

DEDUCCIÓN DE INTERESES Y REGLAS DE SUBCAPITALIZACIÓN EN LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA PERUANA Y LA ACCIÓN 4 DEL PLAN BEPS

INTEREST DEDUCTIBILITY AND THIN CAPITALIZATION RULES AFTER THE PERUVIAN INCOME TAX LAW AND BEPS ACTION 4

Francisco Botto Denegri*
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas
DLA Piper

Sheila Espinal Cragg**
DLA Piper

Legislative Decree 1424 and Supreme Decree 338-2018-EF were aimed at modifying the Income Tax Law in matter of interest deductibility. The aforementioned Decrees have modified the thin capitalization rules by which companies established in Peru were regulated. Thereby, these adjustments seem to move the goalposts where foreign investment is concerned.

In this article, the authors review the evolution of the thin capitalization framework in recent decades. Based on this concept, they analyze the rules in force until 2018 as well as those enacted between 2019 and 2020. Through this approach, they criticize the implementation of the BEPS Action 4 rules that will be applicable from 2021 since their effects will have economic repercussions both internally and externally.

KEYWORDS: *thin capitalization rules; income tax; main economic contributors; BEPS Action 4; interest deductibility.*

El Decreto Legislativo 1424 y el Decreto Supremo 338-2018-EF tuvieron como finalidad modificar la Ley de Impuesto a la Renta en materia de deducción de intereses por préstamos. En específico, los decretos antes mencionados han modificado las reglas de subcapitalización por las que las empresas establecidas en Perú estaban reguladas. En ese sentido, estos ajustes parecen cambiar las reglas de juego en lo que respecta a la inversión extranjera en el país.

En este artículo, los autores revisan la evolución del marco legal de subcapitalización en las últimas décadas. A partir de esto, analizan las normas vigentes hasta 2018, así como las promulgadas entre 2019 y 2020. Bajo este enfoque, cuestionan la implementación de las reglas de la Acción 4 del BEPS que serán aplicables a partir de 2021 ya que sus efectos tendrán repercusiones económicas tanto interna como externamente.

PALABRAS CLAVE: *reglas de subcapitalización; impuesto a la renta; principales contribuyentes económicos; Plan BEPS; deducción de intereses.*

* Abogado. Ex asociado de Hansen-Holm, Alonso & Cía. (Coopers & Lybrand). Profesor de Derecho Tributario en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Socio de DLA Piper, Lima, Perú. Contacto: fbotto@dlapiper.pe

** Abogada. Máster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Miembro del Grupo Peruano de la Asociación Fiscal Internacional (IFA). Asociada principal de DLA Piper, Lima, Perú. Contacto: sespinal@dlapiper.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial de THÉMIS-Revista de Derecho el 29 de noviembre de 2019, y aceptado por el mismo el 20 de febrero de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

Las reglas de subcapitalización fueron introducidas en la Ley de Impuesto a la Renta (en adelante, LIR) mediante la Ley 27356, la cual entró en vigencia el 1 de enero del 2001. Dicha norma legislativa, que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre del año 2018, resultaba aplicable a los préstamos realizados entre partes vinculadas. En tal sentido, resultaban deducibles los intereses provenientes de endeudamientos de contribuyentes con sus partes vinculadas siempre que dicho endeudamiento no exceda el resultado de aplicar el coeficiente tres sobre el patrimonio del contribuyente propiamente dicho.

Sin embargo, el Decreto Legislativo 1424 y el Decreto Supremo 338-2018-EF fueron publicados el 13 de setiembre del 2018 y 30 de diciembre del mismo año, respectivamente. Estas normas realizaron modificaciones a la LIR y su Reglamento con relación a los límites para la deducción de intereses por préstamos, es decir, las reglas de subcapitalización.

Estas modificaciones tomaron como base las recomendaciones señaladas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) en la Acción 4 del Plan Base Erosion and Profit Shifting (en adelante, BEPS) referida a la deducción de intereses. Dichas normas señalan que el límite de endeudamiento no solo será aplicable entre partes vinculantes, sino que se extiende el ámbito de aplicación de las reglas de subcapitalización, de tal manera que este límite resulte aplicable a cualquier préstamo independientemente de las partes que intervengan. Asimismo, fija un nuevo límite aplicable a partir del año 2021. En tal sentido, a partir del 1 de enero del 2021, el límite de endeudamiento se encontrará en función del Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization (en adelante, EBITDA)¹.

Bajo tal contexto, cabe preguntarse cuál es el efecto de estas nuevas reglas en el **ámbito** peruano. Al respecto, opinamos que el legislador no ha adaptado las recomendaciones señaladas por la OCDE en función a las necesidades económicas del Perú. En efecto, estas nuevas reglas de subcapitalización tendrían dos tipos de consecuencias: (i) el desincentivo de la inversión extranjera que resulta fundamental para el Perú, tomando en consideración que la economía del país se basa en actividades primarias de exportación; y, (ii) que el incremento

del costo financiero sea finalmente trasladado y asumido por los consumidores finales.

II. LA SUBCAPITALIZACIÓN

En el marco de la globalización económica, las compañías se encuentran en la búsqueda permanente de expandir su actividad comercial en distintas partes del mundo. En tal sentido, estas requieren diversas formas de financiamiento, de modo que se les permita tener el capital pecuniario necesario para llevar a cabo la expansión de sus operaciones comerciales.

Así, entre los mecanismos más utilizados por las sociedades se encuentran los aportes de capital y los préstamos otorgados por los accionistas. Al respecto, debemos señalar que ambos métodos de financiamiento tienen impactos tributarios distintos en las compañías que los implementan. De hecho, en el caso de los aportes de capital efectuados por los accionistas, estos en sí mismos –toda vez que no se genera una ganancia con la realización del aporte– no están gravados con impuesto a la renta.

De otro lado, en lo relacionado al caso de los préstamos otorgados por los accionistas, los intereses provenientes de estos constituyen gastos financieros deducibles a efectos de determinar el impuesto a la renta de la compañía y, a su vez, constituyen para los accionistas una renta gravada cuya tasa puede ser del 5% o 30% dependiendo de si el accionista parte es una persona natural o jurídica y si es domiciliado o no domiciliado para efectos tributarios.

En atención al aspecto anterior, se advierte que –a diferencia de los aportes de capital– el financiamiento mediante préstamos constituye un mecanismo más atractivo para efectos tributarios, toda vez que permite deducir los intereses como gasto financiero. Siendo ello así, los préstamos han sido utilizados indiscriminadamente por las compañías, no solo con la finalidad de financiar las actividades de las sociedades, sino también para trasladar las utilidades de una compañía a otra a efectos de que, a nivel grupal, el impuesto pagado sea menor. En tal sentido, el patrimonio de las empresas deudoras era mucho menor que el préstamo que adquirirían de sus empresas vinculadas, siendo que dichos préstamos no contaban con una garantía que sustente el pago de dicha deuda.

¹ De acuerdo a lo señalado en el Decreto Legislativo 1424, el EBITDA es definido como la renta neta luego de efectuada la compensación de pérdidas más los intereses netos, depreciación y amortización.

El fenómeno antes descrito es denominado subcapitalización. Sobre este particular, cabe señalar que la subcapitalización, de acuerdo a lo señalado por Vann, puede ser definida como la preferencia por parte de las empresas de dotar de fondos a instituciones subsidiarias o relacionadas a través de préstamos, en vez de efectuar aportes de capital (1966, p.75).

Por su parte, García Novoa define la subcapitalización de la siguiente manera:

Aquella situación en la que el capital es menor de lo que debiera [...]. En concreto, el supuesto de la subcapitalización consiste en suministrar recursos financieros a una sociedad mediante préstamo cuando, por la vinculación existente entre el prestamista y la sociedad, la porción entre los fondos propios y los capitales prestados y las demás circunstancias de la operación puede considerarse que el préstamo encubre una verdadera aportación de capital (2013, p. 9).

Al respecto, Villanueva Gutiérrez señala lo siguiente:

La subcapitalización es conceptualizada como la proporción elevada de financiamiento ajeno con relación al propio, determinando un excesivo apalancamiento, teniendo efecto tributario considerable, puesto que los intereses que retribuyen los fondos ajenos son deducibles a efectos de la determinación de impuesto a la renta, mientras que los dividendos que retribuyen los fondos propios, no (2002, p. 29).

Frente a ello, los legisladores tributarios han optado por tomar diversas medidas para evitar la elusión tributaria producto de la subcapitalización. En efecto, y para evitar tal situación

[!]os países emiten una serie de estrategias que regulan y limitan el financiamiento entre grupos multinacionales denominadas reglas de subcapitalización, con el fin de controlar las estructuras de financiamiento con un nivel alto de apalancamiento, limitando de forma directa a la deducibilidad de los gastos por intereses (Webber, 2010, p. 683).

Asimismo, Aguilar Saldívar señala que las legislaciones tributarias a nivel internacional han optado por dos tipos de medidas: (i) por un lado, la prevalencia del contenido económico sobre la forma pactada (el fondo prevalece sobre la forma); y, (ii) por el otro, el establecimiento de un coeficiente de endeudamiento, en función del cual se limita el monto de intereses deducibles (2001, p. 252). El legislador peruano ha optado por esta segunda modalidad con el fin de regular la subcapitalización. A continuación, se explicarán las reglas que

han sido establecidas en la Ley de Impuesto a la Renta para estos efectos.

III. REGLAS DE SUBCAPITALIZACIÓN VIGENTES HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DEL 2018

Las reglas de subcapitalización fueron introducidas en la Ley de Impuesto a la Renta (LIR), a través de la Ley 27356. Esta norma incorporó un quinto párrafo al literal a del artículo 37 que afirma lo siguiente:

[...] 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 (2000).

Por su parte, el Decreto Supremo 45-2001-EF incorporó el numeral 6 al artículo 21 del Reglamento de la LIR, aprobado por el Decreto Supremo 122-94-EF, disponiendo lo siguiente:

El monto máximo de endeudamiento con sujetos o empresas vinculadas, a que se refiere el último párrafo del inciso a) del Artículo 37 de la Ley, se determinará aplicando un coeficiente de 3 (tres) al patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior.

Tratándose de sociedades o empresas que se escindan en el curso del ejercicio, cada uno de los bloques patrimoniales resultantes aplicará el coeficiente a que se refiere el párrafo anterior sobre la proporción que les correspondería del patrimonio neto de la sociedad o empresa escindida, al cierre del ejercicio anterior, sin considerar las revaluaciones voluntarias que no tengan efecto tributario. En los casos de fusión, el coeficiente se aplicará sobre la sumatoria de los patrimonios netos de cada una de las sociedades o empresas intervinientes, al cierre del ejercicio anterior, sin considerar las revaluaciones voluntarias que no tengan efecto tributario.

Los contribuyentes que se constituyan en el ejercicio considerarán como patrimonio neto su patrimonio inicial.

Si en cualquier momento del ejercicio el endeudamiento con sujetos o empresas vinculadas excede el monto máximo determinado en el primer párrafo de este numeral, sólo serán deducibles los intereses que proporcionalmente correspondan a dicho monto máximo de endeudamiento (2001).

En tal sentido, la norma establecía que la deducción de intereses provenientes de préstamos entre partes vinculadas se encontraba limitada por un coeficiente de endeudamiento igual a tres veces el patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior. De este modo, los intereses que excedieran dicho límite no resultaban deducibles. Cabe señalar que, antes de la entrada en vigencia de las normas anteriormente citadas, la legislación contemplaba como único requisito para la deducibilidad de los intereses que estos cumplan con el principio de causalidad, lo que quiere decir que el préstamo se encuentre relacionado con la generación de renta gravada o con el mantenimiento de la fuente productora de dicha renta.

Sin embargo, este requisito no era suficiente para evitar que las compañías utilicen la subcapitalización como una forma de financiar a sus partes vinculadas de manera desproporcional. En efecto, el Dictamen de la Comisión de Economía sobre el Proyecto de Ley 357-2000-CR señaló lo siguiente:

Otro problema, es la subcapitalización de las empresas, la que se da cuando un inversionista decide invertir, pero en vez de hacerlo como un aporte de capital, decide prestar a la empresa, **evitando de esta forma la imposición tributaria, este problema ha sido detectado, toda vez que se ha identificado que el nivel de pasivo vinculado es 10 o 20 veces mayor al capital inicial.** Organismos internacionales han establecido mecanismos como el propuesto, esto es, establecer un techo aplicable a las deudas vinculadas a los accionistas, las cuales si exceden a los estándares determinados no serán deducibles de impuesto a la renta (Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424, 2018) [el énfasis es nuestro].

En tal sentido, se advierte que las normas incorporadas a la legislación del impuesto a la renta constituyen normas antielusivas, toda vez que la subcapitalización tiene como finalidad el financiamiento de una compañía, al igual que el aporte de capital, pero evitando la imposición tributaria. No obstante, el parámetro que estableció el legislador estaba en función al patrimonio neto de la empresa y este —desde nuestro punto de vista— es un parámetro más afín con la realidad económica del Perú, el cual necesita importar capitales extranjeros.

IV. REGLAS DE SUBCAPITALIZACIÓN DESDE EL 1 DE ENERO DEL 2019 HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DEL 2020

El Decreto Legislativo 1424 y el Decreto Supremo 338-2018-EF realizaron modificaciones a la LIR y al respectivo reglamento en lo relacionado a los

límites para la deducción de intereses por préstamos. De este modo, el Decreto Legislativo 1424 modificó el artículo 37 de la LIR, estableciendo lo siguiente:

Serán deducibles los intereses provenientes de endeudamientos, cuando dicho endeudamiento no exceda del resultado de aplicar el coeficiente de 3 sobre el patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior; los intereses que se obtengan por el exceso de endeudamiento que resulte de la aplicación del coeficiente no serán deducibles (2018).

En atención a ello, se observa que el Decreto Legislativo citado modificó la regla de subcapitalización extendiendo su ámbito de aplicación a cualquier tipo de préstamo obtenido por una compañía domiciliada.

En tal sentido, a partir del 1 de enero del 2019 hasta el 31 de diciembre del 2020, el límite para la deducción de intereses proveniente de cualquier préstamo contraído por una empresa se encontrará en función del coeficiente de tres sobre el patrimonio neto del contribuyente. Asimismo, la norma agrega que —si en cualquier momento del ejercicio— el endeudamiento excede el monto máximo señalado, solo serán deducibles los intereses que proporcionalmente correspondan a dicho monto máximo de endeudamiento, de acuerdo a lo que señale el Reglamento.

Al respecto, el artículo 21 del Reglamento de la LIR, modificado por el Decreto Supremo 338-2018-EF, indica lo siguiente:

El cálculo de la proporcionalidad de los intereses deducibles señalados en el numeral 1, se debe efectuar conforme a lo siguiente:

- a) Dividir el monto máximo de endeudamiento (MME) entre el monto total de endeudamiento (MTE). El resultado de dicha operación se debe multiplicar por el monto de intereses (MI).
- b) El cálculo se debe efectuar desde la fecha en que el MTE supere el MME y por el período en que se mantenga dicha situación.
- c) El cálculo debe realizarse con independencia de la periodicidad de la tasa de interés.

El cálculo debe reflejar las variaciones del monto total de endeudamiento que se produzcan durante el ejercicio gravable (2018).

Sin perjuicio de ello, el decreto legislativo en cuestión ha determinado que el límite establecido no aplica en los siguientes casos:

- a) Las empresas del sistema financiero y de seguros señaladas en el Artículo 16 de la Ley 26702–Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.
- b) Contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio gravable sean menores o iguales a dos mil quinientas (2,500) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)².
- c) Contribuyentes que mediante Asociaciones Público Privadas desarrollen proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica en el marco del Decreto Legislativo 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y las normas que lo modifiquen o sustituyan.
- d) Endeudamientos para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, bajo la modalidad de Proyectos en Activos en el marco del Decreto Legislativo 1224, “Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos” y las normas que lo modifiquen o sustituyan, de acuerdo a lo que señale el Reglamento.
- e) Endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deuda con las siguientes condiciones:
- i. Se realicen por oferta pública primaria en el territorio nacional conforme a lo establecido en el TUO de la Ley del Mercado de Valores aprobado mediante Decreto Supremo 093-2002-EF y las normas que lo modifiquen o sustituyan,
 - ii. Los valores mobiliarios que se emitan sean nominativos y,
 - iii. La oferta pública se coloque en un mínimo de cinco inversionistas no vinculados al emisor (2018).

Finalmente, cabe señalar que el Decreto Legislativo 1424 estableció un régimen temporal aplicable a las deudas constituidas o renovadas hasta la fecha de su publicación, es decir, el 13 de setiembre de 2018. A estas les resultarán aplicables las normas referidas a la deducción de intereses sin las modificaciones introducidas por el Decreto Le-

gislativo 1424 y el Decreto Supremo 338-2018-EF hasta el 31 de diciembre de 2020.

V. REGLAS DE SUBCAPITALIZACIÓN A PARTIR DEL 1 DE ENERO DEL 2021

De conformidad con lo establecido en la única disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo 1424, a partir del 1 de enero del 2021, no serán deducibles los intereses netos que superen el límite del 30% del EBITDA determinado por la empresa en el ejercicio anterior. Para estos efectos, se entiende por ingresos netos al monto de los gastos por intereses que exceda el monto de los ingresos por intereses, computables para determinar la renta.

Asimismo, la norma establece que el EBITDA es definido como la renta neta luego de efectuada la compensación de pérdidas más los intereses netos, depreciación y amortización. Cabe señalar que los intereses netos que no hubieran podido ser deducidos en el ejercicio por exceder el límite antes señalado, podrán ser adicionados a aquellos correspondientes a los cuatro ejercicios inmediatos siguientes.

VI. JUSTIFICACIÓN DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA CON RESPECTO A LAS REGLAS DE SUBCAPITALIZACIÓN

De acuerdo a lo señalado en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424 (2018) –a pesar de la incorporación del límite establecido en la LIR, coeficiente de tres a uno– los gastos financieros de los contribuyentes se han incrementado significativamente en los últimos años. Sobre este particular, señala que, de acuerdo a información proporcionada por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (en adelante, Sunat), el porcentaje de aumento de estos gastos en el 2017 (32.1%) resulta elevado frente al incremento del número de contribuyentes en dicho periodo (8.6%).

Adicionalmente, conforme se ha establecido en la antes referida Exposición de Motivos, la Administración tributaria ha identificado que, durante el ejercicio del año 2016, las empresas con ingresos superiores a 2500 UIT tuvieron una elevada concentración de gastos financieros, equivalente al 98% del total de gastos declarados. Estas empresas constituyen los principales contribuyentes (en adelante, PRICOS).

² Al día de hoy, 2500 UIT equivalen a S/ 10'500,000.00.

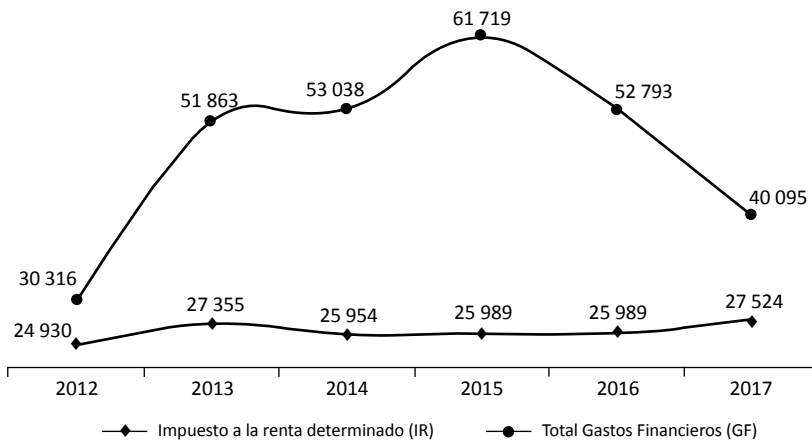
Cuadro 1
Contribuyentes que declaran gastos financieros*
 2012-2017
 (cantidad de contribuyentes y soles)

Conceptos	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Impuesto a la renta determinado (IR)	24 930 167 385	27 355 438 939	25 953 777 549	25 988 669 045	25 988 669 045	27 523 892 192
Total Gastos Financieros (GF)	30 316 304 501	51 863 414 434	53 037 893 511	61 719 175 253	52 792 782 288	40 095 315 163
GF / IR	1,22	1,90	2,04	2,37	2,03	1,45
Cantidad de Contribuyentes	119 530	126 146	131 180	131 887	131 504	132 190
Promedio de GF	253 629	411 138	404 314	468 041	401 454	303 316
Mediana de GF	a3 529	3 859	3 926	4 186	4 336	3 628

Nota: Solo considera contribuyentes que han declarado montos mayores a cero en la casilla 472 "Gastos Financieros" de la DDJJ anual de renta de tercera categoría.

Fuente: Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424 (2018).

Gráfico 1
IR determinado y gastos financieros de contribuyentes que declaran gastos financieros* en soles
 2012-2017



Nota: IR determinado considerando una tasa de 30% para toda la muestra.

Fuente: Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424 (2018).

Asimismo, dicha entidad detectó que los PRICOS representaron aproximadamente el 75% de los ingresos y el 78% de los gastos financieros del total de contribuyentes del régimen general. Por ello, más de la tercera parte de los gastos financieros e ingresos del régimen general se encuentran concentrados en el 10% de estos contribuyentes.

Conjuntamente, se señala que –aun cuando las normas establecidas en la LIR limitan la deducción de intereses– los contribuyentes pueden optar por esquemas complejos mediante los cuales no se puede verificar si se está realizando operaciones con partes vinculadas. Este es el caso de las operaciones *back-to-back*.

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina internacional, algunos grupos empresariales internacionales reducen su carga tributaria mediante el pago de intereses. De dicha forma trasladan las rentas que generan en países con tasas elevadas a países con tasas reducidas o a empresas con pérdidas.

La Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424 (2018) señala que estas prácticas estarían realizándose en el país, puesto que empresas sin patrimonio o con bajas utilidades reciben préstamos desproporcionados. Al respecto, cabe señalar que la relación pasivo patrimonio (en adelante, PASPAT) es un indicador del grado de endeudamiento que tiene una empresa respecto a su patrimonio total. En tal sentido, que una institución endeude varias veces su patrimonio significa que no tendría suficientes garantías para asumir el pago de la deuda por sí misma.

Por otro lado, de acuerdo a lo indicado en la referida Exposición de Motivos (2018), las empresas realizan operaciones de financiamiento a efectos de adquirir activos que contribuyan a la generación de rentas. Sin embargo, de acuerdo al análisis realizado por la Administración tributaria sobre una muestra de PRICOS, las empresas más endeudadas o sin patrimonio evidenciaron un crecimiento importante solo de las cuentas por cobrar sin haber

incrementado significativamente sus activos fijos. Por lo tanto, se concluye que el comportamiento observado en los referidos contribuyentes indica que el endeudamiento está reduciendo la base imponible del impuesto a la renta sin que esto se justifique con el incremento de activos productivos, lo cual podría estar erosionando la base misma.

Finalmente, el legislador señala que esta problemática de erosión de la base imponible y traslado de beneficios mediante el pago de intereses también ha sido analizada por la OCDE en la Acción 4 del Plan BEPS, el mismo que recomienda lo siguiente:

- Incluir una regla de ratio fijo para limitar la deducibilidad de los intereses a un porcentaje del EBITDA determinado sobre valores tributarios.
- Permitir que los contribuyentes arrastren los intereses netos no deducidos en un ejercicio a ejercicios posteriores
- Establecer un umbral mínimo, respecto del que no se aplique el límite, en función de los intereses netos.
- Excluir de la aplicación del límite a los intereses de préstamos utilizados en proyectos de inversión pública siempre que cumplan determinadas condiciones (2018).

En atención a lo anteriormente expuesto, a fin de evitar que se erosione la base imponible del impuesto y se trasladen beneficios mediante el pago de intereses, el Decreto Legislativo 1424 recoge las recomendaciones vertidas en la Acción 4 y señala lo expuesto a continuación:

- a) Establecer que la regla de subcapitalización se aplique a los endeudamientos entre partes vinculadas e independientes
- b) Establecer como límite para la deducción de gastos por intereses una regla de ratio fijo equivalente al 30% del EBITDA aplicable a los intereses de deudas con partes vinculadas e independientes (2018).

Estas propuestas se incorporaron a través de la modificación del artículo 37 de la LIR, tal como se señaló en el punto precedente.

VII. ACCIÓN 4 DEL PLAN BEPS

La Acción 4 se encuentra referida a la limitación de la erosión de la base imponible mediante la deducción de intereses y otros gastos financieros. De acuerdo a lo señalado en el Informe Final de la Acción 4, la erosión de la base se debe principalmente a tres escenarios: (i) grupos que colocan altos niveles de endeudamiento en países con altos

impuestos; (ii) grupos que usan préstamos intra-grupo para generar deducciones de intereses que exceden los gastos de intereses reales de terceros del grupo; y, (iii) grupos que utilizan financiamiento de terceros o intragrupo para financiar la generación de ingresos exentos de impuestos (OCDE, 2015, p. 11).

Frente a ello, la OCDE señala que las normas adoptadas por las legislaciones actuales frente a los escenarios de erosión de la base imponible y la transferencia de beneficios vinculados a los intereses se pueden agrupar los seis grupos siguientes:

- a) *Arm's length tests*, que comparan el nivel de interés o deuda en una compañía con la posición que hubiera tenido si la compañía hubiera estado lidiando con una tercera parte no vinculada.
- b) Retención del impuesto sobre el pago de intereses, a fin de asignar derechos tributarios a la jurisdicción de la fuente.
- c) Reglas que no permiten un porcentaje específico del gasto por intereses de una compañía, independientemente de la naturaleza del pago o de quién lo realiza.
- d) *Fixed ratio rule*, las cuales son reglas que limitan el nivel de gasto por interés o deuda en una compañía con relación a una proporción fija, tal como la razón entre deuda/patrimonio, intereses/ganancia o intereses/activos totales.
- e) *Group ratio rule*, las cuales son reglas que limitan el nivel de gasto por intereses o deudas en una compañía en relación a la posición de endeudamiento del grupo económico.
- f) Normas antielusivas, direccionadas de tal manera que impiden los gastos por intereses en determinadas transacciones (OCDE, 2015, p. 19).

La Acción 4 señala que las mejores prácticas se encuentran contenidas en los puntos d), e) y f). En tal sentido, un límite general para la deducción de intereses restringiría la habilidad de una compañía para deducir gastos por intereses netos basados en un radio financiero fijo (*fixed ratio rule*). Esto se podría combinar con una regla que permita a la compañía deducir más intereses hasta el límite del coeficiente financiero del grupo cuando este es más alto (*group ratio rule*). Cabe señalar que, si un Estado no introduce una *group ratio rule*, este debe aplicar necesariamente la regla de ratio fijo o *fixed ratio rule* a grupos multinacionales y nacionales sin diferenciación alguna.

Las reglas antes señaladas deben ser complementadas con normas específicas para hacer frente al planeamiento fiscal. Con respecto a dichas normas específicas, estas deben buscar reducir o evitar el

efecto de las normas generales en el caso de riesgos específicos no cubiertos por estas últimas. Adicionalmente a ello, la Acción 4 señala que las mejores prácticas se apliquen, como mínimo, a todas las entidades que son parte de un grupo multinacional. Sin perjuicio de ello, indica que los Estados también deben aplicar estas reglas a las compañías que son parte de un grupo local o empresas independientes que no pertenecen a algún grupo.

La premisa subyacente a la *fixed ratio rule* es que una entidad pueda deducir sus gastos por intereses hasta una proporción del EBITDA y pueda, a su vez, asegurar que una porción de las ganancias de la compañía se encuentre gravada en un país. De acuerdo a lo señalado por la OCDE, esta regla podría aplicarse a todas las compañías, incluyendo a las que pertenecen a grupos multinacionales, grupos nacionales o compañías independientes.

El porcentaje o proporción del EBITDA será fijado por el Gobierno de cada país que aplique la norma, la cual se implementa de forma independiente al apalancamiento de la compañía o su grupo. Cabe precisar, asimismo, que la Acción 4 propone un porcentaje de 10% a 30%. En tal sentido, los intereses pagados a terceros, partes vinculadas y compañías del grupo son deducibles en tanto no superen este ratio fijo. Además, los intereses que superen el porcentaje no podrán ser deducidos.

De acuerdo a lo señalado por la OCDE, la aplicación de la *fixed ratio rule* tiene tres ventajas: (i) su facilidad para aplicar y auditar; (ii) el uso de números impositivos reduce el riesgo de que una empresa

con EBTIDA negativo debe pagar impuestos como resultado de que no pueda deducir intereses; y, (iii) la vinculación entre la deducción de intereses y los ingresos gravados significa que es más difícil para un grupo incrementar el límite de deducción de intereses netos sin incrementar –al mismo tiempo– el nivel de ingresos gravables en un país (2015, p. 21).

En relación al porcentaje del EBITDA, la Acción 4 señala que los Estados difieren en sus entornos económicos y legislaciones tributarias respecto al tema de los intereses. Conjuntamente, indica que existen muchos factores que podrían afectar la competitividad de los países para atraer inversiones tales como las tasas aplicables, la composición de la base imponible y las reglas de deducción de intereses. En tal sentido, menciona que –sin un enfoque de mejores prácticas– existe el riesgo de que los problemas relacionados a la competitividad lleven a que los Estados puedan adoptar porcentajes de ratio fijo altos, lo cual permitiría deducir una mayor cantidad de gastos por intereses y así, la regla para combatir la erosión de la base imponible vería afectada su eficacia.

VIII. APLICACIÓN DE LA ACCIÓN 4 DEL PLAN BEPS EN EL PERÚ

El Perú es un país que basa su economía en las actividades económicas extractivas. En efecto, de acuerdo a la información brindada por el Banco Central de Reserva y el Instituto Nacional de Estadística e Informática, la estructura del Producto Bruto Interno (en adelante, PBI) en el año 2018 fue la siguiente:

Cuadro 2
Producto Bruto Interno
(Variación porcentual respecto a similar periodo del año anterior)

	Estructura porcentual del PBI 2018 ^{1/}	2018			2019
		Ene.	Dic.	Año	Ene.
Agropecuario	5,5	5,2	2,6	7,5	3,5
Agrícola	3,3	8,2	-0,1	9,0	2,5
Pecuario	1,5	1,5	6,3	5,4	4,9
Pesca	0,5	12,4	225,9	39,7	-31,3
Minería e hidrocarburos	13,2	-1,6a	-1,2	-1,3	-1,3
Minería metálica	9,4	-2,0	-1,7	-1,5	-1,5
Hidrocarburos	1,4	1,1	1,4	0,0	-0,7
Manufactura	12,7	-0,1	12,4	6,2	-5,6
Primaria	3,0	2,1	46,8	13,2	-28,2
No primaria	9,6	-1,0	1,7	3,7	3,7
Electricidad y agua	1,8	0,2	7,4	4,4	5,4
Construcción	5,9	8,6	4,6	5,4	0,9
Comercio	10,7	2,4	2,5	2,6	2,5
Total Servicios	49,7	4,4	4,2	4,4	4,2
PBI Global	100,0	2,9	4,7	4,0	1,6
PBI Primario	22,2	0,7	7,3	3,3	-5,2
PBI No Primario	77,8	3,6	4,1	4,2	3,5

1/ Ponderación implícita del año 2017 a precios de 2007.

Fuente: Banco Central de Reserva del Perú (2019, p. 2)

En atención al cuadro señalado, se advierte que el sector de minería e hidrocarburos representó el 13.2% del PBI en el año 2018. Asimismo, el sector manufacturero representó el 12,7% y el sector comercio el 10.7%. Cabe señalar que el sector servicios –que representó el 49.7% del PBI en el año 2018– se encuentra conformado por los subsectores de transporte, almacenamiento, alojamiento, restaurantes, telecomunicaciones, financiero y de seguros, entre otros.

Se observa que la mayoría de las actividades económicas correspondan a acciones primarias extractivas de materias prima, las cuales son ofertadas al exterior. En efecto, de acuerdo a lo señalado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, las exportaciones peruanas lograron cifras récord durante el 2018. Así, las exportaciones totales alcanzaron los US\$ 47,709 millones, destacando los sectores pesqueros y agroindustriales (2019).

En relación al aspecto anterior, se advierte que la economía peruana se basa principalmente en las actividades primarias exportadoras, por lo cual esto constituye un factor a tomar en cuenta al momento de aplicar las recomendaciones indicadas por la OCDE en la Acción 4 del Plan BEPS. De hecho, se ha mencionado en el punto 5 que, mediante el Decreto Legislativo 1424, las reglas de subcapitalización han sido modificadas para los años 2019 y 2020, y nuevamente cambiarán en el año 2021. En tal sentido, siguiendo las recomendaciones señaladas por la OCDE en la Acción 4 del plan BEPS, a partir el 1 de enero de 2021 no serán deducibles los intereses netos que superen el límite del 30% del EBITDA determinado por la empresa en el ejercicio anterior.

Sobre el particular, se observa que el legislador peruano ha adoptado la regla de *fixed ratio rule* y, a su vez, estableció como **límite el 30% del EBITDA. Asimismo, este límite será aplicable a todas las operaciones de financiamiento en las que incurran las compañías, independientemente si se trata de partes vinculadas o independientes.** En virtud de este cambio en las reglas de deducción de intereses, el nuevo límite aplicable a partir del 2021 se encuentra en función de ganancias, a diferencia de la regla actual³ que se encuentra en función del patrimonio de la compañía deudora.

Ahora bien, tal como indica la Acción 4, cada Estado debe tener en cuenta su propio contexto económico a efectos de adoptar las recomendaciones vinculadas a la deducción de intereses. No obstante, consideramos que el Decreto Legislativo 1424 no

ha tomado en consideración el contexto económico peruano al modificar las reglas de subcapitalización. El Perú es un país que tiene como principales actividades económicas a las actividades primarias exportadoras, las cuales requieren principalmente de inversión extranjera para su desarrollo. Sin embargo, las nuevas reglas de capitalización limitan la deducción de intereses constituyendo una traba o desventaja ante la posibilidad de que empresas extranjeras puedan financiar actividades desarrolladas por compañías peruanas en el rubro de acción específico.

En efecto, dichas reglas limitan la deducción de intereses en función a (i) cualquier operación de financiamiento que realicen, independientemente si es entre partes vinculadas o no (vigente desde el 1 de enero del presente año); y, (ii) el 30% del EBITDA, lo cual se encuentra en función de sus ingresos y no de su patrimonio (vigente a partir del 1 de enero del 2021). En consecuencia, las nuevas reglas de capitalización tienen como efecto el desincentivo de la inversión extranjera en el país. De hecho, ante el escenario en el cual los intereses por financiamiento puedan ser considerados como no deducibles, tememos que un inversionista extranjero vería que la tasa efectiva del impuesto a la renta peruano no sea de 29.5% sino mayor.

Por otro lado, recordemos que el artículo 18 de la Ley del Impuesto General a las Ventas (en adelante, IGV) establece –como uno de los requisitos para que este pueda ser usado como crédito fiscal– aquel servicio que debe ser considerado como un gasto deducible para efectos de la Ley del IR. En consecuencia, si el préstamo adquirido por una empresa peruana se encontrara gravado con IGV y el interés no se considera como un gasto deducible por superar los límites establecidos para su deducción, tampoco podrá usarse como crédito fiscal el IGV que grave dicho interés, con lo cual se encarece más la operación.

A ello hay que sumar que, de forma independiente a lo antes expuesto, si se toma un crédito de una empresa del exterior, el hecho de que el interés sea considerado como un gasto no deducible para efectos del impuesto a la renta por la compañía peruana que adquiere aquel crédito no exime a la compañía en mención del deber de efectuar una retención a la empresa del exterior por la renta de fuente peruana que está obteniendo; es decir, el interés. En ese sentido, podemos tener un escenario donde por una operación de financiamiento la compañía peruana no pueda utilizar como gasto deducible el interés que se encuentra obligada a

³ Vigente hasta el 31 de diciembre de 2020.

pagar y, además, la empresa del exterior que otorgue el crédito deba pagar impuesto a la renta.

Frente a ello, queda claro que, para un inversionista extranjero, un escenario como el antes expuesto no resultará muy atractivo. Así, una regla como aquella ocasiona que los inversionistas empiecen a mirar con mejores expectativas otros mercados de la región que les sean más atractivos en la materia tratada. Además, cabe indicar que, a comparación del tratamiento tributario adoptado en otros países de la región con respecto a la deducción de intereses, el Perú presenta una clara desventaja frente a la atracción de inversiones en razón de las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo 1424.

IX. TRATAMIENTO DE LA DEDUCCIÓN DE INTERESES EN SUDAMÉRICA

En atención a lo expuesto en el cuadro 3, se advierte que el escenario sudamericano respecto a la deducción de intereses presenta alternativas con impactos tributarios más favorables en los países vecinos al Perú. Así, países como Chile y Ecuador han establecido que sus reglas de subcapitalización solo van a aplicar en casos de empresas vinculadas. Asimismo, los ratios establecidos se encuentran en función de los patrimonios y no del EBITDA, siendo este último un modelo más afín a las economías desarrolladas.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, consideramos que este modelo –propuesto por nuestro legislador y que intenta seguir lo expuesto por el Plan BEPS– tiene aspectos positivos. Esto pues, establecer la deducción de intereses bajo un límite determinado en función al EBITDA implica contar con una medida que combate el uso de apalancamientos por parte de grupos económicos que lo

que buscan es generar un mayor gasto en Perú a fin de desplazar los ingresos hacia países o territorios donde se tenga una menor carga fiscal.

Sin embargo, tal como lo señalan Barzaueta, Renteros, Salazar y Velazques, la norma que entrará en vigor en el 2021 presenta defectos en su estructura y generará un impacto considerable en las empresas (2019, p. 117). Por ello, consideramos que la norma debería tener algunas modificaciones, siendo –en nuestra opinión– la principal el permitir a las empresas que superan el límite establecido por el EBITDA señalado en la LIR deducir aquel exceso de gastos por intereses vía un **arrastre** de los mismos en ejercicios futuros, estableciendo un límite temporal que permita garantizar el recupero de aquel escudo fiscal. Este límite temporal debería ser de un plazo razonable como, por ejemplo, diez años⁴, a fin de disminuir el desincentivo económico que pueda generar esta norma en los inversionistas extranjeros.

Asimismo, debemos recordar que nuestra norma establece excepciones, por lo tanto, existen empresas que podrían generar estos intereses por endeudamientos, pero que van a poder deducirlos al cien por ciento; y si bien la Acción 4 del Plan BEPS también permite estas excepciones, no está de más señalar que estas medidas podrían generar un trato discriminatorio y una violación al principio de igualdad. Este principio fue cuestionado en Alemania por el Tribunal Supremo en su sentencia del 13 de diciembre de 2013 por considerar que vulneraba el artículo 3 de la Constitución Alemana.

En efecto, recordemos que una de las excepciones está dirigida a aquellas empresas que tengan ingresos menores a 2500 UIT, con lo cual, si bien es cierto que para el legislador el tamaño de aquellas empresas podrían no ser materiales, éstas adque-

Cuadro 3

País	Método	Ratio	Observaciones
Ecuador	Ratio entre vinculadas	3:01	Sanción: no deducibles los intereses
Argentina	Ratio	2:01	Sanción: tratamiento de dividendo
Chile	Ratio entre vinculadas	3:01	Sanción: no deducibles los intereses
Brasil	Ratio	2:01	Sanción: intereses no deducibles
Venezuela	Límite objetivo para operaciones vinculadas, si cumple el principio de plena competencia	Intereses no deben exceder el patrimonio neto	Sanción: no deducibles los intereses
Colombia	Ratio por operaciones entre vinculadas o no vinculadas	3:01	Sanción: no deducible el exceso de intereses
Uruguay	No tiene		

Fuente: Barzaueta Sánchez, C., Renteros Murguía, J., Salazar Nuñez, J. & J. Velásquez Viladegut (2019, p. 38)

⁴ Cabe recordar que la LIR ya en otros casos, como el de los gastos preoperativos, así como para la amortización de intangibles, ha recogido la alternativa de que los contribuyentes puedan deducir estos gastos en uno o diez ejercicios.

ren créditos tal y como lo pueden realizar compañías con ingresos mayores, por lo que puede abrirse el debate respecto a la constitucionalidad de una medida como esta (que limite el uso del gasto por intereses a las empresas que generen ingresos mayores a ese umbral mínimo).

Finalmente, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, consideramos que convivir con estas nuevas reglas para la deducción de intereses finalmente ocasionará –además del desincentivo para los inversionistas extranjeros– que las compañías peruanas deudoras trasladen dichos costos a los consumidores finales a través de un incremento de los precios de los bienes y servicios que se ofrezcan, salvo que puedan tomarse algunas acciones correctivas que mitiguen este impacto fiscal.

X. CONCLUSIONES

Las nuevas reglas de subcapitalización introducidas por el Decreto Legislativo 1424 incorporan las recomendaciones de la OCDE contempladas en la Acción 4 del Plan BEPS, referida a la deducción de intereses. En tal sentido, dicha norma ha modificado el artículo 37 de la LIR, de modo que la regla de subcapitalización ya no se aplique solo entre partes vinculadas, sino entre cualquier operación de préstamo independientemente de las partes que participen en esta. Asimismo, a partir del 2021 se ha fijado que el límite de deducción ya no se encontrará en función del patrimonio de la compañía deudora, sino del EBITDA de esta.

Al respecto, consideramos que el legislador no ha tomado en cuenta el contexto económico del país a efectos de adaptar dichas recomendaciones en nuestra legislación nacional. En efecto, como hemos mencionado anteriormente, la propia Acción 4 señala que los Estados deben tener en consideración su propio contexto económico con el fin de adecuar las recomendaciones expuestas a su derecho interno. En tal sentido, las modificaciones referidas a las reglas de subcapitalización no fueron adaptadas teniendo en cuenta las condiciones económicas del Perú. Así, estas tienen como consecuencia el desincentivo de la inversión extranjera en el país, la cual resulta necesaria teniendo en cuenta que la economía nacional se encuentra basada en actividades primarias exportadoras.

Del mismo modo, aun cuando las compañías opten por seguir invirtiendo en los principales rubros de nuestra economía, los mayores costos financieros serán –eventualmente– trasladados a los consumidores finales. Siendo ello así, las reglas de subcapitalización constituyen trabas para el fomento de la inversión en el Perú. En tal sentido, aun cuando la intención del legislador haya sido alinearse a los pa-

rámetros establecidos por la OCDE y prevenir la elusión tributaria, estas medidas deben ser adaptadas conforme a las condiciones económicas del país, de tal manera que no resulte perjudicial para este. 📄

REFERENCIAS

Aguilar Saldívar, L. (2001). El tratamiento de la subcapitalización en la legislación comparada. *Ius et Veritas*, (23), pp. 248-257.

Banco Central de Reserva del Perú (2019). *Actividad económica: Enero 2019* (Nota de estudios del BCRP 23). Recuperado de <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Notas-Estudios/2019/nota-de-estudios-23-2019.pdf>

Barrezueta Sánchez, C., Renteros Murguía, J., Salazar Nuñez, J. & J. Velásquez Viladegut (2019). *Mejora del Método de Deducción de Intereses en el Financiamiento entre Empresas y su Efecto Fiscal en el Perú* (Tesis de magíster). Universidad ESAN, Lima, Perú. Recuperado de <https://hdl.handle.net/20.500.12640/1622>

Burgos Arredondo, J. y P. Sepúlveda Garcés (2016). La subcapitalización como un tipo de planificación tributaria agresiva internacional: un enfoque comparado. *Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile*, (16), pp. 51-82. Recuperado de <https://revistaestudios-tributarios.uchile.cl/index.php/RET/article/view/44616/46636>

García Novoa, C. (setiembre, 2013). *Fiscalidad Internacional de Precios de Transferencia e Intercambio de Información*. Ponencia presentada en las VI Jornadas Bolivianas de Derecho Tributario de la Autoridad de Impugnación Tributaria, Santa Cruz, Bolivia.

López Tello, J. (2016). Los informes finales del Proyecto BEPS y la propuesta de Directiva contra la elusión fiscal. *Actualidad Jurídica*, (43), pp. 36-59.

Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (19 de febrero del 2019). Exportaciones peruanas logran cifras récord durante el 2018. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/mincetur/noticias/25769-exportaciones-peruanas-logran-cifras-record-durante-el-2018>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2015). *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>

Vann, R. (1996). Tax treaties: linkages between OECD member countries. *Kluwer International Law*, (6), p. 75.

Villanueva Gutiérrez, W. (2002). La regla de valor de mercado, los precios de transferencia y la subcapitalización. *Análisis Tributario*, (168), pp. 28-31.

Webber, S. (2010). Thin Capitalization and Interest deduction rules: a worldwide survey. *Tax Notes international*, (60), pp. 683-708.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Legislativo 1424. Modificación a la Ley de Impuesto a la Renta. Diario Oficial *El Peruano*, 13 de setiembre del 2018.

Decreto Supremo 122-94-EF. Reglamento a la Ley de Impuesto a la Renta. Diario Oficial *El Peruano*, 19 de setiembre de 1994.

Decreto Supremo 179-2004-EF. Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta. Diario Oficial *El Peruano*, 8 de diciembre de 2004.

Decreto Supremo 338-2018-EF. Modificación del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta. Diario Oficial *El Peruano*, 30 de diciembre del 2018.

Decreto Supremo 45-2001-EF. Modificación al Reglamento de la Ley de Impuesto a la Renta. Diario Oficial *El Peruano*, 16 de marzo de 2001.

Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424. *Proyecto de Decreto Legislativo que modifica la Ley del Impuesto a la Renta*, 13 de setiembre de 2018. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2018/Setiembre/13/EXPDL-1424.pdf>

Ley 27356. Ley que modifica el texto único ordenado por la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el decreto supremo 054-99-F. Diario Oficial *El Peruano*, 16 de octubre del 2000.

Proyecto de Ley 357-2000-CR. Proyecto que propone modificar la Ley de Impuesto a la Renta. *Acta de la 14ª sesión de la primera legislatura ordinaria del año 2000*, 12 de octubre de 2000.