



Aplicación de la Acción 4 del plan BEPS en el Perú: “Aciertos y desaciertos”

Tesis presentada en satisfacción parcial de los requerimientos para obtener el grado de Maestro en Finanzas y Derecho Corporativo por:

Martín Raúl Chorres Rojas :

Julio Cesar Morales Mallqui :

Programa de Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo 2016-II

Lima, 07 de marzo de 2019

Esta tesis

Aplicación de la Acción 4 del plan BEPS en el Perú: “Aciertos y desaciertos”

Ha sido aprobada.

.....

Paulo Comitre Berry (Jurado)

.....

Oscar Omar Picón Gonzales (Jurado)

.....

Juan Pablo Porto Urrutia (Asesor)

Universidad Esan

2019

A mi madre, Amavilia, por su ejemplo e incondicional amor.
A mi esposa, Karol, por su apoyo y compañía en este camino de la vida.
A mi hija, Ana Paula, por ser mi razón en cada paso.

Martín Raúl Chorres Rojas

Para Jenny, mi madre, quien siempre apostó por mí,
inclusive en la vorágine de las críticas.

Julio César Morales Mallqui

ÍNDICE GENERAL

CAPITULO I: INTRODUCCION	1
1.1 Determinación del Problema.....	1
1.2 Formulación del Problema.....	1
1.3 Objetivo general	1
1.3.1 Objetivo específicos.....	1
1.4 Alcances, justificación y contribución.....	2
1.4.1 Alcances.....	2
1.4.2 Justificación	2
1.4.3 Contribución	3
CAPITULO II: MARCO CONTEXTUAL	5
2.1 Contexto Global:	5
2.2 Contexto Local	5
CAPITULO III: DESCRIPCION DE LA METODOLOGIA	7
3.1 A nivel descriptivo	7
3.2 A nivel explicativo	7
3.3 Métodos de investigación utilizados	7
3.3.1 Método analítico	7
3.3.2 Método comparativo.....	8
3.4 Fuente de Investigación	8
3.4.1 Fuente Primaria	8
3.4.2 Fuente Secundaria.....	8
3.5 Recolección de datos: Métodos aplicables	8
3.5.1 La entrevista.....	8
CAPITULO IV: ANTECEDENTES Y ORIGEN DEL PLAN DE ACCION BEPS.....	10
4.1 Casos de planeamiento tributario agresivo	10
4.1.1 El “Sándwich Holandés”.....	11
4.1.2 El “Doble Café Irlandés”	11
4.2 Origen del Plan de Acción BEPS	12
4.2.1 Objetivo del Plan BEPS.....	13
4.2.2 El Plan BEPS: 15 Acciones sugeridas	13
4.3 Esfuerzos históricos previos al Plan BEPS.....	14

4.3.1	<i>Los Estados Unidos</i>	15
4.3.1.1	<i>La Doctrina jurídica tributaria</i>	16
4.3.1.2	<i>El FATCA</i>	16
4.3.2	<i>La Unión Europea</i>	17
4.3.2.1	<i>“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea”</i>	18
4.3.2.2	<i>El Derecho en la Unión Europea</i>	19
4.4	<i>Esfuerzos posteriores al Plan BEPS</i>	21
4.4.1	<i>Esfuerzos multilaterales</i>	21
4.4.1.1	<i>“La Convención de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria”</i>	21
4.4.1.2	<i>La Convención BEPS</i>	22
4.4.2	<i>El Derecho de la Unión Europea: Directivas y Comunicaciones</i>	23
4.4.2.1	<i>COM (2015) 302 Final del 17.06.2015</i>	23
4.4.2.2	<i>Directiva 2016/1164 UE del 12.06.2016</i>	23
4.4.2.3	<i>Directiva 2017/952 UE del 29.05.2017</i>	24
CAPÍTULO V – APLICACIÓN DE LA ACCIÓN 4 DEL PLAN BEPS EN EL PERÚ		25
5.1	<i>La Regla de Subcapitalización</i>	25
5.1.1	<i>La regla de subcapitalización en el Perú</i>	26
5.2	<i>La Acción 4 del Plan BEPS</i>	27
5.2.1	<i>Principales lineamientos de la Acción 4</i>	28
5.2.2	<i>Recomendaciones para un enfoque de mejores prácticas</i>	30
5.2.3	<i>Los intereses y pagos económicamente equivalente a intereses ¿Qué abarca dicha definición?</i>	32
CAPITULO VI: “ANÁLISIS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1424, QUE MODIFICA LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA”		34
6.1	<i>Sobre la temporalidad de la norma</i>	34
6.2	<i>Sobre la limitación de los gastos por intereses efectuados entre partes independientes o vinculadas</i>	36
6.3	<i>“Sobre los supuestos excluidos del ámbito de aplicación en la regla de subcapitalización y en la regla proporción fija”</i>	37
6.3.1	<i>“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”</i>	38
6.3.2	<i>“Contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio gravable sean menores o iguales a dos mil quinientas (2500) UIT”</i>	38

6.3.3	<i>“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”</i>	39
6.3.4	<i>“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”</i>	40
6.3.5	<i>“Endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deuda que cumplan con las siguientes condiciones establecidas en el decreto”</i>	40
6.4	Sobre la definición de términos: Interés neto y EBITDA.....	41
6.4.1	<i>Interés neto</i>	41
6.4.2	<i>EBITDA</i>	41
6.5	Sobre permitir el arrastre del gasto por interés no deducible hasta cuatro (4) ejercicios inmediatos siguientes.....	41

CAPITULO VII: ACIERTOS Y DESACIERTOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ACCIÓN 4 EN EL PERÚ43

7.1	Aciertos contenidos en el “Decreto Legislativo N° 1424, que modifica la Ley del Impuesto a la Renta”	43
7.1.1	<i>“Sobre la temporalidad de la norma”</i>	44
7.1.2	<i>Sobre “los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la regla del EBITDA y de la nueva regla de subcapitalización”</i>	48
7.1.2.1	<i>“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”</i> 48	
7.1.2.2	<i>“Contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio gravable sean menores o iguales a dos mil quinientas (2500) UIT”</i>	50
7.1.2.3	<i>“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, de acuerdo a lo que señale el reglamento”</i>	53
7.1.2.4	<i>“Endeudamientos para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada</i>	

<i>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”</i>	55
7.1.2.5 <i>“Intereses de endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deuda que cumplan con las ciertas condiciones”</i>	57
7.1.3 <i>Sobre el arrastre de los gastos por intereses no permitidos</i>	59
7.1.4 <i>Sobre el cambio del método en la limitación de la deducibilidad de los gastos por intereses, de las reglas de subcapitalización a la regla del EBITDA</i> . 64	
7.2 <i>Desaciertos contenidos en el “Decreto Legislativo N° 1424, que modifica la Ley del Impuesto a la Renta”</i>	67
7.2.1 <i>Sobre la necesidad de una adecuada definición de términos</i>	67
7.2.2 <i>Sobre la inclusión de partes independientes en las reglas de limitación en la deducción de los gastos de intereses</i>	70
7.2.3 <i>Sobre “los efectos de la aplicación de la regla de proporción fija en las empresas que obtengan EBITDA cero o negativo”</i>	72
7.2.4 <i>Sobre “la incorporación de supuestos adicionales a la exclusión del ámbito de aplicación de la norma”</i>	74
7.2.4.1 <i>Operaciones de Arrendamiento Financiero</i>	74
7.2.4.2 <i>Financiamiento obtenido de entidades bancarias y financieras</i>	76
7.2.4.3 <i>Empresas con EBITA cero o negativo</i>	79
7.2.4.4 <i>Las empresas que se encuentran en etapa pre-operativa</i>	80
7.2.5 <i>Sobre la vulneración de principios constitucionales en la incorporación de las reglas de limitación de gastos por intereses. ¿Qué principios son afectados?</i>	82
7.2.5.1 <i>Derecho a la Igualdad</i>	83
7.2.5.2 <i>Debido proceso</i>	84
7.2.5.3 <i>Libertad de contratación de los contribuyentes</i>	85
CAPITULO VIII: LEGISLACIÓN COMPARADA	87
8.1 <i>República Checa</i>	87
8.2 <i>Alemania</i>	87
8.3 <i>Finlandia</i>	88
8.4 <i>Grecia</i>	88
8.5 <i>India</i>	88
8.6 <i>Italia</i>	89
8.7 <i>Noruega</i>	90

8.8	Portugal.....	90
8.9	Eslovaquia.....	91
8.10	España.....	91
8.11	Ucrania.....	92
8.12	Vietnam.....	92
8.13	Argentina.....	92
8.14	Australia.....	93
CAPITULO IX: COMENTARIOS DE LAS ENTREVISTAS Y JUSTIFICACION.....		94
9.1	Justificación y comentarios de las entrevistas	94
CAPITULO X: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....		95
10.1	Conclusiones	95
10.2	Recomendaciones.....	99
CAPITULO XI: BIBLIOGRAFIA		101
ANEXO I: PROYECTO NORMATIVO PROPUESTO POR EL EQUIPO DE TESIS		104
ANEXO II: ABREVIATURAS Y SIGLAS		112
ANEXO III: ENTREVISTAS		113

LISTA DE TABLAS

4.1. Detalle de las acciones del Plan BEPS.....	14
5.1. Escenarios que generan riesgo de BEPS.....	28
5.2. Entidades o situaciones que generan menor riesgo de beps.....	29
5.3. Grupos que protegen la generación de BEPS.....	30
5.4. Pagos económicamente equivalentes a intereses.....	33
7.1. Detalle de Ingresos y Gastos por Intereses de Empresas Bancarias.....	50
7.2. Ingresos, IR y Gastos Financieros por rango de ingresos del 2016 (en millones de soles)	50
7.3. Plazo de los contratos de Asociaciones Público Privadas.....	54
7.4. Duración de los Contratos de Asociación Público Privados.....	54
7.5. Esquemas de Inversión Privada mediante Proyectos en Activos.....	56
7.6. Colocaciones mediante oferta pública primaria (en soles).....	58
7.7. Determinación del arrastre de gastos por intereses no deducibles.....	60
7.8. Control de arrastre de interés no permitido.....	60
7.9. Límite de años para el arrastre de interés no permitido.....	62
7.10. Determinación del arrastre de gastos por intereses no deducibles - Sistema B.....	63
7.11. Control de Arrastre de Interés No Permitido - Sistema B.....	63
7.12. Diferencia entre reglas de limitación de intereses.....	64
7.13. Contratos de Arrendamiento Financiero por Sector Económicos (En unidades).....	75
7.14. Contratos de Arrendamiento Financiero por Sector Económicos (En miles de soles).....	75

LISTA DE FIGURAS

7.1. Temporalidad de la Norma.....	45
7.2. PBI por sectores económicos.....	66
7.3. Créditos Corporativos, grandes, medianas, pequeñas y microempresas, según sectores económico	77
7.4. Créditos directos y depósitos del Sistema Financiero, 2013-2017.....	78

Martín Raúl Chorres Rojas

Contador Público por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, especialista en Tributación por la Universidad de Lima, con estudios de derecho tributario y especialidad de Normas de Contabilidad. Con estudios concluidos en la Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Experiencia en las áreas Contabilidad y Tributación.

EXPERIENCIA PROFESIONAL

ANTONIO BLANCO BLASCO INGENIEROS EIRL

Jefe de Contabilidad

Abr. 2017 – Actualidad

Responsable en la Elaboración de Estados Financieros, así como de la determinación del Impuesto a la Renta Corriente y Diferido. Responsable del cumplimiento de obligaciones tributarias, revisión y supervisión de las áreas administrativas de recursos humanos, tesorería, administración. Responsable de las atenciones en procesos de Auditorías financieras, tributarias por parte de la SUNAT y atención en requerimientos por parte de SUNAFIL.

INMOBILIARI SA

Contador Tributario

Feb. 2015 – Oct. 2016

Responsable del Cumplimiento de las Obligaciones Tributarias mensuales y anuales de las 56 empresas que conforman INGROUPE, así como de la determinación del Impuesto a la Renta Corriente y Diferido. Responsable de la atención en los Procedimientos de Fiscalización por parte de la SUNAT y de la preparación de información tributaria. Responsable del planeamiento tributario de las compañías del grupo y el cumplimiento de las políticas, seguimiento de los Procedimientos Contenciosos Tributarios: Recursos de Reclamación y Apelación, ante la Administración Tributaria y Tribunal Fiscal. Responsable de la Atención de las Auditorías Tributarias y Financieras.

PRIMAX SA

Analista Senior de Impuestos

Ene. 2014 – Feb. 2015

Responsable del Cumplimiento de las Obligaciones Tributarias mensuales y anuales, así como de la determinación de I.Renta y para fines de Cambio de Coeficiente.

Encargo de la preparación de Información para Organizamos del Estado: SUNAT, INEI, etc. Apoyo en la atención y preparación de información para Procedimientos de Fiscalización por parte de SUNAT.

FORMACION PROFESIONAL

ESAN GRADUATE SCHOOL OF BUSINESS

2016 - 2018

Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

2018

Especialización en Finanzas y Derecho Europeo

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

2001 - 2005

Titulado en Contabilidad

OTROS ESTUDIOS

UNIVERSIDAD DE LIMA

Posgrado en Tributación

2013 – 2013

Diplomado en IFRS

2015 – 2015

UNIVERSIDAD DE SAN MARTIN DE PORRES

2009 – 2009

Posgrado en Derecho Tributario

UNIVERSIDAD RICARDO PALMA

2008 – 2008

Diplomado en Tributación

IDIOMAS

CENTRO DE IDIOMAS DE USMP

Portugués Avanzado

Julio Cesar Morales Mallqui

Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villarreal, abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, título de especialista en Derecho Registral por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Experiencia en las Áreas del Derecho Notarial, Registral, Civil; y, una fuerte motivación por la especialización en Derecho Corporativo, Inmobiliario, Notarial y Registral.

EXPERIENCIA PROFESIONAL

NOTARIA BANDA GONZALEZ

Encargado de operación hipotecarias BCP **Oct. 2016 – Oct. 2018**

Elaboración de estudios de títulos para acceso a créditos comerciales e hipotecarios de clientes con el Banco de Crédito del Perú. Estudio y análisis de partidas registrales de inmuebles, saneamiento físico y legal de los mismos para clientes corporativos del Banco de Crédito del Perú.

NOTARIA ECHEVARRIA ARELLANO

Jefe del Área Legal **Oct. 2014 – Set. 2016**

Encargado del área legal especializado en la elaboración de contratos civiles como compraventa, donación, anticipo de legítima, dación en pago, etc. Dominio de los asuntos no contenciosos de competencia notarial establecidos en la Ley N° 26662; rectificación de partidas, adopción de personas capaces; patrimonio familiar, inventarios, comprobación de testamentos, sucesión intestada, divorcio notarial, etc.

NOTARIA GONZALES LOLI

Abogado en operaciones hipotecarias- BBVA **Set. 2013 – Set. 2014**

Elaboración de estudios de títulos para acceso a créditos comerciales e hipotecarios de clientes del BBVA Banco Continental. Estudio y análisis de partidas registrales de inmuebles, saneamiento legal de los mismos para BBVA Banco Continental.

FORMACION PROFESIONAL

ESAN GRADUATE SCHOOL OF BUSINESS	2016 - 2018
Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo	
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID	2018
Especialización en Finanzas y Derecho Europeo	
UNIVERSIDAD INCA GARCILAZO DE LA VEGA	2014
Titulado en Derecho	
UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLARREAL	2007 - 2012
Bachiller en Derecho	

OTROS ESTUDIOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU	2014 - 2015
Segunda Especialidad en Derecho Registral	

IDIOMAS

IPCNA

Inglés avanzado

ALIANZA FRANCESA

Francés básico

CENTRO DE IDIOMAS DE USMP

Portugués intermedio

RESUMEN EJECUTIVO

Grado:	Maestro en Finanzas y Derecho Corporativo
Título de la tesis:	Aplicación de la Acción 4 del Plan BEPS en el Perú: “Aciertos y desaciertos”
Autores:	Martín Raúl Chorres Rojas Julio Cesar Morales Mallqui

Resumen:

La presente investigación tiene como objetivo general realizar un análisis de la incorporación de la Acción 4 del plan BEPS en nuestra normativa peruana, específicamente, a través de la revisión del “Decreto Legislativo N° 1424, que modifica en su parte pertinente, el inciso a) del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta (LIR)”.

Asimismo, determinar si dicha asimilación por el legislador peruano es correcta. Vale decir, que tal incorporación haya sido el resultado del análisis de las recomendaciones del plan BEPS, así como sobre la evaluación de la realidad peruana y el impacto que dicha modificación normativa significará para nuestro país.

Para poder realizar lo antes indicado, el equipo de tesis revisa materiales bibliográficos de autores nacionales e internacionales, así como la revisión de la Acción 4 del plan BEPS, de entrevistas a expertos en el ámbito tributario del país y el extranjero para poder contar con su punto de vista sobre la modificación de la norma, en lo que a las limitaciones de la deducción de los gastos por intereses se refiere.

De la labor investigativa, se sostiene que la modificación del “inciso a) del artículo 37 de la LIR, a través del Decreto Legislativo N° 1424”, resulta ser un paso importante en la adaptación de los lineamientos emitidos en el Plan de Acción BEPS para nuestro país, en sus aspiraciones políticas de incorporarse a la OCDE en los próximos años. No obstante, en el plano legal tributario, la modificación normativa presenta vacíos y cuestionamientos en su inclusión a nuestro ordenamiento jurídico que son necesarios ser revisados a la brevedad.

La utilidad de la presente investigación constituye en un análisis sobre los supuestos que no están recogidos en la modificación de la norma, que de ser tomados en consideración sería una norma más cercana a nuestra realidad, de tal suerte, que su

regulación obedezca no sólo a fines de recaudación fiscal y políticos de coyuntura sino económicos y con coherencia para los fines fiscales pertinentes.

Por lo tanto, el equipo de tesis prepara una propuesta de modificación normativa que pretende cubrir los vacíos y supuestos no regulados en la regla que limita la deducibilidad de intereses. Se busca contar con una norma más perfectible a partir de nuestra realidad interna, que regule de manera firme las prácticas relacionadas a la planificación fiscal agresiva que tiene como finalidad la lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios a jurisdicciones de menor o nula tributación.

CAPITULO I: INTRODUCCION

1.1 Determinación del Problema

Nuestro cuestionamiento aparece en el extremo de determinar si la promulgación del “Decreto Legislativo N° 1424, que modifica el inciso a) del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta (LIR)”, relativo a la limitación en la deducibilidad de intereses, mantiene un adecuado alcance que incluya los supuestos de mejores prácticas que establece la Acción 4 del Plan de Acción BEPS, en sintonía con la realidad peruana.

1.2 Formulación del Problema

¿Si el “Decreto Legislativo N° 1424, que modifica el inciso a) del artículo 37 de la LIR”, tiene un alcance concordante con los lineamientos de la Acción 4 del Plan de Acción BEPS, y si su estructura se adapta a la realidad peruana?

1.3 Objetivo general

Analizar los alcances e incidencias de la aplicación de la Acción 4 del Plan BEPS en la normativa peruana, a propósito de la publicación del “Decreto Legislativo N° 1424, que modifica el inciso a) del artículo 37 de la LIR”.

1.3.1 Objetivo específicos

a) Analizar y comparar la Acción 4 del Plan BEPS y el “Decreto Legislativo N° 1424 que modifica el inciso a) del artículo 37 de la LIR”.

b) Determinar los aspectos positivos en la modificación del “inciso a) del artículo 37 de la LIR”, coincidentes con el esquema de mejores prácticas del Plan de Acción BEPS.

c) Identificar los principales falencias y vacíos normativos en la modificación del “inciso a) del artículo 37 de la LIR”, que no son coincidentes con el esquema de mejores prácticas del Plan de Acción BEPS.

d) Analizar y contrastar el tratamiento normativo en el Derecho Comparado sobre la deducción de intereses en los países que implementan la Acción 4.

e) Proponer la modificación normativa del “inciso a) del artículo 37 de la LIR”, considerando la mejor alternativa para la regla que limita la deducibilidad de los intereses, tratando de cubrir los vacíos y deficiencias en la dación del “Decreto Legislativo N° 1424”.

1.4 Alcances, justificación y contribución

1.4.1 Alcances

La presente tesis pretende determinar los aspectos positivos y negativos a raíz de la publicación del “Decreto Legislativo N° 1424, que modifica el inciso a) del artículo 37 de la LIR”, a través del análisis y comparación con los lineamientos establecidos en la Acción 4 del Plan de Acción BEPS (en adelante, “Acción 4”) establecidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

En virtud a lo antes mencionado, se pretende determinar si la regulación propuesta en el mencionado decreto legislativo, es coincidente con los supuestos de mejores prácticas establecidos en el Plan de Acción de la OCDE, de tal suerte, que se evite de forma pertinente y adecuada la erosión de la base imponible que genera la utilización perversa de la deducción de los gastos por intereses.

Tiene como alcance normativo el “Decreto Legislativo N° 1424, que modifica el inciso a) del artículo 37 de la LIR” (en adelante, “el decreto legislativo”), así como toda aquella disposición que resulte pertinente considerar.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta importante precisar que no serán materia de estudio, el análisis de la incorporación de la Acción 4 en otras jurisdicciones. No obstante, se abordará aspectos específicos que resulten oportunos para nuestro presente estudio.

1.4.2 Justificación

El desarrollo de una economía globalizada trae consigo que las empresas exploren nuevos mercados, claro está, espacios económicos donde puedan desarrollar sus líneas de negocio de la manera más óptima, para lo cual, constituyen filiales o adoptan la forma corporativa de acuerdo a la normativa del país donde se establezcan. Estas empresas multinacionales, por lo general, plantean sus estrategias intragrupo, con la finalidad de

maximizar su rentabilidad con una eficiente gestión de costos e incluso alcanzan un planeamiento tributario agresivo que reduce y/o elimina la carga tributaria.

Es por ello, que para contrarrestar la elusión fiscal, la OCDE, el 15 de octubre de 2015, presentó las recomendaciones finales del Plan de Acción BEPS (en adelante, “Plan BEPS”) a efectos de poder paliar dichos esquemas agresivos.

Ahora bien, dentro de las 15 acciones que contiene el Plan BEPS, se tiene a la Acción 4, la misma que trata sobre las limitaciones relacionadas con la erosión de la base imponible por vía deducción de interés y otros pagos financieros equivalentes a intereses; siendo las recomendaciones que se precisaron las siguientes: i) Fijar un ratio fijo de entre el 10% a 30%, a efectos de limitar las deducciones de intereses netos, y dicho tope se aplicaría sobre el EBITDA (ganancias antes de intereses, impuestos amortizaciones y depreciaciones); ii) Limitar el gasto neto financiero, que es obtenido del exceso de los gastos por intereses menos los intereses ganados; iii) Formular la posibilidad de trasladar los intereses no deducidos que superen el tope establecido a los ejercicios futuros, asimismo, se establecen algunas excepciones como aplicar un límite por debajo del ratio y excluir a los endeudamientos relacionados con obras de infraestructura pública, entre otros.

En dicha línea de argumentación, el Perú intenta alinear su normativa a los acuerdos de la OCDE, tal es así que promulgó el “Decreto Legislativo N° 1424, que modifica el inciso a) del artículo 37 de la LIR”, la cual recoge ciertos lineamientos que son coincidentes con las mejores prácticas establecidas por el organismo antes mencionado.

Por lo expuesto, es de suma importancia que en el ámbito nacional, se tome un tiempo de reflexión y análisis acerca del impacto que tiene la publicación del mencionado decreto legislativo, en el sentido de observar si la implementación es una incorporación acertada de los lineamientos de la Acción 4, y sobre todo, si dicha promulgación legislativa, está regulando situaciones jurídico-tributarias acordes a nuestra propia realidad.

1.4.3 Contribución

La presente tesis contribuirá con la presentación de una propuesta de modificación legislativa, que permita corregir las deficiencias y/o vacíos normativos que haya resultado de la emisión del “Decreto Legislativo N° 1424 que modificó el inciso a) del

artículo 37 de la LIR”, de tal suerte, que sea una norma concordante con la realidad peruana.

CAPITULO II: MARCO CONTEXTUAL

2.1 Contexto Global:

El tema que nos ocupa, se enmarca dentro de un contexto generalizado de la erosión de la base imponible y la deslocalización de las utilidades de empresas multinacionales. Ciertamente, estos temas tuvieron sus puntos más álgidos con los escándalos de las empresas como Starbucks, Google, Amazon, entre otros, que implementaron una estructura elusiva con el objeto de disminuir su carga tributaria y pagar menos impuestos.

Debido a lo antes mencionado, los países del *G-20* y la *OCDE*¹ pusieron especial atención a dicho problema fiscal, recurrente en sus economías, que generaba millonarias pérdidas a sus respectivos fiscos.

En dicho sentido, aparecen las quince acciones del plan BEPS, que en un principio fueron recomendaciones de mejores prácticas corporativas, para que posteriormente se implementen en el derecho interno de los principales países de Europa como Alemania, España, Francia, Italia, etc. Estos países tuvieron como política conjunta, evitar el perjuicio de su recaudación interna con la poca o nula tributación de los grupos multinacionales.

Es así, que las empresas de grupos multinacionales, aprovechándose de los vacíos o deficiencias en la regulación tributaria de los países en donde operaban, instauraban esquemas elusivos, de tal forma que, el ahorro fiscal que generaban era alarmante. Por ende, los países conformantes de la OCDE, decidieron contrarrestar tales fenómenos erosivos de la recaudación tributaria, con la emisión de las quince acciones antes mencionadas.

2.2 Contexto Local

En el ámbito de la delegación de facultades legislativas, que el Congreso de la República otorga al Poder Ejecutivo, se expide el Decreto Legislativo N° 1424, el cual fue publicado en el diario oficial El Peruano, el 12 de Setiembre de 2018, que entre otros temas tributarios modificó el “inciso a) del artículo 37 de la LIR”, en lo referido a

¹ La OCDE, denominada Organismo de Cooperación para el Desarrollo Económico tuvo como su antecedente en la OCEE (Organismo de Cooperación Económica Europea), la cual fue creada después de la Segunda Guerra Mundial.

la deducibilidad de los gastos netos por intereses para la determinación del impuesto a la renta.

Dicha modificación obedece al influjo de la Acción 4 emitido por la OCDE, de tal forma que nuestro país esté dentro de los parámetros de buen gobierno corporativo que solicita la OCDE para poder ser parte integrante de tal organismo.

CAPITULO III: DESCRIPCION DE LA METODOLOGIA

En la elaboración de la presente tesis se emplea como metodología de investigación el uso de técnicas y métodos de análisis, tales como el análisis descriptivo, explicativo, así como el método analítico y el comparativo. Asimismo, en lo referido a las fuentes de investigación o revisión de la literatura, para nuestro caso, se utiliza tanto las fuentes primarias como las secundarias, y por último, el instrumento de recolección de datos está representada principalmente por la entrevista, que a continuación se describen.

3.1 A nivel descriptivo

Se realizará una revisión de la Acción 4 del plan BEPS. Asimismo, el “Decreto Legislativo N° 1424 que modifica inciso a) del artículo 37 de la LIR”, su correspondiente exposición de motivos, información relacionada sobre las reglas para deducibilidad de intereses en los países que forman parte de la OCDE y en diversos estados que no pertenecen a dicho organismo, con el fin de determinar si la regulación incluida en el mencionado decreto, en el tema que nos compete, es correcta o no.

3.2 A nivel explicativo

Se abordará los temas de la deducibilidad de los gastos por intereses, en lo referido a los dos métodos principales que lo regulan: la regla de subcapitalización y la regla de proporción fija en base al EBITDA (en adelante, regla del EBITDA). Realizando a nivel explicativo las principales características de dichos sistemas, así como sus ventajas y desventajas.

3.3 Métodos de investigación utilizados

3.3.1 Método analítico

Asimismo, la presente investigación se analiza a partir de fuentes relevantes y oportunas para nuestro tema. Como entrevistas a expertos académicos peruanos y extranjeros en materia tributaria y fiscalidad internacional, con el fin de obtener sus apreciaciones y críticas a la implementación de la Acción 4 en nuestra legislación

interna a la luz de la promulgación del decreto legislativo, de manera que se pueda saber si resulta favorable o no para nuestra economía.

3.3.2 Método comparativo

Se revisará la legislación comparada con la finalidad de identificar las experiencias de otros países en la implementación de la Acción 4, así como de otras reglas de limitación de deducibilidad de intereses.

3.4 Fuente de Investigación

3.4.1 Fuente Primaria

Se define a la fuente primaria como aquellos tomados directamente, de primera mano o de primer término, del objeto de estudio (personas, empresas, entidades gubernamentales, etc.) que brindarán la información para la investigación. (Arbaiza, 2014)

En particular, la fuente primaria utilizada para realizar la presente investigación, lo constituye la opinión y/o parecer de los connotados tributaristas, respecto al objeto materia de investigación.

3.4.2 Fuente Secundaria

Para el caso de la fuente secundaria, entendida como la revisión de material indirecto o realizado por un tercero, como libros, publicaciones literarias y/o científicas, resúmenes etc., la revisión de dicha fuente lo constituye el material bibliográfico revisado por el equipo de tesis. (Arbaiza, 2014)

3.5 Recolección de datos: Métodos aplicables

3.5.1 La entrevista

Así, el instrumento principal de la recolección de datos en la presente investigación es la entrevista. En los anexos, se evidenciará las entrevistas efectuadas para recabar información y soporte de las ideas de nuestra tesis.

En dicho sentido, por las características de nuestras entrevistas por ser de corte libre y no estructurado, de libertad en la conversación o entrevista, se puede indicar que se encuentra dentro de una entrevista cualitativa no estructurada.

CAPITULO IV: ANTECEDENTES Y ORIGEN DEL PLAN DE ACCION BEPS

En el presente apartado, se hace un recorrido sobre los acontecimientos que dan origen al desarrollo de políticas, cuyo conjunto tuvo la finalidad de combatir la planificación tributaria agresiva y sus consecuencias.

A manera de introducción, se describe acerca de la problemática **BEPS**, casos de planteamientos tributarios agresivos como los de Starbucks y Google, empresas que utilizaron figuras jurídicas de *elusión*² con el fin de disminuir su carga tributaria.

Se expone la reacción de los países integrantes de la OCDE y el G-20, en la elaboración de los lineamientos que permitan atacar la problemática expuesta, con una implementación coordinada en las diversas legislaciones. Así, como los esfuerzos históricos previos y posteriores a BEPS, desarrollados por algunos países de manera independiente como a través de diversos organismos multilaterales.

4.1 Casos de planeamiento tributario agresivo

Dentro de los casos de planeamientos tributarios agresivos se puede precisar, lo sucedido en Reino Unido, en el 2012, cuando Kris Engukov, director de Starbucks, reconoció acerca de la planificación fiscal agresiva que realizaba su empresa. Lo que hacía Starbucks para poder defraudar al fisco de Reino Unido era constituir *filiales*³ en Suiza y Holanda, de tal suerte, que armaba una estructura que le permitía pagar menos impuestos.

Se reportó, en el año del 2011, que Starbucks obtuvo ingresos alrededor de 4.7 mil millones de dólares en el Reino Unido, de los cuales sólo realizó el pago de impuestos por la suma de 13 millones. Lo cual, deja ver que la estructura que montaron para defraudar al fisco en Reino Unido fue realmente escandaloso. (Pérez Grob, 2005)

Dichas estructuras elusivas fueron empleadas por varias multinacionales, entre las que se puede mencionar: Apple, Google, Starbucks, Amazon, etc., quienes aprovechando los vacíos legales realizaron una planificación fiscal agresiva,

² Entendido a la elusión como aquel comportamiento lícito, vale decir, amparados en las normas jurídico- tributarias de un determinado ordenamiento, pero que generan un reproche social debido a que su utilización tiene consecuencias perjudiciales en la recaudación tributaria de dicho ordenamiento fiscal.

³ Filial.- También llamada subsidiaria, que es en sí misma una persona jurídica independiente de la principal; no obstante, dentro del accionariado de la filial, la principal tiene una participación mayoritaria, por lo que en cierto modo existe un control de parte de la principal sobre la filial o subsidiaria.

principalmente a través de dos mecanismos conocidos como: el “Sándwich Holandés” y el “Doble Café Holandés”.

En las líneas siguientes, se expondrán los dos mecanismos más conocidos de planificación fiscal agresiva, que fueron desarrolladas por empresas como Starbucks y Google para poder evadir millones de pagos en impuestos.

4.1.1 El “Sándwich Holandés”

Sobre el “Sándwich Holandés” se puede decir, que dicha figura consiste en un sistema de elusión fiscal diseñada por una multinacional, para poder alocar sus beneficios mundiales en países de poca o nula tributación, de tal suerte, que todo el dinero obtenido de sus ventas a nivel mundial y por los cuales deberían pagar impuestos fueron eludidas.

Vale decir, que recoge todos sus beneficios y los envía a un país de baja o nula tributación (en este caso, Holanda). Entonces, con el beneficio acumulado en un país de una tasa impositiva amigable, se realiza la transferencia de la misma a un paraíso fiscal (Por ejemplo, Bermuda), donde finalmente se quedará el beneficio de la empresa, libre o con una muy pequeña tasa de impuesto. (Pérez Grob, 2005)

4.1.2 El “Doble Café Irlandés”

Para el caso de la figura denominada el “Doble Café Irlandés”, el otro sistema de elusión fiscal de nuestra lista, se señala que erosiona la base imponible y traslada los beneficios a una zona de nula o baja imposición. En este caso, el “Doble Café Irlandés” o “Doble Irlandés” fue una estructura de elusión fiscal que utilizó Google, para poder obtener un menor margen de impuestos.

En dicho sentido, la mencionada estructura elusiva se origina con Google, empresa estadounidense, que crea dos empresas en Irlanda y una sociedad interpuesta en Holanda: La primera, denominada Ireland Holding Limited (**IHL**), propietaria de los derechos de propiedad intelectual e industrial de Google en Irlanda; la segunda, llamada Google Ireland Limited (**GIL**), se encargaba de la administración de la recaudación de los cánones o regalías de la zona **EOMA** (Europa Oriente Medio y África); y, la sociedad interpuesta, denominada Sociedad Holding Holandesa, se encargaría de recibir la licencia de los derechos de propiedad intelectual e industrial de Ireland Holding

Limited (**IHL**) y entregarlas, en calidad de una sub licencia, a Google Ireland Limited (**GIL**). (Van den Hurk, 2014)

Dicho lo anterior, el “Doble Café Irlandés” montado por Google, se desarrolla de la siguiente manera: La filial Ireland Holding Limited (**IHL**) se hace poseedora de los derechos de propiedad intelectual e industrial de Google, a través de un contrato de cesión de derechos suscrita entre **IHL** y Google casa matriz.

En ese caso, la filial Ireland Holding Limited (**IHL**), poseedora de los derechos de propiedad intelectual e industrial de Google en Irlanda, entrega la licencia de dichos derechos a una sociedad interpuesta creada Holanda (Sociedad Holding Holandesa), inmediatamente después, ésta última cede, a través de una sub licencia, los derechos de propiedad intelectual a Google Ireland Limited (**GIL**).

Será ésta última, Google Ireland Limited (**GIL**), quien finalmente, como poseedora de los derechos de administración de propiedad intelectual e industrial en Irlanda se encargará del cobro, administración de los cánones y regalías por la distribución de dichos derechos en la región denominada **EOMA**.

Finalmente, la intención de toda estructura tuvo como objetivo aprovechar las tasas impositivas preferentes de países como Irlanda y Holanda, para dejar de tributar con una tasa del 30% en Estados Unidos y empezar a tributar con una tasa del 12.5%, que es la tasa de impuesto a las sociedades en Irlanda. (Van den Hurk, 2014)

4.2 Origen del Plan de Acción BEPS

Para poder realizar una aproximación respecto de la reacción de la **OCDE** y los países del **G-20**, se debe realizar un pequeño recuento del tema BEPS en sus inicios, para poder entender la propia reacción de los organismos antes mencionados.

Es así, que el asunto sobre la erosión de las bases imponibles como consecuencia del movimiento de un lugar a otro de rentas y por ende la pérdida en la recaudación de los impuestos, se vio expuesta por la crisis *subprime* que sufre los EE.UU en el año 2008. Tal es así, que el gobierno americano realiza esfuerzos a efectos de buscar el reflotamiento de su economía. (Benites-Chapoñan, 2017)

Por ello, el fisco norteamericano busca las respuestas, en la ejecución de sus hipotecas, pero no tuvo mucho éxito por el estado crítico que presentaba dicho sector inmobiliario, en consecuencia, continuó con un plan agresivo en paquetes de subsidios que finalmente no dio mucho resultado.

Por lo antes mencionado y al observar que no existía el reflote esperado, el gobierno norteamericano empezó a utilizar al fisco, para poder emprender el levantamiento de la economía, pero tal fue su sorpresa, al observar que los recursos fiscales eran insuficientes.

Dicho resultado se da debido a que el gobierno deja de recaudar lo suficiente por la evasión de los impuestos que venían practicando las transnacionales en su economía. Esta consecuencia, de la evasión fiscal no sólo fue un fenómeno en la zona norteamericana sino también en diversos países de Europa.

Fue así, que la respuesta no se hizo esperar por el G-20, por tal motivo desde junio 2012, sus líderes manifiestan su rechazo de forma pública contra la erosión de las bases imponibles y traslado de utilidades, requiriendo a la OCDE emitir un informe sobre las reales dimensiones del problema que se estaba suscitando.

En ese orden de ideas, es que en febrero de 2013, la OCDE publica el informe “*Adressing BEPS*” mediante el cual se reconoce la gran envergadura del problema de la erosión tributaria y la alocación de los beneficios a una zona de nula o baja imposición, así como los efectos perjudiciales para la economía, en tanto, dicho fenómeno desviaba enormes recursos para la recaudación.

4.2.1 Objetivo del Plan BEPS

Por lo indicado, la OCDE toma una firme política de enfrentamiento contra los fenómenos **BEPS**, a través de planes o acciones para poder combatirlos. Dicho organismo elabora una estrategia en base al minucioso estudio de los problemas fiscales en los países miembros de la organización.

En tal sentido, la **OCDE** resume sus esfuerzos a través de la dación de quince acciones tendientes a combatir los problemas antes expuestos relacionados con la erosión de la base imponible.

4.2.2 El Plan BEPS: 15 Acciones sugeridas

La **OCDE**, como organismo emite informes y/o recomendaciones para ser aplicadas por sus países miembros, ejerciendo una ligera presión para su cumplimiento. Se puede citar de forma genéricas estas acciones que a continuación se detalla:

Tabla 4.1. Detalle de las acciones del Plan BEPS

Acciones	Descripción
1	"Hacer frente a los desafíos fiscales que plantean la economía digital".
2	"Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos".
3	"Reforzar las normas sobre transparencia fiscal internacional".
4	"Limitar la erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros pagos financieros".
5	"Incrementar la eficiencia de las medidas para contrarrestar las prácticas fiscales perjudiciales, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia".
6	"Impedir el abuso de los convenios para evitar la doble imposición (CDI)".
7	"Impedir la elusión artificiosa de la condición de establecimiento permanente".
8	"Garantizar que los resultados en materia de precios de transferencia tengan correspondencia con la creación de valor".
9	
10	
11	"Establecer métodos para la recopilación y análisis de datos sobre erosión de la base imponible, traslado de beneficios y medidas para abordar esta cuestión (Seguimientos de BEPS)"
12	"Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva".
13	"Reexaminar la documentación sobre precios de transferencia".
14	"Hacer más efectivos los mecanismos para la resolución de controversias (procedimientos amistosos)"
15	"Desarrollar un instrumento multilateral que modifique los convenios fiscales bilaterales".

Fuente: Organismo para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)

Elaboración: Autores de esta tesis.

Las acciones mencionadas, son emitidas por la **OCDE** para ser aplicadas por sus integrantes, pero no con carácter vinculante sino como *Soft Law*⁴, de tal suerte, que su aplicación no contravenga en los casos que así pudiera suceder con principios legales de los propios países miembros del mencionado organismo.

4.3 Esfuerzos históricos previos al Plan BEPS

En el año 2013, la **OCDE** por solicitud del **G-20**, publica las quince acciones del plan BEPS, cuyo objetivo principal está orientado a combatir la planificación tributaria agresiva.

⁴ Soft Law debe entenderse como un "derecho suave" o "derecho ligero", en el sentido, de que este tipo de normas no son exactamente normas jurídicas que deben ser atendidas de forma obligatoria sino que resulta de ser recomendaciones que son de aplicación usual en el Derecho Internacional.

Pero, ¿Desde cuándo se inició la lucha contra la planeación fiscal agresiva? ¿Es el Plan BEPS el punto de partida?

En el transcurso de los años, algunos países de forma individual o a través de diversos organismos realizan múltiples esfuerzos, con el fin de combatir la planificación fiscal agresiva. Esta práctica se intensificó por el incremento de las operaciones entre empresas de grupos multinacionales y es producida por la existencia de legislación poco uniforme.

En gran medida, los países cuentan dentro de su ordenamiento jurídico con normas que permiten, en cierto modo, combatir las estrategias de planificación fiscal que son implementadas por los grupos multinacionales. El fin que persiguen es reducir los ingresos tributarios en los países donde realizan sus operaciones y trasladarlos a diversos territorios o jurisdicciones en los que obtengan una menor tributación, reduciendo su carga impositiva global, lo que trae consigo, el deterioro de las economías de los países que no pueden retener los ingresos fiscales. (Gomez&Moran, 2016)

Por el contrario, en otros países, los tribunales crean una doctrina judicial tributaria, partiendo de la interpretación de la legislación interna, generando jurisprudencia en los sistemas judiciales que, en algunas circunstancias, traspasa sus jurisdicciones y son tomadas como referencia en otros sistemas jurídicos.

En las líneas siguientes, se expone los esfuerzos históricos que se realiza previo a la publicación del Plan BEPS, que resultan de gran importancia para la lucha de la planificación fiscal agresiva.

4.3.1 Los Estados Unidos

La economía estadounidense es una de las más grandes e importantes de todo el mundo. Por ello, las empresas de origen norteamericano realizan operaciones a nivel global, teniendo un gran impacto en la recaudación tributaria de dicho país; siendo pionera en la formación de una doctrina judicial de carácter tributaria, que se ve consolidada en el tiempo. Así como, en la creación de herramientas para el intercambio de información y la lucha contra el fraude tributario.

4.3.1.1 La Doctrina jurídica tributaria

El sistema jurídico norteamericano forma jurisprudencia tributaria sobre casos trascendentales relacionados a conductas antielusivas por parte de los contribuyentes a lo largo de su historia, traspasando barreras respecto de su contenido. De esa manera, ejerce una lucha constante y sostenida contra el planeamiento fiscal agresivo.

Es así, que en el año 1935, la “Suprema Corte de los Estados Unidos” emite sentencia para el caso denominado “Gregory vs. Helvering”. El punto en controversia se centra en la transferencia de acciones de “Monitor Securities Corporation”, mediante el cual, se intenta aprovechar los beneficios correspondientes a la figura de reestructuración empresarial. Para ello, constituyó una nueva empresa llamada “Averill”, a la cual transfirió las acciones que quisieron vender inicialmente. Luego, transfirieron las acciones Gregory; sosteniendo que la operación corresponde a una reorganización, la cual se encontraba exenta de impuestos. Al transcurrir tres días, la empresa fue liquidada.

Como se puede apreciar, el objeto de las operaciones realizadas es minimizar el pago de impuestos, ocultando la verdadera naturaleza de la operación. Ante ello, se pone en evidencia el principio de sustancia sobre la forma, a raíz de lo cual se trata de evitar las conductas elusivas. Es así, que se inicia uno de los precedentes más importantes en la justicia tributaria de los Estados Unidos.

En los años siguientes, se generaron otros precedentes relevantes como son: “Higgins vs. Smith”, “Kraft Foods Company vs. Commssioner”, “Frank Lyon vs. United States”. En estos casos, los tribunales señalaron que los contribuyentes realizaban operaciones sin considerar el objeto del negocio, indicando que tales hechos carecían de sustancia económica. Entonces, se reconoce otros principios que surgieron de las resoluciones emitidas como son el predominio de la sustancia sobre la forma, el reconocimiento de la sustancia económica, transacciones falsas, entre otros.

4.3.1.2 El FATCA

En el año 2010, los Estados Unidos promueven un mecanismo relacionado con “la adopción del intercambio automático de información como nuevo estándar de transparencia fiscal internacional”, denominado **FATCA** (Foreign Account Tax Compliance Act). Este mecanismo permite a las jurisdicciones del país de residencia

comprobar si los contribuyentes incluyen de forma adecuada las rentas obtenidas en otras jurisdicciones, posibilitando a las diversas autoridades fiscales contar con información que le permita detectar posibles incumplimientos de carácter impositivo. (Trigueros, 2014)

Según la normativa, los agentes de retención deberán retener en la fuente un 30% sobre los pagos que se realice directamente desde la fuente estadounidense efectuadas a entidades financieras del exterior como: intereses, dividendos, entre otros rendimientos; obligando a dichas entidades financieras suministrar información a la autoridad tributaria que será fuente importante para detectar posibles rentas que son obtenidas en el exterior y que no tributan dentro de dicha economía.

En consecuencia, se suscriben acuerdos bilaterales con países como España, Alemania, Reino Unido, Francia e Italia; que permiten el intercambio de información entre las diversas administraciones fiscales. Ante ello, se emite el **Modelo I**, que forma parte de los acuerdos intergubernamentales y que permite un procedimiento estandarizado de la información obtenida de las entidades financieras respecto de los contribuyentes que realizan operaciones a través de dicho medio. (Pozo, 2013)

El modelo propuesto sirve de base para el desarrollo de un ejemplar implementado por la **OCDE** a nivel internacional, creándose de esta manera un patrón para el intercambio de información de manera automática.

4.3.2 La Unión Europea

La Unión Europea (UE) implementa una serie de instrumentos con el fin de luchar contra el planeamiento fiscal agresivo en sus diferentes formas. El Consejo de la UE es el órgano principal de decisión, encargado de la función legislativa junto con el Parlamento Europeo. De acuerdo con esto, los tratados son acuerdos vinculantes que establecen objetivos y normas aplicables en la Unión Europea, que se logra a través de distintos tipos de actos legislativos.

Así, por intermedio del “Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (**TJUE**), que es el organismo encargado de garantizar que la legislación de la UE se interprete y se aplique de la misma forma en los países miembros, produce jurisprudencia en cada una de sus sentencias sostenidas en el tiempo.

Ahora, se procede a revisar la respuesta que tiene la Unión Europea para contrarrestar, a lo largo de los años, las operaciones que realizan las empresas pertenecientes a grupos multinacionales con el objetivo de disminuir su carga tributaria.

4.3.2.1 “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea”

Este organismo emite resoluciones creando jurisprudencia sobre el abuso de las normas en el sistema fiscal de los estados miembros, que conllevan a consecuencias perjudiciales en la recaudación, siendo su objetivo principal, el contrarrestar tales efectos. En ese sentido, sus sentencias direccionan el predominio de la sustancia sobre la forma en el análisis de las operaciones revisadas por dicho tribunal.

El caso “**Cadbury Schweppes**” es muy importante en la generación de jurisprudencia en la Unión Europea. Esta sentencia establece un criterio relacionado con los montajes artificiales, con el fin de cubrir la realidad de las operaciones y obtener una ventaja impositiva. Se señala la existencia del propósito de obtener una disminución de la carga tributaria mediante la adopción de formas legales simuladas.

Otro aspecto importante que recoge el tribunal en el análisis de los casos sujetos a revisión y que crea jurisprudencia, es aquella que señala la necesidad de la presencia de dos elementos para considerar que se está empleando prácticas abusivas. Estos son: el elemento objetivo y el elemento subjetivo. El primero está referido a confirmar que se respeta las condiciones previstas en la legislación y el segundo, con relacionar la voluntad para obtener un beneficio de la legislación establecida originando de manera artificial las condiciones exigidas para obtenerla. (Pacheco, 2017)

La jurisprudencia generada en la Unión Europea a través del **TJUE**, relacionado con el abuso de las normas en materia fiscal, sigue criterios uniformes que se perfeccionan en las diversas sentencias emitidas por dicho tribunal. En este aspecto, se señala que hay cierta influencia de la doctrina norteamericana sobre el criterio de sustancia económica y se sostiene la importancia de los elementos objetivo y subjetivo para la configuración del abuso de la norma, con la finalidad de alcanzar una ventaja fiscal.

4.3.2.2 El Derecho en la Unión Europea

La Comisión Europea es el órgano que se encarga de elaborar propuestas legislativas, que son presentadas al Parlamento Europeo y al Consejo de la UE para su aprobación. Tiene como objetivo principal, en conjunto con el TJUE, velar por el cumplimiento de la normativa, garantizando su aplicación correcta en todos los países miembros.

La primera fuente del derecho son los Tratados, que reflejan los principios jurídicos fundamentales relacionados con los objetivos, organización y funcionamiento de la UE. Los objetivos de los tratados se alcanzan a través de la emisión de una serie de actos legislativos que pueden tener o no carácter vinculante, siendo de aplicación parcial o total a los países miembros. Los denominados instrumentos del derecho permiten a las instituciones de la UE, incidir en los sistemas legales internos de los países miembros en cierta medida. (Borchardt, 2017)

Los actos legislativos que se emiten y que son parte integrante de su ordenamiento jurídico son: reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones, dictámenes. También es posible la emisión de actos que no tienen carácter legislativo como son el caso de las comunicaciones e informaciones.

En ese sentido, en las líneas siguientes se expone los principales actos legislativos de la Unión Europea, que desarrolla con el objetivo de combatir el planeamiento tributario agresivo y que permite a los estados miembros la adecuación de dichos lineamientos en su normativa interna.

4.3.2.2.1 Las Directivas en la UE

El Consejo emite en el año 1990, “la **Directiva 90/434/CEE**, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes estados miembros”. Hasta entonces, las disposiciones fiscales penalizaban este tipo operaciones, por lo que el objeto de la directiva es crear condiciones análogas en el mercado interno de la Unión Europea. Se sostiene que las operaciones no deben obstaculizarse por restricciones, desventajas o disposiciones fiscales de los estados miembros.

Ese mismo año, se emite “la **Directiva 90/435/CEE**, relativa al régimen fiscal aplicable a las sociedades matrices y filiales de los diferentes estados”. El objetivo de

la directiva es la creación de un régimen común relacionados con el pago de dividendos y otros beneficios, donde el estado de la matriz deberá dejar de gravar los beneficios distribuidos por la sociedad filial o gravarlos con la posibilidad de permitir la deducción del impuesto que gravaron beneficios de la filial. La Directiva modificada a través de la **Directiva 2003/123/CE**, emitida en diciembre de 2003, tiene como puntos más importantes la inclusión de los beneficios percibidos por establecimientos permanentes, la modificación del porcentaje mínimo de participación para alcanzar la condición de sociedad matriz y la exención de la retención en origen de los beneficios otorgados por la sociedad filial.

Para garantizar que se realicen los pagos de intereses y cánones, siendo gravados solamente en un estado miembro, así como garantizar la eliminación de la doble tributación, se emite la **Directiva 2003/49/CE**, del 03 de junio de 2003. El objetivo es la supresión del pago de impuestos del estado que los genera, cuando el beneficiario sea un establecimiento permanente o una sociedad situada en otro estado, siempre que se cumplan con las condiciones que se estipulan en la directiva.

4.3.2.2.2 Las Comunicaciones en la UE

La Comisión emite una serie de comunicaciones, con el propósito de mejorar la lucha contra el planeamiento fiscal agresivo que se detalla en los párrafos siguientes.

“En diciembre del 2007, la Comisión emite “la Comunicación - COM (2007) 785 Final - relacionada a la aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la Unión Europea, en relación con terceros países”. Las consideraciones generales señalan que los estados miembros deben lograr el funcionamiento adecuado de sus administraciones tributarias y evitar, de esa manera, la erosión de las bases imponibles producto de la no imposición involuntaria o de la realización de prácticas abusivas”. (Gómez, 2009)

La comunicación fue dada en relación a las sentencias emitidas por el TJCE, con el fin de precisar cuáles son límites entre el uso legítimo de la normas contra las prácticas abusivas, solicitando que los estados miembros realicen una revisión de su legislación interna con el fin de combatir este tipo de prácticas fiscales.

En el año 2012, se emite “la C (2012) 8806 final, que es la recomendación de la comisión, en relación a la planificación fiscal agresiva, consistente en el aprovechamiento de los aspectos técnicos de un sistema impositivo o de las limitaciones

de otros sistemas, con el fin de reducir la carga tributaria”. Recomendando, a los estados miembros, adoptar el mismo enfoque que permite disminuir las distorsiones en sus legislaciones y el aprovechamiento de las mismas.

Como complemento, en diciembre del mismo año, emite “la Comunicación COM (2012) 722 final, relativa al plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude y la evasión fiscal”. En ella se señala que este fenómeno se realiza de manera transfronteriza, considerando que el trabajo conjunto de los estados miembros será la forma más eficaz de afrontarlo. La recomendación otorgada a los estados miembros, se centra en criterios para identificar a los países que no reúnen condiciones de buen gobierno en materia tributaria. También, se considera el envío de expertos en la materia, con el fin de ayudar a las administraciones tributarias en el respeto mínimo de las normas. Las medidas abarcan la inclusión de un listado de países que no cumplen con las normas con el fin de minimizar las operaciones con dichos países.

4.4 Esfuerzos posteriores al Plan BEPS

Dentro de los esfuerzos posteriores a la dación del plan BEPS como tal, se identifica determinados cuerpos normativos con el objetivo de seguir reforzando dichos planes, o en suma cuenta, el combate contra la erosión de la base imponible y la descolocación de utilidades.

4.4.1 Esfuerzos multilaterales

En este apartado, se hace referencia a los diversos convenios e instrumentos de participación que involucra a los miembros de la **OCDE**, para combatir el fenómeno beps.

Estos esfuerzos, para efectos didácticos, pueden ser calificados después de la emisión del Plan BEPS, de la siguiente manera:

4.4.1.1 “La Convención de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria”

La denominada “Convención de Asistencia Mutua en Materia Tributaria, fue celebrada por la **OCDE** y el **Consejo de Europa** en 1988”, la cual fue enmendada por el Protocolo en el 2010, convirtiéndose, en dicho momento, en el instrumento

multilateral de cooperación técnica más completo en lo que respecta en la materia contra la lucha de elusión y evasión fiscal.

Es, por lo tanto, el sentido de la convención mencionada, la cooperación internacional en materia fiscal entre sus países miembros. Tal es así, que dentro de los aspectos importantes a resaltar, se encuentran las disposiciones del Convenio referidas al intercambio de información, incluidos los cruces automáticos de éstas, con énfasis para los créditos fiscales extranjeros.

De esa manera, dicho convenio también pone en contexto temas de suma importancia entre sus países miembros como ganancias de capital, intereses, regalías, entre otros.

4.4.1.2 La Convención BEPS

La mencionada convención, cuyo nombre en extenso es la “Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios”, fue celebrada en París, con fecha 24 de noviembre de 2016, entre los estados integrantes de la **OCDE**.

Entendiendo, la urgencia de tener a la mano instrumentos que sean capaz de concordar de forma uniforme todos los CDIs, sin necesidad de renegociarlos bilateralmente, se convierte en uno de los motivos por el cual los países pertenecientes a la OCDE suscriben la presente convención.

Por ello, el mencionado convenio realiza una regulación sobre temas de interés para los países miembros como la utilización de los mecanismos híbridos, centrando sus análisis sobre lo que debe entenderse por entidades transparentes, entidades de doble transparencia y sobre la aplicación de métodos para evitar la doble imposición. Por ende, centrar un especial desarrollo sobre la utilización abusiva de los tratados, la forma de cómo evitarlos y contrarrestarlos.

Finalmente, el referido convenio establece reglas de interpretación para sus países miembros, sobre operaciones con dividendos, normas anti abuso para establecimientos permanentes situados en terceras jurisdicciones, elusión del estatutos de establecimiento permanente y sobre el mejoramiento de resolución de controversias, en específico sobre el arbitraje.

4.4.2 El Derecho de la Unión Europea: Directivas y Comunicaciones

4.4.2.1 COM (2015) 302 Final del 17.06.2015

Respecto de la mencionada comunicación, también denominada la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo del 17 de Junio del 2015, celebrada en Bruselas, por los miembros de la Unión Europea, cuya único norte de preocupación es lograr una fiscalidad más justa, eficaz; así como luchar con los problemas que ocasionan las erosiones de las bases imponibles y el traslado de los beneficios a zonas de nula o baja imposición tributaria, se puso énfasis en los siguientes aspectos:

“1. Restablecer la relación entre la imposición y el lugar donde se ejerce la actividad económica.

2. Promover que los estados miembros puedan evaluar correctamente las actividades de las empresas en su territorio.

3. Establecer un marco fiscal competitivo y favorable al crecimiento para las empresas en la UE, que les permita una mayor resiliencia de conformidad con las recomendaciones del Semestre Europeo.

4. Cuidar el mercado único y garantizar la adopción por la Unión de un enfoque energético, respecto a los problemas externos ligados a la fiscalidad de las empresas, con la inclusión de medidas encaminadas a aplicar el proyecto BEPS de la **OCDE**, a hacer frente a los territorios fiscales no cooperadores y a incrementar la transparencia fiscal”.

4.4.2.2 Directiva 2016/1164 UE del 12.06.2016

“La Directiva (UE) 2016/1164 del consejo de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. Dicha directiva fue celebrada nuevamente en Bruselas por la UE, centrandose una vez más su preocupación en la lucha y eliminación de la evasión fiscal que tanto perjuicio ocasiona a las economías europeas”.

La mencionada directiva, busca recoger a través de la presente, cierta normativa que permita centrar puntos críticos y temas de primer orden en el combate contra la evasión fiscal, es así como en la mencionada directiva se discuten y regulan temas como: “normas relativas a la limitación de los intereses, la imposición de salida, las normas generales contra las prácticas abusivas, normas relativas a las sociedades

extranjeras controladas, el cómputo de renta de las sociedades extranjeras controladas y las asimetrías híbridas, entre los puntos más relevantes”.

Es importante mencionar, que los países miembros de la Unión Europea, suscriben precisando que la incorporación que se produzca de tales directivas a su normativa interna se irá realizando de forma progresiva y de forma pertinente con la legislación interna de cada estado miembro.

Concordante con lo expresado en el párrafo anterior, se tiene en el artículo 11 de la directiva, sobre la transposición, que indica lo siguiente: “Los estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar para el 31 de diciembre de 2018, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente directiva. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones”.

En tal sentido, salvo algunos estados miembros cuyo cumplimiento tendrá un plazo mayor al referido, los estados miembros se encuentran actualmente en proceso de reformas tributarias o fiscales que permitan compatibilizar tales acuerdos precisados oportunamente.

4.4.2.3 Directiva 2017/952 UE del 29.05.2017

La mencionada “directiva del Consejo Europeo 2017/952 de fecha 29 de mayo de 2017, fue expedida a efectos de modificar la Directiva UE 2016/1164, en lo referido a las asimetrías híbridas con países que no formen parte de la comunidad europea”.

Es así, que la presente básicamente tiene una labor de corrección y complemento de la Directiva UE 2016/1164, ya que la mencionada versaba y regulaba sobre las inconsistencias de los endeudamientos híbridos, pero sólo dentro de estados pertenecientes a la comunidad europea.

Por tal motivo, fue menester extrapolar dicha regla, también para los países no miembros, vale decir, que los países de la comunidad europea en sus relaciones con los países no miembros debe realizar esfuerzos para evitar este tipo de fenómenos híbridos que generan erosión en las bases imponibles de los estados.

CAPÍTULO V – APLICACIÓN DE LA ACCIÓN 4 DEL PLAN BEPS EN EL PERÚ

En el presente apartado, se expone las reglas aplicables para la limitación en la deducibilidad de intereses en el Perú, realizando un repaso sobre sus orígenes y fines.

Asimismo, se desarrolla los lineamientos y recomendaciones expuestas por la OCDE, para la implementación de la “Acción 4 del Plan BEPS”, recogida en nuestro país a través de la promulgación del “Decreto Legislativo N° 1424, que modifica el inciso a) del artículo 37 de la LIR”.

5.1 La Regla de Subcapitalización

En el mes de septiembre de 2018, se promulga el “Decreto Legislativo N° 1424, mediante el cual modifica, entre otros aspectos, el tratamiento aplicable a la deducción de gastos por intereses para la determinación del impuesto a la renta”, ampliándose algunos aspectos de la regla de subcapitalización que incluye el financiamiento entre partes independientes.

El fenómeno de la globalización permite el ingreso de empresas multinacionales a las diversas economías en el mundo. Para el desarrollo de sus operaciones, estas empresas diseñan estructuras de financiamiento que les permite expandir sus negocios. En ese sentido, la estructura del financiamiento puede darse a través de deuda o capital.

En la mayoría de las legislaciones, los intereses que son pagados como rendimientos de la deuda, son deducibles para la determinación de los impuestos societarios, ocurriendo lo contrario en la distribución de dividendos como resultado de los aportes de capital. En ese contexto, en muchos casos se realiza un abuso en la utilización de la deuda como mecanismo de financiamiento permitiéndose a los grupos multinacionales erosionar la base y trasladar utilidades a territorios donde la tasa del impuesto es menor o nula.

En tal sentido, “los 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 la deducibilidad de los gastos por intereses”. (Webber, 2010)

Por tanto, se considera importante hacer las siguientes interrogantes: ¿Cuándo se introdujo la regla de subcapitalización en el Perú? ¿Qué aspectos importantes incorpora en nuestro ordenamiento tributario? ¿Es correcto que se incluya los financiamientos entre partes independientes? A continuación se desarrolla los argumentos que nos permitan dar respuesta.

5.1.1 La regla de subcapitalización en el Perú

En octubre de 2000, mediante la promulgación de la “Ley 27356”, se incorpora la regla de subcapitalización en nuestro ordenamiento jurídico, como mecanismo para combatir las conductas antielusivas, con el fin de garantizar una mejor recaudación del tributo, según lo expuesto en “el Proyecto de Ley N.º 357/2000-CR”.

La incorporación del último párrafo del “inciso a) del artículo 37 de la LIR”, menciona que los intereses que provienen de endeudamientos con sujetos o empresas vinculadas serán deducibles siempre que no exceda de la aplicación del coeficiente sobre el patrimonio del contribuyentes, resultando el exceso no deducible.

Por su parte, el reglamento señala que para la determinación del límite de endeudamiento, se aplicará un coeficiente equivalente a tres al patrimonio neto de la empresa, al cierre del ejercicio anterior, así como si en cualquier momento del ejercicio se exceda de dicho límite, solo serán deducibles los intereses proporcionalmente. La aplicación en el Perú, se dio a partir del ejercicio 2001.

Según la doctrina, “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”. (Villanueva, 2002)

Como se puede apreciar, la introducción de la regla de subcapitalización en el Perú, se da con un propósito antielusivo, con la finalidad de combatir la erosión de la base imponible que se produce a través del pago de intereses, limitando la posibilidad que tienen las empresas para deducir los intereses generados por el financiamiento de la deuda entre partes vinculadas.

En nuestra legislación, la inclusión de la regla de subcapitalización como mecanismo antielusivo, posee como requisito principal para su aplicación, el criterio

de vinculación que debe existir entre el contribuyente y el sujeto que concede el financiamiento, siendo necesario recurrir a la definición de partes vinculadas descrita en la LIR, así como a la revisión de las situaciones mediante las cuales se configura dicho criterio que es expuesto en el reglamento de la ley.

La norma no hace ninguna referencia sobre el origen o la procedencia del financiamiento, pudiendo ser suministrados por sujetos domiciliados o no domiciliados en el país, con los cuales exista vinculación. Sin embargo, un aspecto de suma importancia incluido en la modificación legislativa, está relacionado a la revisión permanente de los financiamientos, sugiriendo la implementación de mecanismos de control tributario. Esto, debido a que el término “en cualquier momento” supone la revisión y control constante de los financiamientos para determinar el momento en que se excede del límite propuesto por la norma y por el cual, se debe considerar como no deducibles a los intereses producto del exceso de financiamiento.

Es importante resaltar, que la norma no se hace ninguna distinción en la aplicación de la regla de subcapitalización para los diversos sectores empresariales o actividades económicas, que operativamente poseen un nivel de endeudamiento distinto.

La OCDE, en su informe denominado “Thin Capitalization” describe dos métodos para determinar la subcapitalización, ante la cual se asegura que el método recogido por nuestra legislación es el objetivo. Dicho método establece un límite a través de un coeficiente que se aplica al patrimonio neto a un período determinado, teniendo como consecuencia el desconocimiento de todo interés generado por el exceso.

“En la aplicación de este método, se deja de lado el principio de libre competencia, mediante el cual el contribuyente podría demostrar que el financiamiento se realiza a valor de mercado como partes independientes, teniendo consecuencias impositivas importantes en la determinación del impuesto a la renta empresarial”. (Vega, 2002)

5.2 La Acción 4 del Plan BEPS

En el presente apartado, se expone los principales conceptos y características de la Acción 4 del Plan BEPS, que desarrolla sobre la limitación en la deducción de los gastos por intereses y otros pagos financieros.

Así, el objetivo de nuestra investigación plantea un análisis del “Decreto Legislativo 1424, que modifica el inciso a) del artículo 37 de nuestra LIR”, la cual recoge los lineamientos expuestos en los cuadernos de apuntes de la Acción 4.

Es por tal razón, que se considera conveniente exponer los parámetros que dispone la OCDE en la Acción 4, con el fin de determinar el alcance recogido por el legislador peruano, en la modificación e incorporación de dicha acción en nuestra legislación interna a través del mencionado decreto legislativo.

5.2.1 Principales lineamientos de la Acción 4

Como se expone, el Plan BEPS que contiene quince acciones, teniendo como principal objetivo, el combatir la erosión de la base imponible y el traslado de utilidades en las jurisdicciones a nivel mundial. Tal motivo llevó a los países del G-20 y de la OCDE a reunirse para abordar el efecto pernicioso que genera el fenómeno BEPS, así como las implicancias directas en la recaudación tributaria y sus consecuencias.

Es así, que la OCDE propuso la Acción 4 como parte integrante del Plan de Acción, que trata sobre la limitación en la deducción de los gastos netos por intereses y otros gastos financieros equivalentes, identificando que la erosión de la base se debe principalmente a tres escenarios:

Tabla 5.1. Escenarios que generan riesgo de BEPS

N°	Escenarios
1	Grupos que colocan altos niveles de endeudamiento en países con altos impuestos.
2	Grupos que usan préstamos intragrupo para generar deducciones de intereses que exceden los gastos de intereses reales de terceros del grupo.
3	Grupos que utilizan financiamiento de terceros o intragrupo para financiar la generación de ingresos exentos de impuestos.

Fuente: Resumen Ejecutivo de la Acción 4 del Plan BEPS de la OCDE.

Elaboración: Autores de esta tesis.

Luego de identificar los tres escenarios descritos, la OCDE emitió recomendaciones que apuntan a eliminar los riesgos derivados. Uno de los enfoques recomendados fue la creación de una regla de proporción fija que limitara las deducciones de los intereses netos y pagos económicamente equivalente a intereses.

Es así, que se opta porque se fije un ratio de proporción fija sobre el EBITDA, como la solución al problema. El enfoque recomendado insta que se trabaje dentro de un ratio de entre 10% y 30%, dependiendo del tipo de negocio o actividad económica.

Asimismo, introduce la posibilidad de aplicar de forma adicional una regla de proporción de grupo, al reconocer que existen grupos empresariales que se encuentran altamente apalancados por razones no impositivas, no siendo suficiente la aplicación de la regla de proporción fija.

Esto permite que una entidad con un gasto neto por intereses superior al ratio de proporción fija de un país, deduzca hasta el nivel del ratio aplicando la regla de proporción grupo. Asimismo, otorga la posibilidad a los grupos de aplicar un aumento de hasta el 10% al gasto neto de intereses de terceros del grupo para evitar la doble imposición; pudiendo además optar por otras reglas de proporción grupal.

No obstante, “la Acción 4 propone como un mejor enfoque, la regla del EBITDA, considerando que dicho concepto garantiza que las deducciones de intereses netos de una entidad estén directamente vinculadas a los ingresos gravables generados por las actividades económicas de la empresa”. (OCDE, 2016)

En la misma línea de argumentación, dicho enfoque también permite a los países complementar la regla del EBITDA, con la regla de proporción de grupo y otras disposiciones que reducen el impacto de estas reglas, en entidades o situaciones que presentan menos riesgos de BEPS, estas situaciones son las siguientes:

Tabla 5.2. Entidades o situaciones que generan menor riesgo de beps

N°	Entidades o situaciones
1	La exclusión por intereses pagados a prestamistas de terceros en préstamos utilizados para financiar proyectos de beneficio público.
2	El arrastre de los gastos por intereses no permitidos y/o la capacidad de interés no utilizada para usarse en años futuros.
3	Un umbral mínimo cuando un grupo posea más de una entidad en un país, que recomienda la aplicación del límite al gasto de interés neto total del grupo local.

Fuente: Resumen Ejecutivo de la Acción 4 del Plan BEPS de la OCDE.

Elaboración: Autores de esta tesis.

La acción 4 prevé que el enfoque de limitación de intereses, pueda ser respaldado por reglas específicas para evitar la elusión, cuando entidades reducen artificialmente el nivel de gasto neto por intereses, lo que permite abordar estos riesgos específicos.

Se hace un énfasis en la aplicación de la regla de proporción fija en el sector bancario y de seguros, reconociendo que para dichos sectores de negocios es necesario un enfoque diferente, para enfrentar los riesgos expuestos, debido que cuentan con un nivel de apalancamiento distinto a los demás sectores.

Se recomienda que dicho sector empresarial identifique si el desarrollo de sus actividades genera un riesgo específico de erosión de la base y traslado de beneficios, que sea previamente identificado. Para lo cual, una regla específica que limite dicho punto será oportuno; no obstante, en los casos donde no se pueda identificar los riesgos, podrá aplicarse una regla general de exclusión para las actividades bancarias y de seguros.

Actualmente, nuestra LIR cuenta con dicho criterio, a raíz de la promulgación del “Decreto Legislativo N° 1424”, toda vez que tiene un listado de situaciones que se excluyen de las nuevas reglas de limitación en deducibilidad de intereses, como la regla de subcapitalización y la regla del EBITDA.

5.2.2 Recomendaciones para un enfoque de mejores prácticas

La Acción 4 del Plan BEPS, refiere que los países mantienen actualmente, un nivel de protección propia a través de diversas reglas que combaten el fenómeno beps, identificando seis grandes grupos que a continuación se detallan:

Tabla 5.3. Grupos que protegen la generación de BEPS

Grupos	Descripción
1	Pruebas de plena competencia, que compara el nivel de interés o la deuda en una entidad con la posición que habría existido si la entidad hubiera tratado completamente con terceros independientes.
2	Retención de impuestos sobre los pagos de intereses, que se utilizan para asignar derechos de impuesto a una jurisdicción de origen
3	Reglas que no permiten un porcentaje específico del gasto por intereses de una entidad, independientemente de la naturaleza del pago o de quién se realice.
4	Reglas que limitan el nivel de gasto por intereses o deuda en una entidad con referencia a un índice fijo, como deuda/patrimonio, intereses/ganancia o intereses/activos totales.
5	Reglas que limitan el nivel de gasto por intereses o deuda en una entidad con referencia a la posición general del grupo
6	Reglas dirigidas contra la evasión que no permiten el gasto de intereses en transacciones específicas.

Fuente: Resumen Ejecutivo de la Acción 4 del Plan BEPS de la OCDE.

Elaboración: Autores de esta tesis.

No obstante, este tipo de reglas no son suficientes según las recomendaciones de la OCDE. En dicho sentido, se puede indicar que en su informe, establece recomendaciones para un enfoque de mejores prácticas, la cual se basa en una regla de proporción fija que limite las deducciones de intereses netos de una entidad a través de un ratio fijo del EBITDA.

“Dicha regla es sencilla de aplicar, garantizando que las deducciones de intereses de una entidad estén directamente relacionadas con su actividad económica. También vincula directamente estas deducciones con los ingresos gravables de una entidad, lo que hace que la regla sea razonablemente sólida frente a la manipulación del nivel del endeudamiento”. (Fuster Tozer, 2017)

Ergo, una regla de proporción fija genera a una jurisdicción un nivel de protección contra la erosión de la base y el traslado de utilidades; sin embargo, es una herramienta contundente que no tiene en cuenta el hecho de que los grupos que operan en diferentes sectores pueden requerir diferentes niveles de endeudamiento, e incluso dentro de un mismo sector. Algunos grupos tienen un mayor apalancamiento por razones no impositivas.

Por ende, “si se establece un ratio fijo de referencia a un nivel apropiado para abordar la erosión de la base y el traslado de utilidades, podrá dar lugar a una doble imposición para los grupos que están apalancados por encima de este nivel. En tal sentido, se alienta a las jurisdicciones a combinar una regla de proporción fija y una regla de proporción de grupo que permite a una entidad deducir más gastos por intereses en ciertas circunstancias”. (Fernández González de Torres, 2016)

Las reglas que vinculan las deducciones de intereses al EBITDA, plantean problemas cuando los gastos e ingresos por intereses de una entidad surgen en períodos diferentes. Por lo que, para reducir estos problemas, un país puede permitir que las entidades transfieran los gastos de *intereses no permitidos*⁵ o la *capacidad de interés no utilizada*⁶ para usar en periodos futuros (Carry forward), o restituir los gastos de intereses no permitidos en periodos anteriores (Carry backs), por lo que se sugiere que los países consideren imponer límites a estos mecanismos al momento de ser aplicados.

⁵ Podríamos indicar que los “*intereses no permitidos*” se refieren al exceso de intereses que superan la regla de proporción fija (30% del EBITDA) puesto que todo lo que esté por encima de dicho nivel como exceso será desconocido como gasto deducible.

⁶ Que, para el caso de la “*capacidad de interés no utilizada*” deberá entenderse como aquella situación donde el gasto de interés neto está por debajo del máximo permitido, por lo que dicha capacidad de interés no podrá ser utilizada para efecto de la deducción de los gastos por intereses.

5.2.3 Los intereses y pagos económicamente equivalente a intereses ¿Qué abarca dicha definición?

Es preciso señalar, que no se tiene como objeto recomendar una definición de interés para su aplicación para fines impositivos. Las divergencias en los conceptos continuarán existiendo entre los diversos países por la propia definición que utilizarán para fines impositivos. Sin embargo, un aspecto muy importante para la aplicación del enfoque descrito en la Acción 4, es el diseño de reglas que abordan la erosión de la base y el traslado de utilidades, que adopten definiciones coherentes para el concepto de interés y pagos económicamente equivalente a interés que genera beneficios en los países, mejorando la certeza para las empresas y asegurando un enfoque claro para abordar el problema.

Es así, que en el presente apartado se brindan directrices para un trato coherente de lo que debe entenderse por intereses o pago económicamente equivalente a intereses. Por lo que, en su forma más simple, el interés es el costo por pedir dinero prestado. Al decidir sobre si un pago es económicamente equivalente a un interés, la atención debe centrarse en la sustancia económica de la operación más que en su forma legal.

En tal sentido, “la sustancia económica debe entenderse como aquella prevalencia del contenido de la operación en lugar de la forma. Así, se define a la misma como una doctrina del *common law*, según el cual los beneficios fiscales de una operación no son aplicables si tal operación no posee una sustancia económica, o dicho en otros términos, carece de la finalidad del negocio”. (Calderón & Ruiz, 2010)

Por lo tanto, una regla de mejores prácticas utilizando los gastos por intereses debería aplicarse a: “(i) intereses sobre todas las formas de deuda; (ii) pagos económicamente equivalentes a intereses; y (iii) gastos incurridos en relación con la recaudación de fondos”. Estos deben incluir, pero no se limitan a, lo siguiente:

Tabla 5.4. Pagos económicamente equivalentes a intereses

N°	Descripción
1	Pagos bajo participación de préstamos participativos
2	Intereses imputados sobre instrumentos tales como bonos convertibles y bonos cupón cero
3	Montos bajo arreglos financieros alternativos, tales como finanzas islámicas
4	El elemento del costo financiero de los pagos de arrendamiento financiero
5	Interés capitalizado incluido en el valor del balance general de un activo relacionado, o la amortización de intereses capitalizados
6	Montos medidos por referencia a un rendimiento de financiación según las reglas de precios de transferencia, cuando corresponda
7	Montos de intereses notoriales en instrumentos derivados o acuerdos de cobertura relacionados con los préstamos de una entidad
8	Ciertas ganancias y pérdidas cambiarias en préstamos e instrumentos relacionados con el aumento de las finanzas
9	Garantizar tarifas con respecto a los arreglos de financiamiento

Fuente: Resumen Ejecutivo de la Acción 4 del Plan BEPS de la OCDE.

Elaboración: Autores de esta tesis.

CAPITULO VI: “ANÁLISIS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1424, QUE MODIFICA LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA”

El “Decreto Legislativo 1424, fue promulgado el 12 de setiembre de 2018, mediante el cual se modifica la LIR”, producto de la delegación de facultades para legislar en materia tributaria otorgadas por el Congreso de la República al Poder Ejecutivo.

Es así, que entre los distintos temas tributarios que aborda, el que es materia de análisis está referido a la modificación del “inciso a) del artículo 37 de la LIR”.

A mayor abundamiento, dicha modificación versa sobre la deducibilidad de los gastos por intereses a efectos de la determinación del impuesto a la renta empresarial. El principal cambio, se da a través de la incorporación a partir del 01 de enero de 2021 de una nueva regla que limita la deducibilidad de los gastos por intereses, estableciendo una regla de proporción fija que resulta de aplicar un ratio del 30% sobre el EBITDA del ejercicio anterior.

En tal sentido, se expondrá los aspectos incluidos en el mencionado cambio normativo, así como los principales elementos y características que se detalla a continuación:

6.1 Sobre la temporalidad de la norma

La modificación de la norma maneja un escenario particular respecto de las reglas que se aplican para la deducción de los gastos por intereses.

Primero, se mantiene la tradicional regla de subcapitalización de nuestro actual sistema tributario, la cual considera un índice fijo de 3:1 sobre deuda/patrimonio. Sin embargo, según lo establece la “Única Disposición Complementaria Transitoria” del mencionado decreto legislativo, estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2020.

Es así, que se establece un supuesto especial de modificación de la norma, ya que mantendrá la tradicional regla de subcapitalización hasta la fecha límite antes indicado.

Se entiende que la postura, de tal decisión, se debe a que se espera que el cambio de criterio para el establecimiento de las deducciones de los gastos por intereses sea paulatino, y se otorgue un tiempo razonable para adecuación del nuevo criterio del EBITDA.

En segundo término, la modificación de la norma regula un segundo ámbito de aplicación, una especie de mestizaje entre la vieja regla de subcapitalización y algunos de los parámetros de mejores prácticas que establece la Acción 4. Por ejemplo, la norma recoge algunos supuestos en donde la regla de subcapitalización queda fuera de su alcance, vale decir, operaciones que por sus características representan un nulo o bajo riesgo de generación de beps, como son las empresas del sistema bancario y de seguros; “contribuyentes cuyos ingresos netos no superen las 2,500 UITs”; “contribuyentes que mediante Asociaciones Público Privadas desarrollen proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, y otros”.

Siguiendo en la línea de argumentación, mediante la “Disposición Complementaria y Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1424”, se incorpora un tercer supuesto temporal en la aplicación de la norma. Es así, que a partir del 1 de enero de 2021, el “inciso a) del artículo 37 de la LIR”, abandonará el criterio de la subcapitalización para la limitación en la deducibilidad de los gastos por intereses; para tomar el criterio de la regla de proporción fija recogida por los lineamientos de la Acción 4 del Plan BEPS, al sentenciar que: “(...) No son deducibles los intereses netos en la parte que excedan el treinta por ciento (30%) del EBITDA del ejercicio anterior (...)”.

Con esta incorporación, se dará un rotundo cambio de criterio, al proponer una regla de proporción fija, tomando como referencia el EBITDA de la entidad, para limitar la deducción de los gastos por intereses. La regla de subcapitalización, que se mantuvo vigente desde el año 2001 en nuestra LIR, como una forma de combatir “la erosión de la base imponible a través del pago de intereses” que generaban las empresas multinacionales en sus operaciones de endeudamiento entre vinculadas, ya no se utilizará más para dichos fines.

La OCDE, expone que los enfoques existentes utilizados por los países para abordar la erosión de la base y el traslado de beneficios a través de una referencia fija como la relación de deuda/patrimonio utilizada en nuestro país, son relativamente fáciles de manipular por parte de los grupos empresariales, quienes pueden aumentar capital para poder deducir mayores intereses.

Lo antes mencionado, es un criterio recogido por el legislador, pues opta por un camino que tiene como criterio limitante una base difícilmente manipulable, que es el EBITDA de la entidad; como una forma de generar mejores prácticas corporativas

dentro de la fiscalidad internacional en su combate contra las prácticas que generan beps.

En tal sentido, la modificación de la norma considera un nuevo supuesto para la limitación de la deducibilidad de intereses, que iniciará a partir del 01 de enero de 2021, cuyo límite corresponde al ratio fijo del 30% sobre el EBITDA del ejercicio anterior, considerando el exceso como no deducible.

En conclusión, la modificación normativa relativo a los gastos por intereses maneja tres supuestos temporales. El primero, mantiene la tradicional regla de subcapitalización para todas las deudas constituidas o renovadas hasta la fecha de publicación del referido decreto, teniendo como fecha máxima de aplicación el 31 de diciembre de 2020; el segundo, incorpora *la regla híbrida de subcapitalización*⁷, la cual tiene como fecha de inicio para su incorporación desde el 01 de enero de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2020; y por último, el supuesto que incluye la modificación con fecha futura, que incorpora el criterio de la regla de proporción fija con un límite del 30% sobre el EBITDA del ejercicio anterior, cuya vigencia se inicia desde el 1 de enero de 2021.

6.2 Sobre la limitación de los gastos por intereses efectuados entre partes independientes o vinculadas

Un tema de suma importancia, es la eliminación del criterio contenido en la regla de subcapitalización de nuestra LIR, la cual limitaba el endeudamiento sólo entre partes vinculadas. Por lo cual, a partir de la entrada en vigencia de la norma, según la “Única Disposición Complementaria Transitoria”, no existirá limitación alguna, debiendo aplicarse la regla de subcapitalización a todo tipo de endeudamiento, es decir entre partes independientes o vinculadas.

En ese sentido, con la incorporación de esta nueva regla de subcapitalización, a partir del 01 de enero de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2020, se aplicará dicho límite a todo tipo de endeudamiento, sin hacer distinción alguna a las operaciones entre partes independientes o vinculadas

Así, parte de la doctrina sostiene que las reglas de subcapitalización se plantean entre empresas vinculadas, ya que el efecto de la subcapitalización se produce con mayor naturalidad dentro de empresas del mismo grupo económico.

⁷ Que, hemos denominado como *regla híbrida* de subcapitalización, toda vez, que dicha regla es el resultado de la suma de la *tradicional* regla de subcapitalización más supuestos de exclusión de actividades nulas o bajas en generación de BEPS.

El efecto de subcapitalización no es más que inyectar o generar deuda en la contraparte vinculada para aprovecharse de los efectos de la deducción que dicha deuda genera en cabeza de la prestataria. Dicha deuda, en algunos grupos multinacionales pueden tener la finalidad de erosionar la base a través del pago de intereses; siendo el motivo de la incorporación en las legislaciones, de reglas que eviten dicho fenómeno colocando límites a dichos endeudamientos.

Esto es así, ya que, las reglas de subcapitalización tienen como norte el objeto de restringir o limitar la deducibilidad de los intereses pagados, si los montos de los préstamos otorgados por socios o accionistas, o alguna entidad vinculada o relacionada se entiende como excesivo en concordancia con ciertos parámetros contenidos en la norma. (Torres-Richoux & García, 2015)

En ese sentido, nuestra legislación tiene un tratamiento específico aplicable a los intereses provenientes de créditos externos entre partes vinculadas, mediante el cual se aplica una tasa del 30%, limitando de esa forma la erosión de la base imponible.

En conclusión, la modificación normativa produce un cambio de criterio establecido para la regla de subcapitalización, ampliando el límite del endeudamiento entre partes independientes y vinculadas.

6.3 “Sobre los supuestos excluidos del ámbito de aplicación en la regla de subcapitalización y en la regla proporción fija”

El enfoque recomendado por la Acción 4, permite a los países la posibilidad de complementar la regla de proporción fija y la regla de proporción de grupo con algunas disposiciones de exclusión, que reducen el impacto de las reglas en entidades o situaciones que presentan menor riesgo de BEPS. (OCDE, 2016)

En ese sentido, el legislador peruano toma tales recomendaciones incluyendo en la modificación normativa, una serie de supuestos que no están bajo el alcance de la regla de subcapitalización, ni de la regla del EBITDA. Estos supuestos que no se encuentran bajo el alcance de la norma, se encuentran regulados debido a que la posibilidad de erosionar la base imponible o generar situaciones de traslados de utilidades, son nulas o bajas.

6.3.1 “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”.

Para este supuesto, la norma reconoce el nivel de apalancamiento que mantiene las empresas del sistema financiero, por lo que colocar un límite al nivel de endeudamiento a efectos de la deducción permitida, no es lo recomendable.

Es que, se debe entender que el hecho de manejar una regla que limite la deducibilidad de intereses, ya sea mediante la regla de subcapitalización o la regla del EBITDA, para sectores de negocios que tienen la característica de mantenerse bastante apalancadas, puede ser peligroso, ya que, no se estaría reconociendo la especial naturaleza de las operaciones entre empresas del sistema financiero.

El informe de la Acción 4, menciona que las empresas que se encuentran dentro del sistema financiero y de seguros tienen como característica particular un mayor nivel de ingresos netos por intereses que gastos netos por intereses. Lo antes mencionado resulta natural, pues las empresas que operan en el sistema financiero y de seguros tienen como principal giro de negocios la colocación de préstamos y su principal fuente de ingresos corresponde a los pagos por intereses de sus clientes. (OCDE, 2016)

En tal sentido, la aplicación de una regla que limite la deducibilidad de intereses para el tipo de operaciones de este sector empresarial resulta no ser adecuada, correspondiendo la exclusión del ámbito de aplicación de la norma.

6.3.2 “Contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio gravable sean menores o iguales a dos mil quinientas (2500) UIT”.

Este supuesto, considera un tratamiento especial para los negocios que tienen un nivel de ingresos limitados, por el cual, a criterio del legislador, no se permitirá un nivel de deducción de intereses alarmante, que tenga como resultado la erosión de la base imponible.

Sin embargo, las recomendaciones para un enfoque de mejores prácticas propone la posibilidad de los países de colocar un umbral mínimo basado en un valor monetario del gasto neto por intereses, permitiendo la deducibilidad de todo el gasto neto que se encuentre por debajo de dicho límite. (OCDE, 2016)

En dicho extremo, la modificación de la norma establece que para los casos en que los contribuyentes no superen ingresos netos anuales mayores a 2500 UIT, no les alcanza los límites establecidos en la norma a través de la regla de subcapitalización y la regla del EBITDA.

6.3.3 “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”.

Los contribuyentes que emplean como vehículo para realizar “obras de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica a las asociaciones público privadas”, también se encuentran fuera del alcance de las nuevas reglas que limitan la deducibilidad de intereses, incluidas en la modificación de la norma.

El legislador recoge las recomendaciones expuestas por los expertos de la OCDE e incluye como criterio de exclusión a los contribuyentes que realizan operaciones a través de “Asociaciones Público Privadas (APP)”, considerando que poseen un bajo riesgo del fenómeno beps. (OCDE, 2016)

Así, las APP poseen un riesgo bajo en la erosión de la base y traslado de utilidades, debido que las normas que regulan los proyectos realizados mediante este mecanismo, establecen una serie de controles, aprobaciones y auditorías, así como regímenes de transparencia en su cumplimiento.

6.3.4 “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”.

La modificación de la norma considera como supuesto de exclusión a “los 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”.

La exposición de motivos del decreto legislativo 1424, recoge la recomendación expuesta por la OCDE considerando como exclusión de la aplicación del límite a los intereses generados por el endeudamiento utilizado en la realización de proyectos de inversión pública teniendo como principal requisito el cumplimiento de las condiciones recogidas en el marco de dicho decreto.

En ese sentido, se considera que el endeudamiento generado para fines de proyectos de inversión pública a través del mecanismo denominado Proyectos en Activos, se realiza con un fin de beneficio público que permitan genera infraestructura y servicios públicos siguiendo lineamientos de políticas del Estado Peruano, lo cual no genera riesgo de erosión de la base imponible a través de los intereses.

6.3.5 “Endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deuda que cumplan con las siguientes condiciones establecidas en el decreto”.

Otra situación que la norma excluye del alcance de las reglas de limitación en la deducibilidad de intereses, es el referido a “los endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deuda”. Esto, debido a que las

emisiones de tales valores mobiliarios guardan una especial secuencia de requisitos para su correcta emisión.

Así, los destinatarios de los instrumentos representativos de deuda no tienen vinculación con los emisores de los mismos, lo que no genera riesgos de erosión de la base imponible a través del pago de los intereses generados por la colocación.

Vale decir, por ejemplo, que la negociación a través de un mecanismo centralizado, como una de rueda de bolsa, le permitirá a la operación contar con suficientes garantías para que dichas operaciones no generen erosión de la base imponible.

6.4 Sobre la definición de términos: Interés neto y EBITDA

La modificación de la norma considera un pequeño listado de términos que permitirá el mejor entendimiento de la aplicación de la regla del EBITDA, como son los siguientes:

6.4.1 Interés neto

El interés neto es definido como “la diferencia entre los gastos por intereses y los ingresos por intereses; considerando que los gastos por intereses siempre deben ser mayores. Esto explica la exclusión del ámbito de aplicación de la norma, a las operaciones que se realizan dentro del sistema financiero”.

6.4.2 EBITDA

Se define al EBITDA, como “la renta neta luego de efectuada la compensación de pérdidas más los intereses netos, depreciación y amortización. Así, es necesario señalar que el EBITDA es un concepto financiero que mide el nivel o la capacidad de generar caja operativa por una empresa en un determinado periodo económico”.

6.5 Sobre permitir el arrastre del gasto por interés no deducible hasta cuatro (4) ejercicios inmediatos siguientes

La referida norma establece en la “Única Disposición Complementaria Modificatoria”, que entrará en vigencia a partir del 01 de enero de 2021, la posibilidad de poder arrastrar el gasto por intereses no deducibles hasta en cuatro (4) periodos futuros.

Citando a la norma se señala 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 (4) ejercicios inmediatos siguientes, quedando sujetos al límite conforme a lo que establezca el Reglamento (...)”.

En ese sentido, se sostiene que la inclusión de la posibilidad del arrastre de los intereses no permitidos recogida de las recomendaciones establecidas por la Acción 4, mediante los denominados “*carry forward*”⁸, se plantea para afrontar los problemas que se generan por la volatilidad de las ganancias, vale decir, por los gastos por intereses en que incurren las entidades con el objeto de financiar inversiones que generarán ganancias en ejercicios posteriores.

Es así, que se reconoce la utilidad de poder contar con el efecto de arrastre hacia periodos futuros del exceso de gasto por interés no permitido. Es decir, cuando las empresas cuenten con gastos netos por intereses que superen el ratio equivalente al 30% del EBITDA de su período anterior, ésta podrá adicionarlos a aquellos resultantes de los cuatro ejercicios siguientes, teniendo la posibilidad de no perderlos, previniendo la volatilidad de las ganancias de la entidad, que es uno de los efectos que contrarresta tal medida. (OCDE, 2016)

⁸ De su traducción en inglés, que significa: “llevar hacia delante”, alude a la posibilidad de poder utilizar para periodos futuros el exceso de interés no permitido por la norma.

CAPITULO VII: ACIERTOS Y DESACIERTOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ACCIÓN 4 EN EL PERÚ

La modificación de la norma, ha expuesto una serie de criterios con el fin de evitar la erosión de la base imponible y el traslado de utilidades, recogiendo las recomendaciones del Plan BEPS. Es así, que la Acción 4 ha sido emitida con el propósito de limitar la erosión de la base a través del pago de intereses a jurisdicciones de menor o nula imposición.

Sin embargo, un aspecto importante que está relacionado a que nuestra legislación establece en el artículo 56 de la LIR, cuáles son las tasas aplicables a los intereses de créditos provenientes del exterior pagados a sujetos no domiciliados. Para lo cual, “se aplica una tasa del 30% a los intereses que abonen al exterior las empresas privadas del país por créditos concedidos por una empresa del exterior con la cual se encuentra vinculada; así como los intereses que abonen al exterior las empresas privadas del país por créditos concedidos por un acreedor cuya intervención tiene como propósito encubrir una operación de crédito entre partes vinculadas”.

Sin embargo, nuestro país ha suscrito Convenios para evitar la Doble Imposición (CDI) con algunos países, donde el tratamiento aplicable a los intereses resulta una más favorable.

En ese sentido, la norma peruana establece un criterio que no permite “la erosión de la base imponible a través del pago de intereses” por créditos externos a un sujeto no domiciliado, cumpliendo los propósitos para los cuales se han emitido las normas beps.

En el presente acápite se describe y analiza los principales aciertos y desaciertos, que a nuestra consideración, se produce en la implementación de la Acción 4 del plan BEPS en el Perú, a la luz de la dación del decreto legislativo N° 1424, las cuales se exponen a continuación:

7.1 Aciertos contenidos en el “Decreto Legislativo N° 1424, que modifica la Ley del Impuesto a la Renta”

Que, se identifica determinados aciertos, en la promulgación del “Decreto Legislativo N° 1424, la cual modifica el inciso a) del artículo 37 de nuestra LIR”, como sigue:

7.1.1 “Sobre la temporalidad de la norma”

De la revisión del “Decreto Legislativo N° 1424”, se identifica el uso del principio de temporalidad de la norma, que determina la fecha de entrada en vigencia de las modificaciones incluidas en el mencionado decreto legislativo.

Se entiende que la inclusión de este principio, le otorga al contribuyente un tiempo de espera que le permita adaptar las nuevas consideraciones de la regla de subcapitalización y la regla del EBITDA, como criterios limitantes para la deducción de los gastos por intereses.

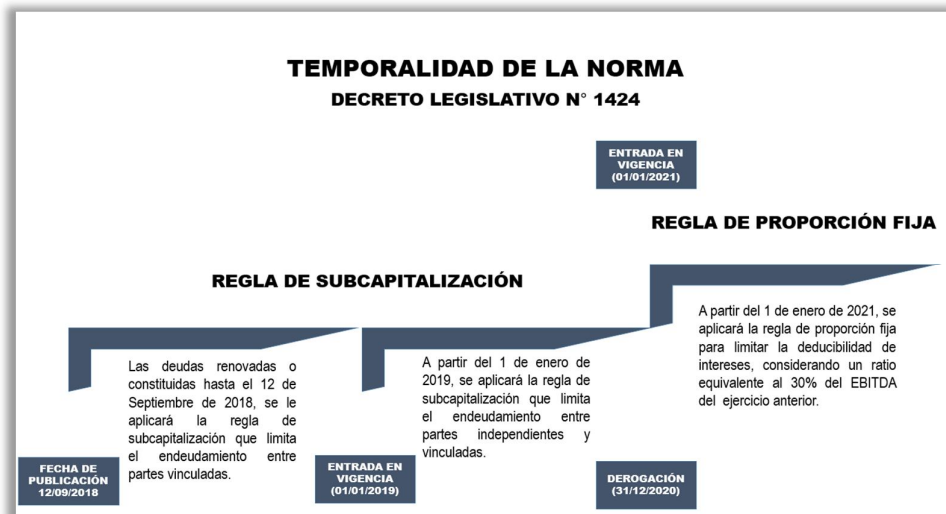
En nuestro sistema legal, el principio de temporalidad que determina la vigencia de la norma jurídica, se encuentra regulada en el *artículo 103*⁹ de la “Constitución Política del Perú”. Así, el artículo 74, del mismo cuerpo normativo, señala además que “las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente al de su publicación”. Teniendo el Código Tributario, consideraciones similares respecto de “la entrada en vigencia de las normas tributarias”, a través de la Norma X del Título preliminar.

En dicho sentido, el “Tribunal Constitucional señala, en diversas sentencias, que para determinar el ámbito de validez de la norma se debe tener en cuenta el ámbito temporal, que está referido al lapso de tiempo dentro del cual entra en vigencia una norma. Así, se expone que el principio de temporalidad de la norma forma parte de las reglas que se aplican cuando existe colisión entre las normas jurídicas, así como también determinan su entrada en vigencia”. (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03941-2010-PA/TC, 2010)

En ese sentido, el decreto legislativo bajo análisis utiliza este principio legal para describir la norma en tres campos de acción que se desarrollan en una línea de tiempo, que se detalla en el siguiente gráfico:

⁹ “*Artículo 103 de la Constitución Política del Perú.* - Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho: Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

Figura 7.1. Temporalidad de la Norma



Primero, se establece el supuesto temporal mediante el cual, las deudas que son renovadas o constituidas hasta el 12 de setiembre de 2018 (fecha de publicación del Decreto Legislativo N° 1424), se les aplicará la antigua regla de subcapitalización que considera el límite de endeudamiento entre partes vinculadas. La aplicación de este supuesto, será hasta el 31 de diciembre de 2020.

Segundo, a partir del 01 de enero de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2020, se aplicará el “decreto legislativo que modifica el inciso a) del artículo 37 de la LIR”, que amplía el criterio de la regla de subcapitalización incluyendo el endeudamiento entre partes independientes sin distinción alguna. Así, como los supuestos de exclusión de dicha regla, que son descritas de forma específica en el numeral 2 del mencionado inciso modificado.

Tercero, se describe el nuevo escenario para la limitación en la deducción de gastos por intereses mediante la aplicación del EBITDA, recogiendo las recomendaciones de mejores prácticas propuestas por la OCDE en la Acción 4. Dicha regla tiene como base de determinación el EBITDA del ejercicio anterior, aplicándose un ratio fijo del 30%, resultando el exceso como no deducible. Dicha regla tendrá vigor desde del 1 de enero de 2021, para las deudas constituidas o renovadas de la fecha de promulgación del decreto legislativo.

Las normas jurídicas tienen límites de su aplicación en el tiempo. La vigencia de una norma jurídica supone su validez la cual está relacionada con la fecha de publicación. Una característica vinculada a su obligatoriedad para los destinatarios de

la misma equivale a afirmar que dada las circunstancias previstas, aquellos deben realizar la conducta establecida en ella. (Delgado, 1990)

A manera de resumen, se expone tres momentos en la aplicación en el tiempo del Decreto Legislativo 1424. El primer momento está relacionado con la vigencia del decreto legislativo contenida en la primera disposición complementaria final. Así, el segundo momento relacionado con la fecha mediante el cual la norma que regula la regla de subcapitalización deja de aplicarse, teniendo una fecha de derogación contenida en la única disposición complementaria transitoria. Por último, el tercer momento, está relacionado con la entrada en vigencia de la nueva regla que limita la deducibilidad de intereses denominada regla del EBITDA, contenida en la disposición complementaria modificatoria.

Lo positivo del manejo de estos niveles diferenciados en la aplicación de la norma, se relaciona a la importancia de otorgarles a los contribuyentes un tiempo de preparación y toma de conocimiento de los nuevos criterios incorporados para la limitación de la deducción de los gastos por intereses. Tal es así, que mediante la modificación de la norma, el legislador entiende que incorporar el nuevo criterio del EBITDA, que reemplace la regla de subcapitalización, debe ser paulatino.

De lo expuesto, se considera que *el principio de temporalidad* de la norma recogido en el decreto legislativo, realiza una especie de mestizaje entre la tradicional regla de subcapitalización y las reglas propuestas por la OCDE en la Acción 4, recogiendo la regla de proporción fija que aplica un ratio del 30% sobre EBITDA del ejercicio anterior, suscitando que la incorporación al nuevo criterio no sea tan agresivo, otorgándole al contribuyente el tiempo necesario para la adaptación de los nuevos estándares recogidos en la norma a partir del 01 de enero del 2021.

Así también, se sostiene como aspecto positivo que dentro de las facultades legislativas en materia tributaria que fueron otorgadas al gobierno, se reconoce que el cambio de los criterios en las reglas para limitar la deducibilidad de intereses no puede ser tan abrupto, puesto que la aplicación de la regla de subcapitalización antes de la modificación de la norma seguirá aplicándose a las deudas que son renovadas o constituidas hasta la fecha de la publicación de la norma, teniendo vigencia en nuestro sistema hasta el 31 de Diciembre del 2020.

Adicionalmente, se aplicará una regla de subcapitalización modificada que, se considera, es una regla híbrida, puesto que incorpora criterios no contenidos en la regla

original, que se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico nacional en el año 2001. Los nuevos criterios contenidos son la ampliación del endeudamiento entre partes independientes, alejándose de la redacción tradicional de las normas de subcapitalización que son definidas para operaciones entre partes vinculadas.

Por ende, se incorporan supuestos de operaciones que representan poco o nulo riesgo de erosionar la base imponible o traslado de beneficios a zonas de nula o baja imposición.

Que, luego de exponer los aspectos considerados positivos sobre la temporalidad de la norma, es necesario realizar una reflexión en la aplicación ultra activa de la misma, en la medida en que dicha regulación podría generar un tratamiento desfavorable al contribuyente.

Para poder clarificar lo antes dicho, se presenta el siguiente escenario, por ejemplo: Una empresa “A” se endeuda con la empresa “B”, con la cual tiene vinculación, antes de la promulgación del decreto legislativo 1424, aplicándose las reglas de subcapitalización vigente a la fecha. Se verifica que el nivel de endeudamiento será desconocido por superar el ratio de 3/1 de deuda/patrimonio; no obstante, que se ha determinado que la empresa “A” tiene ingresos por debajo de las 2,500 UIT.

Es decir, por la aplicación ultra activa de la norma, la cual tiene vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020, la empresa “A” no podrá deducir el exceso del gasto por intereses que supere el límite 3/1 del ratio de deuda/patrimonio. No obstante, que si dicha aplicación ultra activa de la norma no se aplicara, la empresa podría estar excluida del ámbito de aplicación de la norma, al verificarse que la misma, tiene ingresos por debajo de las 2,500 UIT, con lo cual podría deducir todo el nivel de gastos de intereses.

En tal extremo, es importante tal reflexión, ya que nos corresponde realizar el siguiente cuestionamiento: ¿La aplicación ultra activa de la norma se debe aplicar siempre y sin excepción al contribuyente?

Se sostiene que, estas consideraciones deberán ser tomadas en cuenta al momento de realizar una futura modificación de la norma, a efectos de hacerla mucho más perfectible.

7.1.2 Sobre “los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la regla del EBITDA y de la nueva regla de subcapitalización”

El legislador peruano en la modificación normativa, considera necesario incluir supuestos de exclusión sobre la regla de subcapitalización y la regla del EBITDA, tomando como referencia lo expuesto en los lineamientos y recomendaciones de mejores prácticas del Plan BEPS.

Es preciso señalar, que la Acción 4 propone al EBITDA como nuevo enfoque para la limitación de gastos netos por intereses, considerando como complemento que se tome en cuenta algunas disposiciones que permitan reducir el impacto de dicha regla en entidades o situaciones que tengan un bajo riesgo de erosión de la base imponible. (OCDE, 2016)

En ese sentido, el decreto legislativo bajo revisión considera supuestos que se excluyen del ámbito de aplicación de la norma, que a continuación se detalla:

7.1.2.1 “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”

Se puede indicar, que se establece un límite propuesto en la regla de subcapitalización que amplía su alcance a financiamientos entre partes independientes y a la regla del EBITDA; que no será aplicable 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”. Así, la norma no será aplicable a las empresas de operaciones múltiples, las empresas especializadas del sector bancario, los bancos de inversión y empresas de seguro que cumplan con el capital mínimo aportado que se requiere para su funcionamiento.

Que, “la exclusión del ámbito de aplicación de la norma a las empresas del sistema financiero y de seguros se realiza recogiendo los argumentos expuestos en la Acción 4, reconociendo que este tipo de negocios requiere un enfoque diferenciado en base a las características particulares del sector. Se plantea que cada país debe reconocer los riesgos específicos que enfrentan estos grupos, teniendo en cuenta las consideraciones regulatorias y comerciales”. (OCDE, 2016)

La exposición de motivos del decreto legislativo, recoge como propuesta los argumentos de excluir de la aplicación del límite a los contribuyentes y operaciones que no impliquen un alto riesgo de erosión de la base imponible y traslado de utilidades. En el caso específico del sector financiero y de seguros por la naturaleza de sus negocios, además de la regulación que existe en el sector dirigida a limitar el endeudamiento.

En tal sentido, es importante revisar lo que Fernández (2016), sostiene al respecto:

“(…) 2. Los bancos y compañías de seguros suelen ser receptores de ingresos netos por intereses. Por lo tanto, una regla que limita el gasto financiero neto no tendrá un impacto directo en un banco o compañía de seguros, a pesar de que dicha norma si podría anular el gasto financiero neto en otras entidades del grupo en el que se integren el banco o la compañía de seguros.

3. El papel del interés en el negocio de banca o de los seguros es diferente al que juega en otros sectores. Los bancos y las compañías de seguros deben obtener financiación vía deuda con el fin de realizar nuevos negocios. Por ello, los gastos financieros netos en los grupos bancarios y de seguros están mucho más estrechamente ligados a su capacidad de generar ingresos que en los grupos que operan en otros sectores. (...)” (Fernández González de Torres, 2016, págs. 196-197)

Así, las empresas del sector bancario y de seguros tienen características particulares que se desprende de su giro principal de negocio, por lo que dentro de su estructura financiera poseen un alto nivel de activo y pasivo financiero. La aplicación de la regla de proporción fija o la regla de proporción de grupo no cumple los objetivos para los que son destinadas en este sector, debido principalmente al nivel de ingresos obtenidos por los financiamientos otorgados, que generalmente son mayores a los gastos netos por intereses. Por ende, la regla de proporción fija que se propone para limitar el gasto neto por intereses no funcionaría para dicho sector, toda vez, que se utiliza la fórmula GASTOS FINANCIERO NETO/ EBITDA. (OCDE, 2016)

Como se muestra en la tabla 7.1, las empresas del sistema financiero por las operaciones que realizan no obtienen gasto neto por intereses, lo que imposibilita la aplicación de la fórmula que establece la regla de proporción fija, puesto que los ingresos por intereses son mayores que los gastos por intereses según se muestra a continuación:

Tabla 7.1. Detalle de Ingresos y Gastos por Intereses de Empresas Bancarias

Entidad Bancaria	Rubro	2017	2016	2015	2014
BCP	Ingreso por intereses	7,524,718	7,523,365	7,438,143	6,227,661
	Gastos por Intereses	-2,241,822	-2,193,639	-2,244,071	-1,774,720
BBVA	Ingreso por intereses	7,379,975	4,505,804	4,051,709	3,741,378
	Gastos por Intereses	-1,509,868	-1,623,228	-1,345,905	-1,055,196
SCOTIABANK	Ingreso por intereses	3,565,901	3,366,658	2,881,323	2,380,542
	Gastos por Intereses	-1,017,787	-932,226	-732,817	-496,307
INTERBANK	Ingreso por intereses	3,369,385	3,295,743	3,284,709	2,810,473
	Gastos por Intereses	-1,010,325	-975,086	-827,673	-705,762

Fuente: Superintendencia del Mercado de Valor (SMV), 2019.

Elaboración: Autores de esta tesis

Por lo tanto, dado que el sector financiero y de seguros tienen características particulares que imposibilita la aplicación de la “regla de proporción fija” y “la regla de proporción de grupo”, se considera que es un acierto la exclusión de aplicación de la norma a las empresas de este sector. Incluyendo dicho criterio para la regla de subcapitalización modificada por el decreto legislativo.

7.1.2.2 “Contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio gravable sean menores o iguales a dos mil quinientas (2500) UIT”

Otro supuesto de exclusión de aplicación de la norma, contempla el nivel de ingresos netos que obtenga un contribuyente en el ejercicio gravable anterior, teniendo como tope máximo las dos mil quinientas (2500) Unidades Impositivas Tributarias.

Recogiendo las consideraciones de la exposición de motivos, los contribuyentes que obtienen ingresos netos menores al monto señalado son quienes concentran una menor cantidad de gastos financieros. Es así, que en el año 2016 las empresas consideradas Principales Contribuyentes (PRICOS) tienen un 98% de nivel de concentración de gastos financieros, representando alrededor del 75% y 78% de ingresos y gastos financieros respectivamente, del total de contribuyentes que tributan bajo el régimen general del impuesto a la renta.

Tabla 7.2. Ingresos, IR y Gastos Financieros por rango de ingresos del 2016 (en millones de soles)

Contribuyentes	N° Contr.	% Total	Ingresos	% Total	IR	% Total	Gastos Financieros	% Total
PRICOS	12,988	10%	779,320	75%	17,828	73%	41,197	78%
NO PRICOS	118,516	90%	261,561	25%	6,428	27%	11,596	22%
Total Régimen General	131,504		1,040,880		24,256		52,793	

Fuente: SUNAT (Gráfico tomado de la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1424)

En tal sentido, el pensamiento del legislador ha sido el de justificar el ámbito de exclusión del Decreto Legislativo N° 1424, para aquellas empresas que no representan el grupo de los principales contribuyentes de nuestro sistema tributario (PRICOS), debido a que su nivel de gasto financiero no termina siendo un monto importante para nuestra recaudación.

Por tanto, para aquellas empresas que tienen un nivel de ingreso menor a los 2,500 UITs, que no son considerados PRICOS, quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma que limita la deducción de los gastos por intereses.

Sin embargo, como se mencionó anteriormente el enfoque recomendado por la OCDE, establece la posibilidad que los países puedan complementar la regla de proporción fija con otras disposiciones que permitan reducir el impacto de dichas reglas. Es así, que propone se establezca un umbral mínimo que determina las entidades que tienen un bajo nivel de gastos por intereses. (OCDE, 2016)

El umbral propuesto considera que las entidades o contribuyentes que generen un bajo nivel de gastos por intereses deben ser excluidas de la aplicación de la regla de proporción fija, en virtud de presentar un menor riesgo de beps.

Como se expone, el límite propuesto está basado en el nivel o monto de gastos netos por intereses y no, en los ingresos netos obtenidos en el ejercicio fiscal. Algunas legislaciones han recogido esta recomendación señalando topes a los gastos netos por intereses, excluyéndolos de la aplicación de la regla que limita la deducción de dichos gastos. Sin embargo, en nuestro país, el legislador peruano ha interpretado que se debe colocar un tope en base a los ingresos netos que genera la entidad, por lo que se considera que es un criterio distinto al establecido por la OCDE.

Por otro lado, existen opiniones respecto que la colocación de topes marcados que excluyan a empresas por su nivel de ingresos puede fomentar la erosión de la base imponible a través de la fragmentación o segmentación de actividades por parte de las empresas que superen el límite expuesto en la norma, logrando deducir todo el gasto financiero sin límite, generando el efecto que se pretende evitar. (Martínez & Villar, 2018).

Al respecto, se sostiene que lo anterior significaría que las empresas consideradas principales contribuyentes realicen la fragmentación por líneas de negocio para poder estar por debajo del límite de ingresos netos expuestos. No obstante, esto generaría que

las empresas deban de mover recursos para realizar la fragmentación de la empresa, así como sufragar los costos o gastos que tal medida significaría.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que “mediante Decreto Legislativo N° 1422, se establecen disposiciones relacionadas a la aplicación de la “Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario”, donde se determina que los gerentes y representantes legales de las empresas asumirán responsabilidad solidaria en el pago de la deuda tributaria, cuando hayan colaborado con el diseño, aprobación o ejecución de actos, situaciones o relaciones económicas destinadas a eludir impuestos”. (Decreto Legislativo N° 1422, 2018)

En tal sentido, se concluye que un supuesto de fragmentación o segmentación de empresas, a efectos de encontrarnos en un supuesto de exclusión de la norma, podría ser de aplicación lo dispuesto en “la Norma XVI del título Preliminar del Código Tributario”.

Adicionalmente, algún sector de la doctrina ha identificado como positivo la exclusión de las PYMES del ámbito de aplicación de la norma, puesto que le permite a estas empresas poder beneficiarse de tal ventaja tributaria.

También, es cierto, que dicha medida podría considerarse discriminatoria, toda vez que, se asume una posición automática, en el sentido de pensar que las empresas que tienen menos ingresos no puedan realizar operaciones back to back, o en líneas generales, erosionar la base imponible de nuestro sistema tributario, cuando la respuesta obvia, es que se encuentran dentro de las mismas posibilidades de realizarlo (Bravo Sheen, 2019).

Que, habiendo expuesto los puntos a favor y en contra de la exclusión del ámbito de aplicación a los contribuyentes que no superen las 2,500 Unidades impositivas tributarias, se sostiene que tal medida es positiva. Sin embargo, se concluye que la norma sería más perfectible si se colocase un tope sobre los gastos netos por intereses de manera general, que no distinga el tipo de contribuyente por su nivel de ingresos anuales, pues constituye cierto rasgo discriminatorio y podría llevar a la realización de planeamientos tributarios que coloquen a los contribuyentes fuera del alcance de la norma.

7.1.2.3 “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, de acuerdo a lo que señale el reglamento”.

La norma considera como supuesto de exclusión del ámbito de aplicación, a los contribuyentes que mediante “Asociaciones Público Privadas desarrollen 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”.

Que, “mediante “Decreto Legislativo N° 1224”, se establece los procesos y modalidades de promoción de la inversión privada para el desarrollo de infraestructura pública, servicios públicos y demás; definiendo a las Asociaciones Público Privadas como aquella modalidad de participación de la inversión privada en la que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnologías con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o proveer servicios públicos bajo mecanismos contractuales permitidos por la ley, pudiendo originarse por iniciativa pública o privada”. (Decreto Legislativo N° 1224, 2015)

Un aspecto importante que la norma considera, está relacionado con el transcurso largo de tiempo que los proyectos son desarrollados a través de contratos de Asociaciones Públicos Privadas, debiendo considerarse la distribución de diversos riesgos, así como contemplarse el valor del dinero a lo largo de la vida del proyecto.

Así, este tipo de proyectos pueden clasificarse en proyectos cofinanciados, siendo aquellos que requieren el otorgamiento o contratación de garantías, teniendo una alta probabilidad de demandar financiamiento; y, los proyectos autofinanciados, que son aquellos que cuentan con una capacidad propia de generación de flujos de ingresos.

Según el “Ministerio de Economía y Finanzas”, una de los elementos más importantes en los contratos de “Asociaciones Público Privadas”, se relaciona con el plazo de duración que tienen los contratos, estableciéndose un tiempo mínimo y máximo incluyendo características específicas que se muestra a continuación:

Tabla 7.3. Plazo de los contratos de Asociaciones Público Privadas

Plazo	Años	Características
Mínimo	10	Iniciativas privadas cofinanciadas
Máximo	60	Incluye ampliaciones y renovaciones

Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)

Elaboración: Autores de esta tesis

Por su parte, la OCDE señala como criterio expuesto en regla de proporción fija contenida en la Acción 4, que un país pueda aplicar una proporción más alta con el fin de alentar el financiamiento para aumentar la inversión en infraestructura, como parte de su política macroeconómica. Adicionalmente, considera que la regla de proporción fija debe contener disposiciones que reduzcan el impacto a entidades o situaciones que presentan menor riesgo de erosión de la base y traslado de utilidades, por lo que se propone la exclusión de los intereses pagados por préstamos destinados a financiar proyectos de beneficios públicos que tienen un alto apalancamiento vinculado a la naturaleza de los proyectos. (OCDE, 2016)

En ese sentido, se presenta la Tabla 7.4, que muestra los plazos de ejecución que tienen los contratos de Asociaciones Público Privadas a lo largo del tiempo, así como la finalidad de satisfacción de una necesidad pública persigue:

Tabla 7.4. Duración de los Contratos de Asociación Público Privados

Obra	Sector	Inversión estimada (US\$MM)	Plazo de Ejecución
Energía de Centrales Hidroeléctricas (CH Molloco)	Electricidad	600	13 años
Nodo Energético en el Sur del Perú	Electricidad	700	5 años
Masificación del Uso de Gas Natural a Nivel Nacional	Hidrocarburos	205	4 años
Mejoras a la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano	Hidrocarburos	3643	5 años
Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao	Transporte	5075	10 años
Proyecto Chavimochic – Tercera etapa	Otros sectores	537.7	25 Años

Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas (MEF); Proinversión

Elaboración: Autores de esta tesis

En ese sentido, la norma que regula el desarrollo de infraestructura bajo la modalidad de “Asociaciones Público Privadas”, contempla que estos se realizan en un

largo período de tiempo relacionado con la vida del proyecto y los servicios públicos que proveen, teniendo vinculación con lo expuesto por las recomendaciones de mejores prácticas de la Acción 4.

Por lo tanto, se concluye que la exclusión de los contribuyentes que desarrollan proyectos de infraestructura pública y demás relacionados a través de las “Asociaciones Público Privadas”, es acertada.

7.1.2.4 “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”.

En este apartado, la modificación de la norma considera como supuesto de exclusión al “endeudamiento que se realiza con el fin de desarrollar 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”.

En ese sentido, el mencionado decreto legislativo “declara de interés nacional la promoción de inversión privada mediante Proyectos en Activos, con la finalidad de contribuir a la dinamización de la economía nacional, la generación de empleo productivo y la competitividad en el país”.

El Proyecto en Activos se define como el mecanismo mediante el cual una entidad del Gobierno promueve la participación del sector privado a través de la ejecución de un proyecto de inversión que involucra un activo o recurso de titularidad estatal, por la cual el inversionista privado asume toda la inversión, los costos de operación y mantenimiento, así como la totalidad de los riesgos del proyecto. (Finanzas, 2017)

Por ello, se establece que “las entidades del estado, tales como ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales promueven la inversión privada sobre los

activos que poseen bajo su titularidad, a través del organismo correspondiente que promueve la inversión privada, teniendo en cuenta los siguientes esquemas”:

Tabla 7.5. Esquemas de Inversión Privada mediante Proyectos en Activos

Esquemas	Proyectos en Activos
Disposición de Activos	Incluye la transferencia total o parcial, incluso mediante la permuta de los bienes inmuebles.
Administración de Activos	Incluye los contratos de cesión en uso, arrendamiento, usufructo, superficie u otras modalidades permitidas por ley.

Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas

Elaboración: Autores de esta tesis

Como se aprecia, la inversión que se realiza a través del mecanismo denominado Proyectos en Activos cumple con particularidades distintas a los contratos de Asociaciones Público Privadas, teniendo un fin de aprovechamiento de los recursos del estado a través de la disposición o administración de los mismos, generándose un beneficio a ambas partes.

En este punto, es preciso tener en cuenta lo dispuesto por el “Decreto Supremo N° 338-2018-EF”, que modifica “el inciso a) del artículo 21 del Reglamento de la LIR”, mediante el cual se establece la forma para determinar los intereses máximo deducibles.

Es así, que para la aplicación de la fórmula propuesta se debe considerar el monto total de endeudamiento, que incluye todo tipo de endeudamiento independientemente de la fecha de su constitución o renovación y cuyos intereses cumplan con el principio de causalidad.

La exposición de motivos del mencionado decreto supremo, establece el procedimiento para la determinación del monto máximo deducible que corresponda de forma proporcional al monto máximo de endeudamiento. Así, como el orden de imputación del interés máximo deducible.

Por lo tanto, para la determinación del interés máximo deducible se debe considerar todo tipo de endeudamiento independiente de la fecha de renovación o constitución, así como aquellos que cumplan con el principio de causalidad, debiendo incluirse aquellos intereses que se generan por el endeudamiento para el desarrollo de proyectos de infraestructuras y demás, bajo la modalidad de Proyectos en Activos.

En tal sentido, se considera acertada la exclusión del ámbito de aplicación de la norma, al endeudamiento que se realiza con el fin de realizar proyectos de inversión a través de los Proyectos en Activos.

7.1.2.5 “Intereses de endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deuda que cumplan con las ciertas condiciones”

Por último, la modificación de la norma considera la exclusión del ámbito de aplicación a los intereses de endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deuda que cumplan con las siguientes condiciones:

- i) “Se realicen 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.
- ii) Los valores mobiliarios que se emitan sean nominativos; y,
- iii) La oferta pública se coloque en un número mínimo de 5 inversionistas no vinculados al emisor”.

El “Decreto Supremo N° 093-2002-EF”, que aprueba “la Ley del Mercado de Valores, define a la oferta pública como la invitación, adecuadamente difundida, que una o más personas naturales o jurídicas dirigen al público en general, o a determinados segmentos, para que realice cualquier acto jurídico relacionado a la colocación, adquisición o disposición de valores mobiliarios. Así, agrega que se considera como oferta pública primaria a la que se realiza sobre nuevos valores que efectúan las personas jurídicas”. (Decreto Supremo N° 093-2002-EF, 2002)

En ese sentido, la modificación del decreto legislativo considera como exclusión del ámbito de aplicación, a los intereses de endeudamiento provenientes de valores mobiliarios representativos de deuda, que se realicen mediante oferta pública primaria, que sean nominativos y que la colocación se realice a un mínimo de cinco inversionistas no vinculados.

En la tabla 7.6, se muestra la evolución del monto total de colocaciones (en soles) a través de la Oferta Pública Primaria de valores mobiliarios, que se incrementa en el transcurso de los años:

Tabla 7.6. Colocaciones mediante oferta pública primaria (en soles)

Año	Oferta Publica Primaria - Colocación (S/.)
2002	1,297,896,000.00
2003	2,001,635,000.00
2004	1,643,230,000.00
2005	2,127,109,000.00
2006	2,707,712,000.00
2007	3,256,395,000.00

Fuente: Superintendencia de Mercado de Valores (SMV)

Elaboración: Autores de esta tesis

Por consiguiente, al colocar condiciones específicas como requerimiento para que la realización de la oferta pública primaria se realice al público en general o a un sector en específico; teniendo como limitante adicional, que se realice la colocación a un mínimo de inversionistas no vinculados, permite que los adquirientes sean personas independientes que no guardan relación con el emisor, por lo que se cree que estos son los motivos que minimizan el riesgo de la erosión de la base y traslado de utilidades de este tipo de operaciones.

Por lo tanto, se cree que es acertada la exclusión de este tipo de operaciones del ámbito de aplicación de la regla de subcapitalización y la regla del EBITDA expuesta, puesto que estas entidades o situaciones se encuentran lejos de generar riesgo de erosión de la base y traslado de beneficios a través de los intereses que generan. Sin embargo, se considera que el limitar el endeudamiento a través de una sola forma de financiamiento, no permite al contribuyente poder acceder a las diversas formas que el mercado financiero y bancario ofertan, vulnerando de esa forma algunos principios legales.

A mayor abundamiento, se arguye que la exclusión del límite de los intereses provenientes de la emisión de los valores mobiliarios resulta ser positivo, pero vulnera, de cierta manera, el principio de libertad contractual.

Así, la norma considera que los intereses generados en la emisión de valores al mercado público son plenamente deducibles. No obstante, si utilizo el financiamiento

bancario, los intereses generados deberán incluirse al límite propuesto por la modificación de la norma, que podría resultar siendo un interés no deducible.

En dicho extremo, se concluye que la redacción de la norma coloca en mejor posición a las operaciones dentro del mercado de valores en comparación con otro tipo de financiamientos, lo cual ciertamente es una vulneración al principio de igualdad contractual.

7.1.3 Sobre el arrastre de los gastos por intereses no permitidos

Uno de los aspectos positivos de la norma bajo comentario, que entrará en vigencia el 01 de enero de 2021, se encuentra en el extremo que regula el arrastre de los gastos netos por intereses que no se hubieran deducidos en el período tributario, por exceder los límites establecidos.

La exposición de motivos describe la posibilidad de permitir que los gastos netos por intereses que no sean deducidos en el ejercicio corriente por exceder el límite del 30% del EBITDA, puedan ser deducidos en los cuatro ejercicios inmediatos siguientes en conjunto con los generados en el ejercicio correspondiente, utilizando el mismo límite conforme a lo propuesto en la Acción 4.

Por su parte, la Acción 4 en las recomendaciones para un enfoque de mejores prácticas, señala que para prever el efecto de la volatilidad de las ganancias, los países pueden permitir que las entidades transfieran los gastos de intereses no permitidos a períodos futuros, debiendo imponer límites a los denominados carry forward. (OCDE, 2016)

Así, el otorgar la posibilidad de arrastre de pérdidas tributarias permitirá a los contribuyentes tener una mejor posición para soportar la carga fiscal, debido a que la volatilidad de las ganancias son hechos que afectan los resultados de las empresas. (Porto Urrutia, 2011)

En ese sentido, la tabla 7.6 muestra, a modo de ejemplo, la operatividad del arrastre permitido de gasto neto por intereses no deducibles hasta cuatro años siguientes según lo expuesto en la norma:

Tabla 7.7. Determinación del arrastre de gastos por intereses no deducibles

Descripción	Años					
	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6
Gasto Neto por Intereses	750	420	430	450	420	400
EBITDA del ejercicio anterior	-4000	1800	2300	2100	1900	2200
Ratio de Proporción Fija	30%	30%	30%	30%	30%	30%
Límite máximo deducible	0	540	690	630	570	660
Gastos por intereses deducibles	0	420	430	450	420	400
Gastos por Interés no permitido	750	0	0	0	0	0
(-) Interés no deducible arrastrable		120	260	180	150	0

Elaboración: Autores de esta tesis

Con base en el ejemplo anterior, se puede apreciar que los intereses no deducibles en el año 1, fueron compensándose en los ejercicios siguientes donde se tuvo una capacidad de interés no utilizada sobre la base del EBITDA del ejercicio, lo que permite hacer uso de esa capacidad en el arrastre de los gastos por intereses no deducibles. Sin embargo, el monto total de gasto neto por interés del año 1, no pudo compensarse en su totalidad en los cuatro años en los que se permite el arrastre, tal como se muestra a continuación:

Tabla 7.8. Control de arrastre de interés no permitido

Períodos	Exceso de Intereses	Monto compensado
Año 1	750	0
Año 2	0	120
Año 3	0	260
Año 4	0	180
Año 5	0	150
Año 6	0	0
Total	750	710

Elaboración: Autores de esta tesis

Como se muestra, mediante la posibilidad de arrastre de intereses no permitidos, el contribuyente al terminar el cuarto ejercicio inmediato siguiente, tendrá un monto de interés no deducible de 40, lo que supone un mayor pago de impuestos.

Es preciso mencionar que el uso de carry forward, en varias legislaciones, está relacionado a la posibilidad de arrastre de pérdidas tributarias a períodos futuros con un tope máximo que determinan su expiración. Además, el arrastre de pérdidas puede tener una influencia importante en las opciones de financiamientos que tiene una empresa que genera pérdidas en períodos consecutivos. Esta relación entre el financiamiento y las pérdidas tributarias, también se debe considerar el hecho que los intereses reducen las ganancias e incrementan la posibilidad de obtener pérdidas. (Poterba, 1987)

En nuestro sistema tributario peruano, la LIR permite que las empresas arrastren sus pérdidas tributarias a ejercicios futuros, pudiendo optar por dos sistemas. El primero por un período máximo de cuatro años, a partir del ejercicio en que se generan tales pérdidas, extinguiéndose aquellas que no puedan compensarse; y el segundo que contempla un período indefinido, permitiendo imputarla al 50% de las rentas netas obtenidas en los ejercicios posteriores.

Como se aprecia, nuestra legislación les otorga a los contribuyentes, la posibilidad de arrastre de pérdidas tributarias a los ejercicios siguientes. Asimismo, recogiendo las recomendaciones de mejores prácticas expuestas en la Acción 4, se utiliza el mismo criterio que permite a las entidades el arrastre de los gastos por intereses no deducibles hasta por cuatro años.

En tal sentido, se entiende que la medida es positiva para las empresas que exceden del límite de la regla del EBITDA, eventualmente perderían la posibilidad de deducir el exceso de gasto por interés. Sin embargo, mediante esta disposición se le permitiría el arrastre de los gastos por intereses no permitidos hasta por un período de cuatro años.

Sin embargo, la regla abre un espacio para la crítica, en el sentido sobre ¿qué sucede con las empresas o entidades que dentro de los primeros años no obtienen ganancia alguna?, vale decir, EBITDA, pero sí mantienen gastos por intereses durante los primeros cinco años de su gestión.

La respuesta será, que con la regla insertada en nuestra legislación, no se podrá deducir monto alguno, y por ende, perderá todo ese gasto generado en dicho periodo, teniendo serias complicaciones por la volatilidad en sus ganancias producto de factores externos no controlables o las empresas que durante sus primeros años de ingreso al mercado, obtienen pérdidas como desarrollo de sus actividades comerciales.

Diversos países han incorporado dentro de su normativa interna, la regla de proporción fija basada en las recomendaciones de mejores prácticas de la Acción 4, tomando como complemento a dicha regla la posibilidad de arrastre de los gastos por intereses no permitidos de manera ilimitada o una cantidad de años mayor a cuatro años como es el caso de nuestro país. Así, le permite al contribuyente la posibilidad de compensar mayores montos de intereses, reduciendo de esta manera el impacto que la volatilidad de las ganancias genera, como se muestra a continuación:

Tabla 7.9. Límite de años para el arrastre de interés no permitido

Países	Años
Alemania	5
Grecia	Ilimitado
India	8
Italia	Ilimitado
Noruega	10
Ucrania	Ilimitado
España	Ilimitado

Elaboración: Autores de esta tesis

Por tal motivo, se sostiene que la norma, al permitir el *carry forward* para el exceso de los gastos por intereses no permitidos, es buena. Se cree que podría ser mejor si se adoptara dentro de nuestro sistema, como sucede con *el arrastre de pérdidas tributarias*¹⁰, dos sistemas de compensación de gastos netos por intereses no permitidos.

Para nuestro caso, se estima conveniente que se pueda incluir un sistema paralelo de arrastre de gastos por intereses, que permita a los contribuyentes la posibilidad de arrastrar por un mayor plazo, su gasto neto por intereses no permitidos, con el fin de deducirlos en algún período futuro. De tal forma, que los contribuyentes que obtienen ganancias volátiles tendrán otra opción en la aplicación de la norma, cuyo criterio ya conocen porque se viene aplicando en nuestra legislación para el arrastre de pérdidas tributarias, permitiéndoles su fácil adecuación al sistema.

En el ejemplo siguiente, se muestra la operatividad de un sistema paralelo de arrastre de intereses no permitidos que se denominará “Sistema B”, cuyo funcionamiento es similar al existente para el arrastre de pérdidas tributarias. Es decir, el contribuyente podrá compensar los intereses no permitidos que registren en un ejercicio gravable imputándola año a año, hasta agotar su importe, teniendo como límite el cincuenta por ciento (50%) de la capacidad de interés no utilizada que se obtenga en los ejercicios posteriores.

¹⁰ " **Artículo 50° de la LIR.** - Los contribuyentes domiciliados en el país podrán compensar la pérdida neta total de tercera categoría de fuente peruana que registren en un ejercicio gravable, con arreglo a alguno de los siguientes sistemas: a. Compensar la pérdida neta total de tercera categoría de fuente peruana que registren en un ejercicio gravable imputándola año a año, hasta agotar su importe, a las rentas netas de tercera categoría que obtengan en los cuatro (4) ejercicios inmediatos posteriores computados a partir del ejercicio siguiente al de su generación. El saldo que no resulte compensado una vez transcurrido ese lapso, no podrá computarse en los ejercicios siguientes. b. Compensar la pérdida neta total de tercera categoría de fuente peruana que registren en un ejercicio gravable imputándola año a año, hasta agotar su importe, al cincuenta por ciento (50%) de las rentas netas de tercera categoría que obtengan en los ejercicios inmediatos posteriores". (El subrayado es nuestro)

Tabla 7.10. Determinación del arrastre de gastos por intereses no deducibles - Sistema B

Descripción	Años							
	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7	Año 8
Gasto Neto por Intereses	750	420	430	450	420	400	380	350
EBITDA del ejercicio anterior	-4000	1800	2300	2100	1900	2200	2500	2100
Ratio de Proporción Fija	30%	30%	30%	30%	30%	30%	30%	30%
Límite máximo deducible	0	540	690	630	570	660	750	630
Gastos por intereses deducibles	0	420	430	450	420	400	380	350
Capacidad de Interés no utilizada	0	120	260	180	150	260	370	280
Gastos por Interés no permitido	750	0	0	0	0	0	0	0
(-) Interés no deducible arrastrable		60	130	90	75	130	185	80

Elaboración: Autores de esta tesis

Del mismo modo, se muestra un cuadro control de arrastre de interés no permitido, que nos permite visualizar que el contribuyente puede hacer uso de todo el interés no deducible del año 1, terminando de compensarlo en el año 8.

Tabla 7.11. Control de Arrastre de Interés No Permitido - Sistema B

Períodos	Exceso de Intereses	Monto compensado
Año 1	750	0
Año 2	0	60
Año 3	0	130
Año 4	0	90
Año 5	0	75
Año 6	0	130
Año 7	0	185
Año 8	0	80
Total	750	750

Elaboración: Autores de la tesis

Como se aprecia, mediante un sistema alternativo de arrastre de intereses no deducibles, utilizando un sistema similar al sistema b, del arrastre de pérdidas tributarias, a opción del contribuyente, se tiene la posibilidad de poder deducir los intereses no permitidos en un ejercicio determinado de forma ilimitada, con el tope del 50% de la capacidad de interés no utilizada que se genere en los ejercicios posteriores.

Por lo tanto, se concluye que la posibilidad de arrastre de gasto neto por intereses no deducibles a los cuatro períodos siguientes es una decisión acertada en la incorporación de la norma. Sin embargo, se recomienda la inclusión de un sistema alternativo de arrastre, tomando las mismas consideraciones del Sistema B del arrastre de pérdidas tributarias, cuyo funcionamiento y beneficios es conocido por los contribuyentes.

7.1.4 Sobre el cambio del método en la limitación de la deducibilidad de los gastos por intereses, de las reglas de subcapitalización a la regla del EBITDA.

A partir del 01 de enero de 2021, se modifica el “inciso a) del artículo 37 de la LIR” introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico, la regla de proporción fija propuesta por la OCDE en la Acción 4, que tiene como índice de referencia el interés/ganancias, que se determina aplicando el ratio fijo sobre el EBITDA del ejercicio anterior, como un criterio de vanguardia para la limitación de los gastos por intereses, dejando de lado el criterio de la regla de subcapitalización, que consideraba como índice de referencia la relación deuda/patrimonio.

Ahora, se plantea la siguiente interrogante: ¿La adopción de la regla de proporción fija sobre EBITDA se erige como un mejor criterio para la limitación del gasto por intereses? Al parecer, la respuesta para el gobierno es afirmativa de plano, puesto que nuestros legisladores deciden instaurarla en nuestro ordenamiento jurídico, debiendo ser analizado en todas sus aristas para la adopción de tal criterio.

Sin embargo, para sostener una respuesta firme, se expondrá un cuadro sobre las principales características de ambos tipos de métodos, de tal forma, que al desarrollarlas nos permita poder obtener una opinión al respecto:

Tabla 7.12. Diferencia entre reglas de limitación de intereses

Ebitda	Subcapitalización
Criterio basado en la GANANCIA	Criterio basado en el PATRIMONIO
Menor capacidad de manipulación	Mayor capacidad de manipulación
Mayor nivel de capacitación para su regulación por parte de la Administración Tributaria	Mayor facilidad para su verificación por parte de la Administración tributaria.
Criterio adecuado para economías desarrolladas y con presencia de las denominadas “economías digitales”	Criterio adecuado para países que obtienen ingresos del desarrollo de actividades primarias e importación.

Elaboración: Autores de esta tesis.

Primero, se dice que el criterio del EBITDA es una regla innovadora, que se basa en el concepto de la ganancia de una entidad, situación diferente sucede con la regla de subcapitalización que se basa sobre el concepto de patrimonio.

Dicho esto, la regla del EBITDA podría representar un criterio menos manipulable para el contribuyente al momento de deducir sus gastos por intereses, ya que está directamente vinculado a un ratio sobre los resultados de la entidad.

En tal sentido, al representar el EBITDA un criterio basado en las ganancias, se sostiene que su nivel de manipulación es menos probable, toda vez, que dicho método pone como límite el nivel que tiene la propia empresa de generar ganancias. Así, que estas ganancias estén directamente vinculadas con la producción o mantenimiento de la fuente generado de renta.

Por el contrario, con la regla de subcapitalización, se sostiene que el nivel de manipulación es mucho mayor, puesto que las entidades sólo tienen que incrementar su nivel de patrimonio al cierre del año anterior, para poder contar con un mayor límite de deducción de sus gastos por intereses. Las mencionadas entidades podrían utilizar aumentos de capitales, excedentes de revaluación, o utilidades no distribuidas, para incrementar el patrimonio neto y contar con un mayor margen de gastos deducibles que le permita obtener un menor pago del impuesto a la renta en el ejercicio siguiente, realizando así una planificación tributaria.

Un segundo argumento, supone que la regla del EBITDA tiene un mayor reto para la Administración Tributaria, debido a que requerirá de un mejor nivel de preparación de los funcionarios para su correcto control, en tanto que, con las reglas de la subcapitalización la Administración Tributaria no requerirá mayor nivel de implementación, ya que dichas reglas son de mayor facilidad en términos de control y fiscalización.

Es Allí donde se plantea la siguiente interrogante: ¿Qué procedimientos implementará la SUNAT para el control de dicha regla? Es importante mencionar, que la Administración Tributaria necesita implementar criterios de control de dicha regla, a través de su programa de declaración telemática que permita identificar los conceptos que serán excluidos de estado de resultados para la determinación del EBITDA Tributario, resultando per se, engorroso pero necesario.

Por último, un argumento bastante incisivo señala que la regla del EBITDA, se encuentra pensada para regular relaciones jurídicas tributarias de países desarrollados, con un especial énfasis en países que cuentan con las denominadas “*economías digitales*¹¹”. Y que, en contraste, la regla de subcapitalización está más diseñada para países de economías en desarrollo, que tienen como principal fuente de ingresos

¹¹ Se denomina economías digitales a aquellos países desarrollados, en donde se ha producido los principales escándalos de empresas multinacionales como Apple y Amazon, por poner ejemplos, por sus niveles de planificación fiscal agresiva que significaron enormes perjuicios para sus correspondientes administraciones tributarias.

actividades que se encuentran dentro del sector de actividades primarias, como la minería, hidrocarburos, etc. (Llosa, 2019)

En tal sentido, por los argumentos antes planteados, nos toca tomar un postura a favor o en contra sobre el cambio de criterio en la regla de limitación de la deducibilidad de intereses en nuestro país, a saber, si termina siendo correcta su implementación o termina siendo un afán improvisado de nuestro legislador por estar en sintonía con los lineamientos de la OCDE, con el objetivo de formar parte del mencionado organismo.

Lo cierto es que, algún sector de la doctrina experta de nuestro país, persiste en que el Decreto Legislativo N° 1424, en lo referido a la deducción de los gastos por intereses, es una norma mala, debido a que importa el criterio basado en ganancias sin una mayor reflexión, y sobre todo, que no mide el impacto que dicho criterio tendrá en nuestra economía, la cual tiene como principal fuente de ingresos los generados por los sectores primarios, como la minería, hidrocarburos, pesquero, inmobiliario, entre otros, los cuales son los principales motores de nuestro crecimiento económico y quienes demandan la mayor fuente de financiamiento para el desarrollo de sus actividades.

Así, en la siguiente información gráfica se muestra el PBI por sectores económicos y su proyección de crecimiento para el año 2019, siendo los sectores de construcción, minero e hidrocarburos quienes reportan mejores expectativas, como se muestra a continuación:

Figura 7.2. PBI por sectores económicos

PBI POR SECTORES ECONÓMICOS								
(Variaciones porcentuales reales)								
	2016	2017	2018		RI Set.18		RI Jun.18	
			I Trim.	II Trim.	2018*	2019*	2018*	2019*
Agropecuario	2,7	2,6	5,7	10,2	6,0	4,0	4,8	4,0
Pesca	-10,1	4,7	6,1	29,2	30,0	-4,2	30,0	-4,2
Minería e hidrocarburos	16,3	3,4	0,4	-0,7	-1,1	4,6	0,1	4,0
Minería metálica	21,2	4,5	1,6	-2,2	-1,1	5,0	0,5	3,5
Hidrocarburos	-5,1	-2,4	-5,9	8,6	-0,4	2,2	-2,0	7,6
Manufactura	-1,4	-0,2	0,5	10,8	5,6	3,6	5,1	3,8
Recursos primarios	-0,6	1,9	0,5	21,3	10,7	4,1	9,9	4,1
Manufactura no primaria	-1,6	-0,9	0,6	6,5	3,8	3,4	3,5	3,8
Electricidad y agua	7,3	1,1	2,0	4,6	3,4	4,0	3,3	4,0
Construcción	-3,0	2,1	4,6	7,4	6,0	7,0	7,5	8,0
Comercio	1,8	1,0	2,7	3,2	3,3	3,1	3,7	3,8
Servicios	4,0	3,3	4,2	5,1	4,5	3,9	4,1	4,2
PRODUCTO BRUTO INTERNO	4,0	2,5	3,1	5,4	4,0	4,0	4,0	4,2
Nota:								
PBI primario	10,0	3,1	1,7	5,9	2,6	4,2	2,9	3,8
PBI no primario	2,5	2,3	3,5	5,2	4,3	4,0	4,3	4,3

Fuente: Banco Central de Reserva del Perú

En tanto, la regla del EBITDA que tiene un enfoque basado en las ganancias, podrá ocasionar que sectores primarios que en sus primeros años de etapa operativa generan pérdidas, obtengan como resultado la no deducibilidad de sus gastos netos por intereses, los cuales a su vez, tienen un límite de cuatro años para ser compensados en aplicación del criterio de arrastre de intereses no permitidos, afectando directamente dichos sectores.

Se entiende que el Perú, tarde o temprano alineará sus normas fiscales con las reglas BEPS. Que, la norma tal cual ha sido incorporada es muy rígida para determinados sectores importantes de nuestra economía, principalmente, actividades como minería, hidrocarburos, pesca, inmobiliario y construcción, entre otros.

Por consiguiente, somos de la opinión de mantener la regla del EBITDA, pero teniendo en cuenta que este criterio debe ser uno más acorde con nuestra realidad, que no vulnere principios constitucionales y económicos como el de capacidad contributiva, derechos propiedad e igualdad.

7.2 Desaciertos contenidos en el “Decreto Legislativo N° 1424, que modifica la Ley del Impuesto a la Renta”

7.2.1 Sobre la necesidad de una adecuada definición de términos

De la revisión de la norma, se puede establecer como una de las debilidades la definición de términos. Es así, que la modificación realizada sólo define dos conceptos a nivel terminológico, como el interés neto y el EBITDA.

Ello resulta ser, a nuestro criterio insuficientes, quedando en la interpretación del contribuyente los demás términos o conceptos, que corresponde exponerlos con precisión y claridad a efectos de aplicar correctamente el presente decreto legislativo.

Se asegura que, los vacíos en las definiciones de los conceptos que incorpora la regla del EBITDA en nuestra legislación puedan llevar a que, los contribuyentes y la administración tributaria, realicen interpretación de términos creando controversia que deberá ser resuelta por el Tribunal Fiscal en la etapa correspondiente.

Para evitar lo antes expuesto, una posible modificación de la norma deberá contener mayor alcance en definiciones, debiendo ser recogido por el reglamento de la ley. Por

ello, se tiene la duda sobre la definición o tratamiento de los siguientes términos: ¿Que es deuda?, ¿Qué es interés?, ¿Qué es un pago económicamente equivalente a interés? ¿Qué partidas de ingresos y gastos deben incluirse dentro de la definición de interés y pago económicamente equivalente a interés? ¿Qué pasa con el pago a proveedores mayores de 180 días?, ¿Se considera el interés implícito para el cálculo del interés neto?

Siendo una norma con efecto suspendido, que regirá a partir del 1 de enero de 2021, el legislador tiene la obligación de definir dichos términos de manera clara, de forma tal que no deje a interpretación del contribuyente los conceptos que deben ser incluidos en la aplicación de la norma.

Por su parte, el enfoque de mejores prácticas para la implementación de la Acción 4, menciona que cada país utilizará sus propias definiciones de interés y de pagos económicamente equivalente a interés. También considera que para la determinación de los gastos netos por intereses de terceros, es necesario que se identifiquen las partidas de ingresos y gastos que están incluidas en la definición de interés o pagos económicamente equivalente a interés. Sin embargo, existen beneficios en los países que decidan adoptar definiciones coherentes en la norma, mejorando de esa forma la certeza para las entidades en la aplicación del nuevo criterio. (OCDE, 2016)

En ese sentido, el problema que suscita el alcance de las definiciones es muy relevante. Las legislaciones que vienen incorporando la Acción 4, exponen que uno de los puntos más complicados está relacionado al listado de términos unívocos que le permitan la correcta aplicación del nuevo criterio de limitación para la deducibilidad de intereses, que le entregue un tratamiento uniforme.

Así, se plantea otra interrogante ¿Cuál será el tratamiento que se otorgue a los intereses implícitos generados en aplicación de “Normas Internacionales de Contabilidad”?

Que, a partir del 1 de enero de 2019, “entrará en vigencia la Norma Internacional de Información Financiera 16 – Norma sobre Arrendamientos”, orientada a asegurar que los arrendatarios y arrendadores proporcionen información relevante que represente fielmente las transacciones. Vale decir, la “Norma Internacional de Contabilidad 17 – Arrendamientos”, que regulaba los arrendamientos financieros y operativos, otorgaba un tratamiento contable totalmente diferenciado.

Es así, que el tratamiento otorgado al arrendamiento operativo se reconocía en el estado de resultados, mientras que el arrendamiento financiero se reconocía en el Estado

de Situación Financiera. Sin embargo, la NIIF 16, equipara los tratamientos para ambos tipos de arrendamientos, debiendo reconocerse en el Estado de Situación Financiera de la compañía.

Lo novedoso de la NIIF 16, se da en “el tratamiento de los arrendamientos operativos que es regulado como si fueran arrendamientos financieros, siempre que concurren ciertas condiciones. Es decir, que el total de obligaciones correspondiente al contrato de arrendamiento operativo se registra en el balance de la empresa, afectando, por tanto, al activo y pasivo, como normalmente sucede con los arrendamientos financieros”.

La norma contable en el párrafo 26, supone que “la medición inicial del pasivo por arrendamiento debe realizarse al inicio del mismo, a valor presente de los pagos por arrendamiento que no se hayan realizado a la fecha. Así, los pagos por arrendamiento se descontarán usando la tasa de interés implícita, si la tasa pudiera ser determinada fácilmente. Asimismo, en la medición posterior se señala que el pasivo por arrendamiento se valora al costo amortizado mediante el uso del interés efectivo”.

Sobre el tratamiento de los intereses derivados de los arrendamientos financieros, se reconoce el interés del financiamiento brindado por las empresas financieras en la contabilidad de la empresa, debiendo tener el tratamiento de interés de financiamiento, sin perjuicio de considerar de manera particular, que las operaciones que abarca este tipo de financiamiento deberían estar excluidas del ámbito de aplicación de la regla de proporción fija, puesto que se dan con el ánimo de adquirir un activo fijo, por lo cual existe un menor riesgo de generar la erosión de la base y el traslado de beneficios.

Por lo tanto, nuestra posición considera que la norma tributaria o reglamentaria debe contemplar este tipo de vacíos, debiendo definir claramente que contempla la definición de interés y pagos económicamente equivalentes a interés, tomando en cuenta los cambios en la normativa contable que será aplicada a partir de año 2019.

Por ende, se sostiene que un tema pendiente e imprescindible en nuestra legislación interna es que el listado de términos no se agote sólo en 2 definiciones, debiendo contener el reglamento de la ley mayores alcances que permitan al contribuyente tener las herramientas necesarias para la adecuada aplicación del nuevo criterio de la regla del EBITDA, y que los vacíos en las definiciones no se preste a interpretaciones individuales que deriven en controversias con la Administración Tributaria.

7.2.2 Sobre la inclusión de partes independientes en las reglas de limitación en la deducción de los gastos de intereses

Que, el “Decreto Legislativo 1424”, mediante “Primera disposición complementaria final”, dispone la entrada en vigencia a partir del 01 de enero de 2019, de una ampliación en el criterio de la regla de subcapitalización, comprendiendo los financiamientos entre partes independientes. Vale decir, la regla de subcapitalización deberá ser aplicada sin distinción alguna a partes vinculadas e independientes, considerando tal medida como incorrecta a todas luces.

Las reglas de subcapitalización, desde su concepción, son pensadas para limitar la erosión de las bases imponibles que tienen efecto a través de empresas vinculadas ocasionadas por su especial relación. Por tal razón, no es de sorprender que dichas reglas en la mayoría de los países de la región, se aplican sólo para limitar el financiamiento entre partes vinculadas.

El objeto de las reglas de subcapitalización es combatir el traslado de utilidades a través de los intereses excesivos que disminuye la base gravable del impuesto a las sociedades. Se dice entonces, que una empresa se encuentra subcapitalizada, cuando la mayor parte del financiamiento se realiza por deuda y no por incremento de capital de parte de los socios. Siendo además normas que típicamente limitan la deducibilidad de intereses pagados por préstamos otorgados por partes vinculadas, es decir, por socios, accionistas o empresas relacionadas del mismo grupo económico. (Torres-Richoux & García, 2015)

Ahora, nuestro legislador sostiene, que las reglas de subcapitalización también deben aplicarse a partes independientes. De la revisión de la exposición de motivos, se señala que una de las razones que soporta tal inclusión es la existencia de indicios que los contribuyentes adoptan esquemas complejos que no permiten a la Administración Tributaria verificar que el financiamiento deriva de partes vinculadas, utilizando el denominado back-to-back, para lo cual utiliza un tercero intermediario, sosteniendo que la evidencia de ello corresponde a que las empresas sin patrimonio o bajas utilidades se hacen de préstamos desproporcionados.

El legislador, para soportar la posición que las empresas realizan back-to-back, evalúa el indicador del grado de endeudamiento utilizando la relación pasivo patrimonio que se aplica a una muestra de Principales Contribuyentes, relacionándolo al incremento

de activo fijo. Lo cual, se considera que es un criterio sumamente subjetivo que no tiene una base firme que confirme dicho criterio.

Otro punto, hace referencia a la legislación comparada, indicando que países como Colombia y España limitan la deducción de intereses de cualquier endeudamiento, es decir, de partes independientes y vinculadas.

Sin embargo, Colombia tiene procesos de demandas de inconstitucionalidad producto de la implementación de las reglas de subcapitalización, referidas a la vulneración de principios, tales como el derecho de igualdad, debido proceso, libertad de empresa, equidad, entre otros.

Asimismo, la legislación colombiana, en el año 2018, ha modificado la regla de subcapitalización, limitando exclusivamente el endeudamiento entre partes vinculadas, cambiando el criterio que el legislador peruano toma como referencia en la exposición de motivos.

Otro aspecto, mencionado en la exposición de motivos, supone que la OCDE señala que el uso del interés del financiamiento entre partes independientes y vinculados es una forma de planificación fiscal para el traslado de beneficios por la fluidez y fungibilidad del dinero, que permite ajustar la deuda y el capital de una entidad controlada. Sin embargo, se cree que es sustento errado, puesto que se habla de un ajuste en una entidad controlada como mecanismo de traslado de beneficios, lo que supone vinculación.

De las razones antes expuestas, se sostiene que nuestro legislador no cuenta con un criterio firme y objetivo para manifestar que en nuestro ordenamiento, las operaciones “back to back” son frecuentes y sean la base para incluir el financiamiento entre partes independientes a la regla de subcapitalización, vulnerando el principio constitucional de la libre contratación. Así, como incluir sin mayor reflexión en nuestro ordenamiento dicho criterio sin considerar la experiencia en otras jurisdicciones.

En tal sentido, se sostiene que el mantener en nuestro sistema tributario, la regla de subcapitalización aplicable a partes independientes, se estaría vulnerando el principio constitucional de libre contratación. Dicho principio, insta que las partes tienen la libertad de contratar bajo las condiciones que éstos tomen oportuno, sin que con su accionar vulneren normas orden público y las buenas costumbres.

Es claro, que poner límites a la deducción de los gastos por intereses a partes independientes, ocasiona que no cuenten con la facultad de contratar de forma libre con

todos los beneficios fiscales que antes implicaba endeudarse entre partes independientes. Ahora, las empresas independientes tendrán un límite para deducir sus gastos por intereses como consecuencia de una operación de crédito entre las mismas.

Se considera que dicha regulación resulta abiertamente inconstitucional, así como los efectos que puede tener en la economía del país pueden ser contraproducentes, ya que generará que se ahuyente la inversión privada por el entendido de que es más importante prevenir operaciones back to back, que no tienen una fuente confiable del nivel de perjuicio que generan al fisco.

En tal sentido, se recomienda establecer una obligación al contribuyente donde manifieste, mediante declaración jurada, que el endeudamiento que realiza a través de diversas entidades no oculta una operación back to back, pudiendo aplicársele lo dispuesto por la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario si se comprobare la falsedad de declaración.

7.2.3 Sobre “los efectos de la aplicación de la regla de proporción fija en las empresas que obtengan EBITDA cero o negativo”

En principio, se puede señalar que el establecimiento de una regla de la proporción fija aplicable a los intereses de deudas con partes vinculadas e independientes puede dejar algunos vacíos importantes que deben ser cubiertos pronto.

Ahora, las recomendaciones del enfoque de mejores prácticas para limitar la deducibilidad de los intereses de la Acción 4, establece supuestos de exclusión de la regla de proporción fija; principalmente para determinados casos en que el riesgo de erosión de la base se reduce o no existe. Sin embargo, la pregunta que se realiza es ¿qué sucede en los casos donde no alcanzan los supuestos de exclusión a otras actividades o supuesto de necesaria cobertura?

Así, se tiene los casos de las empresas que arrojan un EBTIDA cero o EBITDA negativo. Entonces ¿Cuál es el tratamiento que le otorga la nueva regla de limitación de intereses? Al respecto, es claro que el legislador no considera qué procedimiento deben seguir dichas empresas. Se entiende que estas empresas no podrán deducir ningún gasto por intereses debido a que no tienen ganancia generada que haga posible la aplicación del ratio propuesto en la norma.

En tal sentido, por una labor de corrección normativa, se estima conveniente la inclusión a los supuestos de no aplicación de las reglas del EBITDA, a las empresas que

no obtiene un EBITDA positivo los primeros años de inicio de su actividad empresarial, y que como resultado de la aplicación de la norma general, sin ninguna excepción, ocasionaría serios problemas para empresas de tales características.

Es importante señalar, que las empresas, dependiendo del sector empresarial, en los primeros años de inicio de sus operaciones obtienen regularmente pérdidas, por ejemplo, empresas del sector minero, pesquero, inmobiliario, entre otros.

Por lo tanto, se sostiene que el tratamiento aplicable a las entidades que obtienen EBITDA cero o negativo debe quedar expresamente establecido en la norma tributaria y/o reglamentaria como supuesto de exclusión del ámbito de aplicación de la norma o contar con mecanismos jurídicos tributarios que permita que este tipo de empresas puedan deducir sus gastos por intereses aun cuando sus niveles de EBITDA no le resulten favorables, como por ejemplo, contar con un sistema de arrastre ilimitado de gastos por intereses no permitidos, similar al sistema b de arrastre de pérdidas tributarias.

Por consiguiente, somos de la postura que resulta de mucha importancia para nuestro país identificar que nuestra economía se basa en una explotación de actividades primarias.

Que, las actividades antes referidas generan progreso a nuestro país, que paradójicamente, tienen como característica que dentro de sus primeros años de desarrollo empresarial, el EBITDA cero o negativo, lo que ante una eventual aplicación de la norma ocasionaría un desconocimiento de toda la bolsa de gastos que generen en dicho periodo de pérdidas, por la actual redacción de la norma.

En dicho sentido, se concluye que la posibilidad de aminorar el desconocimiento de los gastos por intereses generados por empresas que obtienen EBITDA cero o negativo por la volatilidad de las ganancias, podría soportarse a través de un sistema de arrastre de gasto netos por intereses ilimitado, tomando como referencia el sistema b de arrastre de pérdidas tributarias.

7.2.4 Sobre “la incorporación de supuestos adicionales a la exclusión del ámbito de aplicación de la norma”

El decreto legislativo incluye supuestos de exclusión del ámbito de aplicación de la nueva regla de subcapitalización y la regla del EBITDA, que ha sido desarrollado en uno de los puntos anteriores. Sin embargo, es menester incluir supuestos adicionales, que tienen un riesgo bajo de erosión de la base y traslado de utilidades, que se desarrolla a continuación:

7.2.4.1 Operaciones de Arrendamiento Financiero

El arrendamiento financiero está regulado por el “Decreto Legislativo 299 y sus normas modificatorias”, definiéndolo como “el contrato mercantil que tiene como objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora bancaria o financiera o cualquier otra autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), para que sea usada por la arrendataria mediante el pago de cuotas periódicas con opción de compra, teniendo características particulares”. (Decreto Legislativo N° 299, 1984)

“La norma no establece una restricción para los sujetos que puedan tener la calidad de arrendatario financiero, resultando lo contrario en el caso del arrendador financiero. Puesto que, la norma exige que sea necesariamente una empresa bancaria, financiera o cualquiera otra empresa autorizada por la SBS, debiendo contar con estos elementos descritos para ser considerado un contrato de arrendamiento financiero y tener los beneficios que la ley le otorga”. (Soria, 2008)

Es así que el arrendamiento financiero es un tipo de financiamiento que le permite a la empresa arrendataria adquirir bienes del activo fijo ejerciendo la opción de compra en la fecha determinada en el contrato, con el fin de explotar dichos bienes en sus operaciones productoras de renta, debiendo concurrir una serie de elementos estipulados en el contrato.

En el cuadro siguiente se muestra el número de contratos de arrendamiento financiero suscritos en los últimos años por sectores económicos, donde se aprecia que este tipo de financiamiento ha disminuido.

Tabla 7.13. Contratos de Arrendamiento Financiero por Sector Económico (En unidades)

Sector Económico	2018	2017	2016	2015	2014
Agricultura, Ganadería, Caza y Silvicultura	1,437	1,413	1,392	1,443	1,556
Pesca	166	203	263	289	313
Minería	740	716	808	997	1,189
Industria Manufacturera	5,122	5,507	5,775	6,378	7,079
Electricidad, Gas y Agua	124	131	126	145	151
Construcción	1,428	1,570	1,869	2,243	2,535
Comercio	6,613	7,062	7,893	8,684	9,887
Hoteles y Restaurantes	420	594	655	725	817
Transporte, Almacenamiento y Comunicaciones	7,683	8,375	8,429	9,370	10,254
Intermediación Financiera	69	65	75	81	106
Actividades Inmobiliaria, Empresariales y de Alquiler	5,512	5,849	6,481	7,057	7,660
Administración Pública y Defensa	9	8	11	12	12
Enseñanza	58	63	69	63	91
Servicios Sociales y Salud	576	612	620	641	623
Otras Actividades de Servicios Comunitarios	1,466	1,568	1,798	2,136	1,696
Hogares Privados c/Servicio Doméstico y Órg. Extraterritoriales	480	494	992	928	921
Total	31,903	34,230	37,256	41,192	44,890

Fuente: Superintendencia de Banca y Seguros (SBS)

Elaborado: Autores de esta tesis

De la misma forma, el cuadro siguiente nos muestra los contratos de arrendamiento financieros en miles de soles, donde se puede visualizar la misma variación, en los últimos años.

Tabla 7.14. Contratos de Arrendamiento Financiero por Sector Económico (En miles de soles)

Sector Económico	2018	2017	2016	2015	2014
Agricultura, Ganadería, Caza y Silvicultura	723,109	606,048	589,893	592,793	571,302
Pesca	220,647	332,562	402,268	474,335	379,657
Minería	1,507,863	1,505,066	1,770,281	2,244,943	2,285,830
Industria Manufacturera	3,400,032	3,556,170	3,608,902	4,068,377	4,207,306
Electricidad, Gas y Agua	2,405,410	2,998,145	3,618,224	4,048,104	3,536,097
Construcción	751,521	781,681	860,044	961,497	937,687
Comercio	2,143,920	2,328,595	2,556,168	2,642,800	2,702,733
Hoteles y Restaurantes	429,579	632,943	684,924	721,682	667,841
Transporte, Almacenamiento y Comunicaciones	2,661,752	2,910,228	2,876,576	3,167,642	3,167,114
Intermediación Financiera	44,650	81,422	62,304	68,549	49,254
Actividades Inmobiliaria, Empresariales y de Alquiler	3,671,618	3,803,468	3,971,310	3,972,116	3,802,630
Administración Pública y Defensa	1,535	984	3,917	2,805	895
Enseñanza	31,586	21,695	12,519	12,474	11,320
Servicios Sociales y Salud	236,843	295,553	310,784	339,648	275,033
Otras Actividades de Servicios Comunitarios	391,530	408,770	456,165	457,945	397,642
Hogares Privados c/Servicio Doméstico y Órg. Extraterritoriales	111,651	130,786	363,697	200,590	138,136
Total	18,733,246	20,394,116	22,147,976	23,976,298	23,130,476

Fuente: Superintendencia de Banca y Seguros (SBS)

Elaborado: Autores de esta tesis

En ese sentido, como se expuso, el enfoque de mejores prácticas del informe de la Acción 4, recomienda complementar la regla de proporción fija con reglas de exclusión a entidades o situaciones que representen menor riesgo de BEPS.

Por su parte, la exposición de motivos señala que parte de la problemática que sustenta la modificación de la regla de subcapitalización y la inclusión de la regla del EBITDA, es el análisis del indicador financiero en la relación de pasivo patrimonio

(PASPAT), que evalúa el grado de endeudamiento. Se sostiene además, que la razón del endeudamiento por parte de las empresas es adquirir activos productivos que contribuyan con la generación de renta gravada. No obstante, de los resultados obtenidos de la muestra aplicada a los principales contribuyentes, indica que las empresas que estuvieron más apalancadas no evidenciaron un incremento significativo de sus activos fijos.

Como se puede apreciar, los argumentos expuestos por el legislador dentro de la problemática para los cambios normativos en las reglas de limitación de la deducibilidad de intereses, considera que las empresas se endeudan sin un propósito de adquirir bienes del activo fijo que contribuyan a la generación de renta, haciendo erosionar la base imponible.

De opinión contraria, Bravo Cucci, “coincide con los autores de la tesis que los arrendamientos financieros serían una opción bastante sustentable y fehaciente de adquirir activos fijos para la generación de renta o el mantenimiento de la fuente productora de la renta, cuando ejecutan la opción de compra”. (Bravo, 2019)

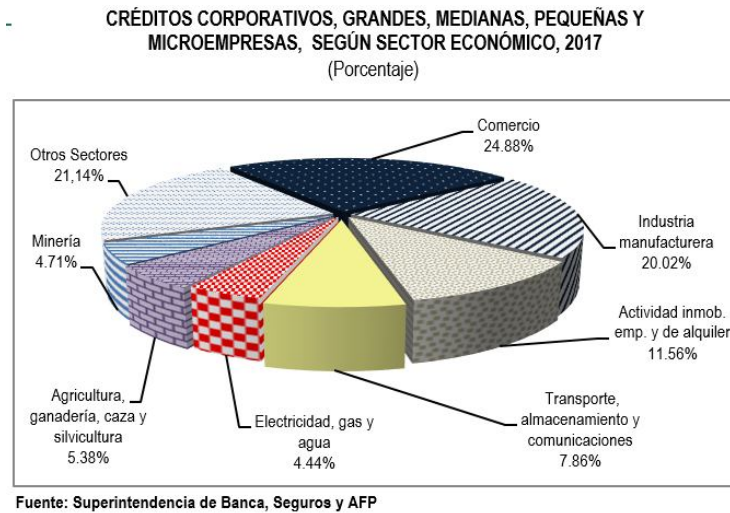
Por lo expuesto, el financiamiento vía arrendamiento financiero, tiene un sustento bastante evidente en la adquisición de activos fijos que permiten la generación de renta. Por ende, nuestra propuesta de ampliación de los supuestos que excluyen del ámbito de aplicación de la norma, incluye a las operaciones de arrendamiento financiero, al tener un riesgo mínimo de generar la erosión de la base imponible.

7.2.4.2 Financiamiento obtenido de entidades bancarias y financieras

Las empresas suelen recurrir a varias fuentes de financiamiento, con el propósito de desarrollar sus actividades que le permitan generar renta o mantener su fuente productora. En nuestro país, la principal fuente de endeudamiento generado proviene de empresas del sistema financiero que son reguladas por la “Superintendencia de Banca y Seguros”, la cual cuenta con una regulación especial.

A continuación se puede apreciar los porcentajes de créditos directos obtenidos por sector empresarial en el año 2017.

Figura 7.3. Créditos corporativos, grandes, medianas, pequeñas y microempresas, según sectores económicos, 2017



Es así, que el decreto legislativo, sujeto de análisis, desarrolla supuestos de exclusión del ámbito de aplicación de la norma, conteniendo dentro de ellos a “las empresas financieras 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”. Así, como a los intereses de endeudamiento provenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deudas que cumplan con ciertas condiciones.

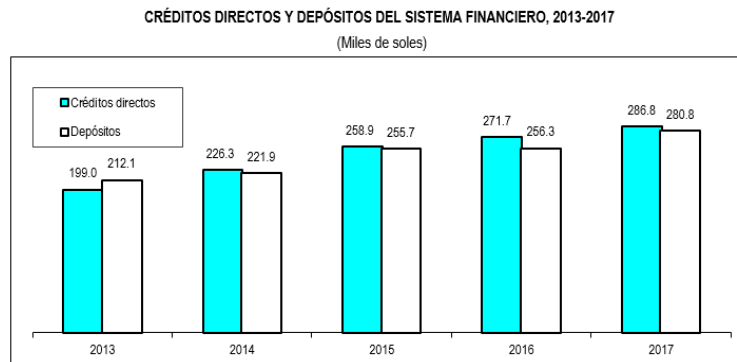
Al respecto, las consideraciones descritas en la exposición de motivos que excluye del ámbito de aplicación de la norma, recogiendo las recomendaciones del enfoque de mejores prácticas, señalan que por la naturaleza de sus negocios, las empresas del sistema bancario y financiero implican un menor riesgo de erosión de base y traslado de utilidades.

El enfoque de mejores prácticas de la Acción 4, señala que se puede aplicar normas de limitación selectiva que restrinjan las deducciones de intereses en los pagos efectuados en virtud de transacciones o arreglos específicos. Estos riesgos específicos están referidos a transacciones o pagos realizados a una parte relacionada o a un tercero en virtud de un acuerdo estructurado. Por ejemplo, el acuerdo back-to-back, se da cuando la entidad realiza un pago de intereses a un tercero, siendo éste quien también realiza un pago a la entidad o a una parte relacionada. (OCDE, 2016)

Por su parte, la exclusión realizada al endeudamiento proveniente de la emisión de valores mobiliarios, limita posibilidad del contribuyente de adquirir financiamiento a través de las diversas fuentes que son ofertadas en el mercado bancario y financiero. A nuestro criterio, esto vulnera el principio de libre contratación como se expone más adelante.

Asimismo, en el cuadro siguiente se puede apreciar la variación de los créditos directos del Sistema Financiero de los años 2013 al 2017, pudiendo apreciar que no existe variación significativa que presuma el aprovechando de la deuda para fines no impositivos.

Figura 7.4. Créditos directos y depósitos del Sistema Financiero, 2013-2017



Fuente: Superintendencia de Bancos, Seguros y AFP

Asimismo, del supuesto que las empresas recurren a financiamientos por acuerdos estructurados denominados back-to-back, existen diversas formas que puedan limitar este tipo de operaciones y que le permita a la Administración Tributaria un adecuado control.

En ese sentido, la legislación colombiana ha modificado su regla de subcapitalización incluyendo una cláusula a efectos de contrarrestar el fenómeno elusivo de operaciones “back to back”, solicitando al contribuyente la obligación de presentar un certificado o declaración jurada en el extremo de que su respectiva operación de financiamiento no encubre este tipo de prácticas.

Es así, que se concluye necesario exponer una limitación a los préstamos bancarios cuando éste es garantizado por parte de una empresa relacionada o a través de fondos disponibles en la misma entidad. De esa forma, se estaría combatiendo de forma directa

las operaciones back to back, sin la necesidad de limitar de plano a todo tipo de financiamiento bancario o financiero.

Por lo expuesto, se entiende que se debe incluir como supuesto de exclusión del ámbito de aplicación de la norma al financiamiento obtenido de entidades financieras y bancarias reguladas por la “Superintendencia de Banca y Seguros”, solicitando al contribuyente una declaración jurada obligatoria donde confirme que las operaciones de financiamiento que realiza no constituye “back to back”, de lo contrario sería aplicable lo dispuesto por la “Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario”.

7.2.4.3 Empresas con EBITA cero o negativo

Que, sería sumamente saludable para nuestra economía, entender que si se incluye dentro de nuestro sistema jurídico tributario una norma que tenga como punto de referencia al EBITDA, para poder deducir los gastos por intereses, es importante analizar ¿Qué sucedería en los casos de empresas que tengan volatilidad en sus ganancias, obteniendo en diversos períodos EBITDA cero o negativo?

Como ya se había adelantado en líneas anteriores, resulta importante que se reconozca el hecho que las empresas de sectores primarios de nuestra economía, tienden a arrojar EBITDA cero o negativo en diversos años de operaciones, producto de la volatilidad de las ganancias, debido a agentes externos, considerando una posible exclusión del ámbito de aplicación de la norma.

Se sostiene oportuno atender este especial tipo de empresas, debido a que su importancia dentro de nuestra economía no es poca. Máxime si el Perú, es un país en vías de desarrollo, así como un país que se enmarca dentro de las actividades primarias, importación y de crecimiento por el boom inmobiliario.

En tal razón, se entiende necesario el análisis que la norma considere como exclusión expresa del ámbito de la aplicación a las empresas que obtengan EBITDA cero o negativo, de tal manera, que puedan deducir sin ningún límite sus gastos por intereses en periodos futuros.

Lo cierto es que, lo dicho anteriormente deberá ser acompañado por una regla de arrastre de pérdidas sin límite, como la expuesta anteriormente. De tal suerte, que los gastos por intereses de dichas empresas puedan ser utilizados sin límite en periodos en

donde la empresa sí obtenga EBITDA positivo que le permita aplicar los gastos no permitidos en períodos pasados.

En dicho sentido, (Llosa) opina lo siguiente respecto de la posibilidad de aplicar un sistema paralelo de arrastre de gastos por intereses no permitidos:

Sí, por supuesto. Imagínate que en el sector de hidrocarburos las inversiones son muy significativas, teniendo en un contrato etapas muy claramente diferenciadas e identificadas que son la etapa de exploración y la etapa de desarrollo. Todas las inversiones que hacemos en estas dos etapas se acumulan en una cuenta y tributariamente se pueden amortizar en cinco ejercicios. Siendo un escudo tributario muy importante, con cual ni siquiera el Proyecto Camisea en sus dos primeros años pudo determinar renta neta imponible, por lo que es de tal magnitud el escudo que absorbe las utilidades de esos primeros años.

Ya en el tercer o cuarto año hay ganancias, pero en los dos primeros no. Entonces, esta que es una norma promocional que busca optimizar tu posición financiera y tu rentabilidad, dándote este beneficio se contrapone con la norma, porque con el hecho que si yo lo aplico en el primer año, voy a tener pérdidas; en el segundo año también y ¿Qué pasa con mis gastos financieros? (Llosa, 2019)

De tal suerte, se concluye que la manera que las empresas que obtienen EBITDA cero o negativo en alguno de sus períodos operativos que no han sido alcanzadas por las exclusiones expuestas en la modificación de la norma, considere un sistema adicional de arrastre que le permita deducir en los períodos posteriores los intereses no permitidos en el período que obtienen EBITDA cero o negativo por aplicación de la regla del EBITDA. Es así, que se sostiene la necesidad de incluir un sistema paralelo de arrastre de gastos por intereses no permitidos similar a sistema b de arrastre de pérdidas tributarias.

7.2.4.4 Las empresas que se encuentran en etapa pre-operativa.

Las empresas pre-operativas incurren en costos y gastos relacionados a dicha etapa, que incluye la adquisición de capitales a través de financiamiento, lo que tiene como efecto que no obtengan ganancias en los primeros años.

Por lo que se cree que otro aspecto importante que deberá ser expuesto por la ley, es determinar si dentro de esta exclusión se debe considerar a las empresas que se encuentran en etapa pre operativa, cuyos ingresos generados en los primeros años son

menores a las 2500 UITs. (Martínez & Villar, 2018) Se sostiene que la redacción actual del Decreto Legislativo N° 1424, genera serias dudas, respecto de las empresas que se encuentran en las actividades catalogadas como las de “pre-operativo”¹². En tal sentido, la norma sólo hace alusión a un supuesto de exclusión general del ámbito de aplicación, que refiere que las empresas que tengan ingresos menores a las 2,500 UITs, estarán exentas de límite alguno, al momento de deducir sus gastos por intereses en la determinación anual de su respectivo impuesto a la renta.

Así, el cuestionamiento aludido se resume con la siguiente interrogante: ¿Las empresas que se encuentran en etapa pre-operativa, pero que esperan llegar a ser grandes empresas, como por ejemplo: las mineras, inmobiliarias, pesqueras, entre otras, se encuentran dentro de este supuesto? La respuesta a esa interrogante parece ser sencilla, ya que, la “ratio legis”¹³ de la norma quiere excluir de los límites en la deducción de los gastos por intereses a las empresas mypes. Pero, es claro, que las grandes empresas como las mencionadas deben ser alcanzadas por la norma y contar con límites en sus deducciones de gastos por intereses.

Adicionalmente, la razón por la que se cree esta aclaración debe ser expresa, es porque algún contribuyente podría realizar una *interpretación extensiva* de la norma, y argumentar que donde “la norma no hace distinciones, no vale aclaraciones”, y comprender a las empresas que en un inicio son pre-operativas y luego se vuelven grandes empresas, dentro de la regla general de exclusión de las empresas con ingresos netos menores a 2,500 UIT. Por tanto, lo antes referido podría bien estar precisado en la norma evitándonos cualquier tipo de interpretación errada de la misma.

Por otro lado, un aspecto que resulta importante ser aclarado respecto de los gastos por intereses generados por las empresas en etapa pre-operativa, se refiere acerca de su tratamiento normativo, es decir, si le corresponde que se le aplique el inciso a) o el inciso g) del artículo 37 de la LIR. (Martínez & Villar, 2018)

Se sostiene, que los gastos por intereses que incurran las empresas dentro de su etapa pre-operativa, deberán regirse por “el inciso g)¹⁴ del artículo 37 de la LIR”, y no

¹² Las actividades pre-operativas, también llamados actividades de constitución, de preapertura o de organización, son aquellos que se realizan antes del inicio de operaciones de una empresa, o antes del lanzamiento de una nueva iniciativa de una empresa ya existente.

¹³ Debe entenderse por “ratio legis” como “razón de ser de la ley”, vale decir, lo que quiere decir de la norma se obtiene desentrañando su razón de ser intrínseca, la que puede extraerse de su propio texto.

¹⁴ “Inciso g) del artículo 37 de la LIR: Los gastos de organización, los gastos preoperativos iniciales, los gastos preoperativos originados por la expansión de las actividades de la empresa y los intereses devengados durante el período preoperativo, a opción del contribuyente, podrán deducirse en el primer ejercicio o amortizarse proporcionalmente en el plazo máximo de diez (10) años”.

por el inciso a) del mencionado artículo, ya que a nuestro entender, el inciso g) resulta ser una regla específica para el tratamiento tributario de los gastos por intereses para las empresas que desarrollan su actividades dentro de la etapa pre-operativa.

En tal sentido, se sostiene que por claridad legislativa dicha circunstancia también debería estar regulado de forma expresa en la norma, de tal forma, que el contribuyente y la administración tributaria tengan pautas claras sobre qué regla jurídico tributaria aplicará al caso en concreto. Para el caso de la empresas que se encuentran en el pre-operativo, consecuentemente, se tenga predictibilidad sobre las reglas a aplicar para tales actividades (Llosa, 2019).

Por lo tanto, se concluye que las empresas que se encuentran en etapa pre-operativa que generan intereses por endeudamiento deberán ser tratados por el inciso g) de la LIR, considerando todos los intereses de esa etapa como deducibles, pues dicho artículo no señala ninguna limitación. Por lo cual, pueden deducirlos en el primero año de operación o hasta el plazo máximo de 10 años, según la opción por la que opte el contribuyente.

7.2.5 Sobre la vulneración de principios constitucionales en la incorporación de las reglas de limitación de gastos por intereses. ¿Qué principios son afectados?

Otro aspecto de la problemática BEPS, está referido a los cuestionamientos en la implementación y tratamiento de la Acción 4, cuyo objetivo es combatir la erosión de las bases imponibles y el traslado de utilidades a zonas de nula o baja imposición.

En Alemania, por ejemplo, existe cuestionamiento constitucional sobre la incorporación de la Acción 4 a su normativa interna. En tal sentido, el Tribunal Federal eleva la consulta al Tribunal Constitucional, respecto si la norma vulnera o no el principio de libertad contractual de los contribuyentes.

Algunos expertos opinan, que lo antes precisado, es un tema de gran importancia para las aspiraciones de la OCDE de poder encontrar uniformidad en la aplicación del Plan de Acción BEPS a nivel europeo. No cabe duda, que la respuesta del Tribunal alemán sobre tal cuestionamiento constitucional tendrá carácter vinculante, siendo una sentencia importante que tendrá impacto en los demás países. Siendo que, si Alemania considera como inconstitucional la incorporación de la Acción 4 dentro de su normativa

interna, los demás países podrían tener reparos a tal incorporación, que podrían derivarse también en acciones de inconstitucionalidad.

Y es que para el ordenamiento alemán, el sentido de colocar una regla de proporción fija podría estar vulnerando el principio de igualdad entre los contribuyentes, ya que toma partido por una regla que se aplica a todos los contribuyentes por igual sin ninguna exclusión.

Así, la regla implementada no distingue entre operaciones reales de las que si pretenden erosionar la base imponible, por ende, este tratamiento indiferenciado estaría vulnerando el principio de igualdad contributiva, colocando límites a operaciones reales que tendrán frenos al momento de deducir sus gastos por intereses.

De lo argumentado, se realiza un primer atisbo sobre la experiencia de inconstitucionalidad en Alemania en la incorporación de la Acción 4, la cual por ser un país miembro de la OCDE, resulta de gran importancia colocar en relieve este problema.

Ahora bien, del análisis realizado al decreto legislativo que modifica las reglas de limitación en la deducibilidad de intereses, se revisará los principales problemas de constitucionalidad que se advierte de la incorporación de la norma, que se expone a continuación:

7.2.5.1 Derecho a la Igualdad

Este derecho fundamental nos establece que, de forma genérica, debe existir un trato igual para los iguales y desigual para los desiguales. Quiere decir, que el principio de igualdad no sólo significa que se trate por igual a todas las personas, sino que dicho tratamiento debe realizarse siguiendo ciertos parámetros de justificación cuando el trato desigual sea necesario.

Indudablemente, en materia tributaria, será de suma importancia para la recaudación tributaria del país, la capacidad económica del contribuyente. En tal sentido, será la capacidad contributiva el presupuesto habilitante del cobro de los tributos. No puede existir presión tributaria ante la ausencia de capacidad económica, y no puede dejar de existir un tributo donde haya capacidad contributiva. (Mendoza Pérez, 2015)

Por su parte “el Tribunal Constitucional respecto del Principio de igualdad tributaria no significa que toda riqueza debe ser gravada de la misma forma o intensidad,

sino que ello debe hacerse en virtud del principio de capacidad contributiva”. (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 01414-2013-PA/TC, 2013)

El mismo tribunal advierte que “conforme al principio de capacidad contributiva, el reparto de los tributos debe realizarse de forma tal que se trate de igual a los iguales y desigual a los desiguales, por lo que las cargas tributarias recaen donde exista riqueza que pueda gravarse, que implica la existencia de capacidad personal o patrimonial de los contribuyentes”. (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2727-2002-AA, 2002)

En tal sentido, el derecho a la igualdad, como principio constitucional protegido en materia tributaria está íntimamente vinculado con la capacidad contributiva de los contribuyentes, siendo que el Estado debe establecer tributos y recaudar los mismos con justicia y preservar el derecho a la igualdad.

Así, se percibe que con la dación del “Decreto Legislativo N° 1424”, se vulnera el derecho a la igualdad, en el sentido, de que la norma tiene el norte de evitar la elusión tributaria; no obstante, se coloca “a priori” en que todos los contribuyentes realizan operaciones de endeudamiento teniendo la finalidad de evadir impuestos.

Por ende, la ampliación en los criterios incorporados a la norma de subcapitalización y los alcances de la nueva regla del EBITDA, no hace distinción de los contribuyentes a quienes se les aplica la norma, imprimiendo a estas reglas un límite que no debe ser rebasado. De ser el caso, automáticamente, existe una presunción de elusión tributaria que será sancionado con el desconocimiento del gasto.

7.2.5.2 Debido proceso

Respecto al derecho del debido proceso “se puede indicar que los actos que sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa del debido proceso. En tal medida, el debido proceso implica el conjunto de garantías que mantiene un persona para hacer valer un determinado derecho, y que el Estado reconoce, tomándolo como valioso y protegido”. (Salmón & Blanco, 2012)

En ese sentido, el Tribunal Constitucional manifiesta que “el principio constitucional de debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público, que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, a fin que las personas se encuentren en condiciones de defender

adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos”. (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 4289-2004-AA/TC, 2004)

Así, el debido proceso denota la capacidad de poder probar los elementos que aseguren la titularidad o el ejercicio de un derecho. En nuestro caso, los derechos de los contribuyentes. Asimismo, existe un debido proceso, en la medida que se presente la oportunidad para el contribuyente de probar la fehaciencia de su operación.

No obstante, se identifica que dicha garantía no se encuentra presente en la redacción del Decreto Legislativo N° 1424, esto quiere decir, que tal y como la regla está redactada todos los contribuyentes que superen los límites del EBITDA, serán desconocidos en sus gastos por intereses sobre el exceso, eliminando la posibilidad de sustentar que la operación a pesar de superar el límite legal, es una operación verídica, fehaciente y no elusiva, debiendo no aplicársele tal límite.

Por tales argumentos, se sostiene que la regla de proporción fija en el exceso que supera el 30% del EBITDA, vulnera el derecho fundamental al debido proceso. Esto, ya que no existe el espacio de probanza para el contribuyente de eximirse de una regla tan rígida que no admita excepciones o justificaciones para los casos de operaciones fehacientes como las indicadas.

7.2.5.3 Libertad de contratación de los contribuyentes

Asimismo, se considera que los nuevos criterios incorporados a la regla de subcapitalización, que amplía las operaciones de financiamiento entre partes independientes, para la determinación del límite deducible para las deudas constituidas o renovadas desde la fecha de promulgación de la norma, que entrará en vigencia a partir del 01 de enero del 2019 hasta el 31 de diciembre del 2020, vulnera el principio de libertad de contratación de los contribuyentes.

La constante en las reglas de subcapitalización es regular el endeudamiento entre partes vinculadas como limitante de la erosión de la base a través de intereses. Sin embargo, la nueva regla de subcapitalización comprende, sin restricción, a las operaciones de endeudamiento entre partes vinculadas y no vinculadas, generando efectos que restringen a las empresas la libertad de poder contratar o adquirir financiamientos de fuentes que el mercado les ofrece.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional señala que “el derecho a la libre contratación reconocido en la Constitución Política del Perú, se fundamenta en el

principio de autonomía de la voluntad que tiene doble contenido. El primero, denominado la libertad de contratar, llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir, cómo, cuándo y con quién se contrata; y el segundo, denominado la libertad contractual, que forma parte de las libertades económicas que integran el régimen económico recogido en la Constitución”. (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 01405-2010-PA/TC, 2010)

Es por ello, se cree que la regla de subcapitalización impone límites a los contribuyentes, sobre la libre contratación del financiamiento por el cual deciden optar para el desarrollo de sus operaciones.

Por lo tanto, se vulnera el principio de libertad de contratación, restringiendo el ejercicio de un principio constitucional.

CAPITULO VIII: LEGISLACIÓN COMPARADA

En el presente capítulo, se conocerá cual es el tratamiento que le otorgan las diversas legislaciones a la limitación de gastos por intereses. Se revisará los enfoques y características específicas que recoge cada país en la implementación de la regla de subcapitalización o la regla del EBITDA, analizando los límites aplicables en cada jurisdicción, tomando como referencia la información contenida en “Worldwide Tax Summaries” Corporate Taxes 2017/18 de PWC.

8.1 República Checa

La legislación de República Checa, regula la aplicación de la regla de subcapitalización, que limita la deducción fiscal del pago de intereses sobre el financiamiento de la deuda entre partes vinculadas, que incluye los costos financieros. Esta regla también es aplicable a partes independientes, como es el caso de los préstamos bancarios con financiación retroactiva, que es aquella operación en la que una entidad bancaria funciona de intermediaria entre dos partes relacionadas.

La relación deuda / capital aplicable a los préstamos entre partes vinculadas es de 4:1. Sin embargo, la empresas de servicios financieros deberán aplicar una relación de 6:1.

8.2 Alemania

La limitación aplicable al gasto neto por intereses del año de las compañías, solo será deducible hasta el 30% del EBITDA, considerando el financiamiento de accionistas, partes vinculadas o terceros independientes.

Dicha regla no es aplicable cuando el gasto neto por intereses del año sea menor a 3 millones de euros o cuando el monto neto pagado a cualquier accionista o parte relacionada no sea mayor al 10% del total. La capacidad de interés no utilizada puede transferirse hasta cinco años futuros, permitiéndole cubrir el exceso de intereses generados, teniendo los mismos principios que regulan el arrastre de pérdidas.

No obstante, el Tribunal Fiscal Federal en el año 2015, señaló que dicha regla infringía la constitución, solicitándole al Tribunal Constitucional que emita una resolución definitiva que suspenda su aplicación.

La regla de limitación de intereses es una regla complementaria, no sustituyendo la aplicación de las normas de precios de transferencia para partes relacionadas y el principio de libre competencia.

8.3 Finlandia

La regla de limitación de intereses para préstamos intragrupo implementada en este país, contempla la deducibilidad hasta el límite del 25% sobre el EBITDA fiscal de la entidad, teniendo la posibilidad de llevar hacia años futuros el interés en exceso. Esta regla no es aplicable cuando el gasto de interés neto anual no exceda de 500,000 Euros, ni si la relación de patrimonio de la compañía es mayor o igual al ratio consolidado del grupo.

La tasa de interés y monto de financiamiento debe regirse a valor de mercado, sino sería de aplicación una regla general antielusiva.

8.4 Grecia

La legislación griega aplica una regla de limitación de intereses en relación al EBITDA, no siendo deducibles los gastos por intereses que superen el ratio del 30%. Esta regla no será aplicable cuando el monto de los gastos netos por intereses sea menor a 3 millones de euros.

El gasto neto por intereses en exceso, puede ser transferido a los períodos futuros de manera indefinida, siempre que en los años futuros exista una capacidad no utilizada. La regla no es aplicable a entidades de crédito, compañías de leasing y factoring que tengan licencia del Banco de Grecia o de las autoridades reguladoras de otros miembros de la Unión Europea.

8.5 India

Como regla general, el interés pagado por un contribuyente sobre el financiamiento para fines de negocio es deducible sin límite alguno. No obstante, el interés pagado a ciertas partes relacionadas que se considere excesivo o irrazonable, podrá ser considerado no deducible por el funcionario tributario. Otra disposición, está relacionada al interés del préstamo solicitado para adquirir un activo fijo, que no podrá

ser deducible hasta el momento en que se pone en uso, debiendo agregarse al costo del activo.

La India introduce la Acción 4, dentro de su legislación del impuesto a la renta a partir del año 2017, adoptando la “Regla de Proporción Fija” que es propuesta como un enfoque de mejores prácticas. Se propone un límite de intereses o gastos similares pagados a empresas asociadas en el extranjero o prestamistas externos cuando la deuda subyacente está respaldada por una garantía implícita o explícita o depósito equivalente de empresas asociadas. Es así, que el exceso del 30% aplicado a la ganancia antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización (EBITDA) no será deducible, pudiendo ser trasladado hasta ocho períodos consecutivos. Este límite no es aplicable a los intereses pagados hasta por el monto de 10 millones de INR.

8.6 Italia

La legislación italiana considera deducible todo el gasto por intereses hasta el límite de los ingresos por intereses. El gasto por intereses en exceso es deducible hasta el límite del 30% de las ganancias antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización (EBITDA).

El gasto por intereses no permitido producto de la aplicación del ratio, podrá ser trasladado indefinidamente para ser deducido en cualquier año futuro, solamente si el interés determinado en ese año no exceda del límite del 30% del margen bruto operativo. En el caso que el gasto neto por interés sea menor que el límite expuesto, dicha diferencia podrá trasladarse para aumentar la capacidad de deducción de intereses de los años futuros.

Cuando se opta por un régimen de consolidación fiscal nacional, la limitación del gasto neto por intereses se aplica al grupo consolidado. Entonces, si una empresa tiene un exceso de capacidad de deducción de intereses podrá ser utilizado por otra empresa del mismo grupo fiscal consolidado. Asimismo, bajo ciertas condiciones, las empresas subsidiarias no residentes también podrán ser incluidas en la consolidación fiscal con el propósito de transferir su exceso de capacidad, con el objeto de incrementar la deducción de intereses general del grupo italiano.

La aplicación de la regla señalada no incluye a las instituciones financieras, como los bancos y las compañías de seguros, que se regirán por reglas específicas para ese sector empresarial.

8.7 Noruega

La legislación noruega no contempla una relación de deuda a capital como regla de limitación en la deducibilidad de intereses. Sin embargo, la regla aplicable para limitar los gastos por intereses entre partes relacionadas, no podrá exceder el 25% del EBITDA, resultando el exceso no deducible para fines de los impuestos corporativos. Esta regla será aplicable a las empresas que tengan más de 5 millones de coronas noruegas (NOK) como gasto netos por intereses.

Se considera que dos partes están relacionadas, si una de ellas posee o controlar directa o indirectamente por al menos 50%, pudiendo ser residentes o no. Los préstamos externos también pueden considerarse como préstamos intragrupo, si una entidad proporciona una garantía para cubrir la deuda de una parte relacionada.

La regla es aplicada a cada entidad del grupo, pudiendo trasladar hasta por diez años siguientes los intereses que excedan el ratio propuesto.

Es importante indicar que el Órgano de vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) emite un dictamen señalando que las normas de limitación de los intereses podrían violar las obligaciones de Noruega en virtud del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Acuerdo EEE). El resultado de dicha controversia se encuentra pendiente.

8.8 Portugal

Portugal establece dos límites para la deducción de los gastos netos de financiamiento pudiendo deducir hasta el monto mayor de entre los siguientes: i) un millón de euros, o; ii) 30% del EBITDA ajustado para efectos fiscales.

El exceso de los gastos netos por financiamiento considerados como no deducibles en ese período fiscal podrá ser deducibles en los cinco períodos siguientes, siempre que exista un monto no utilizado.

La legislación portuguesa considera a los gastos financieros netos, a cualquier monto pagado como contraprestación de la financiación, que incluye los intereses por sobregiros, préstamos a corto plazo, bonos, gastos financieros relacionados a arrendamiento financiero o pérdidas por tipo de cambio.

Se permite la aplicación del régimen especial de impuestos de grupo, considerando los gastos netos financieros del grupo y la suma del EBITDA respectivo.

8.9 Eslovaquia

De manera general los gastos por intereses incurridos para generar ingresos imponibles se pueden tratados como gastos deducibles sujetos a la regla de subcapitalización.

La regla de subcapitalización considera como límite máximo deducible del interés y las comisiones relacionadas a préstamos y créditos entre partes relacionadas estableciendo el ratio del 25% de las ganancias ajustadas antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización (EBITDA).

8.10 España

Los gastos financieros netos deducibles en el período fiscal tienen un límite de 30% de la ganancia operativa (similar al EBITDA). Dicho límite no es aplicable a los gastos financieros netos menores a 1 millón de euros. Entendiéndose, a los gastos financieros netos como el exceso de los gastos financieros con respecto de los ingresos derivados de la asignación de capital a terceros devengados en el período impositivo. El monto en exceso considerado no deducible en ese período podrá ser trasladado a períodos posteriores por tiempo ilimitado para lograr su deducción.

Para los impuestos empresariales bajo el régimen de consolidación fiscal, el límite de la deducción se referirá al grupo fiscal pudiendo deducir hasta el límite del 30% de su beneficio operativo. En el caso que una empresa deja de formar parte del grupo o el grupo se extingue existiendo gastos financieros netos disponibles para su deducción, se aplicará la regla similar a las pérdidas fiscales a todas las empresas que componen el grupo.

Cuando en el período fiscal existan empresas que se disuelven, los límites descritos no será aplicables, a menos que la compañía se disuelva producto de una operación de reestructuración.

Los límites de la regla de limitación de gastos financieros netos no serán aplicables a las compañías de seguros o a las entidades de crédito.

8.11 Ucrania

De manera general, el gasto por interés es deducible. No obstante, la deducción del gasto por intereses de partes relacionadas no residentes tiene una limitación de acuerdo a las reglas de subcapitalización.

Las entidades cuyas deudas con partes relacionadas no residentes superen 3.5 veces el patrimonio aplicaran reglas de limitación de gastos por intereses que considera como deuda a cualquier préstamo, depósito, transacciones de recompra, arrendamiento financiero y cualquier otro endeudamiento, independientemente de su forma legal.

Es así, que la deducción de gasto por intereses en transacciones con partes relacionadas no residentes está limitada por el 50% del EBITDA. Los intereses no deducibles pueden ser trasladados de forma indefinida. Sin embargo, el monto residual de dicho interés debe reducirse en 5% cada año.

8.12 Vietnam

Vietnam tiene una serie de reglas que limitan la deducción de gastos por intereses. Es así que no serán deducibles: i) los intereses sobre préstamos correspondientes a la parte de capital constitutivo aún no aportado según lo programado; ii) los intereses sobre préstamos de organizaciones no económicas y no crediticias que excedan el 1.5 la tasa de interés establecida por el Banco Estatal de Vietnam; iii) los intereses sobre préstamos que son capitalizados.

Asimismo, desde el año 2017 la legislación interna recoge conceptos y principios sobre Precios de Transferencia y el Plan de Acción BEPS de la OCDE. De ello, para limitar la deducibilidad de los intereses sobre préstamos se recomienda aplicar el ratio del 20% sobre el EBITDA.

8.13 Argentina

La ley tributaria argentina establece una restricción a la deducibilidad de los intereses originados de deudas financieras contratadas por entidades controladoras relacionadas no residentes.

Para los intereses pagados por préstamos otorgados por ciertas instituciones bancarias que están sujetos a retención de 15.05%, la parte de los intereses derivados

de pasivos financieros que exceden la relación de 2:1 sobre el capital no será deducible para efectos fiscales y será tratados como dividendos. Así, los intereses sujetos a un 35% de retención de impuestos serán totalmente deducibles.

8.14 Australia

Para el tratamiento de los gastos por intereses, la legislación australiana clasifican los arreglos financieros como deuda o dividendos. Estas reglas especiales centran su análisis en la sustancia económica sobre la forma legal.

Las reglas de subcapitalización se aplican a la deuda total de las operaciones australianas de grupos multinacionales incluyendo a las sucursales aplicando la relación deuda a capital de 1.5:1; resultando no deducible el exceso de los intereses que superen la proporción propuesta.

CAPITULO IX: COMENTARIOS DE LAS ENTREVISTAS Y JUSTIFICACION

Que, a efectos de sostener la postura de nuestro equipo de tesis, así como recibir comentarios y/o puntos de vistas sobre el tema en cuestión, se realiza sendas entrevistas a reconocidos tributaristas de nuestro país y del extranjero.

9.1 Justificación y comentarios de las entrevistas

Así, nuestra preocupación se centró en análisis de la incorporación de la Acción 4 del plan BEPS en nuestro ordenamiento jurídico, a través del Decreto Legislativo N° 1424, en lo referido a la deducción de los gastos por intereses.

En dicha medida, el mencionado decreto legislativo incorporó ciertas modificaciones al “inciso a) del artículo 37 de la LIR”, de tal forma que nuestro ordenamiento jurídico esté en concordancia con las recomendaciones de la OCDE en materia fiscal.

En tal sentido, fue del interés del equipo de la tesis recoger opiniones de especialistas del sector, a efectos de conocer cuál era su respectivo punto de vista en la implementación de la norma.

Por las razones antes expuestas, se sostiene que el aporte de la presente investigación se encuentran en el análisis de la modificación del “inciso a) del artículo 37 de la LIR”. Colocando nuestras razones y justificaciones acerca de si la incorporación de la acción 4 del plan BEPS resulta correcta o no.

En dicha línea, se sostiene que la implementación de la acción 4 del plan BEPS, en lo referido a la modificación del “inciso a) del artículo 37 de la LIR”, presenta ciertos vacíos que deben ser cubiertos a través de una modificación de la norma, tal es así que con dicha modificación ésta sea más perfectible y adecuada a nuestra propia realidad.

Finalmente, como conclusión de nuestro trabajo de investigación, el equipo de tesis elaboró un proyecto normativo modificando el inciso a) del Artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta (ANEXO III)

CAPITULO X: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

10.1 Conclusiones

A continuación, se procede a detallar las conclusiones:

1. Que, la OCDE y el G-20 abordaron el problema de la planificación fiscal agresiva intragrupo, que realizaban las grandes empresas como Google, Starbucks, Apple, entre otras; obteniendo como resultado la emisión de las quince acciones del Plan BEPS, cuyo objetivo es combatir la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios a jurisdicciones de nula o baja imposición.
2. En la actualidad, diversos países de la comunidad europea como Alemania, Reino Unido, Francia, España e Italia, han incorporado en sus normativas internas algunas de las recomendaciones del plan BEPS, tomando de manera específica la Acción 4. Lo expuesto, denota la importancia que implica la lucha contra la planificación fiscal agresiva en países del primer mundo.

Asimismo, la Unión Europea ha incorporado este lineamiento a través de la normativa ATAD, siendo de aplicación obligatoria en sus países miembros.

3. La preocupación por combatir el fenómeno beps, supuso en nuestro país, la implementación de la Acción 4, a través de la modificación del “inciso a) del artículo 37 de la LIR”, por medio del Decreto Legislativo N° 1424, el cual contiene innovaciones en las reglas para la limitación en la deducción de los gastos por intereses.

Se incorpora a nuestro sistema jurídico, la aplicación de la regla de proporción fija en base al EBITDA, colocando al Perú como uno de los primeros países en Latinoamérica en regular dicha figura jurídica. Asimismo, se modifica la regla de subcapitalización recogiendo algunas de las recomendaciones de mejores prácticas de la OCDE.

4. La modificación de la norma tiene las siguientes implicancias: i) para el gobierno, significa estar alineados a los requerimientos de la OCDE, a efectos

de formar parte de dicho organismo; ii) para la Administración Tributaria, acarrea el incremento de la recaudación tributaria, así como la adecuación de sus sistemas de control; y, iii) para los contribuyentes, supone el conocimiento de nuevos criterios en la limitación de su capacidad de deducir los gastos por intereses.

5. Que, del análisis realizado, se sostiene que la modificación de la norma contiene algunas falencias y vacíos normativos que no es concordante con los lineamientos de la Acción 4 del Plan BEPS y su estructura no se adapta a la realidad peruana, según los siguientes argumentos:

i) La ampliación del criterio contenido en la regla de subcapitalización, que incluye la aplicación del límite al endeudamiento entre partes independientes, no resulta correcta. Se mantiene la posición que dicha innovación atenta contra el principio constitucional de la libre contratación recogida en el artículo 62 de nuestra Constitución Política, en tal sentido, se recomienda su modificación y retorno de aplicación sólo a operaciones entre partes vinculadas.

ii) La Acción 4, plantea disposiciones como reglas complementarias que reducen el impacto de la reglas en entidades o situaciones que plantean menor riesgo de beps. Es así, que la modificación del “inciso a) del artículo 37 de la LIR”, coloca un umbral mínimo de exclusión del ámbito de aplicación de la regla de limitación de los gastos por intereses, en base a los ingresos netos obtenidos por las empresas (2,500 UIT). Por su parte, otras legislaciones plantean el umbral mínimo de exclusión en base al gasto neto por intereses generados por la entidad.

Ello, a nuestro opinión, responde a un criterio que no se excluya de plano a las empresas que generen ingresos netos por debajo del monto señalado en la norma, que podrían estar generando “la erosión de la base imponible a través del pago de intereses”. Resulta un mejor criterio, el

colocar un umbral mínimo de exclusión basado en el monto de gastos por intereses, lo cual no resulta discriminatorio.

- iii) Que, el Perú es un país que tiene como principal fuente de ingresos las generadas por las actividades primarias, tales como minería, hidrocarburos, agroindustria y pesca, entre otros. Por tanto, un criterio como la regla del EBITDA, ocasionará que dicho tipo de negocios no puedan utilizar sus gastos financiero o de intereses si es que no cuentan con EBITDA positivo, que puede ser resultado de la volatilidad de las ganancias.

Así, la modificación de la norma incluye un sistema de arrastre de 4 años para el exceso de los gastos por intereses no permitidos. En ese sentido, se considera que dicho sistema resulta insuficiente, toda vez, que condiciona tal beneficio a la obtención del EBITDA, situación que las empresas de los sectores antes mencionado, podrían obtener ganancias volátiles por agentes externos a nuestra economía, lo cual tendría un perjuicio considerable.

- iv) Que, la principal fuente de financiamiento de las empresas peruanas se realiza a través del sistema bancario y financiero, por lo que la modificación de la norma incluye en el límite de las reglas para la deducibilidad de intereses a todas las operaciones de financiamiento, excluyendo aquel endeudamiento proveniente de valores mobiliarios representativos de deuda que cumplan con determinadas condiciones; así como el endeudamiento para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública y otros, bajo la modalidad de Proyectos en Activos.

Por su parte, la exposición de motivos señala que se incluye dentro del límite de la deducibilidad de los gastos por intereses a todas las operaciones entre partes independientes, porque éstas utilizan frecuentemente las operaciones denominadas back to back, como medio para erosionar la base imponible.

Al respecto, se considera que limitar los endeudamientos mediante las diversas operaciones que ofrece el mercado bancario y financiero vulnera algunos principios constitucionales como el de igualdad y libre contratación. Asimismo, se considera que a través del intercambio de información en materia tributaria y mediante de mecanismos que exijan al contribuyente la confirmación que las operaciones de financiamiento que realiza, no oculta una operación back to back, por lo cual se limitaría eficientemente este tipo de prácticas.

6. Que, la modificación normativa tiene un objetivo político, vale decir, el estar alineado a los parámetros de la OCDE, incorporando recomendaciones para combatir la planificación tributaria agresiva, sin haber realizado un análisis profundo de la realidad peruana. Toda vez que las normas expedidas por la OCDE, buscan contrarrestar la erosión de la base imponible y el traslado de utilidades a territorios de menor o nula tributación.

En ese sentido, nuestro país contiene reglas relacionadas a limitar la erosión de la base respecto del pago de intereses por créditos externos a sujetos no domiciliados con los que se tiene vinculación, gravándolos a una tasa del 30%.

10.2 Recomendaciones

A continuación, se procede a recomendar lo siguiente:

1. Retornar al criterio tradicional de la regla de subcapitalización, que incluye para la determinación del límite para la deducibilidad de los gastos por intereses, a las operaciones realizadas entre partes vinculadas.
2. Que, a efectos de contrarrestar el fenómeno elusivo de operaciones “back to back”, se imponga la obligación a los contribuyentes a presentar una declaración jurada en el extremo de que su respectiva operación de financiamiento no constituye una operación “back to back”.

Asimismo, que dicha declaración jurada contemple dentro de sus efectos, que su incumplimiento o falsedad ocasionará responsabilidad del contribuyente, así como aplicar lo establecido por la Norma XVI del título Preliminar del Código Tributario.

3. Que, exista una regulación expresa y clara respecto de la norma aplicable para la deducción de los gastos por intereses de las empresas que se encuentran en etapa pre-operativa. Vale decir, que se precise que la deducción de los gastos preoperativos se rigen por el inc. g) del artículo 37 de la LIR y no por el inc. a) del mismo. Por tal motivo, resultase deducibles todos los intereses generados en la etapa pre-operativa.
4. Mantener la regla del EBITDA en nuestra legislación, así como permitir que el arrastre del exceso de gastos por intereses a periodos futuros no sólo tenga el límite de los 4 años, sino que se incluya la posibilidad que dicho arrastre sea ilimitado, tomando el criterio del sistema b) del arrastre de pérdidas tributarias.
5. Que, la regla del EBITDA tal y como se encuentra redactada, es una regla muy rígida para sectores importantes de nuestra economía, tales como el sector minero, hidrocarburos, inmobiliario, pesquero, entre otros. En tal sentido, se recomienda que exista una regla de escape para dichos sectores o que se le

permita utilizar un arrastre ilimitado respecto del exceso de los gastos por intereses no permitidos.

6. Que, se incluyan supuestos de exclusión adicionales a los contenidos en la modificación de la norma, tales como el endeudamiento a través de empresas del sistema bancario y financiero.

CAPITULO XI: BIBLIOGRAFIA

- Arbaiza, L. (2014). Diseño de investigación. En L. Arbaiza, *En como elaborar un tesis de grado* (págs. 123-174). lima: Universidad ESAN.
- Benites-Chapoñan, T. (2017). *Influencia de la OCDE en el Ordenamiento Jurídico Peruano para contrarrestar el planeamiento Fiscal Internacional de las Empresas*. Piura: Universidad de Piura.
- Borchardt. (2017). El ABC del derecho de la Union Europea. *Oficina de Publicaciones de la Union Europea*.
- Bravo. (28 de Enero de 2019). Entrevista sobre el Decreto Legislativo N° 1424, que modifica el inciso a del artículo 37 de la LIR. (A. d. Tesis, Entrevistador)
- Bravo Sheen, D. (17 de enero de 2019). Entrevista sobre el Decreto Legislativo N° 1424, que modifica el inc. a) del art. 37 de la LIR. (A. d. tesis, Entrevistador) Santiago de Surco, Lima, Perú.
- Calderón, J., & Ruiz, V. (2010). La codificación de la "doctrina de la sustancia económica" en EE.UU. como nuevo modelo de norma general anti-abuso: la tendencia hacia el "sustancialismo". *Estudios y Notas*, 37-75.
- Decreto Legislativo N° 1224. (25 de Setiembre de 2015). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú.
- Decreto Legislativo N° 1422. (12 de Setiembre de 2018). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú.
- Decreto Legislativo N° 299. (29 de Julio de 1984). Publicado en el Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú.
- Decreto Supremo N° 093-2002-EF. (15 de 06 de 2002). Publicado en el Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú.
- Delgado, J. (1990). Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas. *Artículos*, 101-167.
- Fernández González de Torres, M. (2016). *La deducción de los gastos financieros en el impuesto sobre sociedades: Un análisis de la normativa antielusión española*. Santander, España: Universidad de Cantabria, Departamento de Economía.
- Finanzas, M.-M. d. (2017). *Resumen Ejecutivo, La ruta de Inversion en Proyectos en Activos (PA)*. Lima: Programa SECOMPETITIVO de la Cooperación Suiza - SECO.
- Fuster Tozer, R. y. (2017). *Plan de Accion BEPS: Una Reflexión Obligada*. Madrid, España: Fundacion Impuestos y Contabilidad.
- Gómez. (2009). Un examen del Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas de 10 de diciembre de 2007, sobre la aplicación de las medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la UE y en relación con terceros países. *Noticias de la Union Europea*.
- Gómez Sabaini, J. C., & Morán, D. (2016). *Evasión tributaria en América Latina: Nuevos y antiguos desafíos en la cuantificación del fenómeno en los países de la región*. CEPAL Naciones Unidas.
- Gomez&Moran. (Febrero de 2016). *Evasion Tributaria en America Latina*. Obtenido de Serie Macroeconomía en Desarrollo:

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39902/S1600017_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Llosa, C. (15 de enero de 2019). Entrevista sobre el Decreto Legislativo n° 1424, que modifica al inc. a) del art. 37 de la LIR. (M. R. Chorres, Entrevistador) San Isidro, Lima, Peru.
- Martínez, & Villar. (2018). “Análisis de las Reglas de Subcapitalización y propuesta de mejora a la luz del Decreto Legislativo N° 1424”. *Exposición en “La Auditoria Tributaria Preventiva, como herramienta para reducir las contingencias tributarias”*, 1-18.
- Mendoza Pérez, R. (2015). EL PRINCIPIO TRIBUTARIO DE IGUALDAD, GENERALIDAD, PROPORCIONALIDAD Y LA SOCIEDAD EN EL PERU. *Quipukamayoc, Revista de la Facultad de Ciencias Contables*, 22(42), 103-107.
- OCDE. (2016). *Acción 4- Limitar la erosión de la base que implica deducciones de intereses y otros pagos financieros*.
- Pacheco. (2017). Las normas generales antielusion en la jurisprudencia tributaria española y europea. *Doctoral Dissertations-Universidad Autónoma de Madrid*.
- Pérez Grob, M. (2005). *Paraísos Fiscales*. España: Universidad Miguel Hernandez.
- Porto Urrutia, J. P. (2011). Beneficio tributario o una restricción al derecho de los contribuyentes. Una revisión al régimen de arrastre de pérdidas aplicable en la legislación nacional a propósito de lo dispuesto por la legislación norteamericana. *IUS ET VERITAS* 43, 272-290.
- Poterba, A. &. (1987). *The effects of taxation on capital accumulation*. Chicago: University of Chicago.
- Pozo, M. (2013). Avances de la Union Europea en la lucha contra el fraude y elusion fiscal. El intercambio automático de información. *Boletín Económico de ICE, información económica española*, 3-18.
- Salmón, E., & Blanco, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 01405-2010-PA/TC. (2010). Publica en el Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 01414-2013-PA/TC. (2013). Publicado en el Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03941-2010-PA/TC. (2010). Publicado en el Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2727-2002-AA. (2002). Publicado en el Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 4289-2004-AA/TC. (2004). Publicado en el Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú.
- Soria. (2008). El contrato de Leasing: algunos apuntes acerca de su actual regulación en el Perú. *Derecho&Sociedad*(30), 379-388.

- Torres-Richoux, & García, P. (2015). Hipertrofia de la norma de subcapitalización colombiana. Reflexiones acerca de su construcción y análisis de sus objetivos desde el Derecho Tributario Comparado. *Revista Instituto de Derecho Tributario Colombiano*, 205-244.
- Trigueros, M. (2014). El intercambio de información: hacia el nuevo estándar de transparencia fiscal internacional. *Revista de la facultad de Derecho*, 31-44.
- Van den Hurk, H. (2014). *Starbucks contra El Pueblo*. Holanda: Universidad de Maastricht.
- Vega. (2002). LA NORMA TRIBUTARIA EN MATERIA DE SUBCAPITALIZACIÓN: INCIDENCIA DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN Y DEL DERECHO COMUNITARIO. *Crónica Tributaria*, 89-125.
- Villanueva. (2002). La regla de valor de mercado, los precios de transferencia y la subcapitalización. *Análisis Tributario*, 28-31.
- Webber. (2010). Thin capitalization and interest deduction rules: a worldwide survey. *Tax Notes international*, 683-708.

ANEXO I: PROYECTO NORMATIVO PROPUESTO POR EL EQUIPO DE TESIS

LEY QUE MODIFICA EL INCISO A) DEL ARTÍCULO 37 DE LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA, APROBADO MEDIANTE DECRETO SUPREMO NUMERO 179-2004-EF Y NORMAS MODIFICATORIAS.

Artículo 1: Objeto

La presente Ley tiene el objeto de modificar el inciso a) del artículo 37 de la Ley del Impuesto de la Renta, estableciendo criterios en las reglas que limitan la deducibilidad de intereses, así como incorporar nuevas reglas de escape y supuestos de exclusión adicionales en aplicación de la Acción 4 del plan BEPS en nuestra legislación, con el fin obtener un método en sintonía con la realidad socioeconómica de nuestro país.

Artículo 2: Definición

Para efecto de la presente Ley se entenderá por Ley del IR al Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo No. 179-2004-EF y normas modificatorias.

Artículo 3: Modificación del inciso a) del artículo 37 de la Ley del IR

Modifíquese el inciso a) del artículo 37 de la Ley del IR, conforme a los textos siguientes:

“Artículo 37.- (...)

(...)

a) (...)

1. Serán deducibles los intereses provenientes de endeudamientos entre ***partes vinculadas***, 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 deducible.

“Que, a efectos de contrarrestar el fenómeno elusivo, el contribuyente deberá demostrar que sus operaciones de endeudamiento no constituyen operaciones “back to back” presentando ante la Administración Tributaria una declaración jurada en dicho extremo, según lo disponga el reglamento”.

(...)

2. El límite a que se refiere el numeral anterior no es aplicable a:
- (...)
 - f.- Las operaciones de arrendamiento financiero.
 - g.- El financiamiento obtenido de entidades bancarias y financieras.
 - (...)

6. “Los intereses generados en la etapa preoperativa se regirá por lo dispuesto en el inciso g) del presente artículo.”

DISPOSICION COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

Única.- Modifícase a partir del 1 de Enero de 2021 el inciso a) del artículo 37 de la Ley.

“Artículo 37.- (...)

(...)

Los contribuyentes que no hubieran podido deducir los intereses netos en el ejercicio por exceder el límite antes señalado, podrán hacerlos deducibles con arreglo de los siguientes sistemas:

- a. Podrán ser adicionados a aquellos correspondientes a los cuatro (4) ejercicios inmediatos siguientes quedando sujetos al límite conforme a lo que establezca el Reglamento.
- b. Podrán ser adicionados hasta el límite del 50% de la capacidad no utilizada de intereses de los ejercicios inmediatos posteriores, hasta agotar su importe.

2. El límite a que se refiere el numeral anterior no es aplicable a:

- (...)
- f.- Las operaciones de arrendamiento financiero.
- g.- El financiamiento obtenido de entidades bancarias y financieras.
- (...)

Segunda: Vigencia

La presente Ley entrará en vigencia a partir del 01 de Enero de 2020.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTO

1. LAS REGLAS DE SUBCAPITALIZACIÓN

A. Situación Actual:

La actual situación de la regla de subcapitalización, se encuentra definida como aquella que regula la erosión de la base imponible a través del límite en la deducción de los gastos por intereses. Ahora bien, esta regla de limitación aplica para empresas vinculadas e independientes, situación que termina no siendo correcto.

La redacción de nuestro “inciso a) del artículo 37 de la LIR” regula las normas de subcapitalización para partes vinculadas e independientes sin distinción alguna. La cual, si bien es cierto, tendrá una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020, para luego ser reemplazada por la nueva regla del EBITDA, tiene ciertos cuestionamientos que a continuación serán expuestas.

B. Problemática

Cabe precisar que nuestra tradicional regla de subcapitalización siempre está definida para empresas “*vinculadas*”, toda vez, que es razonable que en tanto exista esta vinculación, los préstamos que entre éstas se efectúen podrían acarrear el encubrimiento de operaciones back to back, o la manipulación del patrimonio del contribuyente con el propósito de obtener mayores intereses deducibles, y por ende afecten la base imponible en la determinación del impuesto a la renta.

Por el contrario, la última modificación legislativa se aparta del criterio tradicional de la subcapitalización para empresas vinculadas, a efectos de dar paso a una regla de subcapitalización omnicompreensiva; esto quiere decir, que amplíe los límites que la regla de subcapitalización denota para empresas independientes.

Se considera ello errado, ya que mantener tal fórmula, atenta contra principios constitucionales, así como no encontrarse debidamente sustentada, la razón de ampliar la aplicación de las reglas de subcapitalización para empresas independientes.

En dicha línea, el mantener una regla de subcapitalización para partes independientes atenta contra el principio de libertad de contratación de los contribuyentes. Esto, porque se pone un freno y/o límite a las empresas independientes de poder endeudarse libremente, situación que antes de la modificatoria de la norma de la LIR era posible.

De la revisión de la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1424, en su parte pertinente, que modifica el “inciso a) del artículo 37 de la LIR”, se puede apreciar que la principal fundamentación y/o sustentación del criterio por el cual la nueva regla de subcapitalización también deba aplicarse para partes independientes, está referida a la presunción y revisión de las experiencias en legislación comparada sobre la existencia de operaciones “back to back”, que ocasionarían erosión de la base imponible.

Que, nuestro país contiene reglas aplicables a poner freno a “la erosión de la base imponible a través del pago de intereses” a sujetos no domiciliados, con el que se tiene vinculación. Es así, que la tasa aplicable para este tipo de operaciones corresponde al 30%, con lo cual se combate la práctica que podrían realizar los grupos económicos multinacionales con el afán de erosionar la base imponible.

Ahora, de lo antes dicho, se considera que existen diversas formas para combatir tales prácticas, reconociendo la preocupación de poner un freno o límite a las operaciones de elusión tributarias como el “back to back”.

Se concluye que, que un gran inicio podría empezar con una asunción de cargo de las empresas o entidades, de verificar y confirmar ante la Administración Tributaria que sus operaciones de financiamiento no encubren operaciones “back to back”, a través de una declaración jurada, sometiéndose a las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales que de ser falsa tal extremo de su manifestación.

C. Propuesta

Nuestra propuesta se orienta al retorno de la antigua regla de subcapitalización, vale decir, que sólo aplique a empresas vinculadas, ya que, se considera que responde al verdadero espíritu de las reglas de subcapitalización, según nuestra propia experiencia y la de nuestros países vecinos.

Se entiende que mantener lo contrario estaría vulnerando al principio de la libertad del contribuyente, toda vez que, nuestra antigua regla de subcapitalización ya era lo suficiente rígida al limitar la deducción de los gastos por intereses.

Así, como reforzar por medio de una declaración expresa de responsabilidad de parte de las empresas o entidades, que la operación de financiamiento realizada no constituye “back to back”.

2. SOBRE LOS SUPUESTOS NO REGULADOS POR EN EL INCISO A) DEL ARTÍCULO 37 DE LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA

A. Situación Actual:

Que, mediante la delegación de facultades otorgadas por el Congreso al Ejecutivo se expidió el Decreto Legislativo N° 1424, que modificó la ley del impuesto a la renta, entre otros asuntos, el “inciso a) del artículo 37 de la LIR”.

Ciertamente, la modificación de la norma tiene aspectos positivos; no obstante, somos de la postura que existen elementos o situaciones que la acción 4 del Plan BEPS describe, y que no se encuentran regulados en el Decreto Legislativo N° 1424

B. Problemática:

Que, se advierte que la redacción de la modificación normativa, tal y como se encuentra redactada, debería contemplar ciertos supuestos de exclusión adicionales que no generan riesgo de erosión de la base imponible a través del pago de intereses.

Por ejemplo, el actual “inciso a) del artículo 37 de la LIR” no contempla los siguientes supuestos: las operaciones de arrendamiento financiero, el financiamiento obtenido de entidades bancarias y financieras, así como el tratamiento aplicable a las empresas que en el transcurso de sus operaciones obtienen EBITDA cero o negativo.

En tanto que, la inclusión de estos supuestos de exclusión en la aplicación de la regla del EBITDA, haría que la norma fuera más completa, reconociendo que existen más supuestos en donde el riesgo de BEPS es mínimo o casi nula, motivo por el cual justifica su incorporación.

C. Propuesta:

Se sostiene, que debido a la existencia de supuestos de exclusión a los contenidos en la modificación normativa, es conveniente incorporar aquellos que también representen nulo a bajo riesgos de generar BEPS.

Así, el Decreto Legislativo N° 1424, que modificó a la LIR, tiene dos ángulos de análisis: 1) La actual redacción de la LIR, que mantiene a la regla de subcapitalización como límite del gasto por intereses más los supuestos de exclusión de la norma; y, 2) La redacción futura de la LIR, que entrará en vigencia el 01 de Enero del 2021, más los supuestos de exclusión de la norma.

Siguiendo con el razonamiento, se concluye necesario incorporar en la redacción de los supuestos de exclusión del inciso 1) antes mencionado, a los siguientes supuestos: las operaciones de arrendamiento financiero y el financiamiento obtenido de entidades bancarias y financieras.

Esto es así, ya que se tiene a bien identificar que dichas operaciones tienen la característica de representar a operaciones de una nula o baja posibilidad de generar erosión de las bases imponibles al momento de la determinación de la renta.

Por ejemplo, para el caso de las *operaciones de arrendamiento financiero*, al ser la mayoría de las operaciones, para la adquisición de activos fijos que están destinadas a mantener la fuente o generar rentas gravadas, por el principio de causalidad, se tiene que inferir que es una actividad plenamente sustentable y fehaciente, y que por tal motivo, lejos de poder ser manipulable.

En el otro supuesto, para el caso del *financiamiento obtenido de entidades bancarias y financieras*, debería ser un actividad excluida del ámbito de aplicación de las reglas subcapitalización y del EBTIDA, toda vez, que termina siendo una actividad premunida de filtros de seguridad, en tanto, que las entidades bancarias y financieras, solicitan una serie de requisitos y garantías a los usuarios del sistema. Asimismo, en el derecho existe un aforismo que establece lo siguiente: “*a igual razón igual derecho*”, frase que sentencia que en casos análogos o parecidos resulta coherente aplicar la misma consecuencia.

Por ello, nuestra LIR establece en la parte pertinente del artículo 37, lo siguiente: “(...) e.- Endeudamientos prevenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deuda que cumplan con los siguientes condiciones: (...)” se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la regla de subcapitalización. En tal sentido, si los endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deuda que cumplan determinadas características de seguridad anti BEPS están fuera del ámbito de aplicación de la norma; el mismo razonamiento debería aplicar para los endeudamientos prevenientes de entidades bancarias y financiera que cumplan los requisitos de garantía antibeps.

3. SOBRE LA ADAPTACION DEL SISTEMA B) DEL ARRASTRE DE PERDIDAS TRIBUTARIAS PARA LA UTILIZACION DEL EXCESO DE GASTOS POR INTERESES NO PERMITIDO.

A. Situación Actual:

La única disposición complementaria modificatoria del decreto Legislativo N° 1424, establece la posibilidad de arrastrar el exceso del gasto por interés no permitido, en el entendido que ha asimilado la figura del sistema A) del arrastre de pérdidas tributaria en la utilización del carry forward.

B. Problemática

Se sostiene que, este sistema, si bien resulta positivo, toda vez se le otorga la posibilidad al contribuyente (empresa o entidad corporativa) de poder utilizar el exceso de los gastos por intereses no permitidos. Entregándole la posibilidad de no perder su gasto, de tal suerte, que podrá compensarlo hasta por los 4 años siguientes.

Por otra parte, se tiene a las empresas que obtienen EBITDA cero o negativo en el curso normal de sus operaciones producto de la volatilidad de sus ganancias derivadas de agentes externos no controlables, que afecta los diversos sectores empresariales, toda vez que no podrán deducir ningún gasto por intereses en dicho periodos, quedando como tiempo muy reducido el límite de cuatro años, propuesto en la modificación normativa.

Por lo que a fin de reconocer lo importante que para el país significa que las actividades de los sectores primarios de nuestra economía no sean golpeadas significativamente por la norma tributaria, se sostiene que la norma debe prever, expresamente, que dichos sectores empresariales, tengan una regla adicional paralela que permita un plazo de tiempo ilimitado en la posibilidad de deducir los intereses no permitidos en un período determinado.

Se sostiene que dicho periodo de cuatro ejercicios resulta ser muy corto para los diversos sectores empresariales, los cuales tienen como característica que dentro del ciclo de vida de su negocios, obtengan pérdidas tributarias generando gastos por intereses para el desarrollo de sus actividades empresariales.

C. Propuesta

Nuestro punto de vista, es que al contribuyente se le permita contar con los símiles de los sistemas A) y B) del arrastre de pérdidas tributarias, para el caso de la utilización del exceso de los gastos por intereses no permitidos en los años posteriores.

Así, se considera que incorporar un sistema B) del arrastre de pérdidas para el caso de la utilización del exceso de los gastos por intereses no permitidos, resulta muy importante para las empresa que se caracterizan por contar con periodos improductivos que están por encima de los 5 años.

En tal sentido, prever un sistema ilimitado en el arrastre del exceso de los gastos por intereses no permitidos puede significar para tales empresas un importante alivio fiscal, máxime, si por lo general, tales sectores empresariales representan las actividades que más ingresos representan para nuestro país.

D. SOBRE LA PRECISION DE QUE LOS GASTOS PREOPERATIVOS SE RIGEN POR EL INCISO G) DEL ARTÍCULO 37 DE LA LIR.

A. Situación Actual

Un tema no menos importante, es el referido a la regulación de los gastos preoperativos, a saber, si éstos deben ser regidos por el inciso a) o el inciso g) del artículo 37 de la LIR.

B. Problemática

El problema no resulta ser menor, toda vez que es importante que la regulación en la deducción de los gastos preoperativos esté bien definida a nivel normativo. Establecer lo contrario, podría significar que la Administración Tributaria pueda optar por desconocer todos los gastos por interés, financieros, etc. generados en la etapa pre-operativa de la empresa, si ésta lo reconduce a través del inciso. A) del artículo 37 de la LIR.

C. Propuesta

Nuestra propuesta está orientada en que existe una regulación expresa, que si bien es cierto, existen sendas Resoluciones del Tribunal Fiscal que comparten nuestro punto de vista, en el extremo que la deducción de los gastos pre-operativos se ordenan por el inciso g) del artículo 37 de la LIR, se entiende la importancia que este tema no esté sujeto a interpretaciones.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La aprobación del presente Proyecto de Ley no generaría ni demandaría gasto o costo alguno al Estado. Por el contrario, de tomarse esta propuesta, nuestro ordenamiento jurídico tributario se alinearía, en mayor medida, a los parámetros establecidos por la OCDE en la Acción 4 del plan BEPS.

ANEXO II: ABREVIATURAS Y SIGLAS

IR	Impuesto a la Renta
LIR	Ley del Impuesto a la Renta
RLIR	Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
Guías OCDE	Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias, aprobadas por el Consejo de OCDE
Acción 4	Acción Cuatro
CDI	Convenios para Evitar la Doble Imposición
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
PWC	PricewaterhouseCoopers

ANEXO III: ENTREVISTAS

1. Entrevista realizada a Carlos Augusto Llosa Saldaña – Gerente de Impuestos en PLUSPETROL

Con fecha 15 de enero de 2019, se llevó a cabo, en San Isidro – Lima, una entrevista con Carlos Augusto Llosa Saldaña, que se presenta a continuación:

Equipo de Tesis: Estimado Carlos, somos alumnos de la Maestría de Finanzas y Derecho Corporativo de la Universidad ESAN. Estamos realizando una tesis relacionada a la deducibilidad de los gastos por intereses a propósito de la promulgación del Decreto Legislativo 1424, que forma parte del paquete de reforma tributaria que el Poder Ejecutivo ha emitido a finales del año pasado.

Nuestra idea principal fue analizar la posible implementación de la Acción 4 del Plan BEPS en el Perú. Sin embargo, al haberse emitido el decreto legislativo en el mes de septiembre, nuestra investigación gira en torno a analizar si la modificación de la norma toma los lineamientos de la OCDE, así como la incorporación de los criterios recogidos son correctos y conveniente para nuestra realidad económica. Por ello, el tema central es la “Aplicación de la Acción 4 del Plan BEPS en el Perú: Aciertos y Desaciertos”.

De manera general, a propósito de la dación del Decreto Legislativo N° 1424, que modificó el tratamiento de la limitación de los gastos por intereses. ¿Cuál es su punto de vista sobre la modificación de la norma? ¿Ha tenido aciertos o desaciertos? ¿Quizá considera que se han apresurado en promulgar la norma? ¿Tienes fallas técnicas? ¿Cuál es su primera impresión al respecto?

Entrevistado: Mi primera impresión es que en el Perú hay una visión en el sentido que es positivo que tenemos el objetivo de querer insertarnos al grupo de la OCDE, pero tenemos que partir a lo que nuestra realidad difiere de esos países. Nuestro país no es un país exportador de capitales, por lo contrario, es un país importador de capitales que necesita atraer inversión. Las reglas que estén orientadas a restringir la deducibilidad de gastos se alejan un poco de esa línea, eso lleva a escenarios donde se podría estar vulnerando la capacidad contributiva de los contribuyentes.

Por otro lado, habría que ver si tiene un sentido práctico, porque una norma como la subcapitalización está orientada a combatir un fenómeno anti-elusivo dentro de un grupo de empresas vinculadas. Pero extender ese supuesto anti-elusivo a sujetos no vinculados no tiene ningún razonamiento. Se contraponen intereses. Es difícil que a través de terceros se vaya a

poder armar una planificación fiscal que busque un ahorro ya que el impuesto que está rebajando tu utilidad le genera un ingreso a la otra entidad que va tributar.

Sobre el caso de la regla, que entrará en vigencia a partir del 2021, tiene como punto de referencia un EBITDA tributario, no financiero, el cual se somete a un riesgo importante a las empresas.

Si tienes un mal año, definitivamente no se podrá deducir los intereses, lo que no resulta muy justo. El mal año puede obedecer a distintos factores, por ejemplo: El fenómeno del niño.

Además, es una norma que por los mismos límites que establece está pensada en un dispositivo cuyo grupo de contribuyentes no representa ni el 0.6% de todo el universo. Entonces, en cierta forma se podría decir que la norma es discriminatoria, ya que está señalando lo que es aplicable a los contribuyentes que tienen ingresos por “encima de” y ese grupo de contribuyentes que tiene estos ingresos no es ni el 1% de todo el universo. ¿De qué estamos hablando? Yo creo que es un desacierto.

Los intereses que se pagan en préstamos con empresas vinculadas del exterior se agravan a tasa del 30%. Los intereses que se pagan a empresas locales, si no hay un tema raro de pérdidas tributarias, deberían tributar a tasa corporativa con lo cual tampoco existe perjuicio. Si nos ponemos a pensar cuál es el perjuicio que puede haber en un tema de financiación, solamente hay dos posibles escenarios: El primero es cuando los préstamos provienen de personas naturales que tributan a tasa del 5%. El segundo es cuando los intereses que provienen de préstamos de empresas vinculadas que están ubicadas en países con los cuales el Perú tiene Convenios para evitar la doble imposición, que tributan a tasa del 15%, en lugar del 30%.

El segundo escenario, es uno que el mismo Estado Peruano ha asumido ya que ha firmado un convenio en esos términos a cambio de atraer inversión. En el caso de las personas naturales, es una política de estado; donde el Estado ha sido quién aprobó esa norma de hacer dualidad de rentas de capital y de trabajo; tomando esa decisión, pero yo creo que nada impide que en algún momento se cambie y, otra vez, volvamos al sistema de tributación global en cabeza de personas naturales.

En concreto, yo creo que la norma es mala. La norma para un país como el Perú no es conveniente, no se debería poner ese tipo de límites a la deducibilidad de gastos financieros en un país donde la principal actividad económica es la minería y la segunda, donde existe necesidad en todos los sectores, de infraestructura.

Ambos sectores demandan importantes capitales, teniendo períodos pre operativos, donde todos los intereses podrían no dejarlos deducir por una regla como la que estamos hablando hoy, que es la regla de subcapitalización y la regla del EBITDA.

Equipo de Tesis: Respecto de los gastos pre operativos, las empresas que inician operaciones, como por ejemplo, en el sector minero, cuyos primeros años aplican el tratamiento

de gastos pre operativos. La norma tiene como excepción en su aplicación, las empresas que generan ingresos netos menores a 2500 UITs; sin mencionar de forma explícita cual será el tratamiento de las empresas que se encuentran en etapa pre operativa.

Entrevistado: Eso tiene un sentido, porque cuando te encuentras en etapa pre operativa no puedes deducir ningún gasto.

Equipo de Tesis: Correcto.

Entrevistado: Con lo cual todo lo tienes que capitalizar.

Equipo de Tesis: En ese caso, consideramos que la modificación de la norma debería incluir de manera específica que las empresas pre operativas traten los intereses financieros según el inciso g) del artículo 37 y no según el inciso a) del mismo artículo. ¿Cuál es su opinión?

Entrevistado: Ese es un tema muy interesante, porque una línea de interpretación, por ejemplo, en el caso de los intereses que se generan en préstamos de personas naturales hacia una empresa, se tenía por un lado el inciso a) del artículo 37 que regula la deducción de los intereses pero también tenemos el inciso v) del mismo artículo, que dice que en los pagos a perceptores de rentas de segunda categoría serán deducibles en la medida que pagues y retengas el impuesto. Se tiene dos incisos, uno es específico y otro es general. Lo que dijo el Tribunal Fiscal es que debe aplicarse el inciso específico.

Ergo, en un préstamo otorgado por personas naturales, no se tiene que pagar ni retener el impuesto para deducir el gasto porque se rige por el inciso específico.

Ahora, una empresa en estado pre operativo se rige por el inciso g), teniendo un fraseo que incluye a los intereses generados en la etapa pre operativa, expresamente toca el tema de intereses. Por lo que, al igual que en el otro supuesto, yo creo que tenemos dos normas, siendo la específica el inciso g) porque me encuentro en etapa pre operativa.

Afirmando que este artículo no tiene ninguna limitación, podríamos decir que todos los intereses devengados durante la etapa pre operativa comenzará a deducirse cuando el proyecto se ponga en marcha, por ende no entrará al límite del EBITDA. Sin embargo, aquel interés que comience a correr a partir de la explotación sí se regirá por el inciso a), ya que el inciso g) sale de la foto.

Equipo de tesis: Entonces, cabe la posibilidad de que en el inciso a) se incluya una línea que mencione que los intereses generados en etapa pre operativa se rigen por el inciso g). Por qué de lo contrario quedaría a interpretación del contribuyente.

Entrevistado: Sí, claro, en el mismo caso del artículo 26 que dice que para la operaciones gratuitas de préstamos éstas se rigen por el artículo 32-A. No hay ningún problema que el mismo legislador dentro del alcance de un dispositivo establezca alguna excepción señalando que se rige por tal inciso.

Equipo de Tesis: Entonces sería oportuno que esto se pueda aclarar vía la ley o reglamento, para que ese vacío no quede a interpretación.

Entrevistado: Para una mayor predictibilidad de cara a los contribuyentes, sí sería conveniente.

Equipo de Tesis: La acción 4 del Plan BEPS nos menciona sobre aplicación de la Regla de proporción fija para empresas individuales, pero también nos menciona sobre la Regla de Proporción de Grupo como una regla complementaria. En el país existen muchos grupos económicos internos, así como de capitales externos. En su experiencia o quizá en el grupo donde labora, ¿Hay algún país donde estén recogiendo en su legislación la regla de proporción de grupo? Y si es así ¿Considera usted que dicha regla podría ser aplicada en el Perú?

Entrevistado: De primera mano, sé que en Sudamérica, Argentina ha implementado reglas en líneas con la acción BEPS, teniendo más excepciones que la norma peruana.

Me parece que una de las excepciones es cuando el acreedor te cobra los intereses y paga el impuesto a las ganancias sobre esos intereses donde automáticamente se podría deducir. Lo que implicaría es que yo, cómo deudor, tendría que tomar conocimiento si mi acreedor de la operación de préstamo está pagando o no pagando impuestos. Además, como luego lo puedo certificar, teniendo ese tipo de reglas, sería cuestión de comparar. No recuerdo que haya ninguna mención a grupo, pero que yo sepa en todo Sudamérica no hay un esquema de tributación de grupo, pero si lo hay en Europa, por lo que es probable que allá exista una regulación de este tipo.

Equipo de Tesis: El decreto legislativo 1424, da un cambio de criterio para lo referente al límite de la deducción de los gastos por intereses, pasando de una regla de subcapitalización a la regla de proporción fija del EBITDA. Usted nos ha adelantado su criterio sobre ese punto. ¿Considera que el EBITDA es una medida adecuada para nuestro país?

Entrevistado: Como te decía, absolutamente no. Me parece que es una norma sumamente peligrosa para en un país donde siempre estamos expuestos a una serie de eventos inesperados o escenarios donde las empresas pueden incurrir en importantes pérdidas por elementos que están fuera de su control como son las empresas mineras o de hidrocarburos cuyos productos son commodities y dependen de los precios internacionales.

Un derrumbe en los precios internacionales va generar que estas empresas reflejen pérdidas. Esa situación empeora con el hecho que no podrás deducir los intereses. No tiene ninguna lógica y además le generas un doble efecto porque posiblemente parte de esos intereses hayan provenido de financiamiento con otras empresas privadas, que están gravados con IGV. Entonces si esos intereses no se puede deducir, ese IGV no será crédito fiscal, con lo cual encarece la posición tributaria de la compañía.

Equipo de Tesis: Dentro de la norma de subcapitalización, el decreto legislativo ha incluido una modificación del criterio de empresas vinculadas ampliando el criterio a empresas independientes. Usted nos comentó que se estaría vulnerando una serie de principios. Por nuestra parte, hemos analizado que se estaría vulnerando una serie de principios constitucionales como el de libre contratación. ¿Qué principios considera usted que la norma estaría vulnerando? Porque de alguna manera una norma antielusiva puede limitar que yo me financie a través de empresas vinculadas, pero a través de terceros ¿Cuál es el riesgo?

Entrevistado: Claro, no se aprecia. A parte de los principios que ya has comentado, se encuentra el principio de igualdad ante la ley que aquí no hay porque a unos si se les admite y otros no en función de los ingresos. Además, normas de este tipo lo único que hacen es generar que las empresas se atomicen, es decir, que se dividan. Lo que yo facturaba en una sola compañía, al dividirse en dos, facturo menos y me salgo del rango de la norma. Esas normas no son positivas, generan ineficiencias en la economía. Estoy totalmente en desacuerdo.

Otro principio es el de capacidad contributiva. Que si bien es cierto que no está recogido legislativamente, es un principio que existe en doctrina.

Otro principio podría ser el de no discriminación. Los gastos financieros son gastos genuinos y reales por lo que no se tiene por qué limitar su deducción.

Equipo de Tesis: La norma te permite que las empresas que superen el límite de deducibilidad puedan llevar hasta 4 años siguientes para poder hacerlos deducibles, siempre y cuando tengas una capacidad no utilizada en ese período. De alguna manera, toma el criterio de arrastre de pérdidas tributarias del Sistema A, sin tener en cuenta el Sistema B; con lo cual podría tener una mayor cantidad de años de forma ilimitada para poder deducirlo. Existen algunas legislaciones en las cuales toman más años o incluso de manera ilimitada. ¿Cree que de alguna manera ampliar ese criterio, adecuándolo al sistema de arrastre de pérdidas tributarias, podría beneficiar al contribuyente?

Entrevistado: Sí, por supuesto. Imagínate que en el sector de hidrocarburos las inversiones son muy significativas, teniendo en un contrato etapas muy claramente diferenciadas e identificadas que son la etapa de exploración y la etapa de desarrollo. Todas las inversiones que hacemos en estas dos etapas se acumulan en una cuenta y tributariamente se pueden amortizar en cinco ejercicios. Siendo un escudo tributario muy importante, con cual ni siquiera el Proyecto Camisea en sus dos primeros años pudo determinar renta neta imponible, por lo que es de tal magnitud el escudo que absorbe las utilidades de esos primeros años.

Ya en el tercer o cuarto año hay ganancias, pero en los dos primeros no. Entonces, esta que es una norma promocional que busca optimizar tu posición financiera y tu rentabilidad, dándote este beneficio se contrapone con la norma, porque con el hecho que si yo lo aplico en el primer año, voy a tener pérdidas; en el segundo año también y ¿Qué pasa con mis gastos financieros?

Es evidente que yo he tenido que financiar toda la inversión y si bien es cierto, hemos hablado que los intereses devengados en esa etapa entrará por el inciso g) y no por el inciso a). Si el interés que comience a correr en la etapa productiva se hará por el inciso a) entonces, si voy a entrar en esas reglas y si estoy en pérdidas no voy a poder deducirlo ni el período 1, ni el período 2, ni sé si en el periodo 3 o el 4. Entonces, obviamente un plazo de cuatro años, así de corto, juega en contra de cualquier contribuyente y se contrapone contra otros esquemas que por lo contrario buscan acelerar las deducciones de tus inversiones.

Entonces tienes que estar pensando en si acelerar la deducción de ciertos conceptos, y como me juega en contra de mi deducción de gastos financieros ya que puedo estar determinando pérdidas. Sí, con todo lo que significa acelerar deducciones como el leasing o como en minería con el tema de los gastos de desarrollo.

Yo, en verdad, lo que observo es que en los últimos años el estado, el legislador tributario, ha venido dando manija a todos lo que tenga que ver con el tema de préstamos sin una clara orientación. Por ejemplo; lo que indica que en los prestamos gratuitos no se rige por el artículo 26, sino por el artículo 32-A. Después decir que en el 32-A si una operación es gratuita, la contraparte local tiene que hacer un ajuste teórico y pagar aquel impuesto que teóricamente hubiese pagado por una retención no practicada. Lo único que esto te genera es dificultar como empresas del exterior poder canalizar inversiones hacia el Perú. Porque muchas de ellas, lo hacen a través de préstamos en donde no te cobran intereses, pero, con una norma como esta, no se podrá hacer porque asumen una contingencia tributaria que la local debe comenzar a pagar desde el mes uno un impuesto teórico de los intereses.

Entonces ¿De qué se trata? ¿Queremos atraer inversiones o no queremos atraer inversiones? Esta norma está totalmente alejada de ese objetivo.

Equipo de Tesis: Un tema adicional es que la norma en sus estructuras establece determinados supuestos que el legislador ha considerado que son actividades que no deben ser alcanzadas por la reglas de limitación de intereses. Entre ellas, las empresas que no tienen ingresos mayores de 2500 UITs, empresas del sistema financiero y bancario, endeudamiento a través del mercado centralizado de valores; entre otros. Se considera que, estos supuestos, en teoría, no agotan todos los parámetros que establece la OCDE, en tal sentido, se podría adicionar algunos supuestos. Quisiéramos saber cuál es su punto de vista. Uno de ellos es, por ejemplo, ser las operaciones de arrendamiento financiero. ¿Lo considera correcto? Ya que en la exposición de motivos señala que las empresas que se han venido endeudando, pero, sin embargo mediante el indicador de PASPAT, los activos no han aumentado. Señalando que las empresas se financian para adquirir activos para la generación de renta gravada. Entonces el leasing es una modalidad de financiamiento que está directamente relacionada a la adquisición de activos y en ese sentido consideramos qué dentro de los supuestos que se excluyen del ámbito

de aplicación de la norma, no consideran las operaciones de arrendamiento financiero. ¿Cuál es su punto de vista?

Entrevistado: Primero, un comentario dirigido a lo siguiente; cuando el equipo del ministerio estaba trabajando en la reforma, estaba copiando la norma sin ningún tipo de excepción. Cuando se ha ido a hablar técnicamente y a exponer los desaciertos o falencia de una disposición de este tipo; la salida del ministerio ha sido escoger o establecer excepciones donde la norma no aplique. Yo me pregunto: Si a mí me hacen ver que algo no está bien ¿No sería mejor desactivarlo por completo en vez de ponerle parches, mantener mi posición y mantener la norma? Eso evidencia que no tienen claro hacia dónde están yendo, no son capaces de poder retroceder y darse cuenta que es una norma mala para un país como el nuestro.

Puede haber más excepciones, sí. Pero yo digo ¿Por qué tenemos que ir hacia las excepciones y no simplemente eliminar el requisito? Obviamente si iríamos por las excepciones, sí podría irse por el leasing y, en general, puede haber otras más.

Equipo de Tesis: Como por ejemplo, la norma limita la posibilidad del financiamiento reduciéndolo a través de la emisión de valores mobiliarios a través del mercado de valores. Por ello, te limitan la posibilidad de financiarte a través de las diversas modalidades que se tiene en el sistema bancario y financiero que no te generan subcapitalización, sino que te sirven para poder invertir a través de capital de trabajo, compra de activos. Además, señalan que en la exposición de motivos que incluyen ese criterio ya que las empresas hacen back to back. Hemos visto en otras legislaciones que las operaciones en donde se hace back to back, que consideran son operaciones controlables, se prohíben de plano. Entonces, estamos considerando que las operaciones de financiamiento a través del sistema financiero y bancario no deberían estar limitadas.

Entrevistado: Un préstamo sindicado con el banco. Por lo que deberíamos ponernos un poco en contexto ya que las empresas se han venido endeudando porque han tomado mayor endeudamiento del que razonablemente deberían tomar. Es evidente que desde el 2008 vivimos en un contexto donde las tasas de intereses han llegado a niveles nunca visto. Siendo así, del 1% o por debajo, las empresas han sido un escenario donde la disponibilidad de los fondos ha estado muy a su alcance y con tasas de interés bastante bajas tomando esa línea de financiamiento.

Yo no voy a incurrir en un gasto de un dólar con el único propósito de sacarle la vuelta al impuesto a la renta y ahorrarme 30% del dólar. Yo no pierdo 70% para ahorrarme 30%, eso no tiene ningún sentido. Si lo hago es porque hay una actividad de lucro detrás. Entonces, nadie incurre en una deducción para solo tomar ventaja de una parte de esa deducción hablando de financiamiento con terceros ajenos al grupo.

El contexto no se puede desatender. Muchas veces hay empresas que toman financiamiento en escenarios previendo que puede haber cambios en el mercado que es justamente lo que está pasando ahora en el 2019, que las tasas de interés están comenzado a subir, lo que las empresas tratan de hacer es pre cancelar sus operaciones. Entonces, salen del financiamiento.

Pero de vuelta, el Perú lo que más necesita es inversión. Esta norma está en el sentido contrario.

Equipo de Tesis: Podríamos decir que las 15 acciones en general se han desarrollado en un contexto básicamente de países europeos que tiene una realidad totalmente diferente a la peruana, que no ha sido visto por el legislador al momento de realizar la norma

Entrevistado: Tengamos en cuenta que los problemas tributarios que ha habido son más en el sector de telecomunicaciones o de tecnología como Google o Apple, que son los grandes escándalos que existieron. Nuestro país es el primero que hace materia prima y las exporta. Estamos en otro estadio, completamente distinto a esas jurisdicciones. Si, por ejemplo, el tema de exportación de commodities, precios de transferencia. Entiendo que pueda haber un tema para verificar y controlar siempre que los precios se asignen a nuestras exportaciones sea de mercado pero los intereses no tienen ningún sentido.

Equipo de Tesis: Muchas gracias por su tiempo.

2. Entrevista realizada a David Bravo Sheen – Tax Advisor en EBS ABOGADOS

Con fecha 17 de enero de 2019, se llevó a cabo en Santiago de Surco – Lima, una entrevista con David Bravo Sheen, que presentamos a continuación:

Equipo de Tesis: Estimado Dr. Bravo, somos alumnos de la Maestría de Finanzas y Derecho Corporativo de la Universidad ESAN, estamos preparando nuestra tesis enfocada en analizar la implementación de la Acción 4 del Plan BEPS en el Perú, a través de la promulgación del Decreto Legislativo 1424, emitido en mes de septiembre, analizando si los criterios recogidos en el Plan BEPS son los adecuados, centrándonos en los aciertos y desaciertos en la implementación de la norma.

Entrevistado: La Acción 4 está vinculada con, entre otros, el combate a la elusión y evasión fiscal tocando el tema de los gastos financieros. Ahora, hace referencia que esta estructura reconoce un préstamo para lo que en teoría debería haber una inyección de capital, haciendo referencia a la subcapitalización necesariamente. Donde lo que tenemos es que existen dos maneras en la que un accionista puede ingresar dinero a su empresa. La primera, que sería la normal, es la inyección de capital. Pero si yo inyecto capital, no genero gasto. Lo que obtengo es un dividendo y el este dividendo tampoco es gasto. No obstante lo mismo que tributa, que es el 5%

Si yo presto dinero, obviamente como persona natural, voy a tributar un 5%. Si lo hago como persona jurídica voy a tributar el 30%. Pero, si es un interés es gasto deducible. Así que, si inyecto un capital, lo que obtengo es un dividendo que no es gasto y no puedo deducirlo.

Por eso, lo que haría cualquier inversionista es prestar dinero en vez de inyectar capital porque recupero más rápido. No estoy sometido a un riesgo.

Para obtener dividendo tengo que esperar que haya utilidades, mientras que los intereses los voy cobrando poco a poco periódicamente. Entonces, estoy recuperando mi capital de inmediato y además genero un gasto deducible tributariamente.

Ese es el gran tema que se esconde detrás de la subcapitalización. El combate que se hace contra esta estructura, es decir, tener un límite para poder deducir gastos financieros. Nuestra regla ha sido 3 veces patrimonio neto, pero solamente entre vinculados porque se entiende que nadie va hacer una estructura de esa naturaleza con un no vinculado.

Si yo voy a un banco a pedirle un préstamo, no es porque quiero deducir gastos financieros, sino porque necesito plata. Por eso, no tiene ningún sentido, como lo hace la norma actual, que se extiende a cualquier tipo de financiamiento. No hace ningún sentido porque yo pido dinero ya que necesito capital de trabajo. Si un socio no me puede dar plata, se la pido a un tercero,

pero este no tiene vinculación conmigo. Entonces, ¿Qué beneficios tendría yo pagándole intereses?

La lógica de colocarle algún límite a los gastos financieros parte por reconocer que en una estructura de operaciones entre vinculadas se puede optar por inyectar más capital a la sociedad o prestarle. Entonces, lo que estratégicamente digo es ¿qué me resulta más eficiente financiera y tributariamente? Si yo inyecto más capital a la sociedad, yo estoy asumiendo un riesgo de obtener un dividendo a resultas de que haya realmente una utilidad positiva y eso puede demorar mucho tiempo o puede obtener una pérdida por lo cual yo no puedo recuperar mi capital. Pero, la otra opción más eficiente financieramente es que yo inyecte capital con un interés y voy recuperando periódicamente ese capital. Pues cuando cobro la cuota se hace un capital con más interés. Y además, le genero un gasto tributario a la compañía donde he prestado el dinero. Entonces, esa es una estructura típica de operaciones con vinculadas, porque si no hay vinculación, yo salgo al mercado a pedir préstamos porque necesito capital. No voy a regalar mi plata pagando intereses si no es mi vinculada. Lo hago con mi vinculada porque tengo esa eficiencia tributaria y financiera, pero no lo hago con un banco porque no estoy asociado al banco y si salgo al mercado a apalancarme es porque necesito dinero. Entonces, es un gasto financiero perfecto que no obedece a ninguna estructura fiscal.

Lo que podría hacer yo es decir que prefiero pedirle plata a un banco que a una empresa vinculada ya que el banco no me cobra IGV. Eso mejora mi eficiencia fiscal, si es que tengo mucho crédito, porque si no tengo mucho igual pago el crédito con interés ya que también lo recupero sino fuera banco porque los banco están exentos del IGV.

Equipo de Tesis: Y de alguna manera me dan un historial crediticio en el sistema financiero.

Entrevistado: Claro, porque si puedo pedirle préstamo a un inversionista privado, que tiene plata que se le cae del bolsillo, tiene como prestar y tengo un banco; evalúo si el banco no me cobra IGV, así que el tercero me presta con IGV. Segundo lugar, si le pido préstamo al banco voy generando efectivamente un record crediticio que no lo voy a tener si le pido prestado a una empresa que está fuera del sistema. Tercer lugar, posiblemente me cobre de más porque tiene más riesgos que el banco, pero tomo la decisión finalmente porque necesito capital de trabajo, no porque quiero generarme gastos financieros.

Entonces, cuando se crea esta famosa regla de la subcapitalización la ley peruana, de alguna manera, se pone a la altura de los estándares internacionales. Yo no quiero que me saques la vuelta otorgándole préstamos a tu vinculada para generar gastos y una menor carga fiscal. Entonces, lo que voy hacer, es limitar la deducibilidad a tres veces patrimonio neto y esa es la regla con la que hemos estado conviviendo durante mucho tiempo.

Es decir, si mi patrimonio neto es S/ 1,000 Soles, yo puedo prestar con mis vinculadas hasta S/ 3,000 mil soles. Si yo pido prestado, por encima de ese importe, el exceso ya no me genera gasto financiero deducible. Pero yo puedo tener un millón con un banco y no pasa nada porque nuevamente el enfoque de este combate a una práctica antielusiva es con vinculadas. Ahí es donde yo no le pido prestado al banco y solo voy con mi vinculada porque genero esta eficiencia.

Lo que tenemos ahora es una norma, que en mi opinión, es absolutamente nociva para el desarrollo económico del país porque hoy incluye operaciones con no vinculadas mediante la regla de 3:1. Y a partir del 2021, el 30% del EBITDA.

Nosotros tenemos el caso de algunos clientes que, por ejemplo, son empresas que promueven proyectos inmobiliarios. Por ejemplo, esta es una empresa que no construye, sino que manda a construir. Son unos genios financieros: saben dónde comprar, que construir y a quienes vender. Ese es todo su negocio. Entonces, lo que hacen está bien.

Vamos a ubicar una zona “top” de Lima donde vamos a construir. Buscamos una casa en la zona, la compramos, la construimos y vendemos. Nada más. Se encargan del marketing y todo lo demás, subcontratan todos los demás servicios, sea de construcción y de acabados. Entonces, ¿De dónde sacan ellos la plata? Patrimonio no tienen. ¿Cuál es el patrimonio de esta empresa? Cero patrimonios. Entonces, ¿Qué hacen? Ponen plata.

Por ejemplo, comprar la casa cuesta 1 millón de dólares, entonces, arrancamos con 200 mil dólares y el banco les dice que tienen que haber pagado por lo menos la mitad. En ese caso yo te pido que se me presente un buen proyecto y te financio la diferencia. Ellos ponen 200 y ¿De dónde sacan los 300? De privados no vinculados, es decir, se busca a los amigos. Les presentan el proyecto y les dicen que en 26 meses se tendrá el 15% de rentabilidad ¿Qué banco te da eso? Nadie. Entonces, la gente empieza a poner hasta llegar a los 500 mil. Luego, van al banco y le dicen: “Ya tengo medio millón”. Yo te financio el proyecto, te presto el medio millón y la diferencia la agunto hasta que empieces a vender en planos. Así funciona.

Entonces, compro la propiedad en medio millón, hago mi proyecto, me dirigo al banco y me lo aprueban. Con la municipalidad también me lo aprueban. Empiezo a vender en planos y el banco ya me a brindar el dinero.

Entonces, esa empresa no va poder vivir. La empresa desaparece con estas reglas porque a todos los privados de su patrimonio es cero. Por lo tanto, todo el interés que le pagué a los privados, e inclusive al banco, no será deducible.

Entonces, en realidad no entiendo. Salvo que ustedes hayan revisado la exposición de motivos, porque se extiende a las operaciones con no vinculadas este tipo de transacciones. Solamente he encontrado una razón, que yo diga como dueño de una empresa que ya no voy a

prestar para evitar la regla del 3:1. Voy a dejar la plata en el banco y el banco que te preste “Back to Back”, o le doy mi plata a mi tío y mi tío me presta, entonces se sanciona esa práctica.

Equipo de Tesis: Lo único que señala la exposición de motivos respecto a la inclusión de partes no vinculadas es tomar en consideración el “Back to Back” y adicionalmente hacer referencia a la legislación colombiana y española que también amplía el criterio de la regla a partes independientes. Pero, en legislación comparada hay muchos países en los que atacan directamente el “Back to Back”, prohibiéndolo.

Entrevistado: Es más, la ley peruana ya contiene el combate del “Back to Back” para el tema de los préstamos del exterior, donde ya no aplican la tasa del 4.99% sino de 30%. Entonces, digamos, si el legislador peruano ha sido tan ambicioso de pretender destruir el “Back to Back” fuera de Perú, ¿Por qué no lo podría hacer dentro?

Equipo de Tesis: Donde la información ya la tiene en línea.

Entrevistado: Exactamente, es decir, te han pedido prestado de este banco, entonces selecciono quienes son tus clientes activos. Elijo quienes tienen certificado de depósitos, inversiones, los que te han comprado papeles o te han dejado en una cuenta de ahorros 2 millones de dólares, tales empresas. Esta es vinculada, “Back to Back”. Es más que se presume “Back to Back” inclusive. El solo hecho que haya dinero de una vinculada que presta es una presunción de “Back to Back”, se acaba la historia. Pero decir que con cualquier transacción de financiamiento que hagas, entras a la regla del 3:1 y después al 30% del EBITDA, va acabar con muchos negocios en el Perú, porque no hay manera de llegar a ello.

Como te digo estos amigos son genios y no saben que hay que hacer. Su negocio se ha ido ahora al diablo por esta práctica.

Equipo de Tesis: Yo también trabajo en una empresa del rubro inmobiliario, en donde los proyectos que tienen etapas duran entre 4 y 8 años, ¿EBITDA positivo cuando van a tener?

Entrevistado: Exacto, así es.

Equipo de Tesis: Tienen ingresos porque ni bien se empieza a realizar las entregas va generar montos que en muchos casos son mayores al límite de la excepción de 2500 UITs, pero, ¿EBITDA positivo?

Entrevistado: Exacto, hasta donde yo tengo entendido, ya hay un Lobby de las entidades financieras y bancarias porque esto les va afectar a ellas, ya que no se les puede pedir prestado. Ahora, no sé cómo lo van hacer. No tengo la menor idea porque nadie va comprar en planos, Un proyecto, si no está ingresado a la municipalidad, si no está sustentado o respaldado por un banco, ¿Dónde pido mi crédito hipotecario? Al banco que está financiando la obra, sino tengo que solicitar carta fianza y una serie de situaciones. Entonces, yo veo que efectivamente la situación es complicada. Yo creo que el legislador, y no sería la primera vez, no ve la realidad económica. Y con esto los pillos no van a sacarme la vuelta con los gastos financieros. Pero

ellos son cuatro y hay mil que hacen negocios honestamente que no van a poder deducir el gasto.

Equipo de Tesis: De alguna manera el criterio que utiliza es tomar por tomar las 15 acciones del Plan BEPS y tratar de implementarlas como a de lugar.

Entrevistado: Eso es lo que les preguntaba, ¿En el Plan BEPS esa Acción 4 hace referencia a que se extiende a cualquier tipo de actividad financiera en la limitación de los gastos por intereses?

Equipo de Tesis: Señala que deberían excluir las operaciones que generan menor riesgo de Beps. Señalan también que las operaciones como el “Back to Back” que prestamos estructurados deberían tener un control específico. Pero no encontramos de forma específica como tendría que ser incluida a todas las operaciones.

Entrevistado: Es que no tiene sentido, lo que yo creo que cuando ustedes revisen efectivamente legislación comparada, salvo lo que me han comentado que es Colombia y España, es probable que esto se circunscriba a operaciones con vinculadas porque lo que pretende el plan Beps es evitar planeamientos y los planeamientos yo los hago normalmente entre grupos, es decir, los planeamientos son intragrupo. Yo no salgo hacer un planeamiento con un tercero que está lucrando igual que yo.

Equipo de Tesis: Dentro de eso teníamos también la duda, perse la norma, es una norma mala. La modificación de la regla de subcapitalización pésima y el criterio tomado de lo más básico, porque la Acción es muy completa tiene un montón de supuestos pero han tomado la parte más básica

Entrevistado: O en todo caso, creo yo, que la interpretación que está haciendo el estado peruano, el legislador peruano, sobre esa norma no es la correcta. Es decir, posiblemente está siendo muy literal, no ha evaluado la realidad económica del Perú, donde quizá en otros países, las empresas no requieran tanto financiamiento. Aquí es todo lo contrario.

Equipo de Tesis: El tipo de actividad que tenemos que es primario exportador.

Entrevistado: El Perú es un país primerio y vive del boom de la construcción, estas destruyendo el boom de la construcción porque estás atacando justamente aquella actividad productiva o económica que requiere de más apalancamiento como es la construcción y que es la que ha dado. Sería bueno hacer una estadística de lo que ha crecido el Perú gracias a la construcción. Eso te lo estás tirando abajo con una norma tributaria y la norma tributaria no puede incidir en las decisiones empresariales

Equipo de Tesis: Nosotros estuvimos en una entrevista con una persona que trabaja en el rubro hidroenergético y minero, nos decía que esto nos afecta directamente, yo, personalmente, derogaría la norma.

Entrevistado: Yo creo que siempre hay que ponerle candados.

Equipo de Tesis: Yo creo que dentro de la propuesta normativa, porque en la tesis estamos proponiendo una modificación, hay algunos criterios que nosotros consideramos importante. Hay una lista de exclusiones al ámbito de aplicación. Por ejemplo, las empresas que tienen ingresos netos menores a 2500 UITs donde consideramos que deberíamos colocar una línea que señale que “las empresas en etapa pre operativa rigen por el inciso g) porque tampoco está muy claro”. Adicionalmente limitan el tema del financiamiento a través de emisión de valores mobiliarios. Sin embargo, es un préstamo de una entidad financiera regulada por la SBS.

Entrevistado: Claro, hay forma de financiamiento indirecto, inclusive las operaciones de reporte. Reporte que significa yo tengo acciones, las vendo con cargo a recomprarlas con precio mayor. Esa diferencia es un préstamo. Un factoring. El factoring impropio es un préstamo con garantías prendarias de cuentas por cobrar. Entonces, la pregunta es ¿Eso va limitarse también? Porque si yo te vendo mis cuentas por cobrar a 100 soles, pero tu me pagas 80 por ellas, y yo termino pagándote los 100, porque te lo paga el cliente o te lo pago yo, lo que sería el factoring impropio, entonces al final esos 20 serán intereses. ¿Entraría también dentro de esta regla o no? En principio sí, porque es todo financiamiento.

Equipo de Tesis: Y otro punto donde nosotros creemos, la exposición de motivos señala que dentro de la evaluación que se han hecho a los PRICOS ha habido mayor endeudamiento pero no hubo incremento de activo fijo, señalando que el incremento de activo fijo hace que tú produzcas renta gravada. Haciendo el análisis del indicador PASPAT y dice que es la razón por las cuales aplica esta regla a partes independientes.

Entrevistado: Pero yo te pongo el caso, si este contribuyente es comercializador, ¿No tiene activo fijo? Tiene solo mercadería.

Equipo de Tesis: Dentro de ello, nosotros consideramos también que una exclusión debería ser la adquisición vía leasing porque si usted me dice que el problema se da a través de ello, porque me limitas todo el financiamiento incluido el leasing.

Entrevistado: Así es, no tiene lógica. Estoy totalmente de acuerdo.

Otro tema importante que creo que sería bueno evaluar, es que el Perú no forma parte de la OCDE y hace muchos años hay una sentencia en Colombia cuando en la legislación colombiana se incorporó las directivas de la OCDE, como lo ha hecho la ley peruana. Por ejemplo, el inciso h) del artículo 32-A dice que la directiva de la OCDE en materia de precios de transferencia se aplica supletoriamente si no se contradicen con la ley peruana. Nuevamente, Perú no forma parte de la OCDE y las directivas tampoco son normas jurídicas, inclusive se discute que son Soft Law, pero en principio no son normas jurídicas.

Entonces, el Perú le está dando calidad de norma jurídica a algo que no lo es y en Colombia presentaron una demanda constitucional para que no se aplicara el criterio de la OCDE y

ganaron. Las directivas de la OCDE quedaron expulsadas del ordenamiento jurídico colombiano porque no son normas jurídicas y porque Colombia no forma parte de la OCDE.

Entonces, estas malinterpretando y hay una serie de situaciones que tienen que ser reevaluadas y yo creo que la modificación se dará de todas maneras. El problema es que vas a modificarlo a partir del 2020, porque es un tributo de periodicidad anual y la norma ya se encuentra vigente. Salvo que vía reglamento, lo cual sería ilegal pero la SUNAT no te lo puede cuestionar porque no hay control difuso, pongas las condiciones o algunos umbrales para que la gente pueda escaparse por esos lados o que excluyan ciertas operaciones. “No se incluye dentro del límite A, B, C o D”

Entonces, para propósito de la restricciones de gasto financiero, entiéndase por operación financiera, por ende, el resto no lo son. De esa manera estás flexibilizando la aplicación de la norma. Lo que sí debería derogar debe ser el EBITDA, que se siga aplicando la regla del 3:1, nada más. Siempre mirar, que se está haciendo afuera, yo creo que aquí no se haya visto que está haciendo Chile. Porque Perú siempre está mirando Chile y España.

Equipo de Tesis: Muchos países ya están incorporando el criterio del EBITDA, pero, por ejemplo, en el tema de la posibilidad de que el gasto no permitido se arrastre hasta 4 períodos, como ha sido incluido en el decreto legislativo, en otras legislaciones se hacen de forma ilimitada. Es decir, tú vas a poder deducir ese gasto en algún momento pero también te dice...

Entrevistado: Está bien, está bien, porque ya te estoy limitando pero lo que habría que hacer aquí en este caso es que el contribuyente demuestre que realmente tenía la necesidad financiera, porque yo también me puedo endeudar por endeudarme y después pretender deducir el gasto. Entonces, ¿Qué pasa si yo realmente necesito 4 millones y tengo 1 millón de patrimonio neto, pero si no tengo los 4 millones pierdo una oportunidad de negocio? En ese caso si yo demuestro con un flujo proyectado que necesito la plata entonces sería totalmente razonable que me digan te limitarás el año 1 pero se genera una diferencia temporal. Tienes tu diferido y puedes deducirlo más adelante.

Yo creo que la iniciativa de la norma debería ser. Yo quiero realmente agarrar a los pillos, a quienes están haciendo planeamientos agresivos utilizando una herramienta financiera.

Equipo de Tesis: Claro, que para eso se crea las normas BEPS.

Entrevistado: Exactamente, el marco conceptual es para que yo tengo normas Beps. Justamente para evitar la elusión fiscal agresiva, no la evasión porque es delito. La elusión fiscal agresiva. Entonces, tengo una serie de mecanismos dentro de los cuales se encuentra la restricción a los gastos financieros pero siempre tengo que tener en mente que lo que quiero combatir es la elusión. Si no ha habido elusión en esta operación de financiamiento, la pregunta es ¿Por qué la limitaría? Estoy asumiendo que ya me están haciendo una planificación fiscal

agresiva. Entonces, estoy presumiendo que todo contribuyente que se pide un préstamo potencialmente es un elusor fiscal.

Equipo de Tesis: Y en ese sentido, una de las posibilidades que nosotros tenemos y que estamos en evaluación es modificar la norma y quizá mantener el criterio del EBITDA pero ponerle algunas exclusiones. Como tomar el criterio del arrastre de pérdidas tributarias del Sistema A y del Sistema B, podría ser un tratamiento similar en el caso de la deducibilidad de intereses porque el Sistema B te permitiría deducir el gasto de manera ilimitada. En algunas legislaciones, claramente te señala, no es deducible en este período pero puedes deducirlo en algún período siguiente donde tengas un margen de capacidad no utilizada.

Entrevistado: Me parece bien, en todo caso estoy en sintonía con otras legislaciones pero recogiendo lo mejor teniendo la posibilidad de más adelante poder deducir el gasto. Porque, nuevamente, yo no debo partir de la premisa de que el contribuyente me está haciendo planificación fiscal agresiva, salvo que sea tan evidente como que no necesita plata y se está pidiendo un préstamo de dos millones y seguramente está pagando dividendos, lo que no sería deducible por la causalidad. Pero no en los casos en donde se demuestra que realmente se requería para un proyecto E, invertir una cantidad de dinero que no se tenía en ese momento y las líneas de crédito con los bancos estaban totalmente copadas y necesitaba un préstamo de mis vinculadas y que no ha sido con motivo de generar un mayor gasto fiscal.

Equipo de Tesis: Estamos analizando también los principios constitucionales que estaría vulnerando la norma. Como usted señala es colocando per se a todos los contribuyentes como que están haciendo planificación fiscal agresiva y que están eludiendo impuestos.

Entrevistado: Buen punto, entonces, lo que pasa es que nos fijamos en los temas que yo discutí en una ponencia sobre elusión, simulación, etc. Y es que, es muy fácil poner una cláusula antielusiva general pero eso demuestra a su vez, digamos, la flaqueza del sistema tributario del estado para combatir la elusión. Claro, pongo un cajón de sastre donde todo el mundo cae. Entonces, lo razonable sería tener normas antielusivas específicas, en donde yo detecto una práctica elusoria y la combato con una norma. Por ejemplo, está norma de 3 veces el patrimonio neto es una norma antielusiva pero parte del planteamiento de haber establecido esa norma puede estar partiendo efectivamente de una presunción de elusión cuando posiblemente no la haya.

Hasta habría que revisar el motivo por el cual se adopta una norma como esa, es decir, no es que no se pueda adoptar sino que haya algo que gatille la aplicación de la norma. Entonces, yo tengo que tener ciertos elementos para decir que este contribuyente me está sacando la vuelta, este contribuyente realmente no necesitaba a este otro contribuyente. Tenía suficiente línea de crédito en el banco ¿Por qué se la pedía a su vinculada? Ese debería ser el gorro que después

gatile la aplicación de la norma. Tienes préstamos con vinculadas 3:1. Entonces yo creo que ese es un tema interesante.

La norma constitucional, como no es delito, no puedo hablar de presunción de inocencia. Porque no estamos hablando de evasión, sino de elusión. Pero yo lo que sí creo, por ejemplo, hay un tema interesante y es el siguiente: Con motivo de la modificación la práctica elusiva está siendo sancionada, es decir, está siendo calificada como infracción, entonces si es infracción tendría que haber intencionalidad. Tendría que haber obviamente una deliberada intención del contribuyente de causar daño al fisco.

Yo sé que hay un artículo 170 que dice que las infracciones se cometen en forma objetiva dice el código tributario, pero eso es ilegal. El régimen tributario sancionador en materia administrativa se nutre del derecho penal y para el derecho penal hay culpa, sino no hay delito. Entonces, si no me demuestra la autoridad tributaria que yo intencionalmente he hecho está estructura para eludir impuestos entonces yo no estoy cometiendo infracción. Ahí sí podría haber colisión con un derecho constitucional, de que se requiere que haya una conducta obviamente deliberadamente dirigida a causar daño para que se me pueda aplicar una sanción.

Equipo de Tesis: En Alemania hubo en la aplicación de la Acción 4 un tema que está en debate por el Tribunal Constitucional Alemán que justamente es sobre la Acción 4 y se encuentra judicializada y se está cuestionando si existe la vulneración a la libertad del contribuyente ya que básicamente lo que se presenta es al ampliar el criterio del EBITDA, tanto independientes como vinculadas. Al ampliar ese supuesto se estaría, en teoría, dando un trato indiscriminado o un trato que vulnera la libertad del contribuyente porque se pone en un supuesto todas personas que quieren erosionar la base imponible.

Entrevistado: Están poniendo a todos en el mismo saco. Al que necesita financiamiento y al que lo hace por un propósito fiscal. Pero ¿Qué derecho constitucional está siendo violado? El de la libertad de contratar o igualdad del contribuyente.

Claro, lo que pasa es que el principio de igualdad tiene dos caras. El ser tratados igual a todos aquellos que se encuentren en la misma condición de hecho y de derecho. Entonces prácticamente a mí me están tratando igual pese a que yo no estoy en la misma situación. Esa sería un poco la lectura. ¿Por qué me tratas a mí como un delincuente si no lo soy? Creo que tú tienes como autoridad todas las prerrogativas y facultades para examinar si mi situación es exactamente igual a la del otro, por ahí podría ir.

Entonces, claro, si tú tienes todas las herramientas como cruce de información, tienes todos mis estados financieros. Puedes tocarle la puerta al banco, puedes hacer lo que quieras para llegar a la verdad material y establecer que realmente mi situación no es exactamente igual a la del otro. Entonces, si es así, porque me pones en el mismo plano. Ahí sí puede discutirse una vulneración al derecho.

Equipo de Tesis: ¿Y cómo limita a las empresas que tienen menores ingresos a 2500 UITs y se encuentra fuera del alcance de la norma?

Entrevistado: Discriminatorio, porque una empresa que tiene menos ingresos puede estar realizando prácticas elusivas. Lo que estoy diciendo es: Ustedes si pueden hacer elusión y ustedes no. Buen punto, lo mismo diría yo, discriminatorio.

Entonces ahí habría el derecho de igualdad y el derecho de discriminación.

Equipo de Tesis: Y en el caso de permitirte la financiación a través de emisión de valores mobiliarios y no a través de otro tipo de financiamiento. Ahí estamos evaluando nosotros que también habría una vulneración al principio de libre contratación.

Entrevistado: Me estás obligando a contratar de otra manera. Es decir, como yo necesito igual dinero y tú me estás poniendo una y otra puerta, me salgo por la ventana.

La pregunta es: ¿Qué otras operaciones de financiamiento hay? Factoring. Entonces me voy por el factoring. ¿Cuáles otras? Éstas, me voy por acá. Entonces realmente me están obligando a contratar lo que yo no quiero porque posiblemente el factoring sea más caro.

Más barato me salía contratar con el banco, pero como el crédito directo está siendo satanizado, entonces me voy a una operación más cara. Ósea me estás obligando, interesante Barrera burocrática. ¡Ojo ah!, barrera burocrática. Tú sabes que ya se ha ganado un caso en INDECOPI por incineración en presencia de notario. Se ha ganado.

Un contribuyente ha dicho ¿Por qué yo voy a contratar un notario para quemar? Que manden a la SUNAT. Porque la SUNAT es bien viva. Dice: “Avísame pero no va”. ¿Por qué? Porque tiene el acta notarial. Pero me hace incurrir en un costo de transacción que yo no quiero incurrir, que yo no necesito incurrir porque acá están mis camiones, aquí está mi destrucción, porque yo ya le pagué al relleno sanitario y no viene el fulano de la SUNAT que es un fedatario, entonces eso ya se le ha ganado a la SUNAT.

La resolución dice que INDECOPI ordena a SUNAT y al MEF a abstenerse de pedirles esa información a los contribuyentes. Este caso es el principio. Es una barrera porque me estás impidiendo entrar al mercado, yo quiero entrar bien y tú me dices que yo utilice otra ventana donde yo no quiero entrar.

Como el mismo tema de detracción. La detracción no se discute en su constitucionalidad por sí misma, sino porque me obligan a contratar con el Banco de la Nación. No me da la gana. Es decir, si no hubiera detracción ¿Qué empresas tuvieran cuenta en el banco de la nación? Ninguna. ¿Por qué la tengo? Porque hay una norma de detracción que me obliga a contratar con el Banco de la Nación. Los bancos privados han estado atrás de la detracción, diciendo que yo también puedo brindar el servicio. Le abro una cuenta especial a mi cliente para que solamente maneja pago de tributos. Pero solo tiene que ser Banco de la Nación porque hay el ingreso de recaudación, ¿El Banco de Crédito no le vas a pedir la plata del contribuyente, no?

Pero vuelvo a repetir, me están obligando a contratar con un banco que yo no quiero.

Bueno, no sé si en algo más los puedo ayudar si necesitan alguna reflexión adicional, si ha sido suficiente.

Equipo de Tesis: El comentario general va que la modificación de la norma para usted está mal y tiene muchas falencias.

Entrevistado: Claro, en general yo creo que ¿Hay que combatir la elusión? Sí, hay que combatirla. Pero hay que combatirla inteligentemente y utilizando mecanismos constitucionales, legales y que estén en consonancia con el sentido y el alcance de la Acción 4. El Perú estaría distorsionando su aplicación al hacerla general, a cualquier tipo de transacción sin discriminar la situación real del contribuyente en un caso particular.

Puede ser que quieran poner 3:1, lo que fuere pero extenderlo a los financiamientos que no son con vinculados ya revela que el ánimo es restringir por restringir el gasto financiero, no necesariamente porque haya una práctica elusiva detrás sino que no se condice con la directiva 4. No se condice, porque es ataque a la elusión fiscal agresiva. Lo primero que habría que determinar es que si realmente la hay, si no la hay no resultaría aplicable.

Lo otro, que me coloquen en la misma situación del elusor. Lo otro, que uno si puede eludir porque tiene menos ingresos que yo. Es como si tú no pudieras robar, porque has robado un banco, y al otro le cortas la mano. Pero el otro es ladrón igual, no es que es menor cuantía.

En este caso, yo no necesito más apalancamiento. ¿Por qué la grande industria no requiere más apalancamiento? Por qué estos negocios inmobiliarios que te comento no requieren mayores préstamos. Además, podría poner ejemplos de negocios que se necesita plata y no hay patrimonio. Porque el patrimonio no está ahí, el patrimonio es un patrimonio intelectual que tiene estas personas, que han tenido la gran idea de generar estos negocios.

A lo mejor, con esta regla no habría genios de las aplicaciones, porque necesitan levantar plata. Es decir, yo soy un genio y creo una aplicación para ir al teatro, necesito plata, porque no la puedo financiar. ¿Qué patrimonio tengo? Cero, mi cerebro, imagínate el freno al desarrollo de ideas, y no podría financiarme mi proyecto porque tengo la regla de límite de financiamiento.

Yo creo que hay muchos temas para revisar y empezando, el Perú no forma parte de la OCDE. Estas acciones obviamente son recomendaciones. Entonces, yo te recomiendo que hagas esto, pero entonces lo voy hacer de todas maneras, así esté mal, yo lo voy hacer. No es así.

Equipo de Tesis: Incluso, yendo por el lado de aplicación de Normas de Contabilidad, los instrumentos financieros te llaman a traer a valor presente préstamos o en el caso también de ahora, la norma que modifica el tratamiento del arrendamiento operativo. Si cumples ciertos requisitos en los cuales ya tendrías que calcular un interés implícito. La norma no señala si ese interés implícito contable es parte del financiamiento

Entrevistado: ¡Qué bueno! Claro, imagínate que yo he comprado un auto a plazos, el auto me ha costado 10,000 dolares. Usted lo puede pagar en 3 cómodas cuotas mensuales de 4 mil cada una. Entonces voy a terminar pagando 12,000 dólares. Yo ya sé que tengo que reconocer 2 mil dólares de intereses, así de cajón no es cierto. Un contador me va decir: “A ver, espérate un ratito, ¿Cuánto era al contado ah?” 10. ¿Cuánto vas a pagar en las 3 cuotas? 12. Que son los 2, no es costo del auto. Entonces ¿Qué es? ¿Ese interés entra en este límite? No debería entrar porque la norma tributaria no reconoce el interés implícito para el costo computable depreciación te reconoce lo que has pagado lo cual está mal. Obviamente yo he pagado 10, los otros 2 son gastos financieros.

Como la norma no te dice tampoco que no se excluya, yo veo mi estado financiero y para mí es un préstamo lo que tengo ahí, si tengo interés. Ese interés, en teoría, se sumaría también a la restricción de los intereses. Si lo ves así, pues sí. ¿Por qué de donde el auditor determinaría cuanto financiamiento tengo? De mi estado financiero, yo no tengo un estado financiero tributario.

Equipo de Tesis: Como lo que han dicho en la exposición de motivos toma las casillas del PDT de Gastos Financieros, en los cuales muchas veces ahí está incluido la pérdida por diferencia de cambio. En su exposición de motivos coloca eso literalmente.

Entrevistado: ¡Qué buena! Eso quiere decir que yo tendría que hacer una conciliación en esa cuenta, en ese casillero, porque yo tendría que excluir algunos conceptos.

La diferencia de cambio es un resultado que no depende del contribuyente. Que planeamiento tributario yo podría haber hecho para que la diferencia de cambio este a favor o en contra, ninguno. No depende de mí, esas son variables externas.

Me da la impresión que esto ha salido improvisado, no se ha hecho bien. Se ha querido llegar a la meta, ya estamos alineados con Beps y se ha hecho mal.

Equipo de Tesis: Muchas Gracias Doctor

3. Entrevista realizada a Jorge Bravo Cucci – Socio en PICÓN & ASOCIADOS, ASESORES TRIBUTARIOS

Con fecha 28 de enero de 2019, se llevó a cabo en San Isidro – Lima, una entrevista con Jorge Bravo Cucci, que presentamos a continuación:

Equipo de Tesis: Estimado Dr. Bravo, somos alumnos de la Maestría de Finanzas y Derecho Corporativo de la Universidad ESAN. Inicialmente, nuestra tesis estaba enfocada en analizar una posible implementación de la Acción 4 del Plan BEPS en el Perú, antes de la promulgación del Decreto Legislativo 1424. Al haberse emitido el decreto legislativo en el mes de septiembre, nuestra investigación se centra en analizar si los criterios recogidos en el Plan BEPS son los adecuados, centrándonos en los aciertos y desaciertos en la implementación de la norma.

Siendo así el caso, de manera general, ¿Cuál es su primera impresión?

Entrevistado: Definitivamente, yo no estoy de acuerdo con la norma porque creo que por tratar de cubrir supuestos que el estado consideraba como caminos para generar escudos fiscales o deducibilidades ahí donde realmente no hay una operación, han cerrado la puerta a financiamientos que no tendrían como objetivo generar ninguna deducción maliciosa.

Me da la sensación que ha habido un exceso en cuanto al ánimo que tiene el estado de evitar la elusión tributaria y han sobrepasado eso, generando un régimen bastante complejo con muchas excepciones que a su vez permiten que quién realmente es un elusor tributario pudiera acomodarse a esas reglas y, ahora, avanzar con pie derecho para realizar elusiones con más tranquilidad que antes.

Equipo de Tesis: El Plan BEPS fue trabajado por la OCDE para combatir la planificación fiscal agresiva en empresas Intragruppo. De alguna manera, los nuevos criterios en las reglas de limitación en la deducibilidad de intereses amplían su criterio a partes independientes. Lo cual es una restricción, ampliando el criterio sin tener en cuenta que el financiamiento del común de las empresas que se da a través de entidades bancarias o financieras. Empresas con las cuales no se tiene vinculación. No tiene como finalidad la planificación fiscal agresiva. ¿Cree que la ampliación de ese criterio es el correcto?

Entrevistado: No, es totalmente incorrecto. Estoy en desacuerdo. Yo lo que creo es que ellos deberían haber explorado en mantener que esta regla aplique a operaciones entre empresas vinculadas y tener algún tipo de control a los casos en los cuales las empresas vinculadas camuflan las operaciones utilizando intermediarios. Por ejemplo, las famosas y muy conocidas operaciones “Back to Back”, ahí está el tema. Ese es el tema realmente.

Equipo de Tesis: En la exposición de motivos señala que uno de los motivos principales por el cual se amplía el criterio a partes independientes es por las operaciones “Back to Back”.

En Colombia han realizado una modificación a la norma de subcapitalización. Anteriormente incluían en el límite las operaciones entre partes vinculadas e independientes, utilizando la proporción de 3:1. Pero, actualmente tiene la proporción de 2:1, incluyendo una especie de declaración jurada que el contribuyente debe presentar en la cual certifique que dentro de las operaciones de financiamiento no existe una operación “Back to Back”. ¿Cree que esa sería una forma de combatir el Back to Back en el Perú?

Entrevistado: Sí, y eso debería ir complementado. Para comenzar yo creo que la proporción que tenemos ahora de 3 veces está bien. Lo siguiente que debería hacerse es: Si la operación es con una aparentemente no vinculada, en efecto, tener una declaración jurada que indique eso, pero no una declaración jurada sin efectos; sino concatenar algún tipo de sanción. Yo diría inclusive hasta penal.

Creo que es el momento en el cual se tiene que comenzar a separar un poco la paja del trigo y hay que entender que existen ciertas elusiones tributarias que tienen, claramente, un delito penal. Entonces, efectivamente, ahí se le tiene que señalar en la propia norma, al intermediario o mejor dicho a la empresa que estaría participando, que no es vinculada.

Dicho sea de paso, tu empresa peruana está indicando que está recibiendo de una empresa no vinculada. Si a través del intercambio de información, que el Perú va tener pronto, se detecta que eso es falso, eso calificaría como un tipo de delito. Eso es más efectivo.

Equipo de Tesis: De las consultas que realizamos a unas de las personas que elaboró la norma, le comentábamos que la información que tiene SUNAT ya está casi en línea. Incluso podría solicitarle a los bancos de manera más efectiva y precisa la información. Pero, ellos nos decían que podrían vulnerar el secreto bancario. El banco nos podría decir que no nos podía dar esta información ya que estaría violando el secreto bancario de mis clientes. De alguna manera con la declaración jurada se tendría un mejor control y una mejor fiscalización al contribuyente porque me estaría confirmando que no tendría camuflada esta operación Back to Back.

Entrevistado: Por supuesto, claro que sí. Cuando se tiene herramientas como el Estado de poder recibir información, inclusive no solo de bancos locales sino bancos o entidades de fuera, condicionas el incumplimiento o el fraude en la declaración a un tipo penal o a una sanción. En el peor de los casos restringes duramente la posibilidad que alguien utilice esta figura. Inclusive, si tu comprometes haciendo aplicación, por ejemplo, de la Acción 12 a declaraciones de operaciones que pudiera hacer planeamiento tributario a las empresas y condicionas también que el incumplimiento podría calificar como un delito. Haces que las personas piensen 3 o 4 veces antes, ya que tendrían presente algo que es la percepción del riesgo.

La percepción del riesgo es algo clave en el tema de la lucha contra el fraude. Si el contribuyente no percibe el riesgo en lo que está haciendo probablemente, a primeras, decida no hacerlo. Pero a la segunda o tercera vez se anima y comienza a hacerte el fraude. Tú como

estado tienes que colocarle claramente. Tienes que ser respetuoso de sus derechos, no estar colocando normas como estas que se aplican en la mayoría de los casos contra gente que ni siquiera tiene vinculación. Pero, por otro lado, tienes que dejar las cosas claras. Si tú engañas y defraudas al fisco, vas a tener una consecuencia durísima.

Eso es mejor de lo que han aprobado. Míralo desde la perspectiva fría. Alguien que quiere realizar hoy con toda seguridad una planificación tributaria, fraude de ley o una simulación inclusive utilizando financiamientos Intragruppo, ahora puede hacerlo con más tranquilidad porque ya tiene el escenario marcado. Ya sabe en qué casos si puede y en qué casos no. Ese es el problema.

Equipo de Tesis: Dentro del criterio que recomienda la OCDE, actualmente estamos pasando de un uso temporal de la nueva regla de subcapitalización hasta el 31 de diciembre del 2020 y luego tomamos el criterio de la regla de proporción fija que tiene como límite el 30% del EBITDA. ¿Cómo considera al EBITDA como medio de cálculo para limitar la deducibilidad de intereses?

Entrevistado: Yo creo que entramos a un mar de relativismo. No se pueden colocar ese tipo de marcadores que son absolutamente interpretables, cuestionables y que no te indican la realidad en sí de una empresa. Yo estoy en desacuerdo en eso también.

Mucha norma, mucha regulación termina generando confusión y termina generando oportunidad para mayor fraude; eso es lo que yo pienso.

Equipo de Tesis: En la aplicación de la norma han incorporado supuestos de exclusión, dentro de las cuales tenemos empresas que tienen ingresos netos menores a 2500 UITs: Las empresas del sistema financiero y bancario, las operaciones de financiamiento a través del mercado centralizado de valores, las Asociaciones Público Privadas que desarrollan proyectos de infraestructura. En ese sentido, ¿Considera que la inclusión de supuestos puede ayudar a que la norma sea mejor aplicada en el Perú? ¿Es correcta la inclusión de supuestos?

Entrevistado: Es justamente lo que te decía antes, es todo lo contrario. Esos supuestos en lo que ayudan es para poder implementar de manera segura, reales planeamientos tributarios en contra de lo que la norma pretende evitar.

Equipo de Tesis: Porque ya no estoy en el ámbito de aplicación.

Entrevistado: Exactamente, con eso ya no importa si eres vinculado o no; directamente no te aplicó. Es un gran error, es un inmenso error el que han cometido porque la norma como estaba era mejor que esta modificación.

Equipo de Tesis: Y no piensan cambiarla.

Entrevistado: Lamentablemente no me extraña lo que tú me dices, porque yo he conversado muchas veces con gente del gobierno y por más que tú les intentas mostrar que están

en un error, que es mejor cambiar para que puedan obviamente lograr los objetivos que el Estado necesita, se cierran, no entienden razones.

Equipo de Tesis: Nosotros estamos considerando, porque tenemos la información que no van a cambiar la norma, presentar una propuesta de modificación, tomando en cuenta que la regla de subcapitalización que tenemos es buena. Pero deberíamos incluir, como Colombia, la solicitud del certificado o declaración jurada para cubrir el Back to Back que incluya una sanción si se incumple. Pero de recomendar la regla de proporción fija en base al EBITDA estamos considerando colocar algunos supuestos adicionales que la norma no considera. Por ejemplo, tu contribuyente te dice que puedes financiarte a través del mercado de valores pero no por préstamos bancarios que es la forma más común de financiamiento. Entonces consideramos que las operaciones de financiamiento con empresa bancarias y financiera deberían estar excluidas de la aplicación de la norma, así como las operaciones de leasing, porque la exposición de motivos señala que del análisis que habían realizado a los principales contribuyentes se había incrementado el financiamiento pero no se adquirió activos fijos lo que reflejaría que a través de ello se genera renta gravada. Su posición es que tú te endeudas pero no compras activos pero el leasing es una forma de financiamiento que te permite adquirir activos y no lo están considerando como parte de la exclusión.

Entrevistado: Claro, es una forma de adquisición financiada.

Equipo de Tesis: La norma no aclara cual es el tratamiento de las empresas que se encuentran en etapa pre operativa. De alguna manera, deberían seguir por el criterio del inciso g) del artículo 37, que señala que las empresas en etapa pre operativa reconocen sus costos a partir de la etapa en la que ya empiezan a producir. Sin embargo, no es específica la norma, porque no te señala si dentro de las empresas que generan ingresos menores a 2500 UITs se incluyen las empresas en etapa pre operativa. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que cuando existe una norma de carácter específico que se debe regir por esa norma y no por la de carácter general.

Entrevistado: Ese es un muy buen punto. En efecto, en el derecho existe efectivamente el punto de controversia cuando se tiene dos normas que regulan una misma materia. Si una norma es de carácter general y otra es específica a la operación, a la calidad del sujeto o al tipo de operación que realiza, lo que va primar es la norma especial.

El tema en discordia es determinar si, en efecto, esta norma especial es aplicable al caso en concreto. En el caso que tu comentas, mi opinión es que sí. La norma especial vendría a ser el inciso g) del artículo 37.

Equipo de Tesis: Estamos considerando incluir dentro de la modificación de la norma que vamos a proponer en el inciso a) de manera específica para que no quede a criterio del contribuyente, porque suele darse confusión en los contribuyentes al no tener un criterio al elegir

el inciso adecuado con el cual debo tratarlo. Las empresas que se encuentran en etapa pre operativa se regirán por lo que señala en inciso g.

Entrevistado: Correcto, yo estoy de acuerdo con esa recomendación. Buen punto.

Equipo de Tesis: En Alemania y en Colombia, cuando se toma una regla que incluya la limitación de operaciones entre partes independientes, hubo muchas opiniones que se estarían vulnerando algunos principios constitucionales como el de igualdad o el de libre contratación. ¿Considera que esta norma vulneraría algunos principios?

Entrevistado: Sí, claro. Mientras la norma era aplicable únicamente como una norma antielusiva de control de operaciones entre vinculadas, la finalidad de esta norma pasa a un caso específico donde efectivamente podría haber un tema de elusión, donde prima sobre los principios constitucionales de igualdad y todo ello.

Ahora, la norma que ha sido aprobada y ya está vigente, no afecta únicamente a los casos de elusión. Si tú te das cuenta se pone en el supuesto general. Es decir, no me importa si eres vinculada o no, te aplico la norma así no sea vinculada. Esa es la lectura, más allá de la exposición de motivos ciertamente hay vulneración a principios constitucionales.

No han tenido una lectura correcta de la parte constitucional, es una de las peores normas que he visto del paquete aprobado.

Equipo de Tesis: La implementación de la norma te permite si superas el límite de intereses deducibles, el exceso poder arrastrarlo los años siguientes, tomando de alguna manera el criterio de arrastre de pérdidas del sistema A. Hemos revisado legislaciones de otros países en las cuales se aplica la regla de proporción fija en base al EBITDA en los cuales tiene de manera ilimitada la opción que puedan arrastrar ese exceso y hacerlo deducible en algún momento si tienes capacidad no utilizada en algún año. De recomendar la implementación de la Acción 4, estamos analizando la posibilidad de considerar, en la propuesta normativa, los dos sistemas de arrastre de pérdidas a opción del contribuyente de modo que si utilizas el sistema b, te permitiría una cantidad mayor de años para deducir el exceso de gastos por intereses no deducibles.

Entrevistado: Me gusta la propuesta, porque sobre todo es algo que ya conocemos. Los dos sistemas no son nuevos con lo cual puedes replicar a este caso. Me gusta, buena idea.

Equipo de Tesis: El criterio que tiene el gobierno es tomar las recomendaciones de la OCDE con el fin de poder incorporarnos a este grupo, por lo cual siguiendo en esa línea. Tenemos el análisis de mantenernos en la regla de proporción fija pero con algunos puntos que nos permitan a los contribuyentes tener una mejor implementación de esa norma.

Entrevistado: Yo tengo un comentario, si bien es cierto creo que para el Perú es conveniente entrar a la OCDE en algún momento en el tiempo, quizá a mediano plazo podamos alcanzarlo. Tenemos también que tener en cuenta que para hacerlo debemos cuidar que la

legislación que estamos nosotros consumiendo por estas recomendaciones sean consistentes con nuestra realidad y ese es un análisis que poco se hace. Si algo ha sido creado para una realidad, no necesariamente va aplicar a la nuestra. OCDE en principio piensa en su realidad, prácticamente formales, donde la tributación es alta o si hay incumplimiento es de otro tipo. Entonces, trasplantar esas normas sin el debido estudio, sin el análisis de política fiscal; genera efectos perversos y complicados.

Yo creo que lo que tenemos que hacer en este caso en particular, si me permites una opinión, no iría por la regla del EBITDA, yo me iría por la regla anterior que nos había funcionado, mejorarla, ponerle candados; generar evidentemente percepción de riesgo ante el posible uso de planificaciones tributarias agresivas y mantenerla.

Creo que simplificar el sistema es clave. Si hay algo que venía funcionando, mejorarlo pero no enturbiarlo como han hecho ahora. Generando potenciales problemas de inconstitucionalidad, de vulneración de derechos que lo van a presentar en cualquier momento.

Equipo de Tesis: De alguna manera el Plan BEPS se da a raíz de los escándalos de Starbucks, Google y Amazon, que son otro tipo de realidades no aplicables a nuestro país.

Entrevistado: Totalmente de acuerdo, nosotros estamos copiando soluciones a problemas que no tenemos.

Equipo de Tesis: Además que el Plan BEPS son recomendaciones. Incluso te señalan que la regla de subcapitalización en base al ratio de endeudamiento/ patrimonio funciona en tu país puedes seguir aplicándolo. Yo te recomiendo que puedes aplicar esto y de esta manera, tomando como regla complementaria la regla de proporción de grupo, que en el caso del Perú no existe tributación por grupos económicos, entonces tampoco sería aplicable. En ese caso, el legislador peruano está tomando como obligación incluir estos lineamientos en nuestro sistema normativo.

Entrevistado: Sí, yo creo que en este caso están determinados en adoptar alguna de las acciones BEPS como para ir haciendo una especie de tarea, implementando esta y luego otra, necesitan dar una mirada previa. Están golpeando a muchas empresas que están con pérdidas o con una utilidad baja y están recibiendo financiamiento barato de fuera y la estás golpeando con este criterio.

Equipo de Tesis: Las empresas de los sectores predominantes son Construcción, Inmobiliario y Minería; donde se tiene una etapa pre operativa larga, en la cual la norma afecta directamente.

Entrevistado: Los va a afectar, lógico, claro que sí. Básicamente por un conjunto de presunciones, sospechas, la implementas. Cuando podrían haber generado simplemente mejoras a la norma que ya existía.

Equipo de Tesis: El ejercicio que nos comentan que hicieron y que nos recomendaron hacer es que, ellos han tomado empresas que cotizan en bolsa y les han aplicado el 30% al su

EBITDA y dicen, que su endeudamiento está por debajo de ese límite por lo que vas a poder deducir todo. Y que la emisión de la norma es porque hubo un abuso del endeudamiento.

Entrevistado: Yo no creo. Puede haber un abuso de endeudamiento, quizá sí. Pero ese endeudamiento encubre una capitalización que está haciendo una vinculada. En el fondo se trata de eso, esta norma es una norma antielusiva de origen, lo que busca es que no vayan a estar camuflando una operación que no es endeudamiento, sino es aporte de capital bajo la forma de un préstamo. Así de sencillo. Se está aplicando a situaciones donde en la mayoría de los casos no es ni cercanamente eso y lo peor es que muchas empresas, sobre todo las que no soy muy grande y están recibiendo este tipo de endeudamiento, no se han enterado. Además, hay gente que se puede aprovechar y empezar hacer una planificación. El año pasado tenía endeudamiento que superaba el 30% a mis vinculadas, ¿Qué hago ahora? Parto el endeudamiento y ya está. Por debajo de los 2500 UITs. Atomizo mis operaciones, estoy por debajo de ese límite y hago lo que se me da la gana. Por ejemplo, creo constructora A, B, C, D, E, F; todas las que quiero. Una buena planificación tributaria y ya está, me separo de la norma.

Así que la verdad, desde mi punto de vista, el están dando la plataforma segura para que esta gente haga este tipo de fraude

Equipo de Tesis: Esas son las preguntas que tenía para usted. Le agradecemos su tiempo.

4. Entrevista realizada a Alberto Artamendi Gutiérrez – Profesor titular de Fiscalidad Internacional en ESADE Business & Law School

Estimado Alberto, somos alumnos de la Maestría de Finanzas y Derecho Corporativo de la Universidad ESAN de Perú. Estamos realizando una tesis relacionada a la aplicación de la Acción 4 del Plan BEPS en nuestro país, a raíz de la promulgación del Decreto Legislativo 1424, nuestra investigación se centra en analizar si el decreto legislativo recoge todos los lineamientos de la Acción 4 y si es adecuada a nuestra realidad. Hemos revisado el libro donde desarrollan la Acción 4 en uno de sus capítulos y el motivo es tomar en cuenta los criterios que recogen ustedes en su escrito, pero que actualmente puedan observar en España y en Europa de la implementación.

Equipo de Tesis: En nuestro país se aplicaba una regla de subcapitalización para limitar la deducibilidad de gastos por interés. Esta regla de subcapitalización permitía un endeudamiento de 3 veces el patrimonio neto del contribuyente. Al incorporar el criterio recogido de la Acción 4 a partir del año 2021, se aplicará la Regla de proporción fija tomando como límite el 30% del EBITDA Tributario. Incluso existe un período de transición entre los años 2019 y 2020, donde la antigua regla de subcapitalización ha sufrido una variación ampliando el criterio a todo tipo de endeudamiento. Esa es la forma como ha sido modificada la norma.

Entrevistado: Ustedes han seguido el mismo recorrido que en España. Aquí, nosotros hemos contado con una norma de subcapitalización tal cual la describes de 3:1; pudiendo tener un límite de 3 de deuda y 1 de capital, el exceso se consideraba no deducible. Además tenía un régimen desfavorable en el ámbito de los impuestos de las personas físicas que no han derogado. Sigue vigente, por lo que podrías tener una persona física endeudándose con una sociedad por encima del rango de 3 a 1. Esta persona sería penalizada en el ámbito de las personas físicas con una mega tributación sobre sus intereses, a pesar de que la deuda ya no está en el impuesto de sociedades.

El impuesto de sociedades ya se derogó en el año 2012, con efectos al 01 de enero del 2013 y adoptamos previamente, siendo pioneros, la regla BEPS limitando la deducción al 30% del EBITDA. Lo que pasa es que es un EBITDA definido en la propia ley que no se corresponde con el concepto de EBITDA financiero, lo que una persona de finanzas entendería por EBITDA, es parecido pero hay algunos matices. De hecho, en este punto, la doctrina y la gente que entiende de BEPS en este mundo piensa que España no está trasponiéndolo bien. Que en su definición de EBITDA, aunque parece no es la que se deriva de BEPS y de la directiva europea del 2016, llamada Directiva ATAD, que es la que implemente BEPS a nivel de toda la Unión

Europea. Es una cuestión que probablemente se tenga que adaptar o se tenga que emitir alguna de interpretación administrativa oficial señalando que se adopta el criterio de aquella directiva.

Equipo de Tesis: En el caso de la regla de subcapitalización que ustedes aplicaban, ¿Incluía partes independientes o solamente se aplicaba en el caso de vinculación?

Entrevistado: Se aplicaba solamente en el caso de vinculación. En la práctica no se aplicaba nunca porque se había interpretado contraria al derecho comunitario. Por lo tanto, un préstamo con sociedades españolas no lo aplicaba y un préstamo con sociedades extranjeras sí lo aplicaba. Entonces, esa norma quedaba en la práctica, sólo limita a los países con los que no fueran de la UE. Lo cual contentivamente era poco relevante. Todos los países de la UE podían no aplicar esa regla sobre la base de esta discriminación.

La ley vigente en aquella época donde se señalaba en el artículo 20, que se aplicaba cuando el endeudamiento neto remunerado directa o indirecto de unas entidades excluidas, con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español con las que esté vinculada; donde se aplica el coeficiente de 3 veces al capital fiscal. Señalaba expresamente la necesidad de vinculación.

Equipo de Tesis: Nosotros estuvimos revisando las normas del Plan BEPS que surge a raíz del planeamiento fiscal agresivo que se realiza a través empresas intragrupo y en un ámbito transfronterizo. Es decir, trasladar las utilidades de un país y llevarlos a otro de menor o nula tributación, gravándolos a una menor tasa aprovechándose de ese beneficio.

En el Perú, somos un país primario exportador que requiere inversión de capitales, por lo que la norma ha sido tomada a mal, considerando que debe derogarse por la inclusión de financiamiento a todo tipo de empresas. Si bien es cierto, si se toma en cuenta el umbral de minimis excluyendo las empresas que generan ingresos netos menores a 2500 UITs, empresas que realizan obras de infraestructuras, entre otros. Incluirlo a partes no vinculadas sin distinción de los grupos económicos internos que no tienen empresas de vinculación transfronterizas. Eso hace que afecte a diversos sectores. La norma ha sido tomada a mal.

Entrevistado: Aquí también, cuando se implementó, tuvo bastante polémica por las mismas razones que estas apuntando. Exactamente las mismas razones fueron las que se oían.

Equipo de Tesis: En la actualidad, ¿Cómo ha venido funcionando desde que ha sido implementada la norma en España?

Entrevistado: Bueno pues, en los primeros años, en el 2013 y 2014; tuvo un impacto recaudatorio relevante y las empresas se adaptaron. Los flujos se reordenaron y al final la norma está teniendo un impacto mucho más pequeño. Ahora la financiación se hace de otra manera, se hace con más capital. En ese sentido, el objetivo de la norma se ha cumplido y los tipos de interés que se cobran pues han bajado. El número de empresas que se ve afectado por este límite ha disminuido, ya en el año 2014 se notó que disminuía mucho. Muchas empresas capitalizaron

sus préstamos, incorporándose al capital o simplemente los reparaban si tenían disponibilidad de caja, para tasa límite.

Ahora, incluso la medida está teniendo un impacto recaudatorio negativo, porque las empresas están empezando a aprovechar los intereses que en su vida pudieran deducirse. La norma contempla que el interés, que en un año se ve afectada por el límite, puede deducirse en años futuros siempre y cuando en ese año futuro no se alcance el límite correspondiente. Es decir, si yo en el año 1 tengo intereses por el 40% de mi EBITDA y el año siguiente tengo intereses por el 20% de mi EBITDA. En el primer año un 10% no lo podría deducir pero en el segundo si podría deducirme ese 10% porque $20 + 10 = 30$. Estoy dentro del límite.

Por este motivo precisamente las empresas están empezando a recuperar lo no deducido o muchos ya han terminado de hacerlo y la medida por esta razón está teniendo un impacto recaudatorio negativo. El impuesto que se abonó en los años anteriores se está recuperando ahora. Con la diferencia que, lógicamente, el monto total de intereses en la economía que se deduce ha bajado.

Equipo de Tesis: Aquí en el Perú también se ha implementado el “Carryforward” a lo largo de cuatro años. Con lo cual tú podrías utilizar el interés en exceso en los años en los cuales tengas una capacidad no utilizada. ¿Cuál es la regla aplicable en España?

Entrevistado: En España no hay límite temporal para aplicar un gasto financiero no deducido. En un principio se aplicó, si no me equivoco, 18 años como límite. Pero, a los dos años siguientes en el 2015, se quitó todo límite temporal. Por lo tanto, el límite de 18 años nunca llegó a aplicarse porque los primeros intereses no deducidos fueron del año 2013 y en el 2015 seguían vivos. La norma transitoria decía que los intereses que seguían vivos en el 2015, son recuperables con la nueva ley. De modo que son recuperables sin límite temporal.

Lo que si tenemos como límite temporal es que para aprovechar EBITDA sobrante, es decir cuando tu gasto financiero es inferior al límite, la diferencia entre ese gasto financiero y ese límite que podrías deducir se puede aprovechar en años futuros para deducir un exceso de intereses, pero sólo durante cinco años. Luego tenemos el carryback, también por cinco años.

Equipo de Tesis: En la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424, toman en cuenta que la ampliación del criterio de la norma de subcapitalización a partes independientes. Así como la implementación de regla de proporción fija sobre el EBITDA, este se considera que se hace porque hay muchas empresas que realizan Back to Back. Entonces, ese es el principal motivo por lo cual se señala que se implementa esta norma. ¿En España hay alguna regulación para controlar este tipo de financiamiento?

Entrevistado: Para controlar específicamente el Back to Back, no. Lo que pasa es que si quieren pueden atacar. Es probable que no seas el beneficiario efectivo de la renta que gravas a

efecto de aplicarte un tipo de convenio reducido. Pero una norma que específicamente prohíba el Back to Back, no está regulada.

Lo que sí que tenemos, las dos reglas específicas que tenemos, a parte de esta regla general del 30% del EBITDA; son para operaciones de Maney. Cuando se adquiere una sociedad bien a una parte vinculada o a un tercero.

Equipo de Tesis: En la Acción 4, la OCDE recomienda la exclusión del ámbito de aplicación a las empresas bancarias y del sistema financiero. Aquí en el Perú, también se ha recogido esa recomendación pero lo que se observa es que se excluye esas empresas del límite del 30% del EBITDA pero no excluyes las operaciones que tienen las empresas con este sector. Es decir, las operaciones de financiamiento a través del sistema bancario y financiero, sólo se excluye el financiamiento a través del mercado de valores. ¿Existe una regla similar?

Entrevistado: No, aquí todo endeudamiento está afectada por el límite. Lo que si tenemos es que los bancos no se ven afectados por dicha regla. Es decir, el banco en su propia declaración de impuestos se deduce todos los impuestos que haya generado o que haya pagado, lógicamente, porque su balance está invertido.

Equipo de Tesis: La norma del ATAD, que es la que recoge la UE, señala que su aplicación debe ser a partir del 01 de enero de 2019. ¿Todos los países de la UE han recogido esta directiva?

Entrevistado: Ya ha habido exposición en todos los países y falta por ver si la disposición ha sido correcta o no, para lo cual habrá que esperar varios años hasta que empiecen a salir casos de gente que reclame por no considerarla correcta.

Como te indiqué ya hemos identificado algunas posturas que España debería mejorar, parece que rompe lo establecido.

Equipo de Tesis: La Regla de proporción de grupo, que es una regla complementaria a la Regla de proporción fija ¿Ha sido recogida en su legislación?

Entrevistado: No, a pesar que en muchos foros se ha solicitado, el gobierno no lo ha estimado oportuno. Ni hay indicios que se vaya adoptar en el corto plazo. No hay un debate al respecto. Por lo tanto, te diría que no, que no se va adoptar en los próximos años, desde luego en el actual gobierno no y habría que ver si en las próximas elecciones este tema vuelve a salir sobre la mesa.

Equipo de Tesis: En la valoración de las medidas que hacen en el libro señalan que los ordenamientos jurídicos internos no deberían incorporar la norma de forma absoluta, porque podría ser incluida en alguna legislación de forma indiscriminada. De alguna manera eso podría generar distorsiones en la aplicación de esta medida. ¿Existen algunos casos que se hayan dado como demandas ante el Tribunal Fiscal o Tribunal Constitucional al respecto de afectación de algunos principios constitucionales?

Entrevistado: No ha habido como tales todavía. De todos modos, es demasiado pronto dado el tiempo que entró la norma fiscal. El ejercicio 2013 se presenta a la Administración en el mes de julio de 2014 y normalmente se empieza a revisar al cabo de 3 años. Por lo tanto, se empezó a revisar en el año 2017, las inspecciones fiscales que estarían terminándose dentro de poco, por lo que no tenemos noticias de ninguna reclamación, estarían todavía en las primeras fases del proceso de apelaciones.

Equipo de Tesis: Me señalaste que el efecto recaudatorio que había tenido la norma había sido positivo en los primeros años. Adicionalmente quisiera saber si tiene algún tratamiento especial para las empresas que tienen una etapa pre operativa larga. Algunos sectores tienen muchos años de etapa pre operativa en donde no registran EBITDA positivo. ¿Cuál es el tratamiento que le dan a ese tipo de empresas?

Entrevistado: No tenemos ninguna regla especial, únicamente la franquicia de 1 millón de euros que siempre es deducible. Ahora bien, en la práctica aquellas sociedades que pueden registrar su inversión como existencias de acuerdo con nuestro Plan General de Contabilidad, las empresas inmobiliarias que venden viviendas, las viviendas tienen condición de existencias de acuerdo a nuestra normativa contable. Nuestro plan general de contabilidad lo que dice es que los intereses relacionados con las existencias se activan, es decir, se incorporan al valor de las existencias. Por lo tanto, una empresa inmobiliaria nunca se deduciría el gasto por intereses, porque lo que tendría es un gasto contra un ingreso por el mayor valor de su activo. Entonces, solo cuando vende su existencia se vería ese efecto de ese gasto por intereses porque su existencia estaría reconocida por un mayor valor en contabilidad, por lo tanto su plusvalía sería menor. En ese sentido, este tipo de empresas no ha cambiado su operatividad por una cuestión más contable que fiscal.

Equipo de Tesis: Dentro de las sugerencias de la reforma señalan que se deberían incluir reglas de escape específicas por sectores o ciclos empresariales ¿Esto ha sido recogido en su legislación?

Entrevistado: No, de hecho la directiva antiabuso no la ha recogido, por lo tanto, difícilmente podrá entrar al ordenamiento jurídico de ningún país de la UE, pues supondría estarse en una excepción a una norma obligatoria de la UE. Se requeriría un consenso de los 27 países tras la salida del Reino Unido.

Equipo de Tesis: De manera general, ¿Cuál es su apreciación sobre la implementación de esta regla a cinco años de la introducción en su legislación?

Entrevistado: De manera general, yo creo que fue una norma introducida de emergencia y con una finalidad no solo de cumplimiento de BEPS, porque en esos años BEPS no estaba sus etapas iniciales, sino recaudatoria. En una fase en la que España necesitaba levantar recursos para sostener el gasto público por la crisis que vivíamos y no se hizo con el debido raciocinio

y, pensándolo bien, por todos los pormenores de la ley. Yo creo que ahora estaríamos en un momento adecuado ya que ha pasado la emergencia, para volverlo a pensar y sin eliminarla, porque creo que su efecto global es bastante positivo.

Deberíamos empezar a prever situaciones específicas como las de los empresarios cuya inversión va mal y por tanto nunca van a generar un ingreso para deducirse el gasto. Operativamente, las empresas de inversión que tiene un período previo a la generación de ingresos muy superior a lo que es normal. Estas cuestiones se podrían abordar para mejorar la justicia material de la ley sin gran incidencia recaudatoria y eso ayudaría a que los contribuyentes vean esta norma de una manera que aprobarían más esta norma y la posición que hay sobre ella sea rebajada. Y la miren como una norma más justa.

Equipo de Tesis: Muchas Gracias Alberto por su tiempo. Nos ha ayudado bastante conocer la aplicación de la norma en España.