
El tratamiento tributario de la subcapitalización en la legislación peruana y en la legislación comparada

Lourdes G. Aguilar Saldívar

Abogada. Ex-consultora de la Comunidad Andina en materia de armonización de impuestos indirectos y de regímenes aduaneros.

1 Introducción.

A partir del ejercicio gravable 2001, serán aplicables las normas de subcapitalización previstas en la Ley del Impuesto a la Renta. Según estas normas, serán deducibles los intereses provenientes de endeudamientos de contribuyentes con sujetos o empresas vinculadas cuando dicho endeudamiento no exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine mediante decreto supremo sobre el patrimonio del contribuyente; los intereses que se obtengan por el exceso de endeudamiento que resulte de la aplicación del coeficiente no serán deducibles. El reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta ha establecido este coeficiente en tres veces el patrimonio del contribuyente.

A continuación, explicaremos cómo es que se ha tratado la subcapitalización en la legislación internacional, así como aquéllos aspectos de este tema que nuestra legislación aún no ha regulado o que pudieran ser susceptibles de una modificación legislativa.

2 Definición de subcapitalización.

Según Richard J. Vann⁽¹⁾, la subcapitalización puede ser definida como la preferencia por parte de

las empresas de dotar fondos a empresas subsidiarias o relacionadas a través de préstamos, en vez de efectuar aportes de capital. En efecto, cuando se trata de aporte de capital, su retribución es realizada a través de dividendos, lo que significa la previa declaración de la utilidad tributaria, gravada con la tasa empresarial. Por el contrario, cuando se trata de un préstamo, su retribución es realizada a través de intereses, los cuales constituyen gasto para efecto de determinar la utilidad, con una tasa usualmente menor que la de la renta empresarial. Adicionalmente, los intereses pueden retirarse de la empresa, sin necesidad de que existan utilidades, tal como lo exigen las normas societarias.

En muchos países, el tema de la subcapitalización está únicamente limitado a transacciones de endeudamiento entre entidades vinculadas en las que el prestatario vinculado no se encuentra domiciliado en el país de la fuente de los intereses (es decir, en el país de la empresa receptora del endeudamiento). En estos países, el tratamiento tributario de la subcapitalización busca preponderantemente evitar que los prestatarios no domiciliados, por la vía del endeudamiento, no eludan el Impuesto a la Renta que les hubiera correspondido pagar como perceptores de dividendos, cuando la retención en la fuente, por dividendos, es mayor a la que correspondería por intereses.

1) VANN, Richard. *Tax treaties: linkages between OECD member countries*. Kluwer International Law. p. 75

Asimismo, se busca evitar que por la vía del endeudamiento, la base imponible de los impuestos directos se vea erosionado, en tanto por lo general, los intereses pagados por préstamos constituyen gastos deducibles para efectos de la determinación de la renta imponible de la sociedad residente.

En algunos países, las normas de subcapitalización únicamente están dirigidas a limitar la deducción de intereses por parte de entidades subcapitalizadas; en otros, en cambio, en función de las características del endeudamiento, se otorga a los “intereses” el tratamiento tributario de dividendos.

Por lo general, la limitación a la deducibilidad de los intereses se encuentra expresada por un coeficiente endeudamiento-capital/patrimonio. Los intereses que corresponden a la porción de la deuda que excede a dicho coeficiente no sería deducible.

Ahora bien, la diversidad de tratamiento a nivel internacional está dada por los aspectos siguientes: (i) tipos de endeudamiento que deben ser considerada para efectos de la aplicación del coeficiente (“capital acreedor”); y, (ii) qué debe entenderse por patrimonio del deudor (“capital propio”), y (iii) la forma en que debe ser aplicado el coeficiente (deudas por cada accionista o sobre el total de deudas) sobre el endeudamiento de una entidad subcapitalizada.

3 Tratamiento tributario en la legislación internacional de los dividendos y de las operaciones de financiamiento.

Por lo general, existen varias formas en las cuales los accionistas pueden financiar a una empresa. Esta variedades, sin embargo, pueden ser agrupadas en dos grandes tipos:

(i) Aquéllas que involucran un aporte de capital, en virtud del cual el accionista participa por el monto de éste en los riesgos de la empresa. El retorno de esta inversión está constituido por los dividendos, los cuales constituyen una distribución de utilidades en favor de sus accionistas.

(ii) Aquéllas que consisten en operaciones de financiamiento, en las que los accionistas se encuentran vinculados a la sociedad en cuyo capital participan como cualquier otro acreedor de la misma. Estas operaciones de financiamiento por lo general reditúan intereses para los referidos accionistas.

Las diferencias entre aportes de capital y operaciones de endeudamiento son bastante claras en

las legislaciones societarias de cada país. Sin embargo, cabe referirse a tales diferencias de manera genérica con la finalidad de ilustrar las razones que pueden subyacer a la opción finalmente adoptada por el inversionista.

En principio, en razón del aporte efectuado, los accionistas tienen derecho a participar en las utilidades de la empresa. Dicho accionista no recupera su inversión original sino hasta la disolución y liquidación de la empresa. Asimismo, por el monto de tal inversión, el accionista se encuentra expuesto a los riesgos asumidos por la empresa, de modo tal que en caso de liquidación sólo queda liberado de dicha responsabilidad después de satisfechos todos los demás acreedores. Sin embargo, para recuperar la referida inversión, el accionista podría eventualmente vender su participación en la empresa (por tal venta podría recuperar todo o parte de dicha inversión o, inclusive, obtener utilidades en dicha venta).

De otro lado, en una operación de financiamiento, quien presta el capital tiene por lo general el derecho a recibir un rendimiento periódico -usualmente un interés-, sin importar cuáles son los resultados de la empresa prestataria. La “inversión” realizada se encuentra representada por el monto materia de financiamiento, y esta inversión es recuperada (mediante su devolución) luego de un determinado plazo. Si bien es cierto que el prestador puede ceder su posición contractual en favor de un tercero, las condiciones en que se recupere el monto invertido difieren al de una venta de participación en el capital social de la empresa -en efecto, en la primera se examinaría básicamente el riesgo crediticio del deudor y otras condiciones contractuales inherentes a la recuperación del crédito y el rendimiento del mismo, mientras que en la segunda importa la situación patrimonial de la empresa en su conjunto-.

La percepción del rendimiento en ambos casos y su periodicidad difiere también en ambos casos. En las operaciones de financiamiento se espera una retribución periódica por la utilización del capital financiado, y el retorno del íntegro del capital luego de finalizado el plazo de financiamiento. En el caso de la participación en el capital de empresas, no existe una periodicidad preestablecida de percepción de rendimiento, en tanto la existencia de éste se encuentra condicionado a la obtención de utilidades y a acuerdos

y procedimientos societarios que en algunos casos no son fáciles de pronosticar.

Como consecuencia de las diferencias fundamentales existentes entre la participación en el capital de una empresa y las operaciones de financiamiento realizadas con estas últimas, es que el tratamiento tributario de los rendimientos producidos o derivados de estas operaciones difiere entre sí. A nivel internacional, y especialmente en el caso de los países cuyas legislaciones tributarias gravan con impuestos sobre la renta a las rentas obtenidas por las empresas, así como a los dividendos pagados en favor de sus accionistas, por lo general existe una suerte de “doble imposición jurídica”. En efecto, las utilidades son en principio gravadas en cabeza de la empresa que las obtiene y luego son gravadas en cabeza del accionista, en calidad de dividendos. Por lo general, estas mismas legislaciones contemplan la posibilidad de que el referido accionista utilice como crédito todo o parte del Impuesto a la Renta pagado por la empresa por la parte de las utilidades que le ha tocado recibir como dividendos. Sin embargo, el efecto de la referida “doble imposición” puede en algunos casos no ser mitigado en su totalidad.

Distinto es el caso de los intereses u otros rendimientos pagados en operaciones de financiamiento. Por lo general, tales intereses o rendimientos son deducibles para efectos de la determinación de la base imponible de las empresas beneficiarias del financiamiento, y son únicamente gravados en cabeza de la persona o entidad que otorga el mismo.

Ahora bien, cuando tales dividendos o intereses son pagados en favor de beneficiarios no residentes en el país en el que reside la empresa que los genera o paga, respectivamente, las diferencias pudieran ser aun mayores. En principio, la similitud en el tratamiento a ambos se encuentra en que al beneficiario no residente se le efectúa una retención en la fuente, la cual tiene carácter definitivo. Sin embargo, en el caso particular de los dividendos, para el beneficiario no domiciliado de los mismos no existiría la posibilidad de utilizar alguna forma de crédito por el impuesto a la renta ya

pagado por empresa que paga los dividendos, contra la retención que se efectúa por los dividendos que él recibe. A esto podría añadirse que en ciertas legislaciones tributarias, la tasa de retención en la fuente aplicable a los dividendos es mayor a aquella aplicable a los intereses. No obstante ello, cabe mencionar que, salvo la existencia de un convenio de doble tributación u otro medio previsto en la legislación interna para mitigar la doble imposición internacional, tales dividendos e intereses también estarían gravados en el país de residencia de los perceptores de los mismos.

En dicho contexto, los convenios de doble tributación pueden aportar algún alivio. Muchos de estos convenios se basan en el Modelo de Convenio para evitar la Doble Tributación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Al amparo de lo establecido en el artículo 10 de este Modelo de Convenio (en adelante, el Modelo OCDE), los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en este último Estado. Sin embargo, éstos últimos pueden también ser sometidos a imposición en el Estado en que resida la sociedad que pague los dividendos, de acuerdo a la legislación vigente en este último Estado, en cuyo caso se permitiría la aplicación de un crédito por el impuesto ya pagado en el otro Estado contratante.

Sin embargo, si los referidos dividendos son pagados en favor de un beneficiario⁽²⁾ que resida en el otro Estado Contratante, el impuesto que grave los dividendos en el Estado contratante en el que resida la empresa que los paga no podría ser mayor al 5 por ciento del monto de los mismos, si es que dicho beneficiario participa en por lo menos 25 por ciento del capital social de la referida empresa; en caso contrario, dicho impuesto no podría exceder de 15 por ciento de los referidos dividendos.

Por su parte, el artículo 11 del Modelo OCDE señala que los intereses pagados por un residente de un Estado contratante a un residente de otro Estado contratante pueden ser sometidos a imposición en

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

ambos Estados, de acuerdo a la legislación vigente en cada uno de ellos. Pero, de manera similar a los dividendos, si los referidos intereses son pagados en favor de un beneficiario⁽³⁾ que resida en el otro Estado contratante, el impuesto que grave los intereses en el Estado contratante en el que resida la empresa que los paga no podría ser mayor al 10 por ciento del monto de los mismos.

En tal sentido, aun en el caso de que fueran de aplicación las alícuotas “limitativas” previstas en el Modelo OCDE para dividendos e intereses, podrían haber casos en los que pudiera resultar más ventajoso para un accionista el financiar a una empresa vinculada a través de un préstamo en vez de efectuar un aporte de capital⁽⁴⁾.

(...) la subcapitalización puede ser definida como la preferencia por parte de las empresas de dotar fondos a empresas subsidiarias o relacionadas a través de préstamos, en vez de efectuar aportes de capital

4 Los financiamientos “híbridos”.

Si bien conceptualmente es factible en principio efectuar una clara distinción entre aportes al capital de empresas y operaciones de financiamiento llevadas a cabo con estas últimas, existen ciertas modalidades de financiamiento que por las condiciones a las que se encuentran sujetas podrían derivarse consecuencias mayormente atribuibles a aportes de capital.

De acuerdo a lo señalado por Marjaana Helminen en su obra *The dividend concept in international Tax Law*⁽⁵⁾, los instrumentos “híbridos” se caracterizan por reunir características inherentes a títulos

representativos del capital de una sociedad y de instrumentos representativos de deuda; existiendo la posibilidad inmediata de que los titulares de dichos instrumentos híbridos puedan participar en el capital o en los resultados de la sociedad deudora.

Estos instrumentos “híbridos” generalmente son creados incorporando ciertas características o derechos inherentes a los tenedores de títulos representativos del capital social, a instrumentos representativos de deuda, y viceversa. Así, por ejemplo, constituyen formas híbridas de financiación aquéllas en las que no exista una fecha determinada de reembolso del capital y pago de los intereses, cuando el pago de la deuda se encuentra subordinado al pago de otras acreencias, cuando dicha deuda puede ser convertida en títulos representativos del capital de la empresa deudora o cuando los intereses devienen en exigibles únicamente cuando la empresa deudora obtiene un cierto nivel de utilidades, entre otros casos.

En líneas generales, estos instrumentos “híbridos” pueden ser convenientes desde un punto de vista financiero y, por lo tanto, ser utilizados sin un propósito específicamente tributario, orientado a recibir un tratamiento impositivo más favorable que aquél que correspondería a un accionista cuando recibe dividendos de esta misma empresa. En efecto, la ventaja de los referidos instrumentos híbridos es precisamente manejar el pago de obligaciones en favor de los acreedores de forma tal que se preserve el patrimonio de la empresa, especialmente en los momentos en que ésta atraviesa por una situación deficitaria.

Sin embargo, en aplicación estricta del Principio de Neutralidad Tributaria, corresponde tratar de igual manera a todo tipo de financiamiento, independientemente de la forma en que se llevan a cabo estas operaciones. Por lo tanto, resulta necesario determinar, en base a la realidad económica y a las características de cada operación, si es que nos encontramos verdaderamente ante una operación de financiamiento, o si una operación instrumentada como

(3) Ver nota 1.

(4) Excepciones a este eventual tratamiento más favorable a los intereses se presenta en el caso del *Parent-Subsidiary Directive* de la Unión Europea (Directiva del Consejo 90/435/CEE). De acuerdo a esta directiva, los dividendos pagados por una subsidiaria residente en un Estado intracomunitario en favor de su matriz residente en otro estado intracomunitario, no están sujetos a retención en el primero de éstos. Más aún, el estado en el que reside la matriz debe otorgar un crédito por el impuesto ya pagado sobre dichos dividendos por la subsidiaria.

(5) HELMINEN, Marjaana. *The dividend concept in international Tax Law*. Kluwer Law International. p. 321

un financiamiento reúne características que la asemejan a un aporte de capital y debe ser tratada como tal. En este último caso, los intereses generados por el referido financiamiento podrían válidamente recibir el tratamiento tributario inherente a los dividendos.

La legislación internacional ofrece soluciones diversas para efectos de realizar la distinción antes mencionada. La legislación norteamericana (artículo 385 del *Internal Revenue Code*) señala como criterios a evaluar si es que corresponde otorgar a un interés el tratamiento tributario de un dividendo, la ausencia de una promesa incondicional de pago de la deuda o de pago de una determinada tasa de interés, si el pago de la deuda se encuentra condicionado al pago previo de otras acreencias o derechos que pudieran tener los acreedores de participar en el manejo de la empresa, entre otros factores. También se considera como un factor a considerar el excesivo endeudamiento de una empresa con uno o varios de sus acreedores.

Sin embargo, como veremos más adelante, la sola existencia de un sobreendeudamiento de una empresa frente a acreedores con los que guarda vinculación económica puede dar lugar a la aplicación de normas de subcapitalización y, por ende, a la limitación del monto de los intereses derivados de dichos endeudamientos que puede ser deducido para efectos tributarios. En el caso bajo comentario, el *ratio* deuda-patrimonio sirve como indicador para otorgar a ciertos intereses el tratamiento de dividendos, y no únicamente para limitar su deducibilidad.

Por su parte, la legislación alemana permite otorgar a los intereses derivados de financiamientos “híbridos” el tratamiento tributario inherente a los dividendos, si es que tales financiamientos, por su naturaleza económica, se asemejan a aportes de capital. Sin embargo, ello es únicamente aplicable respecto de financiamientos otorgados a una empresa por parte de entidades vinculadas económicamente a esta última. Tal “asimilación” no podría ser realizada entonces respecto de instrumentos híbridos de los que sean titulares terceros no vinculados, salvo que se pueda sostener que la entrega de dinero se ha instrumentado como financiamiento con el único propósito de gozar de un tratamiento tributario más favorable. También existe una limitación a la deducibilidad de intereses cuando la proporción de endeudamiento respecto del patrimonio excede el *ratio* de 3 a 1.

5 Alternativas de tratamiento tributario en casos de subcapitalización.

Las legislaciones tributarias a nivel internacional abordan el tema de la subcapitalización bajo dos modalidades básicas, las cuales ya han sido ligeramente esbozadas a propósito del tratamiento de las financiaciones “híbridas”. Dichas modalidades son las siguientes: (i) prevalencia del contenido económico sobre la forma pactada (el fondo prevalece sobre la forma); y, (ii) establecimiento de un coeficiente de endeudamiento, en función del cual se limita el monto de intereses deducibles.

Las modalidades antes expuestas no son excluyentes entre sí. En efecto, como ya lo hemos mencionado anteriormente, el exceder el *ratio* de endeudamiento puede conllevar a que los intereses “no deducibles” sean automáticamente tratados tributariamente como dividendos, si es que además tales “financiamientos” reúnen una o varias características inherentes a los aportes de capital.

A continuación, desarrollamos cada una de dichas modalidades.

5.1 Prevalencia del contenido económico sobre la forma pactada (el fondo prevalece sobre la forma).

Este supuesto engloba a su vez dos modalidades: i) la asimilación a una empresa independiente (principio de la prudencia); y, ii) el abuso de derecho.

Bajo la primera de las modalidades antes descritas, se busca determinar si un tercero no vinculado otorgaría un préstamo en iguales o similares condiciones a aquél otorgado por ciertas entidades en favor de otras con las que guardan vinculación económica. Este criterio ha sido adoptado por Gran Bretaña, cuya legislación tributaria dispone que al momento de analizar la deducibilidad de intereses, debe observarse primero el importe de capital máximo que una tercera persona (extranjera) no vinculada había puesto a disposición de una determinada empresa. Sobre esta base, se establece el monto máximo de intereses deducibles para intereses fiscales. Sin embargo, tal limitación a la deducibilidad no implica necesariamente que a tales intereses se les deba otorgar el tratamiento tributario inherente a los dividendos.

Otra variante de esta modalidad la encontramos en la legislación sueca, la cual considera que la inexistencia de una tasa de interés que pueda considerarse como de “libre concurrencia”, en razón a ser superior o inferior a la que partes no relacionadas hubieran pactado por financiamientos otorgados en condiciones similares, pudiera representar un elemento para determinar si a los intereses derivados de dichos financiamientos se les deberían o no aplicar el tratamiento tributario inherente a dividendos.

La segunda modalidad, conocida como de “abuso de derecho” o de “anti-abuso”, busca evitar que verdaderos aportes de capital se estructuren bajo la forma de financiamientos, con la finalidad de que los “intereses” derivados de estos últimos gocen de un tratamiento tributario más favorable del que correspondería aplicar a dividendos. En esta modalidad se comprenden a las medidas destinadas a reclasificar los instrumentos “híbridos” a los que se ha hecho extensa mención en el numeral 3 que antecede.

5.2 Establecimiento de un coeficiente de endeudamiento.

Bajo esta modalidad, se establece un *ratio* endeudamiento-patrimonio (o endeudamiento-capital), el cual representa una relación fija entre dichos elementos y en función del cual se establecen límites al monto de intereses deducibles. Dicho coeficiente representa un “nivel de seguridad”, en tanto los intereses por el conjunto de endeudamientos cubiertos por este *ratio* serían deducibles para efectos tributarios, siempre que se demuestre su vinculación a la generación de rentas gravadas. Sin embargo, los intereses que correspondan al endeudamiento que exceda del referido *ratio* no serían deducibles.

Los *ratios* o coeficientes de endeudamiento varían a nivel internacional. Así, por ejemplo, el *ratio* de endeudamiento-capital previsto en las legislaciones tributarias de Australia, Alemania, Japón, Canadá, España, Sudáfrica, Nueva Zelanda y Corea es de 3 a 1 -es decir, los intereses deducibles son aquéllos que corresponden a endeudamientos que en su conjunto no excedan a tres veces el capital del deudor-. En Francia y Estados Unidos, el referido coeficiente es menor -de 1.5 a 1-.

La problemática en la aplicación del citado coeficiente de endeudamiento radica principalmente en los aspectos que se detallan a continuación.

5.2.1 Definir qué debe entenderse por endeudamiento (“capital acreedor”) y por capital o patrimonio (“capital propio”).

En la legislación comparada, es común que el concepto de endeudamiento comprenda a todas las operaciones de financiamiento cuyo rendimiento es un interés periódico, y en las que exista obligación de reembolso. Los financiamientos “híbridos” son por lo general excluidos del concepto de endeudamiento en las legislaciones que contemplan criterios de interpretación económica (prevalencia del fondo sobre la forma). Sin embargo, como se verá más adelante, aun cuando el redimiento de estos financiamientos “híbridos” sea tratado como dividendo, el monto de la “deuda” no es considerada como parte del capital propio para efectos de la aplicación del coeficiente.

Ahora bien, la mayoría de legislaciones únicamente consideran como endeudamiento para efectos de la aplicación del referido coeficiente a las operaciones de financiamiento en las que el acreedor es una entidad con la que el deudor guarda vinculación económica. El fundamento de ello radica en que, una vez alcanzado un determinado nivel de endeudamiento, resulta cada vez menos probable que terceras empresas no vinculadas continúen otorgando créditos que contribuyan a subcapitalizar al deudor. Más bien, como lo hemos mencionado precedentemente, resulta de interés de los accionistas de una empresa el financiarla a través de préstamos en vez de efectuar aportes de capital si es que ello es más ventajoso tributariamente -nótese que muchas empresas se encuentran “subcapitalizadas” precisamente a raíz de que los accionistas, por motivos fiscales, eligen efectuar préstamos en vez de aportes de capital-.

Otro tema de consenso es la exclusión del concepto de endeudamiento de las operaciones de préstamo que no devengan intereses ni cualquier otro rendimiento que pudiera asimilarse a este último concepto. El único país que incluye a este tipo de financiamientos en el concepto de endeudamiento es Alemania.

Sin embargo, un tema en el que no existe un consenso es el relativo a la inclusión en el concepto de endeudamiento de los préstamos a corto plazo. Ciertas legislaciones excluyen expresamente de dicho concepto a los préstamos otorgados por plazos menores de 90 días calendario, así como a las cuentas por pagar

por suministros de bienes y servicios cuya exigibilidad de cancelación no exceda de este plazo.

De otro lado, se entiende que el capital o patrimonio del deudor (denominado “capital propio”), comprende al capital nominal (siempre que se encuentre suscrito y pagado), las reservas de capital y los resultados acumulados tal y como figuran en el balance general de la empresa a una determinada fecha.

5.2.2 Momento en que debe ser realizada la medición.

Este es otro aspecto muy importante que debe ser definido para efectos de la aplicación de las normas de subcapitalización. En efecto, puede ocurrir que durante el ejercicio se obtengan diversos financiamientos y se terminen algunos otros. Por lo tanto, el nivel de endeudamiento va a variar durante el ejercicio gravable, y ello da lugar a que sea necesario determinar cuándo es que debe medirse el capital acreedor.

La legislación internacional es muy variada en cuanto a este tema. En Estados Unidos, por ejemplo, el capital acreedor se mide al final del ejercicio gravable. Otras legislaciones optan por la cuantía media del capital acreedor durante el año (obtener un promedio del endeudamiento que ha generado intereses durante el ejercicio fiscal), o sencillamente tomar como capital acreedor la suma máxima de endeudamiento durante el ejercicio fiscal.

En el caso de la determinación del capital deudor, ocurre un problema similar. En efecto, las alternativas que ofrece la legislación internacional son, entre otras, el tomar el capital propio al final del ejercicio precedente o al final del ejercicio corriente. También existen legislaciones que toman un promedio del capital social a lo largo del ejercicio gravable.

En líneas generales, las legislaciones que miden el capital acreedor y el propio al final del ejercicio gravable permiten al contribuyente tomar las medidas necesarias para evitar la aplicación de las normas de

subcapitalización. En efecto, se puede optar por prepagar o refinanciar préstamos, incrementar el capital social vía aportes, entre otros. Por el contrario, la opción de medir ambos factores a través de promedios anuales puede resultar más efectivo desde un punto de vista recaudatorio.

Una vez medidos el capital acreedor y el capital propio, lo que se hace es determinar el monto de los intereses que proporcionalmente corresponderían al exceso de endeudamiento -muchas veces se utiliza una regla de tres simple, de la que se obtiene un numerador equivalente al resultado de multiplicar el exceso de endeudamiento por los intereses totales pagados durante el ejercicio, mientras que el denominador está constituido por el total del endeudamiento del ejercicio-. El resultado obtenido son los intereses no deducibles que, dependiendo de la legislación de cada país, pueden o no recibir el tratamiento de dividendos.

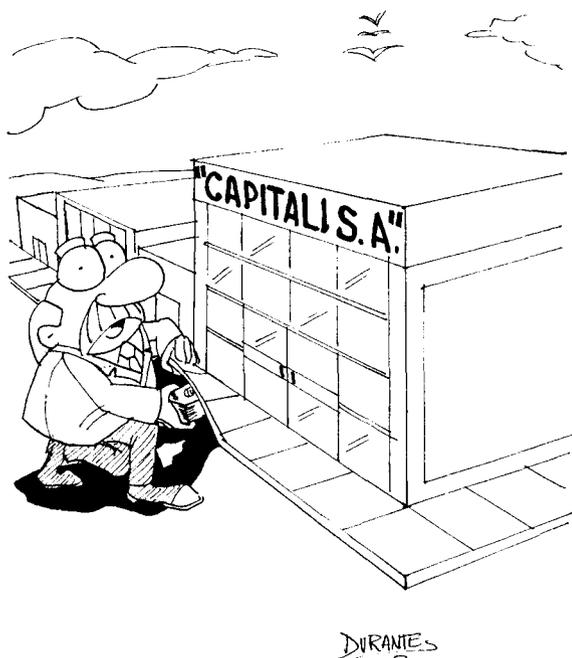
6 Tratamiento de la subcapitalización en el Impuesto a la Renta peruano.

Luego de resumidos los alcances y objetivos de la subcapitalización en la legislación internacional, a continuación comentamos brevemente las normas sobre la materia contenidas en nuestra Ley del Impuesto a la Renta.

6.1 Consideraciones generales.

Al amparo del régimen vigente del Impuesto a la Renta, los intereses pagados por préstamos constituyen rentas afectas a dicho tributo. Cuando estos intereses son pagados en favor de sujetos no domiciliados, la tasa de retención aplicable a dichos intereses puede ser de 4.99 por ciento si es que se cumplen ciertos requisitos previstos en la Ley del Impuesto a la Renta, uno de los cuales consiste en que dichos intereses no sean pagados en favor de entidades con las que el prestatario domiciliado en el país guarde vinculación económica⁽⁶⁾. Si es que existe tal

- (6) Los supuestos de vinculación económica previstos en la Ley del Impuesto a la Renta son los siguientes:
- (i) Una persona natural o jurídica posea más del treinta por ciento (30%) del capital de otra empresa, directamente o por intermedio de un tercero.
 - (ii) Más del treinta por ciento (30%) del capital de dos (2) o más empresas pertenezca a una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.
 - (iii) En cualesquiera de los casos anteriores, cuando la indicada proporción del capital pertenezca a cónyuges entre sí o a personas vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
 - (iv) El capital de dos (2) o más empresas pertenezca, en más del treinta por ciento (30%), a socios comunes a éstas.
 - (v) Las empresas cuenten con directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros y comerciales que se adopten.



vinculación económica, los referidos intereses estarían sujetos a una tasa de retención de 30 por ciento.

Ahora bien cuando se distribuyen dividendos, éstos no se encuentran afectados para el receptor de los mismos, sea que este último domicilie o no en nuestro país. A partir del ejercicio 2002, la distribución de utilidades se encuentra afectada a una tasa adicional del Impuesto a la Renta de 4.1 por ciento (las rentas de tercera categoría estarán afectadas a una tasa de 27 por ciento desde dicho ejercicio). Entre los supuestos que configuran una distribución de utilidades se encuentran los pagos efectuados por empresas domiciliadas en favor de personas naturales o jurídicas que participan en el capital social de las mismas, cuando se derivan de créditos en los que no existe obligación de devolver, o que existiendo tal obligación, el plazo para su devolución exceda de doce meses. Dichos pagos constituyen una “distribución de utilidades” hasta el límite de las utilidades y reservas de libre disposición.

De otro lado, a partir del ejercicio 2001 se han introducido normas de subcapitalización a la

legislación peruana. Estas normas están básicamente dirigidas a limitar el monto de los intereses que los perceptores de rentas de tercera categoría deducen por operaciones de financiamiento.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el inciso a) del Artículo 37 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley del Impuesto a la Renta, serán deducibles los intereses provenientes de endeudamientos de contribuyentes con sujetos o empresas vinculadas cuando dicho endeudamiento no exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine mediante decreto supremo sobre el patrimonio del contribuyente -este coeficiente fue establecido en 3 veces el patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior-. Añade esta norma que los intereses que se obtengan por el exceso de endeudamiento que resulte de la aplicación del coeficiente antes mencionado no serán deducibles.

En tal sentido, nuestra norma únicamente aplica el coeficiente de endeudamiento sobre los financiamientos otorgados por personas o entidades que, de acuerdo a las normas del Impuesto a la Renta, se consideran como vinculadas económicamente con el deudor. A diferencia de la legislación internacional que aplica las normas de subcapitalización a financiamientos otorgados por entidades no residentes en el país de residencia del deudor, nuestra norma opta por comprender no sólo a operaciones de crédito con sujetos no domiciliados, sino también con sujetos domiciliados en nuestro país.

6.2 Implicancias de adoptar criterios de prevalencia del contenido económico sobre la forma pactada.

En tanto únicamente las normas de subcapitalización se encuentran en principio dirigidas a limitar la deducción de intereses pagados en favor de acreedores con los que el deudor guarda vinculación económica, dichos intereses continúan estando afectados al Impuesto a la Renta, como tales, en cabeza del acreedor, aún en el caso en que los mismos resultaran

- (vi) Dos o más empresas consoliden Estados Financieros.
- (vii) Una empresa efectúe el cincuenta por ciento (50%) o más de sus ventas de bienes o servicios a una empresa o a empresas vinculadas entre sí durante los doce meses inmediatos anteriores al mes en el que ocurre la transacción.
- (viii) Exista un contrato de colaboración empresarial con contabilidad independiente, en cuyo caso el contrato se considerará vinculado con cada una de las partes contratantes.
- (ix) Cuando una empresa no domiciliada tenga uno o más establecimientos permanentes en el país, en cuyo caso existirá vinculación entre la empresa no domiciliada y cada uno de sus establecimientos permanentes y entre los establecimientos permanentes entre sí.

no deducibles para el deudor. Así, por ejemplo, los intereses pagados en favor de acreedores no domiciliados, con los que el deudor guarda vinculación económica, estarán afectos a una tasa de retención de 30 por ciento aun cuando dichos intereses no sean deducibles para el deudor.

Sin embargo, cabe recordar que, de conformidad con lo establecido en la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria -SUNAT- está facultada a tomar en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.

En dicho contexto, cabría preguntarse qué sucedería si en el ejercicio de esta facultad, la Administración Tributaria considerase que el pago de intereses bajo formas “híbridas” de financiación responden en realidad a la distribución de utilidades y no a una compensación por el uso del capital en el marco de un financiamiento. Al amparo de nuestra legislación, tal “interpretación” podría tener como consecuencia que los intereses no constituyan renta gravable para su perceptor, si es que se asimilan a dividendos (recuérdese que los dividendos continúan siendo rentas inafectas para efectos del Impuesto a la Renta), pero que su desembolso implique el pago de la tasa adicional de 4.1 por ciento. Asimismo, tales “intereses” no serían deducibles para la empresa que paga los mismos.

Cuando los intereses son pagados en favor de entidades del exterior que encuadran en alguno de los supuestos de vinculación económica, el efecto de considerar tales intereses como dividendos y que por ende, su distribución dé lugar a la aplicación de la tasa adicional de 4.1 puede resultar inocua. En efecto, tales intereses estarían en principio afectos a una retención

de 30 por ciento, y si fueran considerados dividendos, éstos no serían deducibles (lo cual económicamente puede equivaler a gravarlos con una tasa de 27 por ciento) y su distribución o pago daría lugar a la aplicación de la tasa adicional de 4.1 por ciento.

No obstante ello, nótese que mientras tales pagos sean considerados como intereses, su deducibilidad estará sujeta al cumplimiento de los límites de endeudamiento previstos en la Ley del Impuesto a la Renta. Por lo tanto, el que estas rentas sean consideradas como intereses ofrece un riesgo adicional, que consiste en que además de la retención de 30 por ciento, tales intereses puedan no ser deducibles para el deudor en aplicación de los límites de endeudamiento recogidos en las normas de subcapitalización. Por ende, considerar en estos casos que el pago de los referidos intereses constituye en realidad una distribución de utilidades podría inclusive resultar más favorable para el acreedor.

Otro supuesto que debe ser analizado es el de los préstamos otorgados por entidades no domiciliadas que guarden vinculación económica con el deudor domiciliado, pero que no encuadran en los supuestos de vinculación económica previstos en la Ley del Impuesto a la Renta. En estos casos, y cumplidos ciertos requisitos previstos en el inciso 1 del artículo 56 de la Ley del Impuesto a la Renta⁽⁷⁾, los intereses están sujetos a una tasa de retención de 4.99 por ciento. Además, dichos intereses son deducibles para el deudor domiciliado.

En dicho contexto, si se aplicaran normas de interpretación económica y eventualmente se calificara a tales intereses como dividendos (para ello sería necesario prescindir de los supuestos de vinculación económica previstos en la Ley, lo cual ya es discutible), en tal caso sí existiría un mayor costo tributario para el accionista que otorga el crédito, en tanto éstos no serían deducibles para el deudor (lo cual

(7) Los requisitos establecidos en la Ley del Impuesto a la Renta son los siguientes:

- 1) En caso de préstamos en efectivo, que se acredite el ingreso de la moneda extranjera al país.
- 2) Que el crédito no devengue un interés anual al rebatir superior a la tasa preferencial predominante en la plaza de donde provenga, más tres (3) puntos.
Los referidos tres (3) puntos cubren los gastos y comisiones, primas y toda otra suma adicional al interés pactado de cualquier tipo que se pague a beneficiarios del extranjero.
- 3) Que se trate de un crédito concedido por un banco de primera categoría, calificado como tal por el Banco Central de Reserva del Perú.
- 4) Que la intervención del banco no tenga como propósito evitar una operación entre empresas vinculadas económicamente u obtener la tasa prevista en el presente inciso.
Están incluidos en este inciso los intereses de los créditos externos destinados al financiamiento de importaciones, siempre que se cumpla con las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

económicamente puede equivaler a gravarlos con una tasa de 27 por ciento) y su distribución o pago daría lugar a la aplicación de la tasa adicional de 4.1 por ciento.

En este punto, cabe referirnos a un supuesto tratado en la legislación del Impuesto a la Renta como distribución de utilidades, aun cuando las partes intervinientes estructuran la operación como un crédito. En efecto, de conformidad con lo establecido en el inciso f) del artículo 55-A de la Ley del Impuesto a la Renta, cuando las personas jurídicas que no sean empresas de operaciones múltiples o empresas de arrendamiento financiero otorguen a las personas naturales o jurídicas que las integran o sean parte contratante de ella un crédito o entrega, en efectivo o en especie, se considerará que existe una distribución de utilidades, hasta el límite de las utilidades y reservas de libre disposición, con carácter general o particular, cuando no exista obligación de devolver o, existiendo tal obligación, el plazo para su devolución exceda de doce meses, o la devolución o pago no se produzca dentro de dicho plazo o, no obstante los términos acordados, la renovación sucesiva o la repetición de operaciones similares permita inferir la existencia de una operación única, cuya duración total exceda de tal plazo.

A través de esta norma se podría alcanzar a algunos tipos de financiamientos “híbridos”, en los cuales no existe una obligación de devolver el préstamo o los rendimientos son pagados en una forma tal o en una periodicidad tal que se asemejan propiamente a dividendos. En este caso particular, los rendimientos derivados de créditos otorgados en dichas condiciones serán considerados dividendos si es que los “intereses” son pagados en favor de sujetos que participan en el capital social del deudor (entre otros supuestos). Nótese que este tratamiento es aplicable aún en el caso que la referida participación en el capital social sea inferior a aquella considerada en los supuestos de vinculación económica previstos en la Ley del Impuesto a la Renta (los cuales exigen una tenencia accionaria de 30 por ciento como mínimo).

Sin embargo, el tratamiento tributario mencionado en el párrafo anterior se deriva de una

norma expresa contenida en la legislación del Impuesto a la Renta. Cabría preguntarse entonces si en virtud de las normas de interpretación económica previstas en el Título Preliminar del Código Tributario, se podría otorgar este mismo tratamiento a otros financiamientos híbridos previstos en la legislación internacional.

6.3 Definición de capital acreedor y capital propio para efectos de la aplicación del coeficiente.

Nuestra norma ha definido al capital propio como al patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior a aquél en que se han pagado los intereses. Sin embargo, se ha omitido definir qué debe entenderse por capital acreedor para los fines de la aplicación del coeficiente de endeudamiento, cómo se determina el monto de dicho capital acreedor y el momento en que debe efectuarse esta medición.

Tomando en consideración la experiencia internacional en este tema, podría ser recomendable excluir a las cuentas por pagar comerciales y a las operaciones de préstamo que no devengan intereses ni cualquier otro rendimiento que pudiera asimilarse a este último concepto. También podría excluirse a los financiamientos “híbridos”, si es que opta por considerar que el rendimiento producido por los mismos es en realidad un dividendo y no intereses.

Asimismo, falta definir cómo se cuantifica el referido capital acreedor. Podría optarse por tomar el importe del capital acreedor existente al final del ejercicio gravable, por calcular la cuantía media del capital acreedor durante el año (obtener un promedio del endeudamiento que ha generado intereses durante el ejercicio fiscal), o sencillamente por tomar como capital acreedor la suma máxima de endeudamiento durante el ejercicio fiscal.

La definición de qué comprende el concepto de capital acreedor y de cómo debe ser medido éste debería ser efectuada antes de finalizado el ejercicio gravable 2001. En caso contrario, resultará muy difícil aplicar las normas de subcapitalización por falta de certeza en cuanto a la metodología a ser empleada por el contribuyente. *AE*