilidad, por lo que el acreedor aprovecha la situación financiera para retribuir el valor del dinero entregado que, sin lugar a dudas, genera altos rendimientos. Cabe agregar que esta clasificación se encuentra acorde con los comentarios al artículo 11º del Modelo de Convenio OCDE (2014) donde se incluye a los rendimientos de préstamos participativos como parte de la definición de interés. Si bien es cierto el Perú no forma parte de la OCDE, creemos acertado seguir la línea que marca dicha organización internacional, en miras de contar con una legislación fiscal que guarde un grado de uniformidad con los demás países miembros.

3.3.2. ACCIONES PREFERENTES

Las acciones preferentes otorgan a su titular el derecho de recibir un dividendo fijo o calculado sobre la base de un índice de mercado, sin tomar en cuenta las utilidades generadas por la empresa emisora.

En este caso, la incorporación como parte de rendimiento de deuda se debe a la ausencia del factor “riesgo”, que resulta ser predominante pese a que el titular de dicho retorno ostenta la calidad de accionista. Además, el pago de la retribución suele encontrarse por encima de las obligaciones ordinarias de la empresa o, por lo menos, resulta ser prioritaria respecto del pago de dividendos a los accionistas tenedores de acciones comunes. De igual manera, en tanto que nos encontramos ante una operación periódica, que tendrá lugar al margen de la existencia de utilidades, el acreedor de tales rendimientos actúa como un prestamista que ve retribuido el valor de su dinero en el tiempo, sin la posibilidad de ver frustrada su expectativa de retorno.

3.3.3. ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

De acuerdo con lo señalado en el artículo 438° de la Ley General de Sociedades, la asociación en participación surge a partir del interés común de los intervinientes de participar en un negocio en conjunto. Este contrato asociativo no da lugar a una persona jurídica; no obstante, vincula a las partes a realizar aportes a modo de contribución en la empresa. Cabe agregar que el asociante es quien ejecuta y gestiona el negocio y se vincula con terceros en nombre de este, estando a su cargo retribuir al asociado las utilidades o pérdidas que genere el negocio, según las condiciones pactadas. Nótese que el asociado no participa de modo alguno en la gestión de la empresa, siendo su participación netamente pasiva.

Dicho ello, retomamos el cuestionamiento planteado en el literal B) del apartado 1.1.1, donde nos preguntamos si es posible afirmar que el asociado percibe “otras formas de distribución de utilidades” en los términos del artículo 24-A de la Ley del IR.

A efectos de responder dicha interrogante, debemos tomar en cuenta que, como fuera señalado en la sección pertinente, existen dos pronunciamientos del Tribunal Fiscal en aparente contradicción. Uno de ellos, que resuelve una controversia sobre el IGV, reflexiona sobre los retornos que recibe el asociado, asimilándolo a la participación de un socio de una sociedad. Por su parte, la resolución emitida a inicios del año 2017 menciona en un pie de página que el asociado ostenta un derecho de crédito frente al asociante.

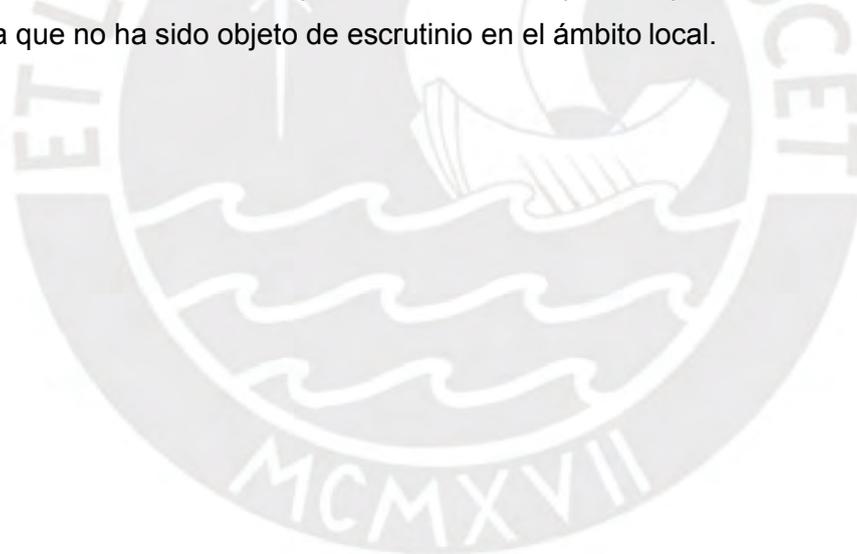
A continuación, intentaremos resolver el caso planteado a la luz del elemento predominante que fuera propuesto en el presente capítulo, a modo de clasificar un instrumento financiero híbrido como de capital o de deuda.

- En primer lugar, debemos precisar que no estamos analizando la aplicación del inciso a) del artículo 24-A de la Ley del IR, por cuanto este se refiere expresamente a las utilidades de personas jurídicas, que no es el caso de este contrato asociativo.
- Así, según los términos del inciso e) de dicha norma, constituyen retornos de capital las participaciones de utilidades de provengan “de otros títulos” que confieran a sus tenedores, entre otros, el derecho a participar en el capital o en los resultados de la entidad emisora.
- De la literalidad de dicha disposición, podríamos descartar de inmediato que aquello que percibe el asociado constituye retorno de capital, ya que, pese a no encontrarse definido, el contrato de asociación en participación no sería considerado como una “entidad emisora”.
- Sin perjuicio de ello, si nos enfocáramos en el elemento predominante, es posible advertir que el asociado asume el riesgo del negocio que gestiona el asociante, pues este último no le garantiza el éxito o la generación de utilidades periódicas. Además, la legislación societaria señala que el asociado participa proporcionalmente en las pérdidas, situación que admite pacto en contrario.
- Cabe agregar que en el caso concreto el asociado no tiene injerencias en la toma de decisiones, pues estas se encuentran a cargo del asociante. No obstante, en la medida que el asociado constituye una parte necesaria para la sola configuración del contrato asociativo, su interés en los resultados del negocio resulta ser innegable, prevaleciendo en este último la facultad de fiscalizar las acciones del asociante.

Por lo antes mencionado, somos de la opinión que, si pasáramos por alto la redacción actual el inciso e) del artículo 24-A de la Ley del IR (que se refiere a una entidad emisora)

y desde el punto de vista del riesgo, la retribución obtenida por el asociado no constituye un rendimiento propio de una operación de crédito, asemejándose a la participación en las utilidades de un negocio que genera un retorno de capital. Creemos que, si se precisara que la entidad emisora puede incluir al contrato de asociación en participación o el asociante como sujeto a cargo de la misma, sería suficiente para encajar a esta operación como un retorno que genera dividendos. Ello nos permitiría contar con argumentos sólidos para apartarnos de lo señalado en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 00637-2-2017, donde se señala que el asociado ostenta un derecho de crédito.

Como se puede observar, la propuesta planteada sobre la existencia de un elemento predominante que permita clasificar un instrumento financiero híbrido podría resultar útil en términos de seguridad jurídica, pues los agentes económicos contarían con reglas claras sobre el impacto fiscal de las operaciones que celebren. No obstante, como fuera advertido en el caso de la asociación en participación, nos encontramos ante casos con un alto grado de complejidad, no resultando el método propuesto infalible o libre de críticas sobre su eficiencia, lo que creemos resulta positivo pues abre la discusión sobre un tema que no ha sido objeto de escrutinio en el ámbito local.



CONCLUSIONES

- Los instrumentos financieros híbridos surgen como una demanda de los agentes económicos de realizar negocios jurídicos cuya estructura responda a las exigencias individuales de los sujetos que participan en el mercado, a fin de obtener las mayores ventajas económicas del mismo.
- Este tipo de financiamiento comparte simultáneamente características de deuda y de capital. Dicha discrepancia resulta relevante por cuanto el régimen tributario de los retornos de deuda (interés) y los retornos de capital (dividendo) resulta distinto tanto a nivel local como internacional. El interés se caracteriza por generar un gasto deducible para el deudor e ingreso afecto para el acreedor, mientras que los dividendos, como regla general, no constituyen gasto deducible para el pagador y generan rentas exentas para el beneficiario.
- La Ley del IR no contiene una definición de instrumentos financieros híbridos; no obstante, encontramos en la legislación, jurisprudencia, doctrina, y convenios internacionales, definiciones de dividendos e intereses que nos resultan útiles para introducirnos a la problemática de clasificación.
- Con relación a los dividendos, la Ley del IR nos brinda una lista taxativa de operaciones que constituyen financiamientos a través de capital, donde se resalta que las utilidades provienen de personas jurídicas o “entidades emisoras”, sin quedar claro los alcances de este último concepto. Por su parte, los CDIs suscritos por el Perú contienen definiciones sobre dividendos que, en líneas generales, se centran en asimilarlos a las rentas obtenidas por accionistas, u operaciones de crédito que permitan participar en los beneficios del negocio.
- Por su parte, la definición de interés puede ser extraída de la revisión de la Ley del IR, su reglamento, y diversos pronunciamientos de la Administración Tributaria. No obstante, los elementos de temporalidad y obligación de devolver no han sido acotados, por lo que su aplicación literal podría resultar conflictiva, al encontrarnos, por ejemplo, ante operaciones de crédito a plazos exorbitantes que cumplirían con la condición de ser exigibles dentro de un período determinable. Cabe resaltar que los textos de los CDIs suscritos por el Perú recogen de manera uniforme la referencia a interés como rendimientos de operaciones de crédito, sin incluir mayores referencias sobre los

elementos predominantes de dicha definición. Este último comentario se aplica también sobre la Decisión 578 de la CAN.

- Resulta importante aclarar que si bien la legislación tributaria peruana no recoge de manera expresa la definición de instrumentos financieros híbridos, ello no significa que nos encontremos ante un vacío normativo o laguna del derecho. Ello, por cuanto hemos sido enfáticos en señalar que la normativa aplicable sobre el financiamiento a través de capital y de deuda nos lleva a conflictos de clasificación, es decir, no existe claridad sobre el impacto fiscal que genera este tipo no tradicional de operaciones de endeudamiento. En ese sentido, consideramos que no estamos ante una situación de ausencia de regulación, sino de deficiencia de la misma.
- Descartamos que la literalidad de la norma nos ayude a resolver la problemática de clasificación de los instrumentos financieros híbridos, luego de lo cual recurrimos a la jurisprudencia como fuente de derecho a fin de obtener mayores alcances. Nótese que de acuerdo a la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, resultan aplicables todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho. Siendo ello así, no cabe duda de que la entidad administrativa o jurisdiccional a cargo de resolver casuísticas como las aquí presentadas arribará a una respuesta a partir de la utilización de los diversos métodos y/o criterios de interpretación (literal, histórico, entre otros). No obstante, creemos que dicha interpretación no se escapará de cuestionamientos, por cuanto existe una deficiencia en la regulación que generaría que pueda existir más de una lectura sobre la misma norma jurídica.
- En lo que respecta a la legislación comparada, observamos que en Estados Unidos el tratamiento fiscal de los retornos producidos por instrumentos financieros híbridos se resuelve sobre la base de un análisis casuístico de realidad económica, considerando una serie de factores que históricamente han sido sopesados por la jurisprudencia para efectos de emitir sus respectivos fallos. Sin embargo, creemos que el caso de Estados Unidos ha dejado por muchas décadas a discrecionalidad de sus tribunales la resolución de esta problemática, lo que estaría generando incertidumbre respecto de operaciones cuyas características se encuentran en la frontera del capital y deuda.
- Respecto al caso español, advertimos que utiliza una mezcla de métodos para resolver los conflictos generados por los instrumentos financieros híbridos. En tanto que otorga relevancia a la calificación jurídica de los hechos, esto guarda un grado de similitud con el método de “predominancia de la forma jurídica”, mientras que la jurisprudencia que

resuelve cada caso concreto realiza una suerte de *test* de factores, haciendo referencia de manera reiterada a elementos predominantes que nos indican que nos encontramos ante un retorno de deuda.

- En el caso peruano, creemos que una forma de resolver la problemática consiste en identificar un elemento preponderante que define cuándo nos encontramos ante un retorno de tipo dividiendo o interés. Somos de la opinión que, a partir de la doctrina y experiencia internacional, el elemento “riesgo” resulta fundamental para establecer si nos encontramos ante un retorno de capital o de deuda. La incorporación de este elemento ameritaría una modificación en los artículos referidos a la definición de interés, donde se propone agregar supuestos que, en todos los casos, generarán rendimientos de deuda.
- Además, tales modificaciones deben ir acompañadas de la inclusión de una cláusula anti elusiva específica, así como demás precisiones sobre diversas disposiciones a fin de que la propuesta alcanzada resulte eficiente en términos de seguridad jurídica.
- Finalmente, precisamos que la existencia de un elemento predominante que permita clasificar un instrumento financiero híbrido no resulta ser una alternativa infalible o libre de críticas sobre su eficiencia, lo que creemos resulta positivo pues abre la discusión sobre un tema que no ha sido objeto de escrutinio en el ámbito local.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Lourdes. (2001). El tratamiento tributario de la subcapitalización en la legislación peruana y en la legislación comparada. 14 de febrero de 2018, de Ius et Veritas. Sitio web: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16027/16451>

ÁLVAREZ, Pilar. (2015). Fiscalidad de los préstamos participativos: especial referencia a los efectos de su condonación. 14 de febrero de 2018, de Análisis GA&P. España. Sitio web: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/fiscalidad-de-los-prestamos-participativos-especial-referencia-a-los-efectos-de-su-condonacion.pdf>

AUSTRALIAN TREASURY (S/F). Debt/equity hybrids and synthetic arrangements. S/I: capítulo 7, pp. 197-208. 14 de febrero de 2018, de Australian Treasury. Sitio web: <https://rbt.treasury.gov.au/publications/paper3/download/ch7.pdf>.

AVI-YONAH, Reuven. (2007). Tax Competition, tax arbitrage and the international Tax Regime. University of Michigan Law School Scholarship Repository, volumen 4, pp. 130-138.

BARTHEL, Fabian y otros. (2010). The impact of double taxation treaties on foreign direct investment: Evidence from large dyadic panel data. Contemporary Economic Policy. California, volumen 28, número 3, pp. 366-377.

BARTON, Peter y SAGER, Clayton. (2007). Sixth Circuit Court of Appeals Reverses Debt-versus-Equity Issue. The CPA Journal, pp. 58-60.

BASSALLO, Carlos. (2008). El método de imputación para evitar la doble imposición en el CDI modelo OCDE frente a la ley del Impuesto a la Renta a propósito de la limitación temporal contenida en la legislación interna. IFA-Perú, pp. 389-407.

BOTETANO, Lourdes. (2012). Problemática en la aplicación del Impuesto a la Renta en las asociaciones en participación. 14 de febrero de 2018, de Instituto Peruano de Derecho Tributario. Sitio web: http://www.ipdt.org/uploads/docs/7_03_Rev52_LCB.pdf

BRAUNER, Yariv . (2014). What the BEPS?. 14 de febrero de 2018, de Florida Tax Review.

Florida Sitio web:

<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1652&context=facultypub>

BUNDGAARD, Jakob y TELL, Michael. (2010). La neutralidad fiscal de la financiación empresarial. Estudios Tributarios Europeos, volúmen 1, pp. 1-29.

CHIANG, Wei-Chih y ENGLEBRECHT, Ted (2013). Distinguishing debt from equity: a practical assist. The CPA Journal, pp. 52-56.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1997). Ley N° 26887.

CÓRDOVA, Alex. (2007). Mercado de Capitales e Impuesto a la Renta. Consulta: 14 de febrero de 2018, de Themis Revista de Derecho. Sitio web: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/8876/9280>

DORENKAMP, Christian (2010). Desafíos inherentes a la financiación empresarial con endeudamiento y capital: cómo Alemania se acercó a la cima. Estudios Tributarios Europeos, pp. 1-29.

DUNCAN, James (2000). Ponencia General sobre el Tratamiento Tributario de los Instrumentos Financieros Híbridos en Transacciones Internacionales del Congreso Mundial de la Interntional Fiscal Association (IFA). Cahiers de Droit Fiscal International. Munich: volumen LXXXV.

DURÁN, Lucas (2010). Los dividendos e intereses en la fiscalidad internacional. Fiscalidad Internacional, pp. 599-670.

EMMERICH, Adam (1985). Hybrid instruments and the debt-equity distinction in corporate taxation. Chicago Law Review, volumen 52, pp. 118-148.

EUROPEAN COMMISSION (2012). The Debt-Equity Tax Bias: consequences and solutions. Taxation Papers: Working Paper N° 33.

FENECH, Jean-Pierre y otros (2016). How Accurately Can Convertibles be Classified as Debt or Equity for Tax Purposes? Evidence from Australia. *Review of Law & Economics*, pp. 153-164.

FERNÁNDEZ, Manuel (2016). La deducción de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: un análisis de la normativa anti elusión española. Tesis Doctoral. Santander: Universidad de Cantabria, Departamento de Economía.

FINNERTY, Chris y otros. (2007). *Fundamentals of International Tax Planning*. Países Bajos: IBFD.

GARCÍA, César (2006). La Influencia de la Fiscalidad en las distintas formas de Inversión Bursátil. Instituto de Estudios Fiscales. Santiago de Compostela: pp. 1- 128.

GILDEMEISTER, Alfredo (2008). Convenio para evitar la doble imposición con Estados Unidos: una urgente necesidad. La experiencia española. En IFA-Perú, pp. 469-503.

HARITON, David (1993). Distinguishing between equity and debt in the new financial environment. *NYU Tax Law Review*. Nueva York, volumen 49, pp. 499-524.

JIMÉNEZ-BLANCO, José y otro (2010). El uso de los instrumentos financieros híbridos en la planificación fiscal internacional. *Fiscalidad Internacional*, cuarta edición, pp. 1643-1662.

JOO, Eduardo (2008). La regla de subcapitalización en la legislación peruana y su compatibilidad con los convenios para evitar la doble imposición tributaria". En IFA-Perú, pp. 525-545.

LANG, Michael (2014). Introducción al Derecho de los Convenios para Evitar la Doble Imposición.

LAZO, Gustavo (2008). El criterio de vinculación efectiva en el marco del modelo peruano. En IFA-Perú, pp. 547-570.

MALHERBE, Jaques y VETTORI, Gustavo (2010). La deducción del interés en la participación en capital: Comparación de normas tributarias brasileñas y belgas. *Estudios Tributarios Europeos*, número 1, pp. 1-40.

MASSARI, Giorgio (2008). El estatus legal de los comentarios al modelo de convenio OCDE y su aplicación en el caso peruano. En IFA-Perú, pp. 571-598.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (2004) Decreto Supremo N° 179-2004-EF.

NÚÑEZ, Fernando (2009). Income tax issues with regard to cross border hybrid financial instruments. LL.M en Tributación Internacional y Europea, pp. 1- 82.

NÚÑEZ, Fernando . (2010). Instrumentos Financieros Híbridos. 14 de febrero de 2018, de Instituto Peruano de Derecho Tributario Sitio web: http://www.ipdt.org/editor/docs/05_Rev49_FNC.pdf

OECD. (2015). Final Report Action 2, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements. 14 de febrero de 2018, de OECD. Sitio web: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-action-2-2015-final-report_9789264241138-en

OECD (2015) Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues. 14 de febrero de 2018, de OECD. Sitio web: http://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf

PICÓN, Oscar y GROZO, Lyda. (2008). Situaciones de nula imposición en rentas pasivas a la luz de las normas de la decisión 578 de la CAN. IFA-Perú, pp. 617-631.

RODRIGUEZ, César y SANTOS, Nelson. (1994). Dedución de intereses y otros gastos financieros en la determinación de la renta. 14 de febrero de 2018., de Cuadernos Tributarios de IFA Sitio web: http://www.ifaperu.org/uploads/articles/72_05_CT21_CRD-NSG.pdf

ROHATGI, Roy (2008). Principios Básicos de Tributación Internacional.

SAKOVICH, Aleksandra (2014). Correspondence of rules for tax treatment of hybrid financial instruments proposed by the OECD in pursuance of BEPS Action Plan (Action 2) to criteria of 'good design' offered in the discussion draft 'Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)'. Tesis de Maestría en Tributación Internacional Empresarial. Tilburg University, Escuela de Derecho.

SOLER, Teresa y Núñez, Mercedes. (2004). El impuesto sobre la renta de no residentes: hecho imponible y criterios de sujeción. En Fiscalidad Internacional, pp. 34-37.

TALLEDO, César. (1998). La asociación en participación, el consorcio y el joint venture: aspectos contractuales y tributarios. Consulta: 14 de febrero de 2018, de Cuadernos Tributarios de IFA Sitio web: http://www.ifaperu.org/uploads/articles/62_02_CT22_CTM.pdf

TAX EXECUTIVES INSTITUTE (2014). TEI Comments on BEPS Action 2 Hybrid Mismatch Arrangements. Washington: pp.147-153.

VEGA, Felix. (2002). La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia en los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario. Crónica Tributaria, número 104, pp. 89–125.

VILLAGRA, Renée. (2008). Identificación de los criterios de sujeción de las rentas en los CDIs celebrados por el Perú. IFA-Perú, pp. 677-697.

VILLAGRA, Renée (2008). Los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal”. IFA-Perú, pp. 15-287.

VILLANUEVA, Walker. (2011). La relación entre las normas internas y las normas de los convenios para evitar la doble imposición. En Derecho Tributario Tópicos Contemporáneos: en homenaje al Profesor Paulo de Barros Carvalho, pp. 541-565. Lima: Editora y Librería Jurídica.

WIEDERMANN-ONDREJ, Nadine (2008). Discussion Paper 20: Tax Treatment of Revenue-Based Payments.

WOOD, Richard. (1999). The Taxation of Debt, Equity, and Hybrid Arrangements. 14 de febrero de 2018., de Canadian Tax Journal Sitio web: https://www.ctf.ca/ctfweb/Documents/PDF/1999ctj/1999CTJ1_Wood.pdf

ZAVALETA, Michael (2008). Treaty Shopping in business profit. IFA-Perú, pp. 741-787.

ZUZUNAGA, Fernando (2008). Ponencia General. IFA-Perú, pp. 293-385.