



Análisis de las reglas de subcapitalización y propuesta de mejora a la luz del Decreto Legislativo N° 1424

Diana Martínez Madrid, Mónica Villar Bardales

Analista tributario de Alicorp, Perú
Facultad de Ciencias Contables, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Resumen

El presente artículo es una investigación descriptiva y explicativa no experimental, que busca efectuar un análisis crítico de la nueva regulación de subcapitalización establecida en el Decreto Legislativo N° 1424. Asimismo, se toma como referente la implementación de la acción 4 de las recomendaciones BEPS en el Perú, y se compara con lo regulado en otros países de la región y en España. A través de este análisis, se propone revisar nuevamente lo normado por el Decreto Legislativo N° 1424 e implementar la acción 4 del Plan BEPS, pero de manera razonable y en concordancia con las particularidades de la economía peruana. Finalmente, la presente investigación demuestra que aún existen vacíos en lo regulado por el Decreto Legislativo N° 1424, respecto del límite de los gastos financieros por endeudamiento, los cuales deberán ser aclarados por el legislador para determinar qué sujetos se encuentran obligados al nuevo límite de subcapitalización.

Palabras clave: BEPS, OCDE, gastos preoperativos, reforma tributaria, libertad de contratación, acción 4

Analysis of the Subcapitalization Rules and proposal for improvement in light of Legislative Decree No. 1424

Abstract

This article is a non-experimental descriptive and explanatory investigation, which seeks to carry out a critical analysis of the new regulation of undercapitalization established in Legislative Decree No. 1424. Likewise, the implementation of action 4 of the BEPS recommendations is taken as a reference (Peru) and it is compared with what is regulated in other countries of the region and in Spain. Through this analysis, it is proposed to review again what is regulated by Legislative Decree No. 1424 and implement action 4 of the BEPS Plan, but in a reasonable manner and in accordance with the particularities of the Peruvian economy. Finally, the present investigation shows that there are still gaps in what is regulated by Legislative Decree No. 1424, regarding the limit of financial expenses for indebtedness, which should be clarified by the legislator to determine which subjects are bound by the new limit of subcapitalization.

Keywords: BEPS, OECD, pre-operational expenses, Tax Reform, Freedom of Contract, Action 4

Análise das regras de subcapitalização e proposta de melhoria à luz do Decreto Legislativo n° 1424

Resumo

Este artigo é uma investigação não-experimental, descritiva e explicativa, que busca realizar uma análise crítica da nova regulamentação da descapitalização estabelecida no Decreto Legislativo n° 1424. Da mesma forma, a implementação da ação 4 das recomendações da BEPS é tomada como referencia (Peru) e é comparado com o que é regulamentado em outros países da região e na Espanha. Por meio dessa análise, propõe-se revisar novamente o que é regulamentado pelo Decreto Legislativo n° 1424 e implementar a ação 4 do Plano BEPS, mas de maneira razoável e de acordo com as particularidades da economia peruana. Por fim, a presente investigação mostra que ainda existem lacunas no que é regulamentado pelo Decreto Legislativo n° 1424, no que tange ao limite de despesas financeiras por endividamento, o que deve ser esclarecido pelo legislador para determinar quais assuntos estão sujeitos ao novo limite de endividamento. subcapitalização.

Palavras-Chave: BEPS, OCDE, despesas pré-operacionais, Reforma Tributária, Liberdade de Contrato, Ação 4

1. *Introducción*

El expresidente Pedro Pablo Kuczynski señaló que, para el 2021, el Perú debería ser miembro de la OCDE. De alguna manera, este cambio mejoraría la imagen del país ante el mundo, ya que esta organización se encuentra conformada por países emergentes o los más ricos del mundo. Sin embargo, a fin de que el país pueda obtener el visto bueno y ser aceptado por la OCDE, se exige que se cumplan ciertos requisitos, como ajustar el ordenamiento tributario nacional y la medición de riesgos de corrupción, los códigos de ética, de educación, entre otros.

Ahora bien, no es un secreto que los países miembros de la OCDE se vieron sumamente afectados por los planeamientos agresivos que las empresas multinacionales

implementaron para erosionar la base tributaria, utilizando a su favor beneficios tributarios de diversas jurisdicciones. En consecuencia, el G20 solicitó a la OCDE transformar la tributación global y abordar, precisamente, la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, debido a las referidas prácticas abusivas realizadas por las multinacionales; producto de ello, nace BEPS, el cual se apoya sobre las siguientes premisas:

- Los Estados deben modificar la forma en que afrontan el problema fiscal a nivel internacional, pues la globalización que impera actualmente es un escenario aprovechado por las multinacionales. Los gobiernos siguen tratando dicho problema de manera local, lo que genera numerosas estrategias fiscales cuyo fin es la evasión de impuestos.
- Se debe modificar la normatividad existente en precios de transferencia, pues los beneficios derivados de las actividades económicas deberían tributar en el país en el que efectivamente generan valor.
- Los Estados deben actuar en forma coordinada.

Las anteriores premisas se implementan a través de 15 acciones en función de un calendario distinto. No es materia de esta investigación abordar cada una de las acciones, pues, en parte, ya se conocen; sin embargo, es importante mencionar que, dentro de estas 15 medidas, se encuentra la acción 4 que consiste en limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros pagos financieros.

En la acción 4, la OCDE otorga ciertas recomendaciones a los países para restringir las decisiones de endeudarse solo por un tema meramente fiscal que económico. No obstante, cada país debería introducir estas recomendaciones de manera razonable, respetando los principios constitucionales y las particularidades económicas de cada país.

Ahora bien, dentro de la jurisdicción peruana, es importante mencionar que ya se había implementado una norma específica y muy rígida de subcapitalización para créditos con partes vinculadas. Sin embargo, como el Perú desea pertenecer a la OCDE, en el presente ejercicio, a través del Decreto Legislativo N° 1424, se modifican las reglas de subcapitalización y se amplían para delimitar no solo los préstamos entre partes vinculadas, sino también los créditos obtenidos de terceros. Además, se establece que, a partir del 2021, el número límite para el cálculo de los intereses deducibles será como máximo hasta el 30 % del EBITDA. Asimismo, en caso de que los intereses excedan en un periodo y que no resulten ser deducibles, podrán ser arrastrados solo hasta los cuatro ejercicios inmediatos siguientes.

Lo mencionado en el párrafo anterior genera, a juicio de las autoras, una rotunda violación al derecho de la libertad de contratación, establecido en el artículo 62° de la Constitución Política del Perú. Además, de la lectura realizada a la exposición de motivos, se entiende que el legislador no posee un antecedente contundente que evidencie que los contribuyentes hayan utilizado una estrategia de “back to back”

para obtener algún beneficio meramente con fines tributarios y a fin de delimitar los financiamientos obtenidos de partes independientes, sino que solo se basan en indicios que afectaron a países de una realidad distinta a la del Perú. Por este motivo, la implementación de esta norma tan radical por delimitar las operaciones con partes independientes podría afectar a la economía peruana, ya que desalentaría a las inversiones y se frenaría la economía.

Por otra parte, de la lectura realizada del Decreto Legislativo N° 1424, se encuentra que la norma ha excluido del límite a los contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio gravable sean menores o iguales a 2500 (UIT), por lo que no se entiende si, dentro de dicha exclusión, también se ha considerado a las empresas que se encuentran en etapa preoperativa, por ejemplo, las empresas mineras. Del mismo modo, tampoco queda claro si los intereses incurridos por una empresa en su etapa preoperativa también se encuentran sujetos al límite señalado en el Decreto Legislativo N° 1424.

De lo explicado, se concluye que el Estado peruano puede adoptar las recomendaciones de las BEPS, siempre que se implementen de manera razonable y respetando las particularidades de la economía peruana. Por ello, la presente investigación plantea las siguientes interrogantes: ¿se encuentra vulnerado el principio de libre contratación de los contribuyentes bajo el Decreto Legislativo N° 1424, el cual limita los gastos financieros por préstamos otorgados por partes vinculadas e independientes? ¿Se encuentran las empresas en etapa preoperativa dentro de la exclusión del límite regulado bajo este decreto? ¿Los intereses devengados en la etapa preoperativa también se incluyen en las nuevas reglas de subcapitalización establecidas por esta regulación?

El objetivo general del presente trabajo es analizar si el contribuyente se encuentra vulnerado de poder contratar libremente por la limitación de gastos financieros interpuesta por el Decreto Legislativo N° 1424. Asimismo, los objetivos específicos son determinar si la exclusión de 2,500 UIT no afecta a empresas que están en etapa preoperativa y establecer si, en las nuevas reglas de subcapitalización, también se incluyen los gastos por intereses devengados en esta etapa.

2. Metodología

La investigación se realizó en la ciudad de Lima entre los meses de septiembre y octubre del 2018. Asimismo, se trata de una investigación descriptiva y explicativa no experimental, que parte de la revisión de la regla de subcapitalización, la actual legislación tributaria y la legislación comparada.

3. Marco teórico

3.1. ¿Qué es la OCDE?

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, conocida por sus siglas OCDE, cuenta con 36 países miembros, y se plantea como misión promover políticas que mejoren el bienestar económico y social alrededor del mundo. Es un medio para que los gobiernos puedan trabajar conjuntamente compartiendo experiencias para desarrollar soluciones a los problemas comunes que puedan presentar.

3.2. BEPS

Siglas de Base Erosion and Profit Shifting, que en español significa “erosión de la base imponible y traslado de beneficios”, es el término que ha sido designado como iniciativa por parte de la OCDE a partir del 2013. La finalidad de este proyecto es combatir las prácticas de elusión fiscal a nivel internacional por las estrategias de planificación fiscal utilizadas por las empresas multinacionales para aprovecharse de las discrepancias, lagunas e inconsistencias de los sistemas fiscales y para trasladar sus beneficios a países de escasa o nula imposición, donde las entidades apenas ejercen actividad económica y eluden el pago del impuesto.

En el 2015, la OCDE presentó el paquete definitivo de medida para llevar a cabo una reforma integral, coherente y coordinada de la normativa tributaria internacional. El Proyecto OCDE/G20 de lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios dota a los distintos Estados con soluciones para limitar los «vacíos normativos» existentes a nivel internacional, que permiten que los beneficios de las empresas «desaparezcan» o sean trasladados artificialmente hacia jurisdicciones de baja o nula tributación, en las que se desarrolla una escasa o inexistente actividad económica. Entre las quince acciones, se encuentra la acción 4, la cual busca limitar la erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros pagos financieros.

3.3. La acción 4 – Limitar la erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros pagos financieros

El informe de la OCDE señala que el dinero, hoy en día, es un bien móvil y fungible, que allana el camino para que los grupos multinacionales puedan obtener resultados favorables desde una perspectiva impositiva y ajustando el nivel de endeudamiento de una entidad del grupo. Como es de conocimiento común, los grupos pueden aumentar el nivel de endeudamiento soportado por cada entidad del grupo a través de préstamos de intercompañía. Asimismo, los grupos multinacionales pueden utilizar distintitos instrumentos financieros para efectuar pagos económicamente equivalentes a los intereses bajo una forma jurídica distinta, por lo que se sustraen las limitaciones en materia de deducción de intereses. En esta área, los riesgos de erosión de la base imponible y de traslado de beneficios por parte de grupos multinacionales surgen en tres escenarios básicos:

- El grupo cuenta con un nivel de deuda elevado con entidades independientes en países de elevada tributación.
- El grupo utiliza préstamos entre compañías para generar deducciones por intere-

ses superiores a los gastos efectivamente incurridos por pago de intereses a terceros.

- El grupo utiliza financiamiento obtenido de empresas del grupo o de entidades independientes para generar rentas no sometidas a gravamen.

Para combatir los riesgos que estos generen, la acción 4 del Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (Plan de Acción BEPS, OCDE, 2013) formuló recomendaciones en relación con las mejores prácticas en el diseño de normas para impedir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios mediante la excesiva deducción de intereses. La recomendación realizada se fundamenta en una norma que establece un ratio fijo, que limita las deducciones netas de una entidad en el concepto de intereses y otros pagos económicamente equivalentes, y a un porcentaje determinado de sus beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA por sus siglas en inglés). Esta medida debería aplicarse, como mínimo, a las entidades que formen parte de grupos de compañías multinacionales considerando que la situación económica por país es distinta.

También, recomienda el permitir que los contribuyentes arrastren los intereses netos no deducidos en un ejercicio a ejercicios posteriores, establecer un umbral mínimo respecto del que no aplique al límite en función de los intereses netos, y excluir de la aplicación del límite a los intereses y préstamos utilizados en proyectos de inversión pública, siempre que se cumpla con determinadas condiciones.

3.4. Perú y la OCDE

El Perú presenta como objetivo formar parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para el 2021. Como se mencionó, la OCDE posee actualmente un plan de acción para combatir la erosión de bases imponibles y transferencia de utilidades. El Plan BEPS busca modernizar el sistema tributario internacional, luchando contra la planificación fiscal agresiva por parte de las grandes empresas multinacionales.

Uno de los más grandes pasos que ha dado hasta el momento es el Programa País, un mecanismo desarrollado por la OCDE para apoyar a economías emergentes en el diseño de sus reformas y en el fortalecimiento de sus políticas públicas. En el 2014, Perú fue uno de los primeros países en comprometerse con la OCDE en el Programa País, que en buena cuenta implica una mayor participación activa peruana en comités, grupos de trabajo, foros globales y redes regionales de la OCDE; la adhesión a instrumentos clave de la organización, tales como el Common Reporting Standard (CRS), estudios y análisis de políticas públicas efectuados por la OCDE para el caso peruano; y la incorporación del Perú en las bases de datos de la organización.

Formar parte de la OCDE significará para el Perú un paso trascendental para dejar de ser un país en vías de desarrollo, y evolucionar en materia económica y social. Como parte de esta política de Estado, se ha venido dando pasos importantes hacia este

objetivo. Así, el Perú se ha adherido a la Declaración sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales, impulsado por la OCDE; es miembro del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información, también impulsado por la organización; y participa de los siguientes comités y grupos de trabajo de la OCDE:

- Comité de Inversión y Adhesión a la Declaración de la OCDE sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales
- Centro de Desarrollo
- Grupo de Trabajo sobre cohecho en transacciones comerciales internacionales
- Comité de Competencia
- Comité de Políticas del Consumidor

3.5. Implementación en el Perú de la acción 4

Con el fin de poder adecuarse a los lineamientos de los países miembros de la OCDE, el Poder Ejecutivo solicitó facultades legislativas al Congreso para adecuar la legislación nacional a los estándares y recomendaciones internacionales emitidos por la OCDE sobre intercambio de información, tributación internacional, erosión de bases imponibles, precios de transferencia y combate contra la elusión tributaria. Entre ellas, se encuentra la acción 4 de las BEPS, que limita los gastos financieros por endeudamiento a fin de evitar la subcapitalización.

Sin embargo, es importante señalar que, en el 2000, salió publicada la Ley N° 27356 que modificó la Ley de Impuesto a la Renta. Esta incorporó al inciso a) 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 del endeudamiento que resulte de la aplicación del coeficiente no serán deducibles”.

Asimismo, en el Reglamento de la Ley de Impuesto a la Renta, se señala que el monto máximo de endeudamiento con sujetos o empresas vinculadas, al que se refiere el último párrafo del inciso a) del artículo 37° de la ley, se determinará aplicando un coeficiente de 3 al patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior.

Por lo esbozado, a juicio de las autoras, en la legislación peruana, ya había sido incorporada una regla de subcapitalización bastante estricta para combatir aquellos préstamos efectuados entre partes vinculadas que buscan un objetivo meramente tributario que económico, puesto que no consideraban como gastos deducibles aquellos intereses relacionados con el exceso de endeudamiento entre partes vinculadas (tres veces del patrimonio neto anterior) y, además, son sujetos a una retención del impuesto a la renta de no domiciliado, ascendente al 30 %. Sin embargo, en setiembre del 2018, a través del Decreto Legislativo N° 1424, se modifica el inciso a) del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta, el cual busca, entre otros, modificar

el tratamiento aplicable a la deducción de gastos por intereses para la determinación del impuesto a la renta de tercera categoría.

A continuación, se expone una comparación de lo regulado en la norma anterior y la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1424:

Tabla 1. Modificación delimitada por el Decreto Legislativo

N° 1424

Texto anterior	Nuevo texto
<p>Los intereses de deudas y los gastos originados por la constitución, renovación o cancelación de las mismas, siempre que hayan sido contraídas para adquirir bienes o servicios vinculados con la obtención o producción de rentas gravadas en el país, o para mantener su fuente productora, con las limitaciones previstas en los párrafos siguientes [...]</p> <p>Solo son deducibles los intereses a los que se refiere el párrafo anterior en la parte que excedan el monto de los ingresos por intereses exonerados e inafectos. Para tal efecto, no se computarán los intereses exonerados e inafectos generados por valores cuya adquisición haya sido realizada en cumplimiento de una norma legal o disposiciones del Banco Central de Reserva del Perú, ni los generados por valores que reditúan una tasa de interés, en moneda nacional, no superior al cincuenta por ciento (50 %) de la tasa activa de mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Tratándose de bancos y empresas financieras, deberá establecerse la proporción existente entre los ingresos financieros gravados, e ingresos financieros exonerados e inafectos, y deducir como gasto, únicamente, a los cargos en la proporción antes establecida para los ingresos financieros gravados.</p> <p>Serán deducibles los intereses provenientes de endeudamientos de contribuyentes con partes 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.</p>	<p>Los intereses de deudas y los gastos originados por la constitución, renovación o cancelación de las mismas, siempre que hayan sido contraídas para adquirir bienes o servicios vinculados con la obtención o producción de rentas gravadas en el país, o para mantener su fuente productora [...]</p> <p>Para efecto de los gastos previstos en este inciso, se considerará lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 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. Además, los contribuyentes que se constituyan en el ejercicio considerarán como patrimonio neto su patrimonio inicial. Si, en cualquier momento del ejercicio, el endeudamiento excede el monto máximo determinado en el primer párrafo de este numeral, solo serán deducibles los intereses que proporcionalmente correspondan a dicho monto máximo de endeudamiento, de acuerdo a lo que señale el reglamento. 2. El límite al que se refiere el numeral anterior no es aplicable a lo siguiente: <ol style="list-style-type: none"> a. Las empresas del sistema financiero y de seguros señaladas en el artículo 16 de la Ley N° 26702- Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros

Texto anterior	Nuevo texto
	<p>b. Contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio gravable sean menores o iguales a dos mil quinientas (2500) UIT</p> <p>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 N° 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</p> <p>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 N° 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</p> <p>e. Endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deuda que cumplan con las siguientes condiciones:</p> <p style="padding-left: 40px;">i. Se deben realizar por oferta pública primaria en el territorio nacional, conforme a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Mercado de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo N° 093-2002-EF, y las normas que lo modifiquen o sustituyan.</p> <p style="padding-left: 40px;">ii. Los valores mobiliarios que se emitan deben ser nominativos.</p> <p style="padding-left: 40px;">iii. La oferta pública debe colocarse en un</p>

Texto anterior	Nuevo texto
	<p>número mínimo de 5 inversionistas no vinculados al emisor. Los endeudamientos señalados en los acápites d. y e. del presente numeral serán computables a efectos de calcular el límite previsto en el numeral 1 de este inciso. Los intereses de dichos endeudamientos son deducibles incluso cuando excedan el referido límite.</p> <p>3. Solo son deducibles los intereses determinados conforme a los numerales 1 y 2 de este inciso, en la parte que excedan el monto de los ingresos por intereses exonerados e inafectos. Para tal efecto, no se computarán los intereses exonerados e inafectos generados por valores cuya adquisición haya sido efectuada en cumplimiento de una norma legal o disposiciones del Banco Central de Reserva del Perú, ni los generados por valores que reditúen una tasa de interés, en moneda nacional, no superior al cincuenta por ciento (50 %) de la tasa activa de mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.</p> <p>4. Tratándose de bancos y empresas financieras, deberá establecerse la proporción existente entre los ingresos financieros gravados, e ingresos financieros exonerados e inafectos, y deducir como gasto, únicamente, a los cargos en la proporción antes establecida para los ingresos financieros gravados.</p> <p>5. También, serán deducibles los intereses de fraccionamientos otorgados conforme al Código Tributario. Estos no forman parte del cálculo del límite señalado en el numeral 1.</p>

Fuente: Elaboración propia a partir del Decreto Legislativo N° 1424

Parte de la explicación de motivos que impulsaron este cambio es que las normas del impuesto a la renta otorgan un tratamiento distinto al rendimiento de la deuda y del capital; así, los gastos financieros generados por deuda son considerados como deducibles, mientras que los generados por distribuciones de utilidades no lo son. En ese sentido, se considera que lo mencionado podría afectar la toma de decisiones de los contribuyentes, ya que estos pueden optar por realizar aportes de capital

encubiertos mediante la figura de un préstamo. Sin embargo, se debe mencionar que la legislación peruana ya había previsto esta situación, puesto que, a través de la Ley N° 27356, incluyó un límite para la deducción de intereses por endeudamiento entre compañías vinculadas, que se basa en un ratio sobre el patrimonio.

Por otro lado, la exposición de motivos señala que, a pesar de la limitación establecida en la Ley N° 27356, los gastos financieros siguen incrementándose año tras año, según la Tabla 2 que se presenta a continuación, y que, de acuerdo con la evidencia en el marco internacional, los contribuyentes optan por esquemas complejos que no permiten la verificación si la realización se concibe entre partes vinculadas, como en la utilización de un tercero o en los casos de “back to back”. Además, las compañías también optan por reducir su carga tributaria total mediante el pago de intereses, por lo que trasladan sus rentas generadas en países con tasas elevadas de imposición hacia unas más bajas o nulas, o a compañías que den por perdidas. Al respecto, el legislador nacional justifica la modificación de las reglas de subcapitalización sobre bases subjetivas, en principio, porque, dentro del rubro de los gastos financieros declarados en la Declaración Jurada Anual, pueden estar incluidas las pérdidas netas por diferencia en cambio y no necesariamente los gastos de intereses por préstamos; además, señala que la ampliación de las reglas de subcapitalización para préstamos recibidos de partes independientes se origina por acontecimientos de planeamientos agresivos que afectaron a países con una realidad distinta a la peruana.

**Tabla 2. Contribuyentes que declaran gastos financieros
2012-2017¹
(Cantidad de contribuyentes y soles)**

Conceptos	2012	2013	2014	2015	2016	2017
I.R determinado	24,930,167,385	27,355,438,939	25,953,777,549	25,988,669,045	25,988,669,045	27,523,891,192
Gastos financieros	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	1,46
Contribuyentes	119,530	126,146	131,180	131,867	131,504	132,190
Promedio de GF	253,629	411,138	404,314	468,041	401,454	303,316
Mediana de GF	3,529	3,859	3,926	4,186	4,336	3,628

Fuente: Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1424

3.5.1. Legislación comparada

Dentro de la exposición de motivos, el legislador menciona la regulación tributaria de los préstamos de dos países, a fin de justificar la modificación y/o ampliación de la regla de subcapitalización. Esos países son Colombia y España.

¹ Solo se considera a contribuyentes que han declarado montos mayores a cero en la casilla 462 – Gastos Financieros de la DDJJ Anual de Renta de Tercera Categoría.

• **Tratamiento tributario de los gastos por financiamiento – Colombia**

De la lectura del Decreto Legislativo N° 1424, se sabe que el Estado peruano ha considerado limitar los endeudamientos con partes vinculadas e independientes, tomando como antecedente al régimen tributario actual de Colombia, puesto que, en el artículo 118 del Estatuto Tributario Nacional de Colombia, se señala que “(...) los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios solo podrán deducir los intereses generados con ocasión de deudas, cuyo monto total promedio, durante el correspondiente año gravable, no excede el resultado de multiplicar por 3 el patrimonio líquido del contribuyente, determinado al 31 de diciembre del año gravable inmediatamente inferior”. Sin embargo, no ha reconocido que, actualmente, el Gobierno colombiano está considerando implementar una reforma tributaria para modificar la norma de subcapitalización para restringir su aplicación a los créditos entre vinculados económicos de dos jurisdicciones distintas, lo que implica que la totalidad de intereses a cargo por los contribuyentes serán deducibles, sin importar el nivel de endeudamiento del deudor, cuando se originen en operaciones con acreedores localizados en el país o con acreedores no vinculados localizados en el exterior. Con esta modificación, según el documento de “Fundamentos para la reestructuración del Sistema Tributario colombiano 2018”, se está adoptando el estándar internacional en materia de subcapitalización que, en la mayoría de países, se aplica a las deudas contraídas con vinculados económicos localizados en una jurisdicción distinta de aquella donde se localiza el contribuyente que paga los intereses. Colombia, al introducir esta norma en el 2012, había ampliado su efecto para toda clase de deudas que generaran intereses, incluso las obtenidas de entidades financieras independientes, localizadas en el país o en el exterior, lo que carece de sentido y, de alguna manera, genera que el costo tributario, en esta jurisdicción, sea uno de los más altos de la región. Esto desalienta su crecimiento económico.

• **Tratamiento tributario de los gastos por financiamiento – España**

Por otra parte, también el Decreto Legislativo N° 1424 menciona a que, en España, se ha implementado la limitación de gastos financieros tanto entre partes vinculadas y no vinculadas; sin embargo, el Gobierno peruano no ha tomado en cuenta que esta implementación española se realizó analizando y combatiendo el sobreendeudamiento que poseía la economía del país. Lo mencionado se encuentra sustentado en la explicación que el tributarista español César García Novoa otorga en el libro La deducibilidad de gastos financieros en el impuesto de sociedades. García explica:

“La Comisión de Expertos para la Reforma Fiscal española consideraba necesario fomentar el crecimiento económico e impulsar el proceso de desapalancamiento de las empresas (p. 72 del informe), y preveía que el sistema tributario pudiera ser un buen instrumento para ello. La reducción del desapalancamiento es uno de los principales puntos del informe, hasta el punto de que algunas de las decisiones más polémicas de entre las que se atrevió a proponer la Comisión para la Reforma Fiscal (como la supresión retroactiva de la deducción por vivienda) se justifican, precisamente, porque la existencia de tal deducción «obstaculiza el proceso de desapalan-

camiento de las economías domésticas» (p. 142). Lo mismo ocurre con la oposición a la existencia de impuestos autonómicos sobre depósitos bancarios; se dice que los mismos «retrasan el necesario proceso de desapalancamiento de empresas y familias» (p. 355 del informe). Los análisis de optimización del sistema fiscal se han venido realizando, en los últimos años, tomando en consideración el contexto de crisis económica. Por tanto, la mitigación del alto nivel de endeudamiento de la economía española parecía ser uno de los objetivos que inspiraron el trabajo de la comisión, que se centraba preferentemente (aunque no de modo exclusivo) en el endeudamiento de las empresas. Y la comisión, por su parte, era claramente partidaria de un uso extrafiscal del sistema tributario”.

En líneas generales, al analizar la implementación de la norma de subcapitalización de los países mencionados en la exposición de motivos del Decreto legislativo N° 1424, se sabe que Colombia está analizando retirar de la limitación de los gastos financieros al endeudamiento obtenido de partes independientes, con el fin de reactivar la economía colombiana. Por otro lado, España implementó esta medida analizando conjuntamente el estado de su economía.

Ahora bien, ¿cómo los demás países de la región adoptaron, en su legislación tributaria, la acción 4? A continuación, se presenta un resumen de cada uno:

- Argentina: solo se aplica a préstamos entre partes vinculadas. El ratio es de 30 % de la ganancia neta más amortizaciones fiscales.
- Brasil: se aplica para operaciones entre partes vinculadas, así como por endeudamiento con paraísos fiscales y regímenes preferenciales. El ratio es de 2.1 sobre el patrimonio.
- Chile: solo se aplica a préstamos entre partes vinculadas. El ratio es de 3.1 y se sanciona con retención del 35 %.
- México: solo se aplica a préstamos entre partes vinculadas. El ratio es de 3.1 sobre capital.
- Colombia: se aplica para crédito con partes vinculadas y no vinculadas. El ratio es de 3.1 sobre el patrimonio.
- Venezuela: solo se aplica a préstamos entre partes vinculadas. El ratio es de 1.1.

En ese sentido, es posible señalar que el Perú ha adoptado la implementación de la acción 4 sin un mayor análisis de cómo podría afectar a su economía, ya que se debe considerar que aún es un país que concentra inversiones del exterior, las cuales pueden verse comprometidas por el mayor costo tributario que implicaría esta nueva regulación. Además, se estaría vulnerando el principio constitucional de la libre contratación, pues, a través de una regulación tributaria, se afectaría a las decisiones económicas de las compañías.

3.5.2. El derecho constitucional de la libertad contractual

La libertad contractual es importante para el desarrollo del país, pues genera constantes transacciones económicas a través de los contratos. Al respecto, Ludwig Raiser sostiene que “la dogmática civilista considera la libertad contractual como un componente basilar de la autonomía, a fin de que se constituyan, entre los sujetos, relaciones fundadas sobre el acuerdo” (2004, p. 9).

La libertad contractual se encuentra positivizada en el marco constitucional peruano, específicamente en el artículo 62, de la siguiente manera:

- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.
- Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.
- Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.
- La sentencia 02175-2011-AA del Tribunal Constitucional desarrolla la libertad contractual de la siguiente forma: el contenido mínimo o esencial del derecho a la libre contratación, según ha señalado este tribunal SS [No 0004-2004 AI/TC, No 0011-4004AI/TC, No 0013-2004 AI/TC, No 0014-2004 AI/TC, No 0015- 2004- AI/TC (acumulados)] en el fundamento 8, está constituido por las siguientes garantías:
 - Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante
 - Autodeterminación para decidir, de común acuerdo (entiéndase por común consentimiento), la materia objeto de regulación contractual (...).

Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional 01183-2008-PA/TC menciona lo siguiente: conforme a lo anterior, y considerando lo establecido en la STC No 7339-2006-AA/TC, el derecho a la libertad contractual garantiza la autodeterminación de las partes para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante y la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

En tal sentido, el limitar los gastos financieros por préstamos entre partes independientes vulneraría este derecho constitucional de la libertad contractual, puesto que delimitará las decisiones económicas de las empresas para su desarrollo y crecimiento.

3.5.3. Exclusiones a las modificaciones del régimen de subcapitalización establecidos en el Decreto Legislativo N° 1424

El Decreto Legislativo N° 1424 excluye del actual régimen de subcapitalización a los contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio gravable sean menores o iguales a 2,500 UIT. Sin embargo, no resulta claro determinar si, dentro de esta exclusión, se encuentran aquellas empresas en etapa preoperativa, pero que estiman resultar en una gran empresa, tales como las empresas mineras.

Al leer la exposición de motivos, el legislador solo ha querido excluir de esta modificación a las MYPES; sin embargo, sería importante que sea aclarado en la ley y/o reglamento, así como determinar si los gastos financieros (intereses) incurridos por las empresas en la etapa preoperativa se regirán por lo establecido en el inciso a) del artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta o por lo señalado en el inciso g) del artículo 37° de la mencionada norma, en donde se establece que “los gastos de organización, los gastos preoperativos iniciales, los gastos preoperativos originados por la expansión de la empresa y los intereses devengados durante el periodo preoperativo, a opción del contribuyente, podrán deducirse en el primer ejercicio o amortizarse proporcionalmente en el plazo máximo de diez años”. Sobre lo mencionado, a juicio de las autoras, al existir dentro de la norma una regulación específica sobre el tratamiento de los gastos incurridos en la etapa preoperativa, no debería considerarse la limitación de intereses, establecida en el inciso a) del artículo 37°. Además, lo mencionado también se encuentra respaldado por el acuerdo de la Sala Plena N° 2005 – 28. Esta menciona que el artículo 37° de la Ley del IR, al señalar enunciativamente aquellos gastos que son deducibles para establecer la renta neta de tercera categoría, está enumerando supuestos sistemáticamente excluyentes.

4. Conclusiones

- El Estado peruano deberá revisar nuevamente lo regulado en el Decreto Legislativo N° 1424: el delimitar los préstamos otorgados con entidades no vinculadas podría ahuyentar las inversiones privadas, puesto que el costo fiscal aumentaría de manera considerable.
- El Gobierno estaría vulnerando el principio constitucional de la libertad de contratación y la libre empresa al delimitar el endeudamiento entre partes independientes, solo por asumir que las empresas se endeudan por un objetivo meramente fiscal. En ese sentido, se recomienda analizar esta opción una vez que se cuente con la presentación, por parte de los contribuyentes, del reporte local, el reporte maestro y país por país, para que el Gobierno pueda de manera objetiva determinar si las empresas solo se financian con un propósito meramente fiscal; de ser así, se deberá analizar la posibilidad de implementar el endeudamiento con partes independientes.
- El Gobierno viene adoptando las medidas recomendadas por la OCDE sin realizar un análisis pormenorizado de la realidad económica latinoamericana, considerando que aún es una región que depende de las inversiones privadas.

- El Decreto Legislativo N° 1424 presenta vacíos legales que deberán ser aclarados, puesto que, de la lectura de las exclusiones, se podría asumir que las empresas de gran envergadura, solo por estar en etapa preoperativa o por reportar ingresos menores a 2,500 UIT, no están dentro del ámbito de aplicación de las reglas de subcapitalización.
- Por último, es pertinente aclarar si, en las nuevas reglas de subcapitalización, también se encuentran limitados los intereses devengados en la etapa preoperativa; de ser así, se debería realizar una precisión en el inciso g) del artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta, porque, de acuerdo a la Sala Plena, al estar regulados los gastos preoperativos en este inciso, no les correspondería las reglas establecidas en otros incisos.

5. Propuesta

- Se debería mantener el esquema de la regla de subcapitalización antes de la modificación establecida en el Decreto Legislativo N° 1424, es decir, solo limitar el endeudamiento obtenido entre partes vinculadas, considerando un ratio de 3:1 del patrimonio neto del ejercicio anterior. Esta regla ya es muy rígida y busca combatir el endeudamiento desproporcionado entre grupos económicos, así como es el modelo que siguen muchos países de la región.
- Antes de implementar esta medida, el Gobierno debe presentar argumentos sólidos y objetivos, por lo que se recomienda revisar el comportamiento de los contribuyentes a través de los reportes maestros y país por país de tres ejercicios (2017 al 2019), así como exigir que, en la Declaración Jurada, se discriminen los gastos financieros y la pérdida por diferencia en cambio. Además, se debería solicitar el nombre de las entidades financieras y/o personas con las cuales se han financiado y exigir, en las fiscalizaciones, la documentación que respalde las causas de los préstamos realizados por los contribuyentes. De esta manera, el Ministerio de Economía y Finanzas podría evaluar de modo objetivo, y determinar si los contribuyentes utilizan, de manera indirecta o abusivamente, el “back to back” para que, en algún momento, se posea un respaldo en limitar también el endeudamiento entre partes no vinculadas.
- El excluir a las empresas con ingresos menores a 2,500 UIT podría ocasionar que empresas con mayores ingresos se fragmenten solo para estar excluidas de esta regla de subcapitalización. Además, estas empresas podrían emplear desproporcionadamente los endeudamientos entre partes vinculadas, por lo que se recomienda no considerar esta exclusión en las reglas de subcapitalización.
- Se debería incorporar, en el inciso g) del artículo, que los intereses de endeudamiento para las empresas preoperativas también se encuentran limitados, puesto que las empresas podrían interpretar que, al contar con un tratamiento especial en un inciso distinto, no estarían sujetas a las reglas de subcapitalización.
- Propuesta de modificación a la norma A.4 del artículo 37 de la Ley de Impuesto a

la Renta, Decreto Legislativo 1369: "Son deducibles los intereses provenientes de endeudamientos de contribuyentes con sujetos o empresas vinculadas, cuando dicho endeudamiento no exceda del resultado de aplicar el ratio fijo de 3 a 1 sobre el patrimonio del ejercicio anterior, entendiéndose que el patrimonio es la suma de todas las partidas patrimoniales".

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Centrum. (2016). *Strategia*, 43.

Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*. El Peruano.

Congreso De La República (2018). *Exposición de Motivos de Proyecto de Decreto Legislativo N° 1424*. Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe>.

Decreto Legislativo N° 1424. *Decreto Legislativo que modifica la Ley del Impuesto a la Renta*. El Peruano, Lima, Perú, 12 septiembre 2018.

García, C. (2016). *La deducibilidad de Gastos Financieros en el Impuesto de Sociedades*. Madrid. Ediciones Jurídicas y Sociales.

Ley 27356. *Ley del Impuesto a la Renta*. El Peruano, Lima, Perú, 08 de diciembre de 2004.

Ley del Impuesto a la Renta. El Peruano, Lima, Perú, 10 de octubre de 2004.

Legis. (octubre 2018). *Fundamentos para la reestructuración del sistema Tributario Colombiano*. Recuperado de <http://www.comunidadcontable.com>

Organización Para La Cooperación Y El Desarrollo Económico (OCDE). (2015) *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. Recuperado de <http://www.oecd.org>.

Superintendencia De Administración Tributaria – SUNAT. *Normas legales*. Recuperado en www.sunat.gob.pe

Fecha de recepción: 08/11/2018

Fecha de aceptación: 21/11/2018

Correspondencia: diana.m93@hotmail.com

monica23vb@hotmail.com