

Universidad de Lima
Escuela de Posgrado
Maestría en Tributación y Política Fiscal



ANÁLISIS DE LA REGLA DE SUBCAPITALIZACIÓN VIGENTE

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en
Tributación y Política Fiscal

Cristian Joel Cruzado Grau

Código 20197021

Karen Gissell De La Cruz Alvarado

Código 20161629

Asesor

Walker Villanueva Gutiérrez

Lima – Perú
Agosto de 2022

**ANALYSIS OF THE CURRENT THIN
CAPITALIZATION RULE**

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	ix
ABSTRACT	x
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I: ANÁLISIS DE LA REGLA DE DEDUCCION DE INTERESES DE LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA PERUANA	14
1.1 Introducción	15
1.2 Regla de subcapitalización	16
1.2.1 Desarrollo normativo.....	16
1.2.2 Análisis de la regla de subcapitalización.....	19
1.3 Regla de EBITDA	21
1.3.1 Desarrollo normativo.....	21
1.3.2 Análisis de la regla del EBITDA – Acción 4 BEPS	23
CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LA ACCION 4 DE LA OCDE EN EL MARCO DE LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA PERUANO Y EL DERECHO COMPARADO	27
2.1 ¿La Ley del Impuesto a la Renta Peruano está dentro del marco de la Acción 4 de Plan BEPS?.....	27
2.2 Aplicación de la Acción 4 del Plan BEPS en el Derecho Comparado.....	32
2.2.1 Legislación de la Unión Europea	32
2.2.2 Legislación Española.....	33
2.2.3 Legislación Portuguesa	33
2.2.4 Legislación Argentina	34
2.2.5 Legislación Mexicana	35
2.3 Comentarios a la Ley del Impuesto a la Renta dentro del marco de la Acción 4 del Plan BEPS	35
2.3.1 Argumentos esbozados en la Exposición de Motivos del DL 1424.....	36
2.3.2 Contexto de la OCDE.....	37
2.3.3 Umbral mínimo y Reglas Antifragmentación	38
2.3.4 La aplicación de la regla de deducción de intereses y el valor de mercado	39
2.4 Impacto de la aplicación de la Acción 4 del Plan BEPS en el Impuesto General a las Ventas.....	39

CAPÍTULO III: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES VINCULADOS CON LA REGLA DE DEDUCCION DE INTERESES.....	41
3.1 El Principio De Capacidad Contributiva.....	41
3.2 El Principio De No Confiscatoriedad.....	43
3.3 El Principio De Proporcionalidad	46
CAPÍTULO IV: APLICACIÓN DEL EBITDA EN LA ECONOMÍA PERUANA.....	49
4.1 Problemas detectados en la aplicación del EBITDA tributario.....	49
4.1.1 ¿La aplicación del límite del EBITDA transgrede el Principio de No Confiscatoriedad?.....	50
4.1.2 La confiscatoriedad en la aplicación del límite del EBITDA en la deducción de intereses.....	51
4.1.3 La aplicación del Principio de Proporcionalidad respecto al límite del EBITDA en la deducción de intereses	55
CONCLUSIONES	57
RECOMENDACIONES	59
REFERENCIAS	60
BIBLIOGRAFÍA	64
ANEXOS	66

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.1 Contribuyentes que declaran gastos financieros* 2012-2017 (cantidad de contribuyentes y soles).....	18
---	----

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 2.1	Visión general del enfoque de mejores practicas	25
------------	---	----

ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1: Organigrama Grupo Gloria	67
---	----

RESUMEN

La investigación se basa en un análisis de la aplicación de la regla de deducción de intereses del inciso a) del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta en las empresas que pertenecen a un grupo económico nacional y/o internacional, así como las empresas que no pertenecen a ningún grupo económico, revisando las razones del legislador peruano respecto a las recomendaciones esbozadas en la Acción 4 del Plan BEPS de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); así como, la comparación con los métodos utilizados en otras partes del mundo. Finalmente, nuestra investigación considera comentarios y recomendaciones a la regla de deducción de intereses peruana vigente.

Palabras claves: Impuesto a la renta, regla de deducción de intereses, regla de subcapitalización

ABSTRACT

The research is based on an analysis of the application of the interest deduction rule of subsection a) of Article 37 of the Income Tax Law in the companies that belong to a national and/or international economic group, as well as companies that do not belong to any economic group, reviewing the reasons of the Peruvian legislator with regard to the recommendations outlined in Action 4 of the BEPS Plan of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD); as well as, the comparison with the methods used in other parts of the world. Finally, our research considers comments and recommendations to the current peruvian interest deduction rule.

Keywords: Income tax, interest deduction rule, thin capitalization rule, action 4 of the BEPS plan.

INTRODUCCIÓN

El trabajo se enfoca en el estudio de las normas de deducción de intereses del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta, introducidas en el paquete de normas tributarias publicado el 13 de setiembre de 2018 en el Decreto Legislativo 1424 – vigente a partir del año 2021 – y su aplicación en las empresas que pertenecen o no a un grupo económico local y/o internacional.

Para ello, nuestro trabajo contempla el análisis de la regla de deducción de intereses desde la regla de subcapitalización hasta la nueva “regla del EBITDA tributario” (Ministerio de Economía y Finanzas, 2004, Artículo 37), contrastando la realidad económica de una compañía con necesidades altas de financiación, pues nos permite apreciar que la nueva regla de limitación a la deducibilidad de intereses puede afectar el principio de capacidad contributiva, porque impide la deducción de intereses reales al imponer un plazo de caducidad de 4 años que no está prevista en las reglas de soft law que la inspira (acción 4 del Plan BEPS); así como, puede afectar el principio de no confiscatoriedad cuando se difiere la deducción de intereses a los 4 ejercicios siguientes, sin contemplar ninguna excepción o ratio de endeudamiento por Grupo Económico como sugiere la acción 4. Asimismo, la afectación al principio de proporcionalidad, ya que no muestra una excepción para grupos nacionales que no tienen ningún motivo para desviar intereses hacia otros territorios de tributación menor, ni la limitación de aplicación a empresas que no pertenecen a ningún grupo económico, por lo que no cumpliría con el fin propuesto.

El diferimiento en la deducción de intereses sin razón o fundamento que la sostenga, conduce a la violación de los atributos del derecho de propiedad, en concreto, el uso, disposición y disfrute de los fondos destinados al mayor pago del IR que impide que la Compañía destine tales fondos a la generación del costo de oportunidad más rentable.

A fin de estudiar la problemática es necesario considerar que, el Perú es un país que requiere de financiamiento debido a que hay inversiones que son de mediano y largo plazo en función al tipo de sector, razón por la cual, en la mayoría de los casos se recurre a financiamientos con partes vinculadas, así como con terceros. Las empresas han

definido su estructura de capital mediante aporte de capital, pero también mediante endeudamiento con partes vinculadas, o endeudamientos con el sistema financiero en su etapa preoperativa y en los primeros años de operación.

Ahora bien, previo a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1424, en el inciso a) del Artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta y el inciso a) del artículo 21 de su reglamento, ya existía la regla deducción de intereses mediante de la subcapitalización para la deducción de intereses que estuvieran dentro del ratio de apalancamiento previsto en la norma, la misma que limitaba la deducción de intereses entre partes vinculadas, a fin de que los aportes de capital no estuvieran encubiertos como préstamos generando un gasto deducible por conceptos de intereses. La norma establecía que los intereses se deducirían hasta un límite máximo de endeudamiento con sujetos vinculadas cuya ratio objetiva fue de 3 veces el patrimonio neto del ejercicio anterior del deudor.

Posteriormente a ello, el Decreto Legislativo 1424 – de manera transitoria por los ejercicios 2019 y 2020 – estableció que la regla de subcapitalización tendría que ser aplicada a todas las partes, vinculados como terceros, en función al misma ratio antes indicado.

Finalmente, dicha norma dispuso que, a partir del año 2021, el límite de los intereses netos deducibles se calcularía a razón del 30% del EBITDA obtenido en el ejercicio anterior, incluyendo tanto el financiamiento con partes vinculadas como con terceros independientes.

A fin de poder demostrar el efecto de la regla de deducción de intereses, vigente a partir del año 2021, analizaremos los Estados Financieros, la determinación de la renta neta sujeta al Impuesto a la Renta, el cálculo de arrastre de pérdidas y el efecto de la subcapitalización en el tiempo, así como el manejo del EBITDA financiero y tributario.

Es conveniente considerar que diversos sectores se vienen recuperando de los efectos del Niño Costero del año 2017 y la caída del precio de algunos productos; así como el efecto del COVID 19, lo cual ha generado que muchas empresas obtengan resultados operativos negativos y, por ende, pérdidas tributarias. Como consecuencia un alto porcentaje de empresas peruanas pertenecientes o no a grupos empresariales nacionales y/o extranjeros se han visto en la necesidad de obtener financiamiento para el financiamiento de sus operaciones.

En este contexto, dado que el financiamiento es de riesgo variado de acuerdo al sector económico, las empresas se han sobreendeudado a largo plazo con proveedores, sistema financiero y empresa vinculadas. Considerando que hasta el ejercicio 2018, las reglas de subcapitalización limitaban los gastos financieros provenientes de préstamos con empresas vinculadas a tres (3) veces el patrimonio neto del año anterior, el interés en exceso no deducible ha incrementado las tasas efectivas de financiación.

Debemos agregar a ello, que durante los ejercicios 2019 y 2020, se han incluido los préstamos con terceros, lo cual limitó aún más las fuentes de financiamiento generando mayores costos derivados de gastos financieros.

CAPÍTULO I: REGLA DE DEDUCCIÓN DE INTERESES DE LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA PERUANA

En el Perú, la adopción de políticas macroeconómicas juiciosas y reformas estructurales de amplio alcance crearon un escenario favorable en el cual se ha venido dado un crecimiento sostenido y de baja inflación. En este contexto, las empresas vieron la importancia del financiamiento para obtener los recursos necesarios para sus operaciones, teniendo como premisa la búsqueda de una estructura de capital óptima, entre capital o deuda.

Asimismo, dada la coyuntura actual por efecto del COVID-19 vinculada con la paralización temporal de las actividades y/o la disminución de ingresos, la necesidad de financiamiento es más importante.

Ahora bien, el financiamiento puede ser tomado de distintas formas, como es el aporte de accionistas, recursos propios o a través de endeudamiento con los propios accionistas o partes vinculadas, y/o terceros independientes, así como recurrir a emisión de acciones y/o bonos para ser negociados a través del mercado de valores.

La financiación se realiza mediante deuda tradicional – a través de partes vinculadas o no –, e implica que una parte (prestamista) brinda capital o una línea de crédito a otra parte (prestatario), y éste se obliga a el prestamista otorga dinero y/o una línea de crédito, cuya devolución será dicho capital más intereses.

Conforme el Decreto Supremo 179-2004-EF se presume que “todo préstamo en dinero, cualquiera que sea su denominación, naturaleza o forma o razón, devenga un interés no inferior a la tasa activa de mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca, Seguros”. (Ministerio de Economía y Finanzas, 2004, artículo 26)

Ello así, esta presunción se aplica rige cuando no se hubiera fijado intereses, o se hubiere pactado que el prestamos no devengase intereses, salvo que se muestren los libros contables del deudor.

De otro lado, los prestamos entre vinculados requieren de la aplicación de reglas de precios de transferencia, a través de las cuales se establece una tasa de interés a valor de mercado a fin de evitar perjuicio fiscal.

A efectos de evaluar la posibilidad de endeudarse a través de préstamos, es importante determinar si los intereses que se pagarán – gasto financiero – podrán ser deducidos del cálculo de la renta neta sujeta al Impuesto a la Renta.

Según el Decreto Supremo 179-2004-EF, la “deducción de los intereses de deudas y los gastos originados por la constitución, renovación o cancelación de esas deudas, siempre que se hayan obtenido para adquirir bienes o servicios vinculados con la obtención de rentas gravadas en el país o mantener su fuente productora” (Ministerio de Economía y Finanzas, 2004, inciso a) artículo 37)

Así, como se ha recogido en varias Resoluciones del Tribunal Fiscal como serían: 21319-4-2012, 03211-1-2015; la deducción debe respetar los criterios de causalidad, razonabilidad, normalidad, proporcionalidad, fehaciencia y funcionamiento de la empresa.

1.1 Introducción

Mediante Ley 27356, vigente desde el 1 de enero de 2001, se modificó la Ley del Impuesto a Renta – vinculada con la deducción de intereses – incorporándose la regla de subcapitalización al ordenamiento jurídico peruano. Así, se estableció que en el caso de los préstamos realizados entre partes vinculadas, los intereses podrían ser deducibles siempre y cuando el endeudamiento no exceda tres (3) veces el patrimonio neto de la Compañía.

No obstante, en virtud de las recomendaciones emitidas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en el 2018 se publicaron el Decreto Legislativo 1424 y el Decreto Supremo 338-2018-EF, que introdujeron límites a la regla de subcapitalización.

Estableciéndose una modificación gradual a las reglas de deducción de intereses en dos tramos; el primero de ellos dispuso un régimen transitorio por los años 2019 y 2020; y el segundo, un nuevo régimen desde el 1 de enero del 2021.

1.2 Regla de subcapitalización

Tal como señala Campos, R., Hernández, J. (2020), la subcapitalización es un fenómeno mercantil, antes que tributario, y como tal ha sido ampliamente desarrollado en el marco de la globalización económica.

Así, la OCDE (2012) define la subcapitalización como la estrategia de una empresa para estructurar su financiación con un nivel relativamente alto de deuda en lugar de fondos propios, lo que a veces se denomina "altamente apalancado", lo cual genera que la empresa pague una gran cantidad de gastos de intereses y pueda deducirlos de su base imponible para la determinación de la renta neta sujeta al IR.

En efecto, la subcapitalización implica que las empresas optan por otorgar fondos a sus vinculadas mediante préstamos, evitando los aportes de capital.

En ese sentido, procederemos con analizar el desarrollo normativo de la regla de subcapitalización aplicada en la Ley del Impuesto a la Renta Peruano, así como los alcances y el objetivo de ésta.

1.2.1 Desarrollo normativo

Como señaláramos al inicio del presente capítulo, mediante la Ley 27356 se incorporó la regla de subcapitalización a la Ley del Impuesto a la Renta, estableciéndose que:

Serán deducibles los intereses provenientes de endeudamientos de contribuyentes con sujetos o empresas vinculadas [énfasis añadido] cuando dicho endeudamiento no exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine mediante decreto supremo sobre el patrimonio del contribuyente; los intereses que se obtengan por el exceso de endeudamiento que resulte de aplicación del coeficiente no serán deducibles. (Congreso de la República, 2000, art. 6)

Así, el inciso a) del artículo 21 del Reglamento de la LIR dispuso que el límite se obtendrá aplicando el coeficiente de tres (3) al patrimonio neto de la Compañía al cierre del ejercicio anterior.

De este modo, los intereses serán deducibles en la medida que cumplieran – en primer lugar -con el ratio de 3:1; así como, con los criterios de causalidad, razonabilidad, fehaciencia y generalidad.

Tras ello, para el ejercicio 2019 y 2020, el Decreto Legislativo 1424 (2018) modificó – transitoriamente – la Ley del Impuesto a la Renta estableciendo que:

Serán deducibles los **intereses provenientes de endeudamientos**, cuando dicho endeudamiento no exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine mediante decreto supremo sobre el patrimonio del contribuyente; los intereses que se obtengan por el exceso de endeudamiento que resulte de aplicación del coeficiente no serán deducibles. (Presidencia de la República del Perú, 2018, art. 3)

Excluyendo del límite a las empresas del sistema financiero y de seguros; empresas cuyos ingresos netos en el ejercicio gravable no superen a 2500 UIT; empresas cuyo endeudamiento se dirija a proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, investigación e innovación; y empresas cuyo endeudamiento provenga de la emisión de valores mobiliarios.

De ello se puede apreciar que este nuevo régimen supuso la ampliación de la norma a todos los endeudamientos (préstamos y/o créditos), provengan de partes vinculadas o terceros no vinculados, manteniendo el impedimento de la deducción en el caso que se exceda de límite de 3:1 para los años 2019 y 2020; y a su vez, estableció exclusiones puntuales a ciertos contribuyentes.

La Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424 (2018) sustentó dicha modificación en el incremento de la deducción de gastos financieros por parte de los contribuyentes, lo que en sí mismo, no justifica que se limite su deducción, de acuerdo con lo siguiente:

Los últimos años los gastos financieros de los contribuyentes se han incrementado significativamente. En efecto, se ha observado que en el 2017 estos gastos aumentaron en un 32.1% respecto del 2012. Asimismo, en el 2014 como consecuencia de la reducción de la base imponible por la deducción de gastos financieros disminuyó el Impuesto a la Renta determinado (p. 28)

Tabla 1.1*Gastos financieros por cantidad de Contribuyentes**

2012-2017

Ejercicio 2012					
Cantidad de contribuyentes: 119,530					
	Impuesto a la renta determinado (IR)	Total Gastos Financieros (GF)	GF/IR	Promedio de Gasto Financiero	Mediana de GF
2012	24,930,167,385	30,316,304,501	1.22	253,629	3,529

Ejercicio 2013					
Cantidad de contribuyentes: 126,146					
	Impuesto a la renta determinado (IR)	Total Gastos Financieros (GF)	GF/IR	Promedio de Gasto Financiero	Mediana de GF
2013	27,355,438,939	51,863,414,434	1.90	411,138	3,859

Ejercicio 2014					
Cantidad de contribuyentes: 131,180					
	Impuesto a la renta determinado (IR)	Total Gastos Financieros (GF)	GF/IR	Promedio de Gasto Financiero	Mediana de GF
2014	25,953,777,549	53,037,893,511	2.04	404,314	3,925

Ejercicio 2015					
Cantidad de contribuyentes: 131,887					
	Impuesto a la renta determinado (IR)	Total Gastos Financieros (GF)	GF/IR	Promedio de Gasto Financiero	Mediana de GF
2015	25,988,669,045	61,719,175,253	2.37	468,041	4,166

Ejercicio 2016					
Cantidad de contribuyentes: 131,504					
	Impuesto a la renta determinado (IR)	Total Gastos Financieros (GF)	GF/IR	Promedio de Gasto Financiero	Mediana de GF
2016	25,988,669,045	52,792,782,288	2.03	401,454	4,336

Ejercicio 2017					
Cantidad de contribuyentes: 132,190					
	Impuesto a la renta determinado (IR)	Total Gastos Financieros (GF)	GF/IR	Promedio de Gasto Financiero	Mediana de GF
2017	27,523,892,192	40,095,315,163	1.46	303,316	3,628

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

Fuente: *Exposición de motivos: proyecto de Decreto Legislativo que modifica la Ley del impuesto a la renta*, por Ministerio de Economía y Finanzas. (pg. 28)

Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2018/Setiembre/13/EXP-DL-1424.pdf>

Como se puede advertir de la Exposición de Motivos no se ha presentado argumento alguno que sustente porque el límite del EBITDA tributario debería ser 30%, ni el efecto en la recaudación al aplicar dicha regla. El Impuesto a la Renta es el impuesto paradigmático en la aplicación del principio de capacidad contributiva, en el sentido que debe afectar la renta neta o utilidad real del contribuyente, sin gravar utilidades inexistentes, como en efecto, podría ocurrir con la aplicación de esta nueva regla, en la que se limita la deducción de intereses con terceros no vinculados sin ningún fundamento o justificación razonable para imponer tal limitación, especialmente, como señalamos, en empresas que no pertenecen a ningún Grupos Económico Nacional y/o Internacional, así como a las que pertenecen a Grupos Económicos Nacionales.

1.2.2 Análisis de la regla de subcapitalización

La subcapitalización se refiere a una situación en la que una empresa se financia mediante un amplio nivel de deuda en relación con el capital social. La razón del apalancamiento no solo es fiscal, esto es, que se busque la deducción de intereses sino financiera. Se trata de poner en riesgo no solo el capital propio sino generar rentabilidad con una combinación de capital propio y ajeno que haga más posible los emprendimientos empresariales con un riesgo medido y razonable.

Así, tal como lo señalan Botto Denegri y Espinal Cragg (2019):

Las compañías se encuentran en la búsqueda permanente de expandir su actividad comercial en distintas partes del mundo. En tal sentido, estas requieren diversas formas de financiamiento, de modo que les permita tener el capital pecuniario necesario para llevar a cabo la expansión de sus operaciones comerciales. (p. 2)

Así, entre los mecanismos más utilizados por las sociedades se encuentran los aportes de capital y préstamos otorgados por los accionistas y/o empresas vinculadas.

En ese sentido, a fin de maximizar beneficios empresariales, las Compañías buscan implementar el método que pueda generarle un menor impacto tributario a través de escudos fiscales y/o deducciones de gastos. Ello así, en el caso de los préstamos desde el punto de vista de la Compañía, esto se ve plasmado en la deducción de intereses como gasto financiero; a diferencia de los aportes de capital que no tienen el mismo efecto.

De este modo, la regla implementada mediante la Ley 27356 introdujo un mecanismo objetivo denominado “*thin capitalization rule*”, el mismo que estableció un ratio de endeudamiento de 3:1 a los financiamientos provenientes de partes vinculadas, teniendo como consecuencia que el exceso de dicho importe fuera no deducible.

“El objetivo de la norma era claro. El Estado buscaba evitar que una empresa abuse de la deducción de gasto financiero a través de financiamientos otorgados por empresas del mismo grupo con el único propósito de reducir la base imponible” (Campos & Hernández, 2020, p. 96)

No obstante, con la finalidad de seguir las recomendaciones de la OCDE, el Estado peruano amplió el ámbito de aplicación de la norma a todo endeudamiento (compañías vinculadas y no vinculadas), excluyendo ciertos contribuyentes que de acuerdo con la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424 (2018) “no implicasen un alto riesgo de erosión de la base y traslado de beneficios, o que se encuentran sujetos a límites de endeudamiento fijados por su propio regulador”. (p. 32)

Sin perjuicio de ello, en vista a los nuevos esquemas que adoptan los contribuyentes y por lo no se puede identificar si se realizan financiamientos entre partes vinculadas, y por ende se genera un perjuicio al fisco; el Estado Peruano implementó nuevas reglas respecto a la deducción de intereses.

En efecto, tal como lo señala García Novoa (como se cita en Botto Denegri y Espinal Cragg, 2019):

La subcapitalización es aquella situación en la que el capital es menor de lo que debiera. En concreto, el supuesto de la subcapitalización consiste en suministrar recursos financieros a una sociedad mediante préstamo cuando, por la vinculación existente entre el prestamista y la sociedad, la porción entre los fondos propios y los capitales prestados y las demás circunstancias de la operación puede considerarse que el préstamo encubre una verdadera aportación de capital (p. 3)

En ese sentido, basándose en las consideraciones establecidas por la OCDE mediante la Acción 4 de Plan BEPS, el Estado Peruano decidió cambiar esta regla de subcapitalización cuya ratio era de 3:1 sobre el patrimonio neto a una regla de ratio fija del EBITDA.

1.3 Regla de EBITDA

Ahora bien, de acuerdo con la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424 (2018), se consideró que:

Aun cuando las normas del IR limitan la deducción de intereses provenientes del endeudamiento entre partes vinculadas, la evidencia internacional señala que los contribuyentes pueden adoptar esquemas complejos bajo los cuales no es posible verificar si se están realizando operaciones entre partes vinculadas tales como aquellos en los que se utiliza a un tercero como intermediario, lo que se denomina back to back. (p. 29)

Asimismo, basándose en la Acción 4 de Plan BEPS (2016) se señaló que “algunos grupos empresariales internacionales reducen su carga tributaria total mediante el pago de intereses, trasladando las rentas que generan en países con tasas elevadas a países con tasas reducidas o empresas con pérdidas”. (p. 29)

Por lo que, a partir del 1 de enero de 2021 la LIR modifica el límite de la regla de deducción de intereses a un ratio fijo ascendiente al 30% del EBITDA del ejercicio anterior, independientemente de la fecha de constitución o renovación de la deuda.; dejándose atrás la regla de subcapitalización de intereses establecida desde el 2001.

1.3.1 Desarrollo normativo

Para el ejercicio 2021, a diferencia de la regla de subcapitalización, mediante el Decreto Legislativo 1424 (2018) se dispuso que para a partir del 1 de enero de 2021 e la deducibilidad de “los intereses de deudas y los gastos originados por la constitución, renovación o cancelación de las mismas” (Ministerio de Economía, 2021, Única Disposición Complementaria Modificatoria); así se debe considerar que deben haber sido “contraídas para adquirir bienes o servicios vinculados con la obtención o producción de rentas gravadas en el país o mantener su fuente productora”. (Ministerio de Economía, 2021, Única Disposición Complementaria Modificatoria)

Para ello, se debe considerar que el Decreto Legislativo 1424 (2018) “no son deducibles los intereses netos en la parte que excedan el treinta por ciento (30%) del EBITDA del ejercicio anterior” (Ministerio de Economía, 2021, Única Disposición Complementaria Modificatoria), precisándose posteriormente su definición.

Así, el Decreto Legislativo 1424 (2018) dispone que se debe entender por interés neto a los gastos por intereses que excedan del monto de los ingresos por el mismo concepto; mientras que define al EBITDA como la renta neta luego de efectuada la compensación de pérdidas más los intereses netos, depreciación y amortización.

En ese sentido, el Decreto Legislativo 1424 indica 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”. (Ministerio de Economía, 2021, Única Disposición Complementaria Modificatoria)

Sin perjuicio de ello, al igual que en los periodos 2019 y 2020, se mantienen las exclusiones del límite a las empresas del sistema financiero y de seguros; contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio gravable sean menores o iguales a 2500 UIT; entre otros.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo 402-2021-EF (2021) se modificó el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta¹ indicando el cálculo del EBITDA su aplicación en el caso de pérdidas

¹ (i) El EBITDA se calcula adicionando a la renta neta del ejercicio, luego de efectuada la compensación de pérdidas a que se refiere el artículo 50 de la Ley, el interés neto, la depreciación y la amortización que hubiesen sido deducidos para determinar dicha renta neta.

En los casos en que en el ejercicio gravable el contribuyente no obtenga renta neta o habiendo obtenido esta, el importe de las pérdidas de ejercicios anteriores compensables con aquella fuese igual o mayor, el EBITDA será igual a la suma de los intereses netos, depreciación y amortización deducidos en dicho ejercicio.

(ii) El interés neto se calcula deduciendo de los gastos por intereses, que cumplan con lo previsto en el primer párrafo del inciso a) del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta y que sean imputables en el ejercicio de acuerdo con lo previsto en la Ley, los ingresos por intereses gravados con el impuesto a la renta.

Así, los intereses netos que no sean deducibles en el ejercicio gravable por exceder el límite del treinta por ciento (30%) del EBITDA, podrán ser deducidos en los cuatro (4) ejercicios inmediatos siguientes, junto con los intereses netos del ejercicio correspondiente.

(iii) En el supuesto anterior, los intereses netos no deducidos deberán sumarse con el interés neto del (de los) ejercicio(s) siguiente(s) y solo será deducible en la parte que no exceda el treinta por ciento

De este modo, mediante la presente norma se absolvió la duda respecto a la determinación del EBITDA en el caso de compañías que tuvieran pérdidas o no tuvieran renta neta en el ejercicio; tema que no se había detallado en la norma anterior y que perjudicaba enormemente a las empresas con pérdidas tributaria.

1.3.2 Análisis de la regla del EBITDA – Acción 4 BEPS

Del análisis de la norma detallada en el punto precedente, consideramos que ésta no busca combatir la subcapitalización, sino como señala Campos Ramírez y Hernández Morales (2020) introduce la regla de “*earning stripping*” cuya finalidad es combatir la erosión de la base imponible que se origina como consecuencia del traslado de beneficios a otras jurisdicciones, sin tomar en consideración si hay o no subcapitalización.

De este modo, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, 2016), las normas que aplican actualmente los países se dividen en seis puntos, y algunos países utilizan un enfoque combinado que incluye más de un tipo de norma:

- 1) “Arm’s lenght test”, compara los intereses y deuda de una empresa, asumiendo q nos encontramos ante una operación con terceros.
- 2) Retenciones del impuesto a la renta sobre los pagos de intereses, directo a la una jurisdicción de origen.
- 3) Normas que no permiten un porcentaje determinado de los gastos de intereses de una empresa.
- 4) Normas que limitan el nivel de gastos de intereses o de deuda de una entidad con referencia a un coeficiente fijo.
- 5) Normas que limitan el nivel de gastos por intereses o de deuda de unamuachme relacionada.

(30%) del EBITDA. Para efecto de la referida deducción se consideran, en primer lugar, los intereses netos correspondientes al ejercicio más antiguo, siempre que no haya vencido el plazo de cuatro (4) años contados a partir del ejercicio siguiente al de la generación de cada interés neto

- 6) Normas específicas contra la evasión que no permiten el gasto de intereses en transacciones específicas. (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2016, p. 29)

Tras el análisis de las normas referidas, la OCDE considera como mejores prácticas a la combinación de las reglas descritas en los puntos 4, 5 y 6; es decir, aquellas que limitan los gastos de una empresa en relación a un ratio fijo, como a nivel de grupo económico y las normas que no aceptan la deducibilidad del gasto.

De este modo, el objetivo fundamental de la Acción 4 de Plan BEPS es identificar soluciones coherentes y consistentes para hacer frente a la erosión de la base imponible y al desplazamiento de los beneficios mediante el uso de intereses y pagos económicamente equivalentes a los intereses, a través de una solución eficaz, sólida y razonablemente sencilla en su aplicación.

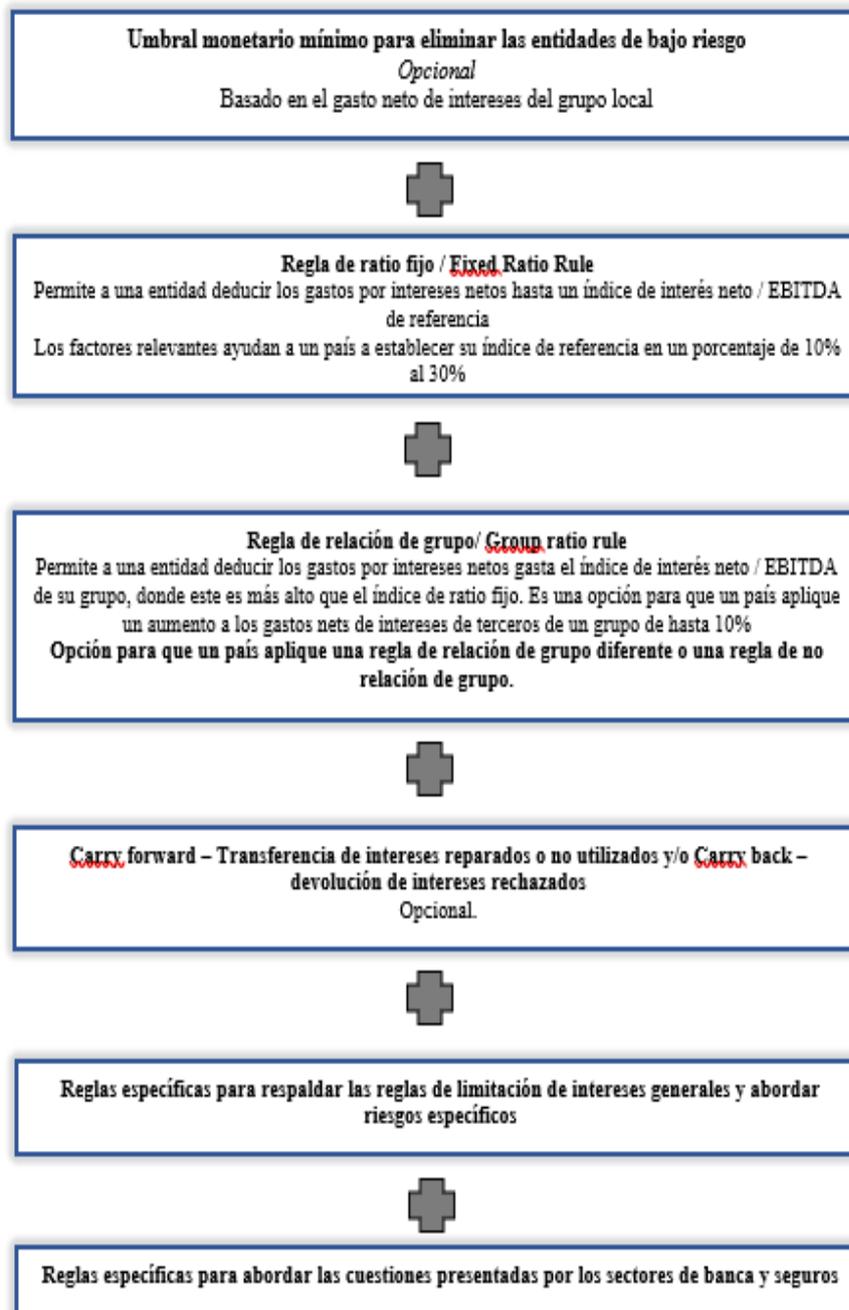
Así, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, 2016) mediante la Acción 4 de Plan BEPS dispone el marco legislativo para combatir la erosión de la base imponible considerando que ésta se debe aplicar principalmente a tres escenarios:

- i. Grupo económico que concentra un elevado nivel de deuda con vinculados y que estos estén países
- ii. Grupo que utiliza préstamos intragrupo para generar deducciones por intereses en exceso; y,
- iii. Grupo que utiliza financiación obtenida de empresas del grupo o de empresas independientes para generar rentas no sometidas a gravamen (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2016, p. 13)

Ello así, la OCDE proporcionó diversas recomendaciones para el enfoque de m

Figura 1.1

Visión general del enfoque de mejores practicas



En ese sentido, partiendo de las recomendaciones vertidas, tal como señala Campos y Hernández (2020), la OCDE recomienda que la regla aplicable a la deducción de intereses contenga las siguientes características:

- Limitación de la deducibilidad de intereses en un porcentaje (entre el 10% o 30%) del EBITDA del ejercicio anterior.

- Límite general de los intereses, sin importar su origen (como por ejemplo, si fue otorgado por vinculado o no).
- Prohibición de gastos deducibles siempre que los intereses que excedan el límite.
- Los estados deben aplicar la regla de “earnings stripping” como mínimo a las empresas que formen parte de un grupo multinacional, dado que está relacionado con los grupos empresariales y, particularmente entidades multinacionales (MENs). (p. 16)

Por consiguiente, procederemos con analizar si la Ley del Impuesto a la Renta a considerado dichas recomendaciones a efectos de la regla aplicable a la deducción de intereses en base al EBITDA.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LA ACCION 4 DE LA OCDE EN EL MARCO DE LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA PERUANO Y EL DERECHO COMPARADO

El EBITDA es un indicador financiero que refleja que tan rentable es un negocio, sin verse afectado por los intereses, depreciaciones y amortizaciones.

A través, del Decreto Legislativo 1424, el Perú siguiendo las recomendaciones de la Acción 4 de Plan BEPS ha modificado el inciso a) del artículo 37 de la LIR, introduciendo el concepto de EBITDA, como limitación para la deducción de intereses.

En ese sentido, vamos a proceder con analizar la Acción 4 de Plan BEPS en el marco de la Ley del Impuesto a la Renta Peruano y el derecho comparado, así como nuestros comentarios a la norma dispuesta.

2.1 ¿La Ley del Impuesto a la Renta Peruano está dentro del marco de la Acción 4 de Plan BEPS?

Conforme a la Acción 4 del Plan BEPS, cada estado debe tener en cuenta su propio contexto económico a efectos de adoptar las recomendaciones más adecuadas, por lo cual, tal como señala Dunin-Borkowski y Delgado (2019) detallaremos los lineamientos que nuestra legislación a adoptado:

(i) Primera recomendación: umbral monetario mínimo

Conforme al inciso b) del numeral 2 del inciso a) del artículo 37 de la LIR, la regla de deducción de intereses ha dispuesto que ésta no es aplicable a los contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio gravable sean menores o iguales a 2500 UIT, cuyo valor aproximado es de S/ 11,500,000.00.

Tal como señalan las autoras, dicha excepción está en sintonía con las recomendaciones de la Acción 4 del Plan BEPS dado que se parte del supuesto

que dichas empresas involucran un bajo riesgo de erosión de la base imponible del IR.

Así, la OCDE considera que la exclusión de estas entidades significaría que un enfoque de mejores prácticas podría centrarse en las entidades que plantean una erosión de base y un desplazamiento de beneficios importantes. Del mismo modo, la reducción del número de entidades comprendidas disminuye los costos de administración de una norma y hace más fácil su aplicación, concentrándose en las entidades que plantean el mayor riesgo.

Es importante indicar que la OCDE considera importante que se introduzcan normas antifragmentación para impedir que un grupo esquive la norma de limitación de intereses estableciendo múltiples entidades, cada una de las cuales queda por debajo del umbral.

No obstante, la regla de deducibilidad de intereses dispuesta por la LIR no ha considerado dichos parámetros y ha establecido una regla diferente a la señalada por la OCDE, ya que sólo ha excluido a los contribuyentes que tengan ingresos menores o iguales a 2,500 UIT, sin tomar en cuenta que hay contribuyentes que no pertenecen a ningún grupo empresarial y que generan ingresos superiores a dicho límite, que necesitan financiarse para continuar y/o expandir sus operaciones

(ii) Segunda recomendación: fixed ratio rule

De acuerdo con el Decreto Legislativo 1424, se incorporó para el ejercicio 2021 la regla de limitación de intereses en función a un ratio fijo de 30% del EBITDA del ejercicio anterior.

La OCDE sostiene que una regla de coeficiente fijo efectiva requiere que un país establezca el coeficiente fijo de referencia a un nivel adecuado para hacer frente a la erosión de la base y al desplazamiento de los beneficios. Por lo cual, se indicó que en tanto cada país difiere en sus características económicas como normas fiscales específicas que abordan exclusivamente la erosión de la base y el traslado de beneficios, es necesario que se realice un análisis exhaustivo de las condiciones del país para determinar el ratio aplicable.

Ello en tanto, sin una trayectoria establecida de mejores prácticas, existe la posibilidad de que los países adopten ratios fijos de referencia a un nivel elevado, permitiendo la deducibilidad de más gastos de intereses y reduciría la eficacia de la norma para combatir la erosión de la base y el traslado de beneficios.

Así, respecto a la regla de deducción de intereses regulada en la LIR, es importante precisar que nuestra legislación ha optado por el límite máximo – 30%, el mismo que de acuerdo con Dunin-Borkowski (2019) es “debido a que no se ha regulado en el Perú una regla de ratio grupal que actúe con la regla de ratio fija de manera combinada y porque, a su vez, se ha restringido el arrastre de intereses no deducidos ... a solo cuatro ejercicios posteriores”. (p. 207)

No obstante, la regla de deducción de intereses dispuesta por la LIR no ha considerado las recomendaciones de la OCDE, ya que se indica que el ratio debe establecerse después de efectuar un análisis exhaustivo que tome en cuenta el entorno económico y la presencia de otras normas fiscales específicas que abordan específicamente la erosión de la base y el traslado de beneficios, debido a que el legislador no ha efectuado dicho análisis.

(iii) Tercera recomendación: group ratio rule

La regla del “group ratio rule” permite que una entidad deduzca mayor gasto de intereses basado en la posición de ésta en el grupo multinacional al que pertenece.

La OCDE considera que esta regla debe ir de la mano con la regla de ratio fijo, pues esto permitiría a una entidad de un grupo muy apalancado deducir los gastos netos por intereses por encima de la cantidad permitida en virtud de la regla del coeficiente fijo, sobre la base de un coeficiente financiero pertinente del grupo mundial.

Esto significa que el ratio fijo de referencia puede mantenerse en el límite inferior, mientras que la regla del ratio de grupo compensa el funcionamiento de la regla para efectos de operaciones de grandes grupos multinacionales.

De este modo, cuando el gasto neto por intereses de un grupo exceda la capacidad de interés máxima dada por el método de proporción fija, un grupo puede optar por calcular su asignación de interés básica utilizando el método de

ratio de grupo en su lugar. Así, este método generalmente solo será beneficioso para grupos cuyo apalancamiento en todo el mundo sea más alto que el apalancamiento de las empresas sujetas al impuesto a la renta de un país en particular.

Para efectos de la LIR, esta regla no ha sido incorporada en el Decreto Legislativo 1424.

(iv) Cuarta recomendación: carry forward o carry back

De acuerdo con la OCDE (2016), esta recomendación dispone que:

Permitir que los gastos de intereses no aceptados y la capacidad de intereses no utilizada se utilicen en otros periodos mediante disposiciones de arrastre o retroceso, reduciendo el riesgo de un rechazo permanente de los gastos de intereses cuando los gastos de intereses y el EBITDA surjan en periodos diferentes. (p. 68)

Ello así, nuestra LIR ha establecido que los intereses netos que excedan el límite del 30% del EBITDA y que por ende no pueden deducirse en el ejercicio, pueden adicionarse los 4 ejercicios inmediatos siguientes.

En esa línea, el Decreto Supremo 122-94-EF precisó que “los intereses netos no deducidos deberán sumarse con el interés neto del (de los) ejercicio(s) siguiente(s) y solo será deducible en la parte que no exceda el treinta por ciento (30%) del EBITDA”. (Ministerio de Economía y Finanzas, 1994, Artículo 21) Considerándose para ello que, los intereses netos deben corresponder al ejercicio más antiguo, considerando el plazo de 4 años contabilizados a partir del ejercicio siguiente al ejercicio que se generó dichos intereses.

No obstante, la regla de deducción de intereses dispuesta por la LIR no ha considerado las recomendaciones de la OCDE, busca reducir el riesgo de un rechazo permanente cuando los gastos de intereses y el EBITDA surjan en periodos diferentes, pues si bien es cierto ha considerado que el exceso de los intereses que no hubieran podido ser deducidos por la aplicación del ratio, se pueda deducir en los 4 ejercicios siguientes, no hay un sustento técnico y/o análisis exhaustivo que establezca que dicho plazo es el más idóneo, en relación a la realidad peruana, ya que de no usarse poder deducir el exceso de intereses en

ese plazo, se pierde dicho gasto, independientemente de si sirvió para generar renta gravada.

(v) Quinta recomendación: límites para proteger las reglas de limitación de intereses y abordar riesgos específicos

La OCDE recomienda amparar las *targeted rules* o reglas específicas para determinados supuestos. Tal como señala con Dunin-Borkowski (2019), un ejemplo sería “si una empresa que cuente con ingresos por intereses netos establezca un acuerdo con otra de su mismo grupo económico en el extranjero (o una parte relacionada) que implique el pago de intereses para reducir el nivel de ingresos por intereses sujetos a impuestos en el país” (p. 8)

Ahora bien, de la lectura de la Ley del Impuesto a la Renta, en el Perú sí se han establecido reglas específicas para contrarrestar el efecto de la reducción de la base imponible vía pagos por intereses, como por ejemplo, la imposición de tasas de retención elevadas para pagos al extranjero, o reglas de precios de transferencia.

No obstante, pese a que la legislación ha establecido las reglas específicas antes mencionadas, el Decreto Legislativo 1424 no ha incluido alguna diferenciación respecto a los contribuyentes que no pertenecen a algún grupo económico nacional y/o internacional, y que tengan rentas superiores a las 2,500 UIT.

(vi) Sexta recomendación: límites para empresas de Banca y Seguros

La Ley del Impuesto a la Renta (2004) ha dispuesto que “la limitación de intereses no es aplicable en el caso de los gastos por intereses en que incurren las empresas del sistema financiero y de seguros establecidas en el artículo 16 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros –Ley 26702”. (Ministerio de Economía y Finanzas, 2004, Artículo 37)

Ello así, los intereses que las compañías paguen a un banco o entidad financiera se incluyen para el cálculo de la regla de subcapitalización, así como para la aplicación del límite del EBITDA.

2.2 Estudio de la Acción 4 del Plan BEPS en el Derecho Comparado

Habiendo desarrollado las recomendaciones de la Acción 4 de Plan BEPS, es importante analizar cómo éstas han sido recogidas en otras legislaciones. Así, analizaremos la aplicación de dichas recomendaciones en otras legislaciones:

2.2.1 Legislación de la Unión Europea

Mediante la Directiva (UE) 2016/1164 – publicada el 12 de julio de 2016 – se instauraron normas contra las prácticas de elusión fiscal respecto al mercado interno, es decir, sólo abarca a las actividades que se generen entre las sociedades de los Estados miembros de la Unión Europea.

De este modo, se busca mejorar el funcionamiento del mercado interno, intensificando la lucha contra las acciones que erosionan la base imponible. Así, dado que se ha presentado un incremento en el uso de operaciones en grupos empresariales que busca deducir la deuda tributaria a nivel de grupo, mediante pago de intereses excesivos.

Expuesto ello, Contreras y Torres (2019) señalan que la Directiva estableció “una “razón de deducibilidad”, que hace referencia a los beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA) o en su caso a los beneficios antes de intereses e impuestos (EBIT)”. (p. 38)

En ese sentido, Contreras y Torres (2019) indican que “el artículo 4 de la Directiva dispone que los costos del endeudamiento en exceso serán deducibles en el período fiscal en que se generen únicamente hasta el 30% de los beneficios del contribuyente antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA)”. (p. 38)

Asimismo, se establece una cláusula de seguridad, a fin que, el monto de intereses netos – para el grupo - que siempre será deducible ascienda a 3 000 000 EUR.

Mientras que en el caso que un contribuyente sea parte de un grupo que mantenga cuentas consolidadas obligatorias, éste podrá deducir montos más elevados de los costes de endeudamiento, pues se considera la deuda total del grupo.

Finalmente, el 29 de mayo de 2017 se publicó la Directiva (UE) 2017/952, a través de la cual se establece que las reglas referidas a la limitación de intereses también sean aplicables a las negociaciones con países que no son miembros de la Unión Europea.

2.2.2 Legislación Española

El Real Decreto Ley 12/2012 (en adelante, RDL) cambió el tratamiento tributario de los gastos de intereses en el Impuesto a las Sociedades de España, reemplazando la norma de subcapitalización por la regla de límites a la deducción de los gastos financieros y la negativa de deducción de algunos de ellos.

Posteriormente, el RDL fue derogado por la Ley 27/2014, cuyo artículo 16 señala:

Los gastos financieros netos serán deducibles con el límite del 30% del beneficio operativo del ejercicio. A estos efectos, se entenderá por gastos financieros netos el exceso de gastos financieros respecto de los ingresos derivados de la cesión a terceros de capitales propios devengados en el período impositivo, excluidos aquellos gastos a que se refieren las letras g), h) y j) del artículo 15 de esta ley. (art. 16)

Así, Contreras y Torres (2019) advierten que el límite a la deducción de gastos financieros se encuentra en función al beneficio operativo del ejercicio, que se determina a partir del resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio, eliminando la amortización del inmovilizado, la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, el deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado, y adicionando los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio. (p. 43)

2.2.3 Legislación Portuguesa

Mediante el artículo 191 de la Ley 66-B/2012 se modificó el artículo 67 del Código de Impuesto sobre el Rendimiento de las Personas Colectivas (Código de IRC), sustituyendo

el régimen de subcapitalización por el régimen de limitación a la deducibilidad de los gastos de financiamiento.

Así, se restringe la deducción de los gastos financieros netos hasta 1.000.000 euros; o al 30% de la utilidad antes de la depreciación, amortización, gastos financieros netos e impuestos.

No obstante, en el supuesto que la totalidad de los gastos por intereses no puedan ser deducidos, éstos entrarían a ser parte de la base imponible hasta por cinco (5) ejercicios siguientes. Mientras que en el caso que el importe de los gastos por intereses sea menor a 30% del EBITDA, la parte que no se agote, aumentará el monto máximo deducible.

De otro lado, respecto a los gastos financieros rendidos por empresas vinculadas o grupos empresariales, se plantea la posibilidad que la matriz determine cuales gastos financieros del grupo serán parte de la determinación del impuesto.

2.2.4 Legislación Argentina

Mediante la Ley 27430, Ley de Reforma Tributaria, se estableció en una nueva forma de limitar la deducción de los gastos financieros, indicando que:

En el caso de los sujetos comprendidos en el artículo 49, los intereses de deudas e carácter financiero – excluyéndose, en consecuencia, las deudas generadas por adquisiciones de bienes, locaciones y prestaciones de servicios relacionados con el giro del negocio – contraídos con sujetos, residentes o no en la República Argentina, vinculados en los términos del artículo incorporado a continuación del artículo 15 de esta ley, serán deducibles del balance impositivo al que corresponda su imputación, no pudiendo superar tal deducción el monto anual que al respecto establezca el Poder Ejecutivo nacional o el equivalente al treinta por ciento (30%) de la ganancia neta del ejercicio que resulte antes de deducir tanto los intereses a los que alude este párrafo como las amortizaciones previstas en esta ley, el que resulte mayor. (art. 81)

Debiendo considerar además que los gastos por intereses comprenden los intereses que se generan por deudas, actualizaciones, gastos de constitución, renovación o cancelación; así como, las diferencias de cambio.

Mientras que en el supuesto que exista un exceso que no haya sido deducido en el periodo correspondiente, podrá ser computado en los ocho ejercicios posteriores, de acuerdo con el límite establecido en el artículo 81 de la Ley.

Por último, es importante señalar que la Exposición de Motivos de la Ley indica que las normas de limitación de intereses a los endeudamientos han sido formuladas de acuerdo a las recomendaciones establecidas en el marco de la Acción 4 del Proyecto BEPS.

2.2.5 Legislación Mexicana

La Ley del Impuesto sobre la Renta Mexicana establece que los intereses que sobrepasen el ratio de 3:1 del capital y, que provengan de deudas contraídas con partes vinculadas no domiciliadas no serán deducibles.

Ahora bien, aun cuando la norma no habilita una prueba en contrario, las empresas pueden ampliar el límite de la deducción, tal como señala Chirinos (2008), siempre y cuando “en los casos en que los contribuyentes comprueben que la actividad que realizan requiere en sí misma de mayor apalancamiento”. (p. 301)

De este modo, la norma mexicana es similar a la peruana respecto a la regla de subcapitalización – propiamente dicha.

2.3 Comentarios a la Ley del Impuesto a la Renta dentro del marco de la Acción 4 del Plan BEPS

Como bien se puede apreciar de lo señalado a lo largo del presente documento, nuestra Ley del Impuesto a la Renta ha recogido algunas de las recomendaciones dispuestas por la OCDE a fin de evitar la erosión de la base imponible del impuesto por parte de los grupos económicos a través de la deducibilidad de intereses y/o trasladando las utilidades a través de intereses hacia otros países de menor tributación.

Ello así, del análisis realizado a las recomendaciones, así como a las normas establecidas, consideramos que nuestro ordenamiento tiene fallas estructurales que deben ser abordadas y aclaradas a la brevedad.

2.3.1 Argumentos esbozados en la Exposición de Motivos del DL 1424

Tal como lo hemos señalado anteriormente, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424 (2018) consideró como argumento que “los contribuyentes pueden optar por realizar aportes de capital encubiertos mediante la asignación de recursos a una empresa bajo la modalidad de un préstamo”. (p. 27)

Asimismo, respecto a la regla de subcapitalización antes regulada señaló que:

A pesar de la incorporación de dicho límite en el LIR, en los últimos años los gastos financieros de los contribuyentes se han incrementado significativamente. En efecto, se ha observado que en el 2017 estos gastos aumentaron en un 32.1% respecto del 2012, porcentaje elevado en comparación al incremento del número de contribuyentes en dicho periodo el cual ascendió a 8.6%. Asimismo, en el 2014 como consecuencia de la reducción de la base imponible por la deducción de gastos financieros disminuyó el IR determinado. (p. 28)

De ello se puede observar que el legislador no ha determinado que efectivamente las empresas peruanas deduzcan intereses a través de una operación encubierta, sino que únicamente existe una posibilidad, que puede o no estar fundamentada, más aún que existe una Norma Antielusiva vigente,

En efecto, el legislador no ha realizado un estudio técnico que permita identificar cuál es el porcentaje de contribuyentes que realizan estos esquemas, sino que de la comparación de los ejercicios 2017 y 2012 se ha determinado un aumento de los gastos financieros, sin especificar si la operación tuvo fines elusivos o no.

Adicionalmente, tampoco se ha establecido la incidencia del incremento de la actividad económica empresarial, respecto a los grandes proyectos de infraestructura y dinamismo en la economía peruana en relación al incremento de gastos financieros. Esto debido a que ha mayor actividad económica, mayor necesidad de financiamiento necesitan las empresas, lo cual en el mediano y largo plazo se traduce en mayor pago de impuestos.

Asimismo, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424 (2018) ha considerado que “conforme a la doctrina internacional algunos grupos empresariales reducen su carga tributaria total mediante el pago de intereses, trasladando las rentas que generan en países con tasas elevadas a países con tasas reducidas o a empresas con pérdidas” (p.29); hecho que no ha sido probado respecto a la realidad peruana. Además,

se debe tener en cuenta que la legislación peruana ya cuenta con normas que neutralizan esto, como es la tasa de retención a los intereses abonados al exterior (30%).

Finalmente, consideramos que además de la falta de sustento económico y tributario para la aplicación de regla de deducción de intereses con el límite del EBITDA, la Exposición de Motivos no sustenta la razón por la cual la regla de subcapitalización no era la más idónea para combatir la elusión tributaria, ni tampoco sustenta porque se debe aplicar la tasa del 30% para la deducción de los intereses netos

2.3.2 Contexto de la OCDE

La Acción 4 del Plan BEPS se desarrolla en el marco de operaciones de endeudamiento de grupos multinacionales (MNEs) que puedan obtener resultados favorables desde una perspectiva fiscal ajustando el nivel de endeudamiento de una entidad del grupo.

Así, tal como señala Campos y Hernández (2020)

“En relación con los MNE podemos señalar que se tratan de empresas que por su capacidad productora y la economía globalizada se encuentran operando en más de un país. Hecho que, considerando las variaciones impositivas de cada país, le permite generar eficiencias tributarias” (pg. 30)

En efecto, la Acción 4 se basa en el indebido aprovechamiento de la deducción de intereses por parte de MNEs – que por su naturaleza se manejan como un solo ente – a través de operaciones de financiamiento transfronterizo que permiten alocar ingresos y gastos por intereses a jurisdicciones más favorables.

En ese sentido, somos de la opinión que la Acción 4 del Plan BEPS ha sido diseñada en un contexto de grupos multinacionales que utilizan herramientas de financiamiento que erosionan la base imponible; lo cual en nuestro contexto económico no es plenamente aplicable, ya que son reducidos los grupos multinacionales que operan en nuestro país. Es decir, la Acción 4 del Plan BEPS está pensado para realidades diferentes a la nuestra, y como tal su aplicación no es la más adecuada, o por lo menos de manera general como se ha establecido.

Por consiguiente, somos de la opinión que nuestro entorno económico y jurídico no se alinea a lo señalado por la OCDE dentro de la Acción 4 del Plan BEPS; por lo que, creemos que la norma de deducción de intereses no debería ser aplicada tal como está

redactada o de ser aplicada debe tener cambios estructurales, como es que sólo se apliquen a grupos empresariales nacionales y/o internacionales (que es el sector al que esta dirigidas las recomendaciones de la OCDE), después de un análisis económico basado en la realidad peruana.

2.3.3 Umbral mínimo y Reglas Antifragmentación

De acuerdo con lo señalado por Dunin-Borkowski y Delgado (2019) dentro de la Acción 4 del Plan BEPS se considera “que ciertas entidades suponen un riesgo lo suficientemente bajo como para excluirlas de una norma de ratio fijo y de ratio de grupo de grupo; generando de este modo que la Administración Tributaria se enfoque únicamente en las entidades que plantean una erosión de la base y un desplazamiento de beneficios importantes. (p. 72)

Ello así, se dispone que los países pueden introducir un umbral de minimis para excluir a las entidades de bajo riesgo del ámbito de aplicación de la regla del coeficiente fijo (*fixed ratio rule*) y de la regla del coeficiente de grupo (*group ratio rule*). Recomendando además que dicho umbral se base en el *gasto total de intereses netos de todas las entidades del grupo local*; sin embargo, cuando un país desee aplicar un umbral basado en los gastos netos de intereses de cada entidad por separado, es importante que no se abuse de estas normas. Por lo tanto, un país debería considerar la posibilidad de introducir normas antifragmentación para evitar que un grupo eluda una norma de limitación de intereses de intereses estableciendo múltiples entidades, cada una de las cuales queda por debajo del umbral.

No obstante, lo señalado por la OCDE, la Ley del Impuesto a la Renta Peruano ha considerado exceptuar de la regla de deducibilidad de intereses en base al EBITDA a los contribuyentes cuyos ingresos netos no superen a 2500 UIT. A lo cual consideramos que debería sustentarse la razón por la cual se ha elegido dicho valor, ya que existen empresas que no pertenecen a grupos empresariales nacionales y/o internacionales que tienen ingresos superiores a dicho límite y no suponen un riesgo de erosión de base fiscal. Asimismo, se debe sustentar por qué no se ha optado por el gasto total de intereses netos.

Por último, la Ley del Impuesto a la Renta Peruano tampoco ha introducido normas antifragmentación; lo cual permite que las compañías puedan disgregarse en

establecer múltiples compañías aprovechando el límite de la norma y dividiendo el gasto de intereses, para finalmente poder deducirlos sin límite.

2.3.4 La aplicación de la regla de deducción de intereses y el valor de mercado

Actualmente, el inciso a) del artículo 37 de la LIR limita el gasto financiero de las compañías de acuerdo al tope de 30% del EBITDA, independientemente de las reglas de valor de mercado a los préstamos que pudieran aplicarse.

En efecto, consideramos que ambas reglas son aplicables de manera conjunta, ello así, no podría argumentarse que a los préstamos a valor de mercado no lo es aplicable los límites del artículo 37 de la LIR.

Tal es así que el artículo 32 de la LIR que contempla las reglas de valor de mercado se encuentran en el acápito de la renta bruta; mientras que el artículo 37 de la LIR vinculado con la deducción de gastos se encuentra en el acápito de la renta neta. Siendo que su aplicación debe realizarse de manera consecutiva y conjunta en el momento de la determinación del impuesto a la renta.

En ese sentido, somos de la opinión que aun cuando los préstamos sean efectuados a valor de mercado, es correcta la aplicación de límites a la deducibilidad de intereses para efectos del cálculo del impuesto a la renta.

2.4 Impacto de la aplicación de la Acción 4 del Plan BEPS en el Impuesto General a las Ventas

De acuerdo con el artículo 18 de la Ley del Impuesto General a las Ventas (IGV), se establece como requisito para el uso del crédito fiscal que el gasto sea deducible para efectos de la LIR.

Ello así, de acuerdo a la regla de deducción de intereses, en el supuesto que un interés supere los límites establecidos del 30% del EBITDA, este sería no deducible en el ejercicio; y, por lo tanto, no podría utilizarse como crédito fiscal el IGV vinculado con dichos intereses.

Dicho criterio ha sido recogido en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 08030-9-2020 (17.12.2020), mediante la cual el contribuyente indicó que “el requisito del literal a) del artículo 18 de la Ley del Impuesto General a las Ventas no puede interpretarse

como una norma que habilita a desconocer el crédito fiscal cuando un gasto no cumple con los límites y/o restricciones previstos en el artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta, y que el análisis de los gastos debe realizarse bajo el principio de causalidad sin que necesariamente las limitaciones del Impuesto a la Renta se trasladen en forma automática al Impuesto General a las Ventas, debido a que aquellas no responden a la lógica de la neutralidad e imposición al consumo”.

A lo cual, el Tribunal Fiscal señaló que:

El requisito sustancial para la utilización de crédito fiscal proveniente de las adquisiciones de bienes, servicios o contratos de construcción, está referido a que sean permitidos como gastos o costo de la empresa, de acuerdo a la legislación del Impuesto a la Renta y, que *cualquier exceso a los parámetros de deducibilidad establecidos, al no constituir un gasto permitido, no puede hacerse uso del crédito fiscal* [énfasis añadido].

Agrega además que “la restricción legal en la deducibilidad del gasto por intereses de operaciones de préstamo con empresas vinculadas y, por ende, su restricción en la utilización del crédito fiscal, tiene su fundamento legal en el literal a) del artículo 18 de la Ley del Impuesto General a las Ventas, que expresamente usa como parámetro la Ley del Impuesto a la Renta para efectos de delimitar las operaciones que otorgan derecho a utilizar el crédito fiscal, refiriendo que estas deben ser “permitidas” como gasto o costo de la empresa de acuerdo a aquella legislación (...)”.

En ese sentido, somos de la opinión que el legislador debe realizar una precisión al respecto a fin de dilucidar las reglas a seguir en dicho supuesto, ya que existe un diferimiento del gasto no deducible por aplicación del ratio por los 4 ejercicios siguientes, configurándose la no deducibilidad permanente al finalizar dicho periodo por lo que no se haya podido usar

CAPÍTULO III: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES VINCULADOS CON LA REGLA DE DEDUCCION DE INTERESES

3.1 El Principio De Capacidad Contributiva

A efectos de analizar los efectos de la regla de deducción de intereses, es importante comprender los alcances del Principio de Capacidad Contributiva, ya que si bien éste no se encuentra expresamente establecido en la Constitución de nuestro país; ello no puede llevarnos a concluir que el mismo se encuentra excluido de nuestro ordenamiento.

Así, tal como señala Villegas (2002) citando a Sáinz de Bujanda, que “la capacidad contributiva supone en el sujeto tributario la titularidad de un patrimonio o de una renta, aptos en cantidad y en calidad para hacer frente al pago del impuesto, una vez cubiertos los gastos vitales e ineludibles del sujeto”. (p. 263)

Al respecto, Villegas (2002) señala que la capacidad contributiva tiene cuatro implicancias trascendentales:

- a) Que todos los titulares contribuyan, salvo que el nivel económico en el cual se encuentra lo deje al margen de la imposición.
- b) El sistema tributario debe considerar que los que tengan mayor capacidad económica, tengan a su vez una mayor participación en las rentas.
- c) No se puede considerar como hecho imponible, circunstancias o situaciones que no reflejen abstractamente capacidad contributiva.
- d) En ningún caso el tributo puede exceder la razonable capacidad contributiva, ya que de lo contrario se atenta contra la propiedad, confiscándola ilegalmente. (p.270)

El Tribunal Constitucional ha señalado respecto a la capacidad contributiva el expediente N.º 0053-2004-AI/TC², lo siguiente:

² Sentencia expedientes. N.º 053-2004-AI /TC, del 16 de mayo de 2005, contra las Ordenanzas que regularon el régimen de arbitrios de la Municipalidad de Miraflores en el periodo de 1997 a 2004.

De este modo, para que el principio de capacidad contributiva como principio tributario sea exigible, no es indispensable que se encuentre expresamente consagrado en el artículo 74 de la Constitución, pues su fundamento y rango constitucional es implícito en la medida que constituye la base para la determinación de la cantidad individual con que cada sujeto puede/debe en mayor o menor medida, contribuir a financiar el gasto público; *además de ello, su exigencia no solo sirve de contrapeso o piso para evaluar una eventual confiscatoriedad, sino que también se encuentra unimismado con el propio principio de igualdad, en su vertiente vertical* [énfasis añadido].

Como se desprende de tal pronunciamiento, el principio de capacidad contributiva constituye la base sobre la cual se debe contribuir a financiar el gasto público; siendo importante precisar que el artículo 74 de la Constitución establece de manera expresa que ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

En esa misma línea, la Sentencia 2727-2002-AA/TC considera que “el principio de no confiscatoriedad de los tributos también se extiende y relaciona con el principio de capacidad contributiva, de modo que la imposición que se realice debe siempre sustentarse en una manifestación de capacidad contributiva”. (Tribunal Constitucional, 2002, párr. 8)

En efecto, la Sentencia 4734-2006-AA/TC resolvió que:

En materia de impuesto a la renta, el legislador se encuentra obligado, al establecer el hecho imponible, a respetar y garantizar la conservación de la intangibilidad del capital, lo que no ocurre si el impuesto absorbe una parte sustancial de la renta, o si se afecta la fuente productora de la renta, en cualquier quantum, y b) el impuesto a la renta no puede tomar como elemento base de la imposición una circunstancia que no sea reveladora de la capacidad económica o contributiva, que, en el caso del impuesto Mínimo a la Renta con el que se pretende cobrar a la actora, no se ha respetado. (Tribunal Constitucional, 2006, sección fundamentos)

De lo expuesto, se puede concluir que de la aplicación del límite del EBITDA tributario según el Decreto Legislativo 1424 se vulnera el principio de capacidad contributiva debido a que se está tributando sobre un artificio tributario y no sobre la real

capacidad económica del contribuyente, ya que al diferir el gasto financiero de acuerdo al ratio del EBITDA por los 4 ejercicios siguientes y de no ser posible su aplicación el exceso se convierte en un gasto no deducible permanentemente, se distorsiona significativamente la determinación del impuesto a la renta.

3.2 El Principio De No Confiscatoriedad

Habiendo determinado que el Principio de no confiscatoriedad se encuentra íntimamente vinculado con el Principio de Capacidad Contributiva, queda definir qué se entiende por “carácter confiscatorio”. A ello, Villegas (2002) considera que “los tributos son confiscatorios cuando absorben una parte sustancial de la propiedad o de la renta. La dificultad surge para determinar concretamente qué debe entenderse por “parte sustancial”, y no existe respuesta en términos absolutos”. (p. 276)

En esa línea, Danós Ordoñez (2006) señala que el Principio de no confiscatoriedad tiene como función “la de constituir un límite material a las actividades del legislador a la hora de ejercer la potestad tributaria” (p. 138).

Del mismo modo, Atencio (2016) considera que:

El principio de no confiscación en materia tributaria presenta varios elementos que lo dotan de contenido propiamente jurídico ... consiste en un límite a la progresividad y en un complemento a los principios de capacidad económica e igualdad en materia tributaria para lograr una justicia tributaria, pues evita que los tributos ... produzcan los mismos efectos que una confiscación y erosionen el derecho a la propiedad privada. (p. 182)

Así, Villegas (2002) concluye que “el principio exige que la tributación se adapte a la capacidad económica de los contribuyentes. Por capacidad económica ha de entenderse la posibilidad de ser disminuida patrimonialmente, pero sin destruirla y sin que pierda la posibilidad de persistir generando la riqueza que es materia de la tributación”. (p. 277)

En ese sentido, el principio constitucional de confiscatoriedad, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de capacidad contributiva, y teniendo como premisa ser un límite a la absorción del patrimonio o de la renta.

Así, la Sentencia 0646-1996-AA/TC dispone que:

En materia de impuesto a la renta, el legislador se encuentra obligado, al establecer el hecho imponible, a respetar y garantizar la conservación de la intangibilidad del capital, lo que no ocurre si el impuesto absorbe una parte sustancial de la renta, de la que potencialmente hubiere devengado de una explotación racional de la fuente productora del rédito, o si se afecta la fuente productora de la renta, en cualquier *quantum* (Tribunal Constitucional, 1996, párr. 1)

Del mismo modo, la Sentencia 001-2004-AI/TC señala que:

Se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un *tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad* [énfasis añadido] y que, además, ha considerado a ésta como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica. (Tribunal Constitucional, 2004, párr. 42)

De este modo, Villegas (2002) concluye que “la confiscatoriedad originada en tributos singulares se configura cuando la aplicación del tributo excede la capacidad contributiva del contribuyente, disminuyendo su patrimonio e impidiéndole ejercer su actividad”. (pp. 277-278)

En efecto, la Sentencia 041-2004-AI/TC señala que:

La confiscatoriedad puede evaluarse no sólo desde el punto de vista cuantitativo sino también *cualitativo, cuando se produzca una sustracción ilegítima de la propiedad por vulneración de otros principios tributarios, sin que en estos casos interese el monto de lo sustraído, pudiendo ser incluso perfectamente soportable por el contribuyente* [énfasis añadido]. (Tribunal Constitucional, 2004, párr. 42)

A su vez, la Sentencia 4251-2007-PA/TC, que declara fundada la demanda de amparo respecto al alegato de confiscatoriedad cualitativa ocasionado por el retardo injustificado en la resolución de la solicitud de devolución de percepciones no aplicadas, señala:

Este Tribunal Constitucional no puede desconocer que el dinero tiene un valor en el tiempo en función a su costo de oportunidad; por ello, estando a que el solo

hecho de tener congelado el monto de las percepciones no aplicadas importaría, en muchos casos, una pérdida superior a los intereses que, de ser el caso, se le retribuirían; queda claro que estamos frente a un proceder arbitrario que deviene contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. (Tribunal Constitucional, 2007, párr. 6)

De este modo, de acuerdo con la doctrina, la confiscatoriedad tiene dos aspectos a tener en cuenta: (i) el cuantitativo, que se refiere a la superación de un monto determinado en un impuesto, como, por ejemplo, una tasa de 70% en Impuesto a la Renta; y (ii) el cualitativo, que se refiere a la afectación de la propiedad o renta del contribuyente como consecuencia de la aplicación del tributo.

En tal sentido, la confiscatoriedad cualitativa se configura cuando se vulneran principios constitucionales en materia tributaria, pues no importa cuánto es la base imponible o la alícuota, aunque sea soportable por el contribuyente; sino que más bien, lo relevante es el impacto en la renta, rendimiento o capital del contribuyente.

Otro aspecto del principio de no confiscatoriedad es la afectación a los atributos del derecho de propiedad, esto es, la posibilidad del titular de los fondos de decidir destinar tales recursos a inversiones que generen el costo de oportunidad más eficiente desde el punto de vista económico. Si tales recursos se destinan al pago de impuestos, se afecta la no confiscatoriedad del sujeto en el sentido que este no puede destinarlos al fin que le genera más beneficio.

De lo expuesto, con la aplicación del EBITDA tributario según el Decreto Legislativo 1424, al haberse vulnerado inicialmente el principio de capacidad contributiva al distorsionar la base de cálculo del impuesto a la renta por la aplicación de un artificio tributario (límite del 30% del EBITDA y el diferimiento del exceso por los 4 ejercicios siguientes) y tributar sobre una base no real, también se vulnera el principio de no confiscatoriedad en su aspecto cuantitativo, pues se tributa a una tasa real mayor a la que le corresponde producto del diferimiento del gasto financiero producto del límite; y en su aspecto cualitativo por su afectación de la propiedad o renta del contribuyente como consecuencia del mayor pago de impuesto a la renta, lo que deja sin posibilidad de decidir destino de tales fondos a inversiones que generen el costo de oportunidad más eficiente desde el punto de vista económico.

3.3 El Principio De Proporcionalidad

Adicionalmente a los Principios de Capacidad Contributiva y No Confiscatoriedad, somos de la opinión que la regla de deducción de intereses planteada por el Decreto Legislativo 1424 debe ser analizada a la luz del Principio de Proporcionalidad, el mismo que tal como señala Gamba Valega (2011) implica “analizar las ventajas y costos que genera una determinada medida que afecta un valor constitucional, debiendo siempre ser mayores los beneficios que los costos”. (p. 550)

Es decir, es necesario que se examine si la regla del EBITDA cumple o no con el fin propuesto y si además a ello afecta o no algún valor constitucional.

Asimismo, mediante Sentencia 048-2004-AI/TC se señala que “para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental”. (Tribunal Constitucional, 2004, párr. 65)

Así, para Castillo (2005):

Se trata de determinar si existe una relación de equilibrio o de adecuada correspondencia entre la afectación que llega a sufrir un derecho constitucional, y la conservación de un bien o interés público que aparece precisamente como causa de esa afectación. Este principio de proporcionalidad tiene una lógica y mecánica interna en la determinación de la existencia de esa adecuada relación entre lo sacrificado y la finalidad del sacrificio. (p. 137)

En línea con ello, la Sentencia 02235-2004-AA/TC señala que “el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”. (Tribunal Constitucional, 2004, párr. 8)

Precisándose, que de acuerdo con la Sentencia 0050-2004-AI/TC considera que:

El principio de proporcionalidad, strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la

realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental”. (Tribunal Constitucional, 2004, párr. 109)

De este modo, se entiende que se debe analizar el fin buscado -evitar la erosión la base imponible a través de préstamos intragrupo- y el mecanismo del límite de la regla del EBITDA dispuesto por la Administración Tributaria, así como los fundamentos legales y económicos del legislador para optar por dicha medida; debiendo determinarse que la medida a imponerse sea la más acorde, razonable y proporcional con el fin buscado y con la afectación al derecho de propiedad de los contribuyentes. Así, Castillo (2005) señala que:

Este riesgo, sin embargo, puede ser controlado si al principio de razonabilidad o proporcionalidad se le añade un último juicio: el del contenido esencial de los derechos fundamentales. Este juicio afirma que todo derecho fundamental cuenta con un contenido constitucional, el cual es único, limitado, ilimitable y delimitable. En ningún caso, por tanto, podrá justificarse un beneficio que afecte al derecho constitucional en su contenido esencial, entendiéndose como un único contenido que todo él brota de la esencia del derecho. (p. 142)

Del mismo modo, Gamba Valega (2011) indica que:

Sobre el carácter “constitucional” de ambos principios ya se ha pronunciado nuestro TC, entre otras, en las SSTCC N°s. 0016-2002-AI/TC, 0008-2003-AI/TC, 0376-2003-HC/TC y 2192-2004-AA/TC, siendo utilizado como un parámetro de validez de cualquier medida (normativa, administrativa o incluso, judicial) restrictiva de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en el fj. de la STC N° 2192-2004-AA/TC se puede leer lo siguiente:

El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3° y 43°, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad,

no será razonable. *En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación [énfasis añadido].* (p. 543)

En ese sentido, consideramos que la medida implementada - la aplicación del 30% del EBITDA - así como los fundamentos legales y económicos del legislador para optar por dicha medida, no cumplen con el Principio de Proporcionalidad en tanto el legislador no ha justificado que la medida a imponerse sea la más acorde, razonable y proporcional con el fin buscado y con la afectación al derecho de propiedad de los contribuyentes.

CAPÍTULO IV: APLICACIÓN DEL EBITDA EN LA ECONOMÍA PERUANA

El sector agrícola peruano se viene recuperando de los efectos del Niño Costero del año 2017, así como de los efectos del COVID 19; por lo que las empresas han requerido diversos financiamientos que a la fecha se siguen arrastrando. Del mismo modo, el sector agrícola se encuentra en un contexto complicado debido a la inestabilidad de los precios y la paralización de algunos sectores económicos ha originado el incremento del riesgo

Ello así, es importante analizar el impacto de las reglas de deducción de intereses vinculadas con el límite del uso del gasto financiero al 30% del EBITDA³ dispuesto en el inciso a) del artículo 37 de la LIR; y los efectos que estas reglas acarrearán en la determinación del Impuesto a la Renta del ejercicio 2021 en adelante⁴.

4.1 Problemas detectados en la aplicación del EBITDA tributario

De acuerdo con la Ley del Impuesto a la Renta, son deducibles:

Los intereses de deudas y los gastos originados por la constitución, renovación o cancelación de las mismas siempre que hayan sido contraídas para adquirir bienes o servicios vinculados con la obtención o producción de rentas gravadas en el país o mantener su fuente productora. (art. 37, inciso a)

Para efecto de los gastos previstos en este inciso, se tendrá en cuenta lo siguiente:

No son deducibles los intereses netos en la parte que excedan el treinta por ciento (30%) del EBITDA del ejercicio anterior.

Así, la norma tributaria define como EBITDA a la “renta neta luego de efectuada la compensación de pérdidas más los intereses netos, depreciación y amortización” (art. 37, num.1, inciso a)

En efecto, de una primera lectura del presente artículo, se puede podría argumentar que nos encontramos ante una situación en la cual las compañías perderían

³ El EBITDA (beneficios antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización) es un reporte financiero que permite evaluar la capacidad de generación de excedentes de una empresa; evaluando su comportamiento y situación económica y financiera.

⁴ Es importante indicar que la regla del 30% del EBITDA es aplicable desde el ejercicio 2021.

el derecho de usar el gasto financiero por intereses generados por el endeudamiento para las inversiones, pese a que dicho endeudamiento estuviese vinculado a la potencial generación renta gravada. Asimismo, dado que no existía ninguna precisión respecto a las compañías con renta neta en cero o negativa, el efecto de la norma de limitación de intereses es altamente confiscatorio.

En vista de ello, con fecha 30 de diciembre de 2021, se publicó el Decreto Supremo 402-2021-EF que modificó el inciso a) del artículo 21 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (1994), precisando que cuando el contribuyente no obtenga renta neta en el ejercicio (o cuando el importe de sus pérdidas iguale o supere la renta neta que hubiere obtenido), el EBITDA será igual a la suma de los intereses netos, depreciación y amortización deducidos en dicho ejercicio. (Ministerio de Economía y Finanzas, 1994, Artículo 21)

Esta precisión permite tener un valor de EBITDA, aun cuando la Compañía se encuentre en un ejercicio sin resultados positivos, facultando el arrastre de pérdidas y evitando el menoscabo de la misma.

Sin perjuicio de ello, consideramos que si bien la norma ha buscado evitar un mayor perjuicio fiscal a las Compañías que se encuentran en pérdida o no hubieren obtenido renta neta en el ejercicio— que a la fecha post pandemia son más del 50% -, esto no ha quitado el efecto financiero negativo que se genera por la aplicación del límite del 30% del EBITDA, el arrastre de pérdidas, entre otros.

En ese sentido, es importante analizar si la aplicación del límite del EBITDA afecta el Principio de Capacidad Contributiva, y por ende el Principio de no Confiscatoriedad, así como el Principio de Proporcionalidad.

4.1.1 ¿La aplicación del límite del EBITDA transgrede el Principio de No Confiscatoriedad?

Como hemos desarrollado en el capítulo anterior, se desprende que se vulnera el Principio de no confiscatoriedad cuando se afecta no solo la renta sino también el patrimonio y los atributos del derecho de propiedad (uso, disposición y disfrute), en tanto afecta a futuro la obtención de rendimientos gravados como, por ejemplo, a través de la disminución del flujo de caja de la empresa producto de la aplicación del límite del EBITDA en la deducción de intereses, lo cual, afecta el costo de oportunidad del dinero, siendo que el

capital de trabajo de la Compañía se ve destinado al pago del impuesto a la renta por anticipado.

Como consecuencia de ello, somos de la opinión que la aplicación del límite del EBITDA vulnera el aspecto cualitativo del Principio de no confiscatoriedad respecto a la Compañía, dado que el diferimiento del gasto financiero producto del cálculo del EBITDA Tributario (del año anterior) genera un mayor pago de Impuesto a la Renta por los años 2021 al 2025, en comparación al cálculo de la Subcapitalización (endeudamiento de 3 veces el patrimonio neto del año anterior); debido a que limita el uso de fondos por el pago anticipado de impuestos.

4.1.2 La confiscatoriedad en la aplicación del límite del EBITDA en la deducibilidad de intereses

Para efectos de entender porque nos encontramos ante una norma que tiene efectos confiscatorios, es importante comprender la naturaleza del EBITDA.

En efecto, se define que:

El EBITDA (‘Earnings Before Interests, Tax, Depreciation and Amortization’), también conocido como resultado bruto de explotación, es el concepto de resultados antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones. Es decir, **muestra el beneficio bruto de explotación antes de deducir los gastos financieros** y sirve a los expertos en información financiera para evaluar el comportamiento y la situación financiera de las empresas (Ruiz Alfonsea, s.f., párr. 1)

De acuerdo con la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424 (2018), el legislador ha elegido utilizar el concepto del “EBITDA dado que éste refleja que tan rentable es un negocio sin verse afectado por los intereses, depreciaciones y amortizaciones. Asimismo, se supone que este EBITDA sea construido sobre base tributaria a fin de evitar que sea manipulado para incrementar el límite”. (p. 34)

Así, dicha definición ha sido trasladada al Perú como parte del Proyecto OCDE/G20⁵, el cual lucha contra la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (BEPS,

⁵ Es importante indicar que en virtud al Proyecto OCDE/G20, el Perú como otros países están incorporando en su legislación, normas tributarias que no necesariamente reflejan la situación económica, tributaria y financiera que los países europeos.

por sus siglas en inglés) a través diversas medidas para mejorar la coherencia de los estándares impositivos internacionales, reforzar su focalización en la sustancia económica y garantizar un entorno fiscal de mayor transparencia.

De este modo, la OCDE (2016) en la Acción 4 de Plan BEPS tiene como finalidad limitar la erosión de la base imponible a través de deducciones en intereses y otros gastos financieros, en especial respecto a entidades que forman parte de grupos multinacionales, puesto que se traslada beneficios.

En esa línea, el Resumen Ejecutivo de la Acción 4 de Plan BEPS, OCDE (2016) señala que:

Los riesgos de erosión de la base imponible y de traslado de beneficios por parte de grupos multinacionales generan tres escenarios básicos:

- El grupo concentra un elevado nivel de deuda con entidades independientes en países de elevada tributación.
- El grupo utiliza préstamos intragrupo para generar deducciones por intereses superiores a los gastos efectivamente incurridos por pago de intereses a terceros.
- El grupo utiliza financiación obtenida de empresas del grupo o a entidades independientes para generar rentas no sometidas a gravamen. (p. 13)

De lo cual, se aprecia que las recomendaciones formuladas en la Acción 4 de Plan BEPS están enfocadas en grupos multinacionales que destinan parte de sus fondos a otras jurisdicciones.

Del análisis de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424 podemos afirmar que ésta no detalla una justificación específica a la introducción del límite del EBITDA a la deducción de intereses; sin embargo, tal como señala Otoyá (2021), establece:

De modo general las razones de la ampliación de la limitación a los intereses de endeudamientos con terceros, como sigue:

- La evidencia internacional señala que los contribuyentes pueden adoptar esquemas complejos en los que no es posible verificar si se están realizando operaciones entre partes vinculadas.

- Algunos grupos internacionales reducen su carga tributaria total mediante el pago de intereses.
- Existen indicios de que estas formas de endeudamiento se vienen realizando en nuestro país, pues empresas sin patrimonio o con bajas utilidades reciben préstamos desproporcionado. (p. 53)

En vista de ello, consideramos que no existe sustento para la aplicación del EBITDA en la limitación de intereses, en tanto dichas premisas no se cumplen a cabalidad en el caso peruano en donde la gran mayoría de compañías no califican como multinacionales. Asimismo, respecto a las razones alegadas Otoyá (2021) considera que:

En cuanto a la primera y segunda de las razones alegadas como sustento de la medida, si bien nadie podría negar que ciertos contribuyentes podrían haber implementado esquemas complejos de financiamiento para ocultar transacciones de traslado de beneficios hacia terceros vinculados, eso, *desde ningún punto de vista, podría llevar a concluir, iuris et de iure que cualquier endeudamiento tiene finalidades elusivas y/o que encubre un mecanismo de planificación fiscal* [énfasis añadido], ya que esto implicaría, necesariamente, el uso de varios actores y negocios jurídicos para poder alcanzar la traslación de beneficios que busca combatir esta norma y, en ese contexto, la adopción de este tipo de medidas estaría justificada solo si fuera imposible identificar a tales actores o esquemas, o si no es posible que el contribuyente acredite que el endeudamiento fue incurrido en condiciones de mercado.

En cuanto a la tercera de las razones alegadas, debemos decir que el hecho de que, de modo indiciario, se pueda asumir que algunos contribuyentes adoptan mecanismos sofisticados de elusión a través del empleo de endeudamientos con terceros no es suficiente para desconocer, iuris et de iure, la realidad de aquellos endeudamientos y/o de la necesidad de financiamiento detrás de esos endeudamientos. Es principio en la lógica jurídica que no es posible, a partir de premisas individuales, arribar a una conclusión de carácter general. (p. 53)

Por consiguiente, somos de la opinión que el sustento esgrimido por el legislador peruano para la aplicación del límite del EBITDA en la deducción de intereses genera un sobre costo para las compañías peruanas, en tanto nuestro mercado no alberga grupos multinacionales, sino que más bien, se tratan de grupos locales.

Asimismo, como se puede observar la aplicación del 30% del EBITDA como límite para la deducción de intereses genera una afectación al patrimonio de la Compañía, en tanto el capital de trabajo estaría destinándose al pago del impuesto a la renta de manera anticipada, afectándose de este modo la fuente productora de renta.

Por otra parte, en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424 no se ha presentado argumento alguno que sustente porque el límite del EBITDA tributario debería ser 30% y no otro valor, o si únicamente el legislador optó por tomar el valor más alto de los porcentajes recomendados por la OCDE.

Vale precisar – si bien no es materia del presente trabajo – que nos encontramos ante una situación de pandemia, en la cual muchos negocios han sido perjudicados con los cierres de los negocios, y que su único modo de poder volver a flote ha sido a través de préstamos, cuyos intereses ahora no podrán ser completamente deducidos. Por lo cual, la aplicación del límite del 30% del EBITDA es aún más gravosa en tanto el capital de trabajo remanente deberá ser utilizado para el pago de impuestos.

En efecto, de la aplicación del límite del EBITDA versus la regla de subcapitalización – de 3 veces el patrimonio neto –, podemos observar que:

- Los gastos financieros generados y arrastrados en razón del EBITDA podrían generar un mayor impuesto a la renta por pagar a las Compañías a partir del 2021,
- Costo de dinero en el tiempo, de generar un mayor pago de impuesto se resta la cantidad de recursos (dinero) hoy, y el valor del dinero hoy es mayor al que la misma cantidad de dinero valdría dentro de un año, o más años, según se vayan usando el gasto financiero que se ha diferido.

En ese sentido, consideramos que la aplicación del límite del EBITDA no es la más adecuada en el marco de grupos locales y no multinacionales, y que, en el supuesto de su aplicación, el legislador debería considerar el contexto económico al que pertenece cada industria y analizar previamente el funcionamiento del flujo financiero.

Finalmente, somos de la opinión que la aplicación del límite del EBITDA debería permitir que el contribuyente sustente el destino de los intereses; así como aplicar la regla de subcapitalización de intereses salvo prueba en contrario de endeudamientos pactados de acuerdo al Principio de Independencia (valor de mercado).

4.1.3 La aplicación del Principio de Proporcionalidad respecto al límite del EBITDA en la deducción de intereses

Como último punto, consideramos importante analizar sobre los fundamentos esbozados por la Administración Tributaria para optar por el límite del EBITDA y las condiciones de (i) umbral de 2500 UIT, (ii) regla de ratio fijo de 30%, y (iii) plazo de 4 años para los intereses no utilizados; así como el análisis de los beneficios tributarios y la justificación razonable de la modificación.

Así, de los argumentos esbozados en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424 (2018), podemos observar que el legislador no ha detallado ni explicado la razón por la cual se ha modificado la regla de deducción de intereses, únicamente señala que “los gastos financieros de los contribuyentes se han incrementado significativamente. En efecto, se ha observado que en el 2017 estos gastos aumentaron en un 32.1% respecto del 2012, porcentaje elevado en comparación al incremento del número de contribuyentes en dicho periodo el cual ascendió a 8.6%.”. (p.28)

¿Significa que el aumento de deducción de gastos financieros se realizó con la finalidad de deducir intereses a través de una operación encubierta? No. El legislador no ha podido demostrar quienes utilizan esos esquemas, ni si la operación tuvo fines elusivos.

Respecto a las características de la regla de deducción de intereses vinculada con el EBITDA tributario, la Exposición de Motivos no ha establecido las razones legales y económicas por las cuales ha considerado que la regla optada es la más adecuada para nuestra realidad, menos gravosa para los contribuyentes, y que logra en mayor medida el cometido de evitar la elusión fiscal.

No se establece porque el umbral mínimo es de 2500 UIT, porque la regla es de 30% del EBITDA y no un monto menor, o porque se ha igualado el arrastre de los intereses al plazo de la pérdida tributaria. Queda claro que nuestro legislador ha optado por dichos valores de manera arbitraria, sin haber determinado si estos son los más adecuados o no. Del mismo modo, no ha realizado un examen de razonabilidad, que se basa en 3 subprincipios: necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto; y que permite evaluar si la medida optada es la mejor tanto para la Administración Tributaria como para el contribuyente.

En ese sentido, se puede apreciar que el legislador no ha realizado el test de proporcionalidad y/o razonabilidad para determinar si la norma propuesta es la más adecuada para los fines perseguidos, ni ha comparado la norma previa con esta y evaluado su idoneidad.

CONCLUSIONES

- En el caso del Perú, las nuevas reglas de subcapitalización vigentes a partir del 2021 que establecen el límite de deducibilidad de intereses, van en detrimento de la situación financiera de las empresas debido a su efecto confiscatorio, toda vez que limita los medios para financiar sus operaciones que son de mediano y largo plazo.

Esto ocurre porque la decisión de usar un recurso (efectivo) en una forma en particular ocasiona que la Compañía renuncie a la oportunidad de usar los recursos en formas alternativas o más eficientes. Ello así, la Compañía deja de destinar el efectivo que pudiese servir el financiamiento de sus operaciones, y lo utiliza en el mayor de pago de impuestos en razón al EBITDA tributario.

Es claro que la Compañía se ve en la obligación de pagar impuestos y esto tiene un efecto confiscatorio afecta a futuro la obtención de rendimientos gravados como, por ejemplo, a través de la disminución del flujo de caja de la empresa producto de la aplicación del límite del EBITDA en la deducción de intereses, lo cual, afecta el costo de oportunidad del dinero.

- El Decreto Legislativo 1424 tiene un fin recaudatorio, teniendo en cuenta que se prevé una mayor recaudación con la aplicación de estas reglas, sin adecuar sus reglas a la realidad económica del país. Esto es, no aplicar la regla cuando se trata de grupo nacionales o sectores económicos que requieren apalancamiento intenso, permitir el arrastre sin plazo de los gastos considerando que no es una regla antielusiva; así como también, la aplicación a empresas que no pertenecen a un grupo económico nacional y/o internacional.
- El límite del 30 % EBITDA en la deducibilidad de los intereses, pese a que se puede arrastrar a los 4 períodos tributarios siguientes por la naturaleza de sus operaciones, genera diferimiento o pérdida de la deducción de gastos reales, generando así un mayor pago de impuesto a la renta, ya que parte de la renta neta, lo que no coincide con las recomendaciones de la OCDE, ni con la legislación comparada.
- El plazo de los 4 años limita la deducción de gastos financieros reales sin ningún fundamento plausible, constituye una vía o medio que puede conducir a la violación

del principio de capacidad contributiva, porque se grava rentas que no son reales, sino que son producto de una disposición legal.

- Si el plazo de los 4 años alcanza para deducir la integridad del gasto, también se podría estar vulnerando los atributos del derecho de propiedad, porque se destinaría recursos al pago de impuesto cuando el contribuyente podría generar el costo de oportunidad de invertir en forma más eficiente tales fondos. Por esa razón, debería haberse adecuadas las reglas de la acción 4 a la realidad económica de nuestro país.
- No apreciamos que se hayan regulado varias de las recomendaciones de la OCDE que hacen más flexible la regla, la excepción por ratio de endeudamiento de grupo, la excepción de la no aplicación de la regla a grupo nacionales, el arrastre ilimitado de los gastos financieros. Asimismo, no se ha sustentado la razón por la cual dichas recomendaciones no han sido tomadas en cuenta.
- La aplicación de estas nuevas reglas a partir del 2021, generarían una disminución en la inversión, porque la rentabilidad sería menor en el corto plazo debido al pago anticipado de impuestos.
- Se debe analizar el impacto en el IGV de la no deducibilidad de los intereses producto de la aplicación de la regla de limitación de intereses en base al EBITDA tributario.

RECOMENDACIONES

- Recomendamos el poder revisar el impacto del Decreto Legislativo 1424, por sector y grupo económico, siguiendo los lineamientos de la OCDE y de BEPS, dejando de lado el fin recaudatorio.
- Recomendamos eliminar el plazo de los 4 años respecto a la deducibilidad de intereses que hubieran excedido el límite del 30% del EBITDA, a fin de reducir el peligro de un reparo permanente de los gastos de intereses cuando los gastos de intereses y el EBITDA surjan en periodos diferentes. Asimismo, esto permitiría que las empresas no vean encarecido sus préstamos para la generación de renta gravada.
- Recomendamos regular el cálculo del ratio por grupo y no por empresa, a fin de impedir que se eluda una norma de limitación de intereses estableciendo múltiples entidades, cada una de las cuales queda por debajo del umbral.
- Recomendamos que la aplicación no sea de carácter general a las empresas que tengan ingresos superiores a las 2,500 UIT, sino que se excluya a las empresas que no pertenezcan a un grupo económico nacional y/o internacional.
- Recomendamos que el EBITDA parta desde una base financiera (utilidad operativa) con lo cual daría un mayor espacio de acción para las empresas siguiendo los lineamientos de la OCDE y de BEPS, dejando de lado la aplicación del EBITDA tributario.

REFERENCIAS

- Aguilar Saldívar, L. (2001). *El Tratamiento Tributario de la Subcapitalización en la Legislación Peruana y en la Legislación Comparada*. *Ius Et Veritas*, 23, 248-257.
- Atencio Valladares, G. (2001). *El principio de no confiscatoriedad en materia tributaria. Evolución y situación actual en España y Venezuela*. Instituto Colombiano de Derecho Tributario.
- Botto Denegri, F., & Espinal Cragg, S. (2019). Deducción de intereses y reglas de subcapitalización en la Ley del Impuesto a la Renta peruana y la acción 4 del plan BEPS. *THEMIS Revista de Derecho*, 76, 213-224.
<https://doi.org/10.18800/themis.201902.013>
- Campos Ramírez, R., & Hernández Morales, J. (2020). ¿Regla de subcapitalización o earning stripping rule? Análisis evolutivo y comparativo de las normas que limitan la deducción de gastos financieros y su enfoque en el Perú. *Forsetti. Revista de Derecho*, 8(12), 95-133.
- Castillo Córdova, Luis. (2005). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Revista Peruana de Derecho Público*, 6 (11), 127-151.
- Chirinos Sota, C. (2008). Redescubriendo realidades y formas. La norma Anti Subcapitalización como cláusula Antielusiva Especial. *Derecho & Sociedad*, 31, 295-304.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17413>
- Congreso de la República del Perú. (2000). Ley 27356, Ley que modifica el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta. Diario Oficial El Peruano del 18 de octubre de 2000.
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H796311>
- Contreras Arbieto, R., & Torres Fernández, C. (2019). *Análisis de las limitaciones establecidas para la deducción de gastos financieros empresariales*. [tesis para optar el Master de Finanzas y Derecho Corporativo, ESAN]. Repositorio Institucional de la Universidad ESAN.
<https://repositorio.esan.edu.pe/handle/20.500.12640/1722>
- Danós Ordoñez, J. (2006). El principio constitucional de no confiscatoriedad de los tributos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. En J. Danos Ordoñez, J. A. Fernández Cartagena, C. Urteaga Goldstein, S. Sevillano Chávez, L. Moreno de la Cruz (Eds.), *Temas de Derecho Tributario y Derecho Público* (pp. 135-167). Palestra Editores.
- Dunin-Borkowski Goluchowska, K. M. (2019). *¿Debe mantenerse la norma de capitalización en la Ley del Impuesto a la Renta peruana?* [tesis para optar el grado de Magister, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital

de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP.
<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/14625>

- Dunin-Borkowski Goluchowska, K. M., & Delgado Tarazona, C. (2019). ¿Qué modificaciones deberían introducirse a la regulación que la Ley del Impuesto a la Renta Peruana concede a la Subcapitalización? *THEMIS Revista de Derecho*, 76, 201-212. <https://doi.org/10.18800/themis.201902.012>
- Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1424. (2018). Proyecto de Decreto Legislativo que modifica la Ley del Impuesto a la Renta.
<https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2018/Setiembre/13/EXP-DL-1424.pdf>
- Gamba Valega, César. (2011). El principio de proporcionalidad también rige las relaciones entre los contribuyentes y las administraciones tributarias: a propósito de un principio fundamental olvidado en el ámbito tributario. En: Michael Zavaleta Álvarez (dir.), Felipe Iannacone Silva (coord.), César García Novoa (coord.), Pedro José Carrasco Parrilla (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional Tributario* (pp. 537-562). Universidad San Martín de Porres.
- Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. (1994). Decreto Supremo N° 122-94-EF de 1994. Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta. Diario Oficial El Peruano del 21 de setiembre de 1994.
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H764581>
- Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. (2004). Decreto Supremo N° 179-2004-EF de 2004. Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta. Diario Oficial El Peruano del 8 de diciembre de 2004.
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H880428>
- Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. (2021). Decreto Supremo N° 402-2021-EF de 2021. Modifica el Reglamento de la Ley del Impuesto la Renta. Diario Oficial El Peruano del 30 de diciembre de 2021.
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1301110>
- Organisation for Economic Cooperation and Development. (2012). *Thin Capitalisation Legislation: A background paper for country tax administration*.
<http://www.oecd.org/>
- Organisation for Economic Cooperation and Development. (2016). Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264268333-en>
- Otoya Cabrera, J. (2021). Cláusulas antielusivas específicas y capacidad contributiva: a propósito de la limitación a la deducción de intereses. *Revista Advocatus*, 40, 49-56. <https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n040.5283>
- Real Decreto Ley 12/2012. (2012, 30 de marzo). Por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.
<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2012/03/30/12>
- Resolución del Tribunal Fiscal N° 08030-9-2020 (2020, 17 de diciembre del 2020). [Impuesto General a las Ventas]. Tribunal Fiscal.

http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2020/9/2020_9_08030.pdf

Ruiz Alfonsea, A. (2020, 30 de setiembre). *¿Qué es el EBITDA?*.

<https://www.bbva.com/es/que-es-el-ebitda/>

Tribunal Constitucional. (2004). Sentencia 041-2004-AI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. [Contra arbitrios municipales de la Municipalidad de Santiago de Surco].

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00041-2004-AI.pdf>

Tribunal Constitucional. (1996). Sentencia 0646-1996-AA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. [Contra el Impuesto Mínimo a la Renta].

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00646-1996-AA.html>

Tribunal Constitucional. (2006). Sentencia 4734-2006-AA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. [Contra Impuesto Mínimo a la Renta].

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04734-2006-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. (2002). Sentencia 2727-2002-AA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. [Contra el Impuesto Extraordinario a los Activos Netos].

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02727-2002-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. (2004). Sentencia 001-2004-AA/TC y 002-2004-AA/TC (ACUMULADOS). Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. [Contra la contribución solidaria para la asistencia previsional].

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00001-2004-AI%2000002-2004-AI.pdf>

Tribunal Constitucional. (2004). Sentencia 050-2004-AI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. [Contra la Ley 28389].

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>

Tribunal Constitucional. (2004). Sentencia 053-2004-AI/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. [Contra el Régimen de arbitrios de la Municipalidad de Miraflores en el periodo 1997 a 2004].

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00053-2004-AI.pdf>

Tribunal Constitucional. (2004). Sentencia 4251-2007-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. [Contra solicitud de devolución de percepciones no aplicadas].

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04251-2007-AA.pdf>

Superintendencia de Banca y Seguros. Glosario de términos e indicadores financieros.

<https://intranet2.sbs.gob.pe/estadistica/financiera/2015/Setiembre/SF-0002-se2015.PDF>

Vann, Richard. (1996) *Tax treaties: Linkages between OECD member countries and dynamic non-member economies*. Organisation for Economic Co-operation and Development.

Villegas, Héctor B. (2002) *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. (pp. 260-300). Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

BIBLIOGRAFÍA

- Cencerrado Milán, E. (2010). La Subcapitalización. En T. Cordón Ezquerro (Ed.), *Fiscalidad de los Precios de Transferencia (Operaciones Vinculadas)* (pp. 637-691). Centro de Estudios Financieros, 637-691.
<http://hdl.handle.net/10045/39315>
- Del Carpio Torres, C. (2011). *El principio de no confiscatoriedad y sus implicancias en el impuesto al valor agregado* [tesis para optar el título profesional de Abogado]. Pontifica Universidad Católica del Perú
- Granado Fernández de la Pradilla, I. (2016, marzo). La Limitación en la de Deducibilidad de los Gastos Financieros en el Impuesto sobre Sociedades: La Experiencia Española. *Revista de Administración Tributaria*, 40. 93 – 197.
<https://biblioteca.ciat.org/opac/book/5478>
- López López, H., & Campione, R. (2014). La regularización tributaria prevista en el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo: Una amnistía fiscal contraria a la justicia distributiva y manifiestamente ineficaz. EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad, 103-124. Recuperado a partir de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2123>
- Liu Arévalo, R (2018, 24 de noviembre) Análisis crítico de las nuevas reglas que limitan la deducción del gasto por intereses. *Enfoque Derecho*
<https://www.enfoquederecho.com/2018/11/24/analisis-critico-de-las-nuevas-reglas-que-limitan-la-deducccion-del-gasto-por-intereses/>.
- Masui, Y. (2014, marzo-abril). Interest Deduction, Corporate Groups and Tax Jurisdictions: A Hitchhiker's Guide to an Aspect of the BEPS Project. *Asia-Pacific Tax Bulletin, March/April 2014*, 103-107. Available at SSRN:
<https://ssrn.com/abstract=2489565>
- Mata Sierra, M. T. (2009). *El principio de igualdad tributaria*. Editorial Aranzadi, SA.
- Mongrut, S., Fuenzalida, D., Pezo, G., & Teply Z. (2010). Explorando Teorías de Estructura de Capital en Latinoamérica. *Cuadernos de Administración*, 23(41), 163-184.
- Naveira De Casanova, Gustavo. (1997). *El principio de no confiscatoriedad*. Mc Graw Hill.
- Overesch, M., & Wamser, G. (2010). Corporate Tax Planning and Thin-Capitalization Rules: Evidence from a Quasi-Experiment. *Applied Economics*, 42(05), 563-573. <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00582201>
- Pitten Vellosi, Andrei. (2010). *El principio de igualdad tributaria. De la Teoría de la Igualdad al Control de las Desigualdades en la Imposición*. Editorial Juruá.
- Sánchez Bao, L. (2018, 29 de setiembre). Deducción de gastos por intereses y normas de “subcapitalización” de la Ley del Impuesto a la Renta. *Enfoque Derecho*.

<http://www.enfoquederecho.com/2018/09/29/deducccion-de-gastos-por-intereses-y-normas-de-subcapitalizacion-de-la-ley-del-impuesto-a-la-renta/>

Serrano Antón, F. (2014). El informe sobre erosión de bases imponibles y traslación de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado. *Derecho PUCP*, 72, 45-70.

<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201401.003>

Sevillano Chávez, S. (2019). *Lecciones de derecho tributario: Principios generales y código tributario*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Sotelo Castañeda, E. (2007). Notas para una aproximación a la aplicación del principio de no confiscatoriedad en materia tributaria. *Ius et Veritas*, 17(35), 182-216.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12291>

Sotelo Castañeda, E. (2007). Notas sobre el Principio de No Confiscatoriedad en Materia Tributaria. *Derecho & Sociedad*, 29, 307-322.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17291>

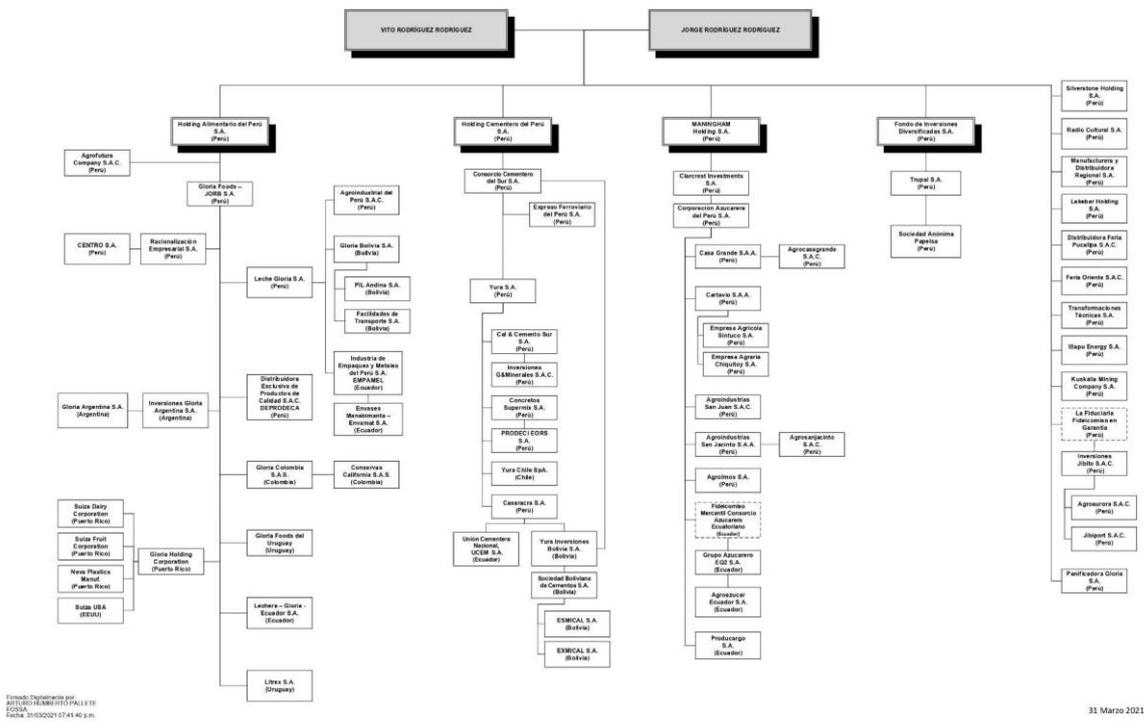
Villagra Cayamana, R. (2014). *Las Medidas Antielusión en la Fiscalidad Internacional*. En III Congreso Internacional de Derecho Tributario. Panamá.

Webber, S. (2010). Thin Capitalization and Interest Deduction Rules: A Worldwide Survey. *Tax Notes International*, volume, 60(9), 683-708.

ANEXOS

Anexo 1: Organigrama Grupo Gloria

ORGANIGRAMA GRUPO ECONÓMICO



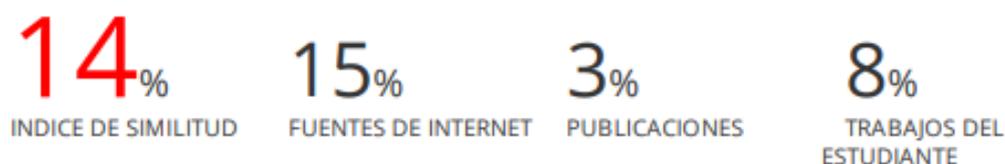
Elaborado y organizado por:
ARTURO HELMUT PALLETI
 SOCIA
 P.026 31032021 0741403 JH

31 Marzo 2021

Nota. De Organigrama Grupo Gloria, por Superintendencia de Mercado de Valores, s.f.
<https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Empresas%20del%20Grupo%20Economico%20Gloria%200210331.pdf>

ANÁLISIS DE LA REGLA DE SUBCAPITALIZACIÓN VIGENTE

INFORME DE ORIGINALIDAD



FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	4%
2	revistas.ulima.edu.pe Fuente de Internet	2%
3	www.sunat.gob.pe Fuente de Internet	1%
4	tesis.pucp.edu.pe Fuente de Internet	1%
5	revistas.pucp.edu.pe Fuente de Internet	1%
6	revistas.up.edu.pe Fuente de Internet	1%
7	Submitted to Universidad de Lima Trabajo del estudiante	1%
8	repositorio.esan.edu.pe Fuente de Internet	1%
9	www.mef.gob.pe Fuente de Internet	<1%

10	www.dig-advocats.com Fuente de Internet	<1 %
11	www.garrigues.com Fuente de Internet	<1 %
12	idoc.pub Fuente de Internet	<1 %
13	www.grzasociados.com Fuente de Internet	<1 %
14	es.scribd.com Fuente de Internet	<1 %
15	repositorio.ulima.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
16	vsip.info Fuente de Internet	<1 %
17	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	<1 %
18	repositorioacademico.upc.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
19	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru Trabajo del estudiante	<1 %
20	cdi.mecon.gov.ar Fuente de Internet	<1 %

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 30 words

Excluir bibliografía

Activo