

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**ANÁLISIS DE LA EFICACIA DE LA NORMA ANTIELUSIVA
ESPECÍFICA DEL INCISO A) DEL ARTÍCULO 37° DE LA LEY DEL
IMPUESTO A LA RENTA VIGENTE DESDE ENERO DE 2021**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
CONTABILIDAD**

AUTORES:

CESAR AUGUSTO SICHEZ RODRIGUEZ

GLENY CAROLINA PACHECO VARGAS

ASESORA:

CIELO BERTHA CASTILLO DEXTRE

MAYO, 2021

RESUMEN

El propósito de esta investigación es evaluar la eficacia de la norma antielusiva específica contenida en el inciso a) del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta (nueva NAE), vigente desde enero de 2021, para evitar la aplicación de estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros y que tienen como objetivo la erosión de la base imponible del impuesto y el traslado de beneficios (fenómeno BEPS), lo que perjudica la recaudación tributaria de nuestro país.

La presente investigación tiene un enfoque cuantitativo con alcance exploratorio, descriptivo y correlacional. Para medir la eficacia de la nueva NAE, vigente desde enero de 2021, se seleccionaron 4 indicadores en base a los aspectos observables de la norma. Asimismo, mediante muestro por conveniencia, se seleccionaron estructuras elusivas contenidas en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424, en otros trabajos realizados a nivel nacional e internacional, así como otras formuladas por los autores de la presente investigación. Las 8 estructuras seleccionadas se aplicaron frente a los indicadores de eficacia de la nueva NAE para verificar si la norma evita que cumplan su objetivo elusivo.

Los resultados generales indican que la nueva NAE es eficaz solamente ante la estructura “Endeudamiento *back to back*”, no siendo eficaz ante las demás estructuras seleccionadas, permitiendo que logren ahorro fiscal a través del uso de modalidades elusivas, esto es, el fenómeno BEPS. De este modo, se concluye que, en sentido contrario a lo afirmado por el legislador peruano, la nueva NAE no evita la aplicación de estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros.

Términos claves: Norma antielusiva específica, gastos financieros, estructuras elusivas, fenómeno BEPS.

AGRADECIMIENTOS

Nuestro sincero agradecimiento a nuestra asesora, profesora Cielo Bertha Castillo Dextre, por su valioso apoyo a lo largo de la elaboración del presente trabajo de investigación. Del mismo modo, un agradecimiento especial para todos los docentes de la Maestría en Contabilidad de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quienes siempre estuvieron dispuestos a orientarnos y atender nuestras consultas a lo largo de nuestro recorrido académico.



DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación está especialmente dedicado a Julio César Sichez Muñoz, quien en vida fuera el padre más amoroso, el suegro más comprensivo, el profesional más dedicado, y entre muchas otras virtudes, fue la persona que más motivó, ayudó e inspiró a los autores en la realización de este trabajo.



ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	ii
ÍNDICE GENERAL	v
ÍNDICE DE TABLAS	viii
ÍNDICE DE FIGURAS	ix
ÍNDICE DE ABREVIATURAS Y SIGLAS	x
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: DIAGNÓSTICO SITUACIONAL	3
1.1. Planteamiento del problema	3
1.2. Objetivos de la investigación	7
1.2.1. Objetivo General	7
1.2.2. Objetivos Específicos	7
1.3. Justificación de la investigación	7
1.3.1. Relevancia del tema de investigación	7
1.3.2. Razones para realizar la presente investigación	11
1.3.3. Aportes de la presente investigación	12
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	14
2.1. Antecedentes	14
2.2. Bases Teóricas	15
2.2.1. Producto Bruto Interno	15
2.2.2. Presión Tributaria	15
2.2.3. Tributo	15
2.2.4. Impuesto a la Renta	17
2.2.5. Impuesto a la Renta de tercera categoría	17
2.2.6. Financiamiento de las empresas	18
2.2.7. Subcapitalización	19
2.2.8. Tratamiento tributario de los gastos financieros	21
a) Definición de deuda	21
b) Definición de intereses	22
c) Otros gastos financieros	24
d) Requisitos para la deducción de gastos financieros	25
e) Límites a la deducción de intereses desde el año 2021 ...	26
f) Excepciones a los límites en la deducción de intereses ...	28
g) Otras precisiones	29
2.2.9. Grupo empresarial y multinacional	30
2.2.10. Empresas o partes vinculadas	30
2.2.11. Economía de opción	31
2.2.12. Simulación relativa y absoluta	31
2.2.13. Evasión tributaria	32
2.2.14. Elusión tributaria	32

2.2.15. Planificación tributaria agresiva	33
2.2.16. Erosión de la base imponible y traslado de beneficios	35
2.2.17. Estructuras elusivas.....	36
2.2.18. Normas antielusivas.....	36
a) Norma antielusiva general	37
b) Norma antielusiva específica	38
2.2.19. OCDE	38
2.2.20. Acción 4 del Plan BEPS.....	39
2.2.21. Moral fiscal.....	41
2.2.22. Grupos de interés o stakeholders	41
2.2.23. Creación de valor compartido	42
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	44
1.4. Enfoque de la Investigación	44
1.5. Alcance de la Investigación.....	45
1.6. Diseño de la Investigación	47
1.7. Población y muestra.....	48
1.8. Recolección de datos	49
CAPÍTULO IV: RESULTADOS, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN: EFICACIA DE LA NUEVA NAE	58
4.1. Estructuras contenidas en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424	58
4.1.1. Estructura 1: Endeudamiento <i>back to back</i>	58
4.1.2. Estructura 2: Ubicación de elevada deuda en el Perú y traslado de rentas a países con tasas reducidas o empresas vinculadas con pérdidas acumuladas compensables	60
4.2. Estructuras identificadas en otros trabajos realizados a nivel nacional e internacional.....	63
4.2.1. Estructura 3: Aporte de capital social mediante la emisión de instrumentos financieros híbridos	63
a) Estructura 3A: En mercado de capitales y con terceros ...	64
b) Estructura 3B: En mercado de capitales y con empresas vinculadas.....	66
c) Estructura 3C: Fuera del mercado de capitales	69
4.2.2. Estructura 4: Adquisición con endeudamiento intragrupo, transmisión de deuda a subsidiarias y utilización de <i>holding</i> intermediarias, con posterior fusión por absorción.....	71
4.2.3. Estructura 5: Adquisición con apalancamiento financiero y utilización de <i>holding</i> intermediarias, con posterior fusión por absorción.	74
4.3. Estructuras formuladas por los autores.....	78
4.3.1. Estructura 6: Atomización de ingresos que superan el umbral de 2,500 UIT	78
4.3.2. Estructura 7: Endeudamiento <i>back to back</i> a través del mercado de capitales.....	81

4.3.3. Estructura 8: Elección del año para deducir gastos financieros mediante el inciso a.4) del artículo 37° de la LIR	83
4.4. Resultados generales.....	86
CONCLUSIONES	92
RECOMENDACIONES.....	94
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	96
ANEXOS.....	106
ANEXO 1: Las 15 acciones del Plan BEPS.....	106
ANEXO 2: Solicitud de Acceso a la Información Pública a SUNAT	107
ANEXO 3: Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424	108



ÍNDICE DE TABLAS

<i>Tabla 1.</i> Clases de subcapitalización, enfoque mercantil	19
<i>Tabla 2.</i> Clases de subcapitalización, enfoque jurídico-tributario	20
<i>Tabla 3.</i> Ejemplo aplicativo de los límites a la deducción de intereses .	27
<i>Tabla 4.</i> Población y muestra de la presente investigación	49
<i>Tabla 5.</i> Instrumento para medir la eficacia de la nueva NAE	56
<i>Tabla 6.</i> Elementos esenciales de la estructura 1	59
<i>Tabla 7.</i> Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 1	59
<i>Tabla 8.</i> Elementos esenciales de la estructura 2	61
<i>Tabla 9.</i> Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 2	62
<i>Tabla 10.</i> Elementos esenciales de la estructura 3A.....	65
<i>Tabla 11.</i> Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 3A	65
<i>Tabla 12.</i> Elementos esenciales de la estructura 3B.....	67
<i>Tabla 13.</i> Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 3B	67
<i>Tabla 14.</i> Elementos esenciales de la estructura 3C	69
<i>Tabla 15.</i> Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 3C.....	70
<i>Tabla 16.</i> Elementos esenciales de la estructura 4	73
<i>Tabla 17.</i> Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 4	73
<i>Tabla 18.</i> Elementos esenciales de la estructura 5	76
<i>Tabla 19.</i> Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 5	77
<i>Tabla 20.</i> Elementos esenciales de la estructura 6	79
<i>Tabla 21.</i> Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 6	79
<i>Tabla 22.</i> Elementos esenciales de la estructura 7	82
<i>Tabla 23.</i> Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 7	82
<i>Tabla 24.</i> Elementos esenciales de la estructura 8	84
<i>Tabla 25.</i> Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 8	85
<i>Tabla 26.</i> Resultados generales de la eficacia de la nueva NAE	86

ÍNDICE DE FIGURAS

<i>Figura 1.</i> Ingresos Tributarios del Gobierno Central en total, por Impuesto a la Renta y por Impuesto a la Renta de tercera categoría, del año 2015 al 2019 (millones de soles).....	8
<i>Figura 2.</i> Incumplimiento tributario del Impuesto a la Renta 2015-2019 (millones de soles y porcentajes de recaudación total potencial)	9
<i>Figura 3.</i> Gastos financieros declarados, según categoría de contribuyente, del año 2016 al 2019 (millones de soles)	10
<i>Figura 4.</i> Clasificación tripartita del tributo.....	16
<i>Figura 5.</i> Límites de la planificación tributaria agresiva	35
<i>Figura 6.</i> Recomendaciones de la Acción 4 del Plan BEPS	41
<i>Figura 7.</i> Stakeholders de una empresa.....	42
<i>Figura 8.</i> Detalle de una estructura elusiva para hacer frente a los indicadores de eficacia de la nueva NAE.....	57
<i>Figura 9.</i> Dinámica de la estructura 1	59
<i>Figura 10.</i> Dinámica de la estructura 2	61
<i>Figura 11.</i> Dinámica de la estructura 3A.....	64
<i>Figura 12.</i> Dinámica de la estructura 3B.....	67
<i>Figura 13.</i> Dinámica de la estructura 3C	69
<i>Figura 14.</i> Dinámica de la estructura 4	72
<i>Figura 15.</i> Dinámica de la estructura 5	76
<i>Figura 16.</i> Dinámica de la estructura 6	79
<i>Figura 17.</i> Dinámica de la estructura 7	81
<i>Figura 18.</i> Dinámica de la estructura 8	84

ÍNDICE DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

APP	Asociaciones Público - Privadas
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
BIAC	<i>Business and Industry Advisory Committee</i>
EBITDA	<i>Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization</i>
LIR	Ley del Impuesto a la Renta
MEF	Ministerio de Economía y Finanzas
NAE	Norma Antielusiva Específica
NAG	Norma Antielusiva General
NIC	Norma Internacional de Contabilidad
NIIF	Norma Internacional de Información Financiera
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OPP	Oferta Pública Primaria
PBI	Producto Bruto Interno
PRICOS	Principales contribuyentes
SUNAT	Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria
UIT	Unidad Impositiva Tributaria

INTRODUCCIÓN

Ante la necesidad de recursos ocasionada por la crisis financiera global del año 2008, las principales potencias del mundo centraron su atención en el combate a la planificación tributaria agresiva y la elusión tributaria, que, mediante la aplicación de estructuras elusivas, lograban erosionar la base imponible del Impuesto a la Renta y trasladar beneficios, conocido como fenómeno BEPS. Con el apoyo de los países que forman el G-20, fue la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) el organismo que encabezó esta tarea, cuyo principal aporte fue el Plan BEPS y sus 15 acciones, cada una con recomendaciones en diversos ámbitos para evitar la aplicación de estructuras elusivas especialmente por parte de grupos multinacionales (Ferrerías y Serrano 2016: 371 y 372).

Para enfrentar el impacto de las estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros para lograr el fenómeno BEPS, el Plan BEPS propuso recomendaciones contenidas en la Acción 4, denominada “Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros”. En el 2018, nuestro país acoge algunas de estas recomendaciones al modificar el texto de la norma antielusiva específica contenida en el inciso a) del artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta (nueva NAE), ante la evidencia de que el texto anterior era ineficaz frente a este tipo de estructuras.

La finalidad de esta nueva NAE, vigente desde enero de 2021, es “evitar que se erosione la base imponible del impuesto y se trasladen beneficios mediante el pago de intereses” (Poder Ejecutivo 2018b: 50). No obstante, es complicado que un país, por sí solo, logre luchar eficazmente contra estas prácticas elusivas (OCDE 2013: 54). Incluso si el Plan BEPS llegase a armonizar la mayoría de las legislaciones tributarias del mundo, se tendrán sistemas mejores preparados para enfrentar retos identificados hoy, pero igualmente expuestos a ofrecer oportunidades de planificación agresiva (Ramos 2015: 386).

Por lo señalado, el objetivo de la presente investigación es evaluar la eficacia de la nueva NAE, vigente desde enero de 2021, para evitar la aplicación de estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros con el fin de lograr el fenómeno BEPS.

El Capítulo I del presente trabajo contiene el planteamiento del problema donde se contextualiza la presente investigación, sus objetivos y la justificación en cuanto a la relevancia del tema, los motivos para realizar la investigación, y los aportes de esta.

El Capítulo II muestra el antecedente de investigación realizada respecto de la nueva NAE, y se establecen las bases teóricas con los principales conceptos que se deben tener claros para una mejor lectura del presente trabajo, como el tratamiento tributario de los gastos financieros en el Perú, la elusión tributaria, la creación de valor compartido, entre otros.

El Capítulo III contiene la metodología de la presente investigación, donde se define el enfoque, los alcances, el diseño, la población, la muestra y los instrumentos para llevar a cabo la investigación.

El capítulo IV contiene el desarrollo de la investigación, donde se detallan los resultados de la aplicación de las estructuras elusivas seleccionadas frente a los indicadores de eficacia de la nueva NAE. También se analizan e interpretan los resultados por cada estructura y de forma general.

Por último, se dan a conocer nuestras conclusiones y recomendaciones de la presente investigación.

CAPÍTULO I: DIAGNÓSTICO SITUACIONAL

1.1. Planteamiento del problema

A raíz de la crisis financiera mundial del año 2008, se hizo necesario atender la sensación de injusticia en la distribución de la carga tributaria mundial. La realidad era que la carga tributaria de grupos multinacionales era reducida en comparación con rentas de capital y trabajo de las clases medias, quienes no eran capaces de trasladar sus rentas, soportando una presión mayor. La atención se centró en la planificación tributaria agresiva internacional, fuertemente practicada por grupos multinacionales, que son los agentes básicos de la globalización (Carbajo 2016: 1700).

Con la globalización se originaron fenómenos que vienen corroyendo los cimientos de regímenes tributarios, alterando conceptos como jurisdicción tributaria y localización de riqueza, dificultando el control de las autoridades tributarias, fomentando la evasión tributaria, probando la capacidad de evitar la planificación tributaria agresiva de grupos multinacionales, entre otros (Duran Rojo, citado en Alva 2018: 121). Esto cambió el principio que guiaba las actuaciones en materia de fiscalidad internacional, pues la doble imposición pasó a un segundo plano, siendo el nuevo foco de atención la lucha contra el fraude y la elusión tributaria (Ferrerías y Serrano 2016: 371).

La preocupación por la recaudación perdida a causa de la elusión tributaria en grupos multinacionales alcanzó relevancia global durante la década pasada debido a que las principales potencias mundiales urgieron de recursos luego de la citada crisis financiera. Orientaron esfuerzos hacia un reparto de la carga fiscal más justo que derive en mayor recaudación del Impuesto a la Renta, en especial, de grupos multinacionales que erosionan la base imponible de dicho impuesto y trasladan beneficios a regímenes o países de menor o nula carga fiscal (*Base Erosion and Profit Shifting*, conocido como fenómeno BEPS, por sus siglas en inglés). Esto último lo consiguen mediante la aplicación de estructuras elusivas contenidas en sus planificaciones tributarias agresivas (Ferrerías y Serrano 2016: 371 y 372).

Ante este nuevo enfoque fiscal crece el protagonismo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que, en febrero de 2013, publicó su informe “Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios”¹. El objetivo del informe es combatir el fenómeno BEPS logrado mediante la aplicación de estructuras o fórmulas modernas de elusión tributaria, implementadas por grupos multinacionales (Carbajo 2016: 1708).

Luego, la OCDE publicó su “Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios”², conocido como Plan BEPS, donde estableció 15 acciones para combatir el fenómeno BEPS, las cuales se detallan en el Anexo 1. La aspiración del plan es ser la base de la regulación tributaria mundial en materia de planificación tributaria agresiva, o, al menos, servir de directriz orientadora para interpretar los preceptos de esta materia, convirtiéndose en una especie de régimen internacional con medidas contra la elusión tributaria (Collado y Patón 2016: 102)³.

La OCDE identificó, entre otras, estructuras elusivas derivadas de la preferencia fiscal por las deudas sobre los aportes o fondos propios, o de intentos por caracterizar determinados pagos como intereses deducibles en el país del deudor y, a la vez, como dividendos en el país del acreedor, en ambos casos, alentados por regímenes fiscales distintos que aceptan la deducción de la rentabilidad de deudas, pero no la de fondos propios (2013: 44). Este organismo también señala que una manera simple y directa de

¹ El primer informe de la OCDE sobre el fenómeno BEPS se publicó el 12 de febrero de 2013 bajo el título “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”. El 16 de julio de 2013 se publica la versión en español, denominada “Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios”, disponible en: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264201224-es>

² El primer documento se publicó el 19 de julio de 2013 bajo el título “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*”. El 9 de enero de 2014 se publica la versión en español, denominada “Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios”, disponible en: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es>

³ Debemos mencionar que el sector empresarial hizo notar sus críticas hacia el Plan BEPS a través del Comité Asesor de la Industria y Negocios o BIAC (por sus siglas en inglés), siendo las principales observaciones la falta de claridad al definir el abuso que se pretende atacar, la dificultad para implementar y cumplir las recomendaciones, y el desaliento a las operaciones entre empresas vinculadas. El informe completo, denominado “*BEPS Position Paper*”, se publicó el 9 de junio de 2015, y está disponible en:

<http://biac.org/wp-content/uploads/2015/06/2015-06-BEPS-Position-Paper1.pdf>

lograr ahorro fiscal en un grupo empresarial, es trasladar deuda a empresas con carga tributaria elevada mediante mecanismos internos (2013: 52).

La respuesta ante este tipo de estructuras elusivas fue la Acción 4 del Plan BEPS, denominada “Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros”⁴, que contiene las recomendaciones que pretenden aliviar las preocupaciones por la excesiva deducción de gastos financieros para evitar el fenómeno BEPS mediante el aprovechamiento de este tipo de gastos.

En nuestro país, la deducción de gastos financieros en la determinación del Impuesto a la Renta de tercera categoría se regula en el inciso a) del artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta (LIR). Desde el 2000 hasta el 2018, esta norma antielusiva específica (NAE) buscó combatir la elusión tributaria por subcapitalización o *thin capitalization*⁵, mediante la restricción de la deducción de gastos financieros derivados de endeudamientos entre empresas vinculadas que exceden los límites razonables de mercado⁶ (Villanueva 2014: 441).

Al estar tantos años sin cambios, la norma se hizo ineficaz frente a la evidencia de nuevas y complejas estructuras elusivas que surgieron por la evolución global empresarial. Por ello, el Perú acoge las recomendaciones de la Acción 4 del Plan BEPS, modificando el inciso a) del artículo 37° de la LIR mediante el Decreto Legislativo 1424⁷, estableciendo una nueva NAE que haga frente a las estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros para lograr el fenómeno BEPS.

⁴ El Reporte Final de la Acción 4 se publicó el 5 de octubre de 2015 en inglés, coreano, alemán y francés. Está disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264241176-en>. Luego se publicaron resúmenes en español del Reporte Final de las acciones del Plan BEPS, y está disponible en: <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf>

⁵ La NAE anti-subcapitalización se introdujo en la LIR el 18 de octubre de 2000 con la Ley 27356 (Congreso de la República, 2000b). Según el “Dictamen de la Comisión de Economía” que analizó el Proyecto de Ley 357/2000-CR, que derivó en esta Ley, la subcapitalización de empresas peruanas (niveles excesivos de deuda entre empresas vinculadas) era un problema de elusión tributaria.

⁶ El otro sistema para regular la subcapitalización es la recalificación del interés como dividendo, lo cual no ocurre en el ordenamiento peruano.

⁷ La exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424 (Poder Ejecutivo, 2018b) se refiere a la Acción 4 y cuantifica la ineficacia de la NAE anterior.

Según la exposición de motivos del aludido decreto, la nueva NAE ha sido incorporada de forma progresiva. Durante los años 2019 y 2020 se mantuvo una regulación similar a la norma anterior para que las empresas realicen los ajustes financieros necesarios para adaptarse a la nueva NAE (Poder Ejecutivo 2018: 54). Desde enero de 2021 está vigente esta nueva norma, la que encuentra concordancia con la Acción 4 del Plan BEPS⁸.

En el citado documento consta que la finalidad de la nueva NAE es evitar estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros para lograr el fenómeno BEPS: “A fin de evitar que se erosione la base imponible del impuesto y se trasladen beneficios mediante el pago de intereses, se propone modificar el inciso a) del artículo 37 de la LIR de manera gradual [...]”⁹ (Poder Ejecutivo 2018b: 50).

Sin embargo, la OCDE ya ha concluido que las prácticas de erosión de la base imponible y traslado de beneficios (fenómeno BEPS) aprovechan diversas características de los muchos ordenamientos en el mundo, por lo que resulta complicado que un país, por sí solo, pueda luchar eficazmente contra estas prácticas elusivas (2013: 54). Ramos ahonda en ello, pues considera que incluso si el Plan BEPS llegase a armonizar la mayoría de las legislaciones tributarias, “el resultado será un sistema global tributario mejor preparado para enfrentar los retos que hoy hemos identificado, pero igualmente expuesto a ofrecer oportunidades de planeamiento agresivo [...] en tanto subsistirán lagunas, fricciones y deficiencias entre las novísimas legislaciones, todas optimizadas, pero de diferente manera” (2015: 386). Es decir, siempre existirán posibilidades de generar y aplicar estructuras elusivas, cada vez más complejas y sofisticadas.

⁸ El 15 de diciembre de 2020, el Poder Ejecutivo presentó el Proyecto de Ley 6810/2020-PE ante el Congreso de la República, mediante el cual buscó postergar la vigencia de la nueva NAE a partir del 01 de enero de 2023, en un intento por aliviar las consecuencias económicas ocasionadas por la pandemia mundial ocasionada por el coronavirus SARS-CoV-2 durante el 2020. El Congreso de la República rechazó el proyecto. Disponible en: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL06810-20201215.pdf

⁹ La confianza del legislador en esta nueva NAE se reflejó en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424, específicamente en la proyección de S/ 3,988 millones como recaudación adicional del año 2021 por Impuesto a la Renta (2018: 54, cuadro 3).

En ese sentido, puesto que el legislador peruano mostró convencimiento en que la nueva NAE, vigente desde enero de 2021, evita la aplicación de estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros para lograr el fenómeno BEPS, el presente trabajo de investigación tiene como propósito evaluar la eficacia de la nueva NAE para evitar estructuras elusivas de este tipo.

1.2. Objetivos de la investigación

1.2.1. Objetivo General

Evaluar la eficacia de la norma antielusiva específica del inciso a) del artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta, vigente desde enero de 2021, para evitar estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros y que tienen como objetivo la erosión de la base imponible del impuesto y el traslado de beneficios.

1.2.2. Objetivos Específicos

- Analizar la norma antielusiva específica del inciso a) del artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta, vigente desde enero de 2021, a fin de determinar sus indicadores de eficacia.
- Conocer las estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros en la erosión de la base imponible del Impuesto a la Renta y el traslado de beneficios.

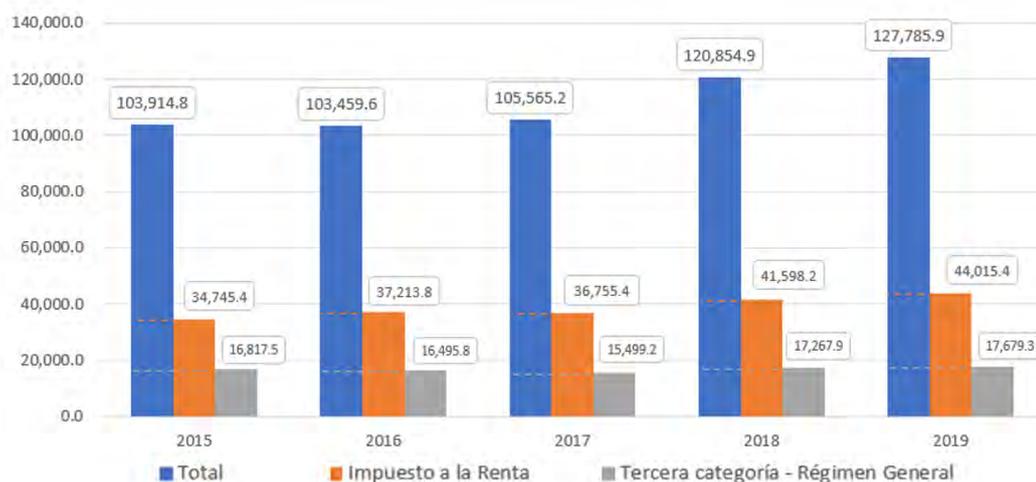
1.3. Justificación de la investigación

1.3.1. Relevancia del tema de investigación

La nueva NAE materia de análisis, vigente desde enero de 2021, establece nuevos límites a la deducción de gastos financieros en la determinación del Impuesto a la Renta de tercera categoría. Este impuesto es una de las principales fuentes de ingresos del fisco peruano, siendo que, durante el lapso dado entre el 2015-2019, tuvo un aporte promedio de 15% al total de ingresos del Gobierno central. Según se observa en la Figura 1,

en el año 2019, de los ingresos totales por S/ 127,786 millones, S/ 44,015 millones corresponden al Impuesto a la Renta.

Figura 1. Ingresos Tributarios del Gobierno Central en total, por Impuesto a la Renta y por Impuesto a la Renta de tercera categoría, del año 2015 al 2019 (millones de soles)



Nota: Elaboración propia en base a la información estadística de la SUNAT en <http://www.sunat.gob.pe/estadisticasestudios/informa-tributa.html>.

El lado opuesto al Impuesto a la Renta recaudado es el que no se pudo recaudar por diversos motivos, entre los que está el fenómeno BEPS. Las estructuras elusivas erosionan la base imponible del Impuesto a la Renta, generando pérdidas en la recaudación de dicho tributo. A nivel global, el costo total de la elusión tributaria, según trabajos hechos en los años 2013 al 2015 por la OCDE (2019a), estuvo entre US\$ 100 y US\$ 240 mil millones, equivalentes al 4-10% de los ingresos globales por Impuesto a la Renta.

En nuestro país, los métodos de estimación empleados por organismos públicos no permiten distinguir el Impuesto a la Renta no recaudado por la elusión tributaria, sino que se incluye dentro del incumplimiento tributario en general, el mismo que corresponde a la diferencia entre la recaudación potencial del impuesto y la recaudación efectiva (SUNAT 2018: 12). Vemos en la Figura 2 que, en el año 2019, el incumplimiento por Impuesto a la Renta fue S/ 32,600 millones, que equivalen al 49.5% de la recaudación potencial total de dicho año.

Figura 2. Incumplimiento tributario del Impuesto a la Renta 2015-2019 (millones de soles y porcentajes de recaudación total potencial)



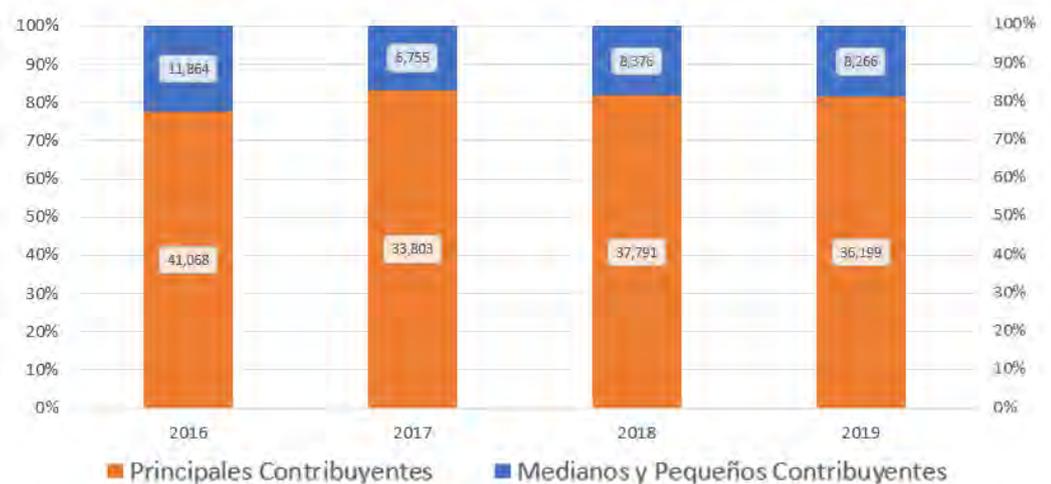
Nota: Elaboración propia en base a datos extraídos del Informe 38-2018-SUNAT/1V3000 (SUNAT 2018: 19, cuadro 3) y del Marco Macroeconómico Multianual 2021-2014 (MEF 2020: 114 y 176).

El Producto Bruto Interno (PBI) peruano del año 2019 fue de S/ 770,000 millones (MEF 2020: 213, cuadro 1), por lo tanto, el Impuesto a la Renta no recaudado en dicho año por S/ 32,600 millones equivale al 4.2% del PBI. Para comprender mejor el impacto del incumplimiento tributario, según el Presupuesto Público para el año 2021, se asignaron S/ 33,132 millones al sector educación, siendo el sector con mayor presupuesto asignado para este año (Congreso de la República 2020: Anexo 3). Es decir, el monto no recaudado por incumplimiento del Impuesto a la Renta en el año 2019 solventaría casi todo el presupuesto del sector educación en el año 2021.

El costo de la elusión tributaria se incluye en el incumplimiento tributario del Impuesto a la Renta (SUNAT 2018: 12). Este costo se genera, entre otros, por estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros, y que la Acción 4 del Plan BEPS y la nueva NAE, vigente desde enero de 2021, pretenden evitar su aplicación, principalmente, por parte de empresas de grupos multinacionales con ingresos concentrados en los umbrales más altos. En el Perú, los gastos financieros deducidos de la base imponible del Impuesto a la Renta de tercera categoría se consignan en la casilla 472 de la declaración jurada anual de dicho impuesto. Según la

Figura 3, los gastos financieros declarados en el año 2019 fueron S/ 44,465 millones, siendo que los principales contribuyentes (PRICOS) declararon el 81.4% del total, equivalentes a S/ 36,199 millones.

Figura 3. Gastos financieros declarados, según categoría de contribuyente, del año 2016 al 2019 (millones de soles)



Nota: Elaboración propia en base a la información entregada por la SUNAT en respuesta a la solicitud con “Formulario 5030 – Solicitud de Acceso a la Información Pública” realizada por los autores el 27 de noviembre de 2020.

Con la nueva NAE, el gobierno estimó, antes de la crisis por la pandemia del coronavirus, que en el año 2021 se daría una recaudación adicional de Impuesto a la Renta de S/ 3,988 millones por gastos financieros no deducibles (Poder Ejecutivo 2018b: 54, cuadro 3). Luego, según la exposición de motivos del Proyecto de Ley 6810/2020-PE, se actualizó la proyección de recaudación adicional de Impuesto a la Renta por S/ 651 millones¹⁰ (Poder Ejecutivo 2020: 9).

Por último, las empresas que aplican estructuras elusivas buscan reducir al mínimo su carga fiscal porque ven a la tributación como una merma de sus utilidades. Sin embargo, la OCDE advierte que una postura tributaria agresiva no aumenta el valor del accionista inmediatamente, pero sí crece

¹⁰ La proyección consta en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 6810/2020-PE, el mismo que intentó flexibilizar los límites de la nueva NAE ante el impacto económico de la pandemia. La proyección consideró un ajuste de S/ 832 millones por Impuesto a la Renta e IGV en el 2021. No obstante, hemos calculado los S/ 651 millones solo de Impuesto a la Renta aplicando la tasa de dicho impuesto de 29.5% a los S/ 2,209 millones.

el riesgo de perjudicar la reputación de la empresa si la planificación tributaria agresiva adquiere notoriedad por controversias con la autoridad tributaria (2013: 37), por lo que el fracaso en un litigio fiscal de este tipo perjudicaría los intereses de los accionistas.

Cambiar el paradigma y tratar a la tributación como una oportunidad, alejada del fenómeno BEPS, es adaptarse a la tendencia internacional empresarial reciente orientada a una mayor responsabilidad corporativa, donde la gestión de la empresa se dialoga con los *stakeholders*, o grupos de interés, por lo que cualquier planificación tributaria compatible con esta nueva teoría administrativa solo puede ser lícita (Vallejo y Gutiérrez 2016: 1190)¹¹. Esto aumenta, además, la creación de valor compartido.

1.3.2. Razones para realizar la presente investigación

El principal motivo para evaluar la eficacia de la nueva NAE, vigente desde enero de 2021, para evitar el uso de estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros y lograr el fenómeno BEPS, es que el legislador peruano se mostró convencido de que la norma evita todo tipo de erosión de la base imponible del Impuesto a la Renta de tercera categoría por este método. Esto nos permite analizar el texto de la norma y validar si, en efecto, ninguna estructura elusiva lograría su objetivo.

La siguiente razón es que la nueva NAE sigue las recomendaciones de la Acción 4 del Plan BEPS, lo que nos permite explorar los trabajos de la OCDE en su lucha contra el fenómeno BEPS generado, en específico, por estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros.

Precisamente, estas estructuras son otra razón de nuestro análisis, pues la nueva NAE pretende evitarlas por completo, lo que nos permite identificar y conocer estructuras elusivas existentes a nivel nacional o internacional,

¹¹ Consideramos relevante recalcar lo explicado por Vallejo y Gutiérrez, en cuanto a que si bien el propósito de una empresa es maximizar los beneficios para sus accionistas, también es legítimo reclamarle corrección, transparencia, integridad y ejercicio apropiado de sus privilegios en el mercado respecto a los que tengan un interés legítimo en dicha empresa (2016:1190).

así como formular nuestras propias estructuras, basándonos en nuestros conocimientos en el ámbito jurídico-tributario.

Otra razón para realizar el presente trabajo de investigación es contribuir a la lucha contra el fenómeno BEPS, no solo desde un ataque frontal donde la normativa no permita la aplicación de estructuras elusivas, sino también desde una óptica orientada hacia la creación de valor compartido, lo que puede desalentar la agresividad tributaria de las empresas.

1.3.3. Aportes de la presente investigación

Nuestro análisis evidencia que la nueva NAE, vigente desde enero de 2021, no evita la aplicación de estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros para erosionar la base imponible del Impuesto a la Renta y trasladar beneficios, esto es, el fenómeno BEPS. En ese sentido, la presente investigación puede ser de utilidad para diversos actores del entorno jurídico-tributario peruano:

- El legislador peruano podría modificar el texto de la nueva NAE y su reglamentación, orientando dicha regulación de mejor manera hacia la lucha contra estructuras elusivas y el fenómeno BEPS, lo que implica una constante actualización de la norma acorde con la evolución empresarial y la aparición de nuevas estructuras¹².
- El legislador peruano podría reconsiderar las proyecciones realizadas por recaudación adicional de Impuesto a la Renta de tercera categoría por la aplicación de la nueva NAE, a efectos de modular sus expectativas considerando que no será posible evitar la aplicación de estructuras elusivas y el fenómeno BEPS.
- Se evidenciaría que, al no ser eficaz, el efecto de la nueva NAE sobre las proyecciones actuales sería parcial, lo que implicaría que la parte no correspondiente a estructuras elusivas estaría originada en gastos financieros que no debían agregarse a la base imponible

¹² La OCDE ya advirtió que, en la práctica, existen estructuras con la finalidad de eludir la aplicación de las propias normas antielusivas, difieren en función a las normas que transgreden, y evolucionan con el transcurso del tiempo (2013: 52).

del Impuesto a la Renta, afectando empresas que ya sufren los estragos económicos ocasionados por la pandemia del coronavirus.

- El análisis de la eficacia de la nueva NAE para evitar el fenómeno BEPS y la información expuesta sobre el impacto del incumplimiento tributario en el Perú¹³, desalentaría la aplicación de estructuras elusivas, minimizando el riesgo reputacional de las empresas e incrementando su moral fiscal, esto es, elaborar planificaciones tributarias acordes con la creación de valor compartido en beneficio de los *stakeholders* de la empresa.



¹³ El incumplimiento tributario por Impuesto a la Renta del año 2019 fue equivalente al 4.2% del PBI de dicho año. De haberse logrado dicha recaudación, la presión tributaria en el Perú habría aumentado de 16.9% a 21.1% del PBI (MEF 2020: 9). Sin embargo, aún así, solo igualaríamos la presión tributaria del año 2018 de Chile y estaríamos por debajo del promedio de América Latina de 23.1% y otros países de la región del citado año: Bolivia 25.4%, Argentina 28.8%, Uruguay 29.2%, Brasil 33.1% (OCDE 2020: 31, figura 1.1).

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

El antecedente más relevante es la tesis realizada para optar el grado de Magister en Investigación Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú denominada “¿Debe mantenerse la norma de subcapitalización en la Ley del Impuesto a la Renta peruana?” de Dunin Borkowski (2019).

El objetivo principal de la referida investigación fue analizar si debe mantenerse en el ordenamiento jurídico tributario peruano la NAE del inciso a) del artículo 37° de la LIR o si, por el contrario, son suficientes para combatir la subcapitalización las normas de valor de mercado y de precios de transferencia contenidas en la citada ley y/o la norma antielusiva general contenida en la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario (Dunin Borkowski 2019: 6).

Se concluye que sí debe mantenerse la NAE de tipo subcapitalización, pues si bien la norma se orienta a un contexto internacional y de grandes empresas, lo cual no es muy usual en el Perú, ofrece, a las empresas que podrían estar interesados en erosionar la base imponible y el traslado de beneficios vía deducción excesiva de intereses, una directriz sobre la situación de la subcapitalización, para que estén advertidos y no incurran en la referida figura elusiva. Se agrega que, si bien las normas de precios de transferencia son un método para combatir la subcapitalización, no es el idóneo, menos para el Perú, donde se constató que los contribuyentes suelen disfrazar préstamos con vinculados a través de la introducción de un no vinculado (Dunin Borkowski 2019: 165).

Se plantea una propuesta legislativa para los años 2020 y 2021, la cual incluye ciertos cambios respecto del texto del Decreto Legislativo 1424, de los cuales resaltan la posibilidad de probanza por parte del contribuyente de demostrar que sus endeudamientos se han pactado a valor de mercado, a fin de que los intereses sean deducibles, así como que los intereses que no hubieran podido ser deducidos en el ejercicio anterior por exceder el

límite establecido, puedan ser adicionados en los ejercicios posteriores, de forma ilimitada, entre otros cambios (Dunin Borkowski 2019: 165).

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. Producto Bruto Interno

“El PBI es el valor monetario de los bienes y servicios finales producidos por una economía en un periodo determinado. Producto se refiere a valor agregado; interno [...] a que es la producción dentro de las fronteras de una economía; y bruto [...] a que no se contabilizan la variación de inventarios ni las depreciaciones o apreciaciones de capital” (MEF, 2021).

2.2.2. Presión Tributaria

“Es un indicador cuantitativo que relaciona los ingresos tributarios de una economía y el Producto Bruto Interno (PBI). También se le denomina presión fiscal. Se calcula dividiendo los ingresos recaudados entre el PBI, que es el valor monetario de los bienes y servicios finales producidos por un país en un periodo determinado [...] es muy útil para comparar el esfuerzo fiscal de la sociedad de un país respecto de otros” (SUNAT, 2020a).

2.2.3. Tributo

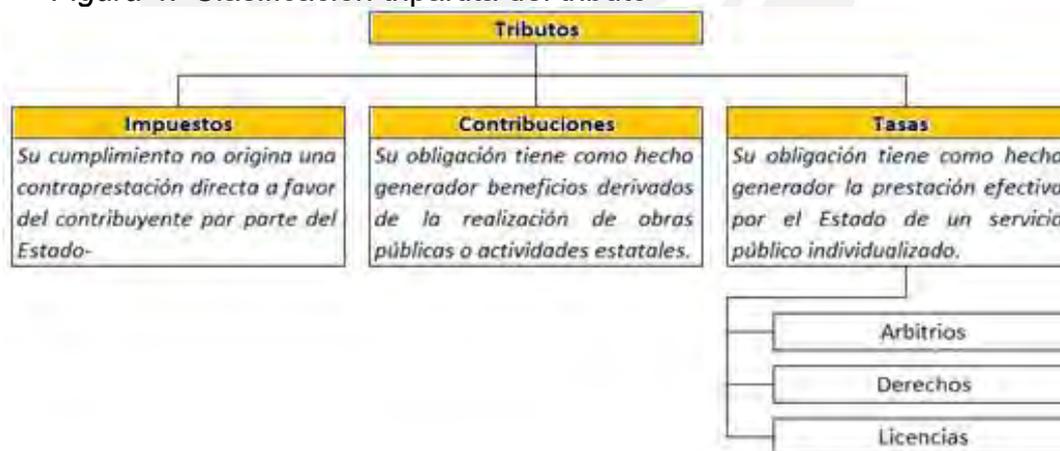
Este concepto no está definido en la legislación peruana, y para Sotelo y Vargas, no contar con una definición de tributo atenta contra la seguridad jurídica, pues recurrir a definiciones doctrinales muchas veces genera confusión a pesar de ser, hasta cierto punto, homogéneas (1998: 284). Sin embargo, según Medrano, la evidente intención del legislador fue dejar que la jurisprudencia, apelando a la doctrina, se pronuncie en los casos concretos que pudieran presentarse (1990: 38). Ruiz de Castilla y Robles agregan que no existe una versión universal y perfecta del tributo, más bien, cada aproximación conceptual enfatiza algunos aspectos o puntos que caracterizan al tributo (2013: 272 y 273).

En la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional (2004) estableció los tres elementos esenciales del tributo: a) su creación por ley, b) la obligación pecuniaria basada en el *ius imperium* del Estado, y c) su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito. En la doctrina, Medrano también se refiere a las características del tributo: a) prestaciones, generalmente en dinero, b) establecidas por ley, c) no constituyen sanción, y d) deben efectuarlo las personas privadas a favor de entidades públicas (1990: 37).

Desde la perspectiva de las finanzas públicas, Ruiz de Castilla define al tributo como el mecanismo que provee de ingresos dinerarios coactivos al Estado, quien lo implanta por su decisión unilateral para ser pagado por empresas, instituciones privadas y ciudadanos (2018: 49). Bajo este punto de vista, el Tribunal Constitucional (2007) considera que la función principal del tributo es la “recaudadora”, entendida no como un fin en sí mismo, sino como un medio para financiar necesidades públicas, y, en algunos casos, cumple funciones extrafiscales como la lucha contra la evasión fiscal.

La clasificación de los tributos en el Perú se muestra en la Figura 4 a continuación:

Figura 4. Clasificación tripartita del tributo



Nota: Elaboración propia en base a la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario.

2.2.4. Impuesto a la Renta

Este impuesto es un tributo que se precipita directamente sobre la renta como manifestación de riqueza, es decir, grava el hecho de percibir o generar renta, la cual puede generarse de fuentes pasivas, como el capital, de fuentes activas, como el trabajo, o de fuentes mixtas, como la actividad empresarial o capital más trabajo (Bravo 2003: 63 y 64). Según el artículo 22° de la Ley del Impuesto a la Renta (LIR), las rentas de fuente peruana se clasifican en cinco categorías¹⁴:

- Primera: Rentas producidas por arrendamiento, subarrendamiento y cesión de bienes.
- Segunda: Rentas del capital no comprendidas en la primera categoría.
- Tercera: Rentas del comercio, la industria y otras expresamente consideradas por la LIR.
- Cuarta: Rentas del trabajo independiente
- Quinta: Rentas del trabajo dependiente, y otras rentas del trabajo independiente expresamente señaladas por la LIR.

Según el artículo 90° de la LIR, la administración del Impuesto a la Renta está a cargo de la SUNAT, como administración tributaria.

2.2.5. Impuesto a la Renta de tercera categoría

Corresponde a rentas empresariales generadas por la combinación del capital y trabajo como fuentes productoras, producidas anualmente¹⁵ por contribuyentes domiciliados¹⁶. El artículo 28° de la LIR detalla cuales son las rentas de tercera categoría. El impuesto se determina aplicando la tasa

¹⁴ Los artículos 9°, 10°, 11° y 12° de la LIR establecen las rentas de fuente peruana. Las rentas de fuente extranjera no quedan comprendidas en las cinco categorías.

¹⁵ El artículo 57° de la LIR establece que el ejercicio gravable comienza el 1 de enero de cada año y finaliza el 31 de diciembre. En su inciso a), agrega que las rentas de tercera categoría se consideran producidas en el ejercicio gravable en que devengan, en base a las reglas dictadas en dicho inciso.

¹⁶ Los artículos 14° y 15° de la LIR detalla quienes son contribuyentes hasta que se extingan. Los artículos 7° y 8° establecen cuando un contribuyente es domiciliado.

del 29.50% sobre la renta neta imponible, la que se obtiene al deducir de los ingresos afectos al impuesto, los costos y gastos necesarios para producir y mantener la fuente de la renta afecta a este impuesto¹⁷.

La determinación realizada es informada a la SUNAT a través de una declaración jurada anual, efectuándose el pago del saldo del impuesto, luego de compensar los pagos a cuenta mensuales efectuados, en la oportunidad de presentación de la citada declaración¹⁸.

2.2.6. Financiamiento de las empresas

Los requerimientos de fondos de una empresa se obtienen mediante la emisión y venta de nuevas acciones, mediante financiamiento externo, o ambas modalidades. Dicho de otro modo, venden parte de la empresa, toman prestado dinero, o ambas. La elección depende del tamaño de la empresa, de la etapa de su ciclo de vida y de sus perspectivas de crecimiento (Ross et al. 2018: 482).

La compensación del que invierte en las acciones son los dividendos (costo del accionista), y el rendimiento de la deuda con terceros son los intereses (costo de la deuda). El costo del accionista es mayor al costo de la deuda con terceros debido al menor riesgo asumido por los terceros y al hecho de que el inversionista puede, por sí mismo, directamente invertir en el mercado financiero. Por ende, si una empresa quiere atraer los fondos de inversionistas hacia sus nuevas acciones, debe ofrecer un rendimiento que, como mínimo, sea mejor que los ofrecidos en los mercados financieros (Ross et al. 2018: 435).

Se debe precisar que “el interés pagado [...] es deducible de impuestos pero no así los pagos a los accionistas, como los dividendos. En la práctica

¹⁷ La tasa del impuesto se establece en el artículo 55° de la LIR, y la determinación de la renta neta o base imponible resulta de la aplicación de diversos artículos de la citada ley, como el 20°, 37°, 44°, 50°, entre otros. Cabe aclarar que lo señalado corresponde al Régimen General, pues la base imponible y/o la tasa son distintas en otros regímenes.

¹⁸ Los artículos 59°, 61°, 88°, entre otros, del Código Tributario, así como el artículo 79° de la LIR, regulan los aspectos principales de la declaración jurada de tributos. Asimismo, el artículo 85° de la LIR prescribe la dinámica de los pagos a cuenta mensuales, mientras que el artículo 79° de la citada ley prescribe la oportunidad del pago del impuesto.

esto significa que el gobierno paga una parte del interés. Por tanto [...] se debe distinguir entre el costo de la deuda antes y después de impuestos” (Ross et al. 2018: 454 y 455). Por ende, como los estados absorben parte del costo de la deuda, al permitir su deducción, este costo es menor al pactado entre las partes.

2.2.7. Subcapitalización

La subcapitalización es un concepto relacionado con el endeudamiento de las empresas, y está delimitado por otros conceptos como la insolvencia, el balance negativo y la descapitalización¹⁹. Se define como cualquier desproporción constatable entre el capital social (responsabilidad legal o estatutaria) y el nivel de riesgo de la empresa para llevar a cabo su objeto social. La subcapitalización desplaza, de modo impropio, el riesgo empresarial hacia los acreedores, generando fallos de mercado imposibles de corregir a través de la negociación, haciendo legítima la intervención pública con una regulación específica que garantice que no exista el citado desplazamiento impropio de la responsabilidad hacia los acreedores (Gutiérrez 2016: 1419 y 1421).

Este fue un problema que inicialmente interesó a la doctrina mercantil, desde cuyo enfoque, la subcapitalización se clasifica en dos tipos, según se observa en la Tabla 1:

Tabla 1. Clases de subcapitalización, enfoque mercantil

Subcapitalización material	Subcapitalización nominal
No se suministran los fondos suficientes para el ejercicio de la empresa, produciendo escasez absoluta de capital (social y de terceros) para asumir los riesgos propios del objetivo social de la empresa.	Se suministran fondos necesarios para el desarrollo del objeto social de la empresa, cuya particularidad reside en el tratamiento jurídico del capital como préstamo. Así, se sustrae de la rígida regulación.

Nota: Elaboración propia en base a Gutiérrez (2016: 1421 y 1422)

¹⁹La insolvencia ocurre cuando la empresa no puede satisfacer sus obligaciones por no disponer de patrimonio suficiente. Balance negativo se refiere a situaciones donde el activo es menor al pasivo y patrimonio. Descapitalización es un escenario de empobrecimiento abundante de la empresa (Paz-Ares, Uria y Beltrán, citados en Gutiérrez 2016: 1419).

En el ámbito jurídico-tributario, la subcapitalización es una maniobra empresarial elusiva que, por motivos fiscales, busca reducir o minimizar la carga fiscal del grupo, para lo cual recurren a financiamiento con fondos ajenos para encubrir un auténtico aporte al capital social (García Herrera citado en Gutiérrez 2016: 1425). Les resulta más rentable que el gobierno asuma una parte del costo de la deuda al permitir su deducción, a tener que tributar sobre el costo del accionista que no es deducible fiscalmente. En este enfoque, la subcapitalización se da de dos formas, según se observa en la Tabla 2:

Tabla 2. Clases de subcapitalización, enfoque jurídico-tributario

Financiación híbrida (hybrid financing)	Capitalización débil o subcapitalización (thin capitalization)
El inversionista utiliza instrumentos financieros que, estando bajo la cobertura legal de un préstamo, incluye cláusulas por las que el inversor comparte, en mayor o menor medida, el riesgo de la inversión.	La proporción de recursos propios y ajenos, procedentes directa o indirectamente de empresas del grupo, supera la proporción que podría considerarse normal en una situación de libre competencia.

Nota: Elaboración propia en base a Rey y Collado (citados en Gutiérrez 2016: 1425)

En nuestro país, según la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424, el legislador peruano identificó que, en el lapso dado entre el 2012-2016, empresas muy endeudadas o sin patrimonio evidenciaron un aumento importante solo de las cuentas por cobrar sin haber incrementado sus activos fijos de forma significativa, aumentando la posibilidad de erosión de la base imponible del Impuesto a la Renta (Poder Ejecutivo 2018b: 49 y gráfico 2). Estos problemas recaudatorios generados, entre otros, por la subcapitalización, originaron la Acción 4 del Plan BEPS que luego fue referencia para modificar el inciso a) del artículo 37° de la LIR.

Por último, cabe recalcar que las normas de precios de transferencia son indiferentes ante este problema, pues aquellas son aplicables en otros problemas de orden fiscal, como los préstamos intragrupo con intereses

excesivos, muy bajos o sin remuneración (Sanz Gadea, Rey y Collado y Calderón Carrero citados en Gutiérrez 2016: 1426).

2.2.8. Tratamiento tributario de los gastos financieros

Los gastos financieros constituyen uno de los tantos conceptos que se deducen de los ingresos afectos al Impuesto a la Renta de tercera categoría en la determinación de la renta neta imponible o base imponible del citado impuesto. Estos gastos provienen de deudas con terceros, por lo que son principalmente intereses, y en menor medida son comisiones y otros conceptos similares. La deducción de gastos financieros se regula en el inciso a) del artículo 37° de la LIR.

a) Definición de deuda

La LIR no define lo que debe entenderse por deuda para los fines del inciso a) del artículo 37°, esta norma solo señala que los gastos financieros se originan por la constitución, renovación o cancelación de deudas²⁰. El artículo 1648° del Código Civil ofrece una definición legal que se aproxima al concepto de deuda, al indicar que, por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad.

De otras disposiciones legales, pronunciamientos de la SUNAT y jurisprudencia tributaria en nuestro país, los siguientes son ejemplos de deuda que origina gastos financieros:

- Préstamos de dinero en efectivo entregado por personas naturales o jurídicas, domiciliadas o no.
- Créditos directos, con o sin garantía, sobregiros bancarios, descuento de letras de cambio o pagarés, préstamos

²⁰ El artículo 15° del Reglamento de la LIR define lo que debe entenderse por préstamos en efectivo, que es un tipo de deuda. No obstante, esta definición es aplicable solo en los casos de presunción de intereses según el artículo 26° de la LIR.

hipotecarios, entre otras operaciones y servicios que las empresas del sistema financiero están autorizadas a prestar, según el artículo 221° de la Ley 26702 (Congreso de la República, 1996).

- Obligaciones que reconozcan o creen deuda a favor de sus titulares, emitidas por empresas al amparo de la Sección Primera del Libro Cuarto de la Ley 26887 (Congreso de la República, 1997).
- Títulos valores que representen pago de sumas en dinero cuya regulación o naturaleza permiten acordar intereses compensatorios, reajustes u otra clase de contraprestaciones que rigen entre su emisión y vencimiento, en atención al artículo 51° de la Ley 27287 (Congreso de la República, 2000a).
- Transferencias de créditos a través de factoring, descuento u otros, en las que el adquirente de los instrumentos con contenido crediticio no asume el riesgo crediticio del deudor, según la segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo 219-2007-EF.

b) Definición de intereses

Al igual que en el caso de la deuda, los intereses no cuentan con una definición para los fines del inciso a) del artículo 37° de la LIR²¹. No obstante, este concepto ha tenido mayor desarrollo en el entorno jurídico-tributario de nuestro país. Por ejemplo, para el artículo 1242° del Código Civil, el interés compensatorio es la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien, a diferencia del interés moratorio, que tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

²¹ El artículo 26° de la LIR, para los casos de presunción de intereses, señala que, en todo caso, se considera interés a la diferencia entre la cantidad que recibe el deudor y la mayor suma que devuelva, en tanto no se acredite lo contrario.

En la doctrina no hay uniformidad con relación a la definición legal de intereses. Así, se considera interés al precio por el uso del dinero, al precio por la renta de un capital, la recompensa por el uso del capital de un tercero, a toda clase de contraprestaciones referidas al capital y al fruto civil del capital (Gotlib citado en Esquivés 2012: 80).

Para la SUNAT, los intereses que deben ceñirse a lo dispuesto en el inciso a) del artículo 37° de la LIR, son toda contraprestación por la utilización de cierta suma de dinero durante un determinado tiempo (2007). También considera que los intereses compensatorios generados en el mutuo dinerario constituyen la contraprestación por el servicio de crédito prestado por el mutuante (2013: 3).

A nivel regional, según el inciso l) del artículo 2 de la Decisión 578 de la Comunidad Andina de Naciones (2004), los intereses son rendimientos de cualquier naturaleza, incluidos los rendimientos financieros de créditos, depósitos y captaciones hechas por entidades financieras privadas, con o sin garantía hipotecaria, o cláusula de participación en los beneficios del deudor. También se considera intereses a las rentas de títulos emitidos por entidades del Estado y de bonos u obligaciones, incluidas primas y premios de estos títulos. No se considera intereses a las penalizaciones por mora en el pago atrasado.

A nivel global, en el artículo 11° del Modelo de Convenio tributario sobre la renta y sobre el patrimonio, la OCDE señala que intereses son los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en los beneficios del deudor, y en particular, los rendimientos de valores públicos y los rendimientos de bonos u obligaciones, incluidas las primas y lotes unidos a esos títulos. Tampoco considera que las penalizaciones por mora en el pago sean intereses (2019b: 40).

Contablemente, según el párrafo 5 de la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 23, los costos relacionados con los fondos que la

empresa ha tomado prestados son intereses y otros similares. El párrafo 6 añade que los costos por préstamos bajo el alcance de esta NIC pueden incluir intereses calculados según el método del interés efectivo descrito en la “NIIF 9 Instrumentos Financieros”, los cargos financieros asociados a arrendamientos financieros según la “NIIF 16 Arrendamientos”, y las diferencias de cambio que procedan de préstamos en moneda extranjera en tanto se consideren ajustes de los costos por intereses (IFRS Foundation 2007: 1).

En este último caso, cabe aclarar que el tratamiento bajo normas contables no necesariamente coincide con el tributario. Así, el principio básico de la NIC 23 es que los costos por préstamos directamente atribuibles a la adquisición, construcción o producción de un activo apto forman parte del costo de dichos activos. Sin embargo, el artículo 20° de la LIR establece que, en ningún caso, los intereses formarán parte del costo de los activos de la empresa. Del mismo modo, la LIR contempla una regulación diferente para las diferencias de cambio y para los gastos financieros, por lo que no comparten la misma naturaleza²². Este tipo de discrepancias obliga a realizar ajustes tributarios en concordancia con el artículo 33° del Reglamento de la LIR y la NIC 12 Impuesto a las Ganancias

c) Otros gastos financieros

Los intereses constituyen los gastos financieros de mayor impacto cuantitativo en la deducción de gastos para determinar el Impuesto a la Renta de tercera categoría. No obstante, el inciso a) del artículo 37° de la LIR también aborda otros gastos financieros, refiriéndolos como aquellos originados por la constitución, renovación o cancelación de deudas. Estos cargos o sumas pactadas pueden ser comisiones bancarias por apertura, renovación o cancelación de

²² La distinción entre el tratamiento de la diferencia de cambio y los gastos deducibles es un criterio uniforme expresado por el Tribunal Fiscal en diversas resoluciones, como la número 2147-5-2010, 39-8-2011, 974-5-2012, 13866-4-2013, 6346-8-2014, 8678-2-2016, entre otras, disponibles en: https://apps4.mineco.gob.pe/ServiciosTF/nuevo_busq_rtf.htm

préstamos, comisiones de agentes estructuradores por emisión y colocación, entre otros de similar naturaleza.

d) Requisitos para la deducción de gastos financieros

Los gastos financieros que se pretendan deducir de los ingresos gravados en la determinación del Impuesto a la Renta de tercera categoría deben ser, primeramente, fehacientes²³. Esto significa que la empresa debe estar en la capacidad de probar la existencia de tales gastos.

Seguidamente, se requiere validar la causalidad²⁴ de los gastos financieros, esto es, según el primer párrafo del inciso a) del artículo 37° de la LIR, que las deudas que originan tales gastos deben haber sido contraídas para adquirir bienes o servicios vinculados con la obtención o producción de rentas afectas al Impuesto a la Renta o al mantenimiento de su fuente productora. En diversa jurisprudencia²⁵, el Tribunal Fiscal²⁶ ha precisado tres premisas para validar la causalidad y deducibilidad de gastos financieros:

²³ Salvo por los intereses provenientes de créditos extranjeros, la LIR no señala cómo sustentar la fehaciencia de gastos financieros. No obstante, en diversas resoluciones, el Tribunal Fiscal ha establecido que estos gastos deben acreditarse no solo con su registro contable. En el caso de intereses, es primordial acreditar que la deuda que los genera haya fluido a la empresa, adjuntando otros documentos, como el contrato celebrado, el cronograma de pagos, constancias de pago, comprobantes de pago, entre otros, según las resoluciones 1317-1-2005, 261-1-2007, 7476-3-2009, 2876-1-2014, 378-11-2019, entre otras, disponibles en: https://apps4.mineco.gob.pe/ServiciosTF/nuevo_busq_rtf.htm.

²⁴ El principio de causalidad se refiere a que todo ingreso debe estar relacionado con un gasto cuya causa sea la obtención de dicha renta o el mantenimiento de su fuente productora, noción que debe analizarse en cada caso en particular, considerando los criterios de normalidad, razonabilidad y proporcionalidad, atendiendo la naturaleza de las operaciones realizadas por cada contribuyente, su volumen de ventas, entre otros, pues un mismo bien o servicio para una empresa puede constituir un gasto causal mientras que para otra no, por ende, no deducible. Lo señalado se expone en jurisprudencia diversa del Tribunal Fiscal, como las resoluciones 8370-3-2015, 6463-8-2014, 15800-1-2012, entre otras, disponibles en: https://apps4.mineco.gob.pe/ServiciosTF/nuevo_busq_rtf.htm.

²⁵ Resoluciones 261-1-2007, 7476-3-2009, 2876-1-2014, 12007-2-2015, 6825-1-2019, entre otras, disponibles en: https://apps4.mineco.gob.pe/ServiciosTF/nuevo_busq_rtf.htm.

²⁶ Según el artículo 53° del Código Tributario, el Tribunal Fiscal es un órgano resolutor en materia tributaria. Según su página web, es la última instancia administrativa a nivel nacional en materia tributaria y aduanera, siendo competente para resolver oportunamente las controversias suscitadas entre los contribuyentes y la administración tributaria. Disponible en: <https://www.mef.gob.pe/es/informacion-institucional/iqe-es>

- La apreciación de la causalidad debe hacerse bajo los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y según el *modus operandi* de la empresa.
- Los gastos financieros deben acreditarse, además de su anotación contable, con otra información y/o análisis, como el flujo de caja, que permita examinar la vinculación de los endeudamientos con la generación de renta gravada o el mantenimiento de su fuente.
- Los préstamos deben haber fluido a la empresa para la realización de sus fines.

e) Límites a la deducción de intereses desde el año 2021

La única disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo 1424 modificó el inciso a) del artículo 37° de la LIR, cuyo texto está vigente desde el 1 de enero de 2021 (Poder Ejecutivo, 2018a), fijando nuevos límites a la deducción de intereses²⁷ provenientes de deudas con empresas vinculadas y terceros en la determinación del Impuesto a la Renta de tercera categoría.

El primer límite figura en el numeral 1 del aludido inciso, y toma como referencia el *EBITDA* del año anterior, término financiero que, a diferencia de la deuda o interés, es definido por la norma como la renta neta después de compensadas las pérdidas, más intereses netos, depreciación y amortización. El límite consiste en la deducción de los intereses netos²⁸ que no excedan el 30% del *EBITDA* del año anterior, salvo que la empresa se constituya o inicie actividades en el año, en cuyo caso se toma el *EBITDA* de ese año²⁹.

²⁷ Debemos resaltar que los límites establecidos en el numeral 1 y 3 del inciso a) del artículo 37° de la LIR, en principio, se refieren a intereses. Por ende, se entiende que otros gastos financieros, fehacientes y causales, no están limitados en su deducción.

²⁸ Los intereses netos son los gastos por intereses menos los ingresos por intereses gravados, en tanto el resultado sea positivo.

²⁹ Según la tercera disposición complementaria final del Decreto Supremo 432-2020-EF del 31 de diciembre de 2020.

La parte no deducible se puede agregar a los intereses netos de los 4 años inmediatos siguientes para el cálculo de su respectivo límite. Sobre este arrastre, la LIR se remite al Reglamento de la LIR, sin embargo, este no se modificó antes de la entrada en vigor de los nuevos límites, por lo que, esta nueva norma no está reglamentada, lo que deja este y otros aspectos pendientes de aclarar³⁰.

El segundo límite se desarrolla en el numeral 3 del inciso a) del artículo 37° de la LIR, y consiste en mantener como deducibles los intereses netos, después del primer límite, en la parte que exceden el monto de ingresos por intereses exonerados e inafectos, incluidos los intereses obtenidos por la devolución de pagos indebidos o en exceso abonados por la administración tributaria (SUNAT 2020d: 4).

Tabla 3. Ejemplo aplicativo de los límites a la deducción de intereses

Datos:	Importe S/
A. Ingresos por intereses gravados	1,500
B. Ingresos por intereses no gravados	1,000
C. Gastos por intereses	5,000
D. Intereses netos sujetos a los límites (C – A)	3,500
E. <i>EBITDA</i> del año anterior	10,000
Primer límite: 30% del <i>EBITDA</i> del año anterior	3,000
F. Intereses no deducibles que superan el límite	500
G. Intereses deducibles que no superan el límite (D = F + G)	3,000
Segundo límite: Ingresos por intereses no gravados	1,000
H. Intereses no deducibles equivalentes al límite	1,000
I. Intereses deducibles que superan el límite (G = H + I)	2,000
Intereses netos deducibles en el año (I)	S/ 2,000
Intereses netos no deducibles en el año (F + H)	1,500

Nota: Elaboración propia en base a supuestos.

En el ejemplo de la Tabla 3, la empresa podrá deducir intereses netos por S/ 2,000, y tendrá que agregar S/ 1,500 a la base imponible del Impuesto a la Renta por la parte no deducible en el año.

³⁰ Una reglamentación podría haber especificado, por ejemplo, si los intereses que se suman para calcular el *EBITDA* son solo los deducibles o todos.

f) Excepciones a los límites en la deducción de intereses

El numeral 2 del inciso a) del artículo 37° de la LIR, vigente desde enero de 2021, indica las excepciones a los dos límites explicados en el acápite previo:

- Empresas exceptuadas:
 - Literal a) del numeral 2: Empresas del sistema financiero y de seguros señaladas en el artículo 16° de la Ley 26702, y las empresas de factoring no comprendidas en el ámbito de la citada ley, obligadas a inscribirse en el registro referido en el Capítulo VI de la Resolución SBS 4358-2015 o norma sustitutoria.
 - Literal b) del numeral 2: Empresas con ingresos netos del ejercicio gravable menores o iguales a 2,500 unidades impositivas tributarias (UIT)³¹.
 - Literal c) del numeral 2: Empresas que mediante Asociaciones Público-Privadas (APP), desarrollen proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica bajo el Decreto Legislativo 1224 y normas modificatorias³².
- Operaciones exceptuadas:
 - Literal d) del numeral 2: Intereses de deudas para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, bajo

³¹ La *UIT* es el valor establecido por el Estado para determinar impuestos, infracciones, multas y otros aspectos tributarios. Disponible en: <https://www.gob.pe/435-valor-de-la-uit>

³² El Decreto Legislativo 1224 se derogó según la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo 1362 del 21 de julio de 2018, el mismo que lo sustituyó. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-regula-la-promocion-de-la-inversion-decreto-legislativo-n-1362-1672838-2/>

la modalidad de proyectos en activo según el Decreto Legislativo 1224 y normas modificatorias³².

- Literal e) del numeral 2: Intereses de deudas que provengan de la emisión de valores representativos de deuda que se realicen por oferta pública primaria, (OPP) en territorio peruano, conforme al Decreto Legislativo 861, que los valores mobiliarios emitidos sean nominativos, y que la OPP se coloque en mínimo 5 inversionistas no vinculados al emisor.

g) Otras precisiones

Los gastos financieros asociados a rentas de fuente extranjera no se sujetan al inciso a) del artículo 37°, ya que este inciso regula la deducción de gastos en la determinación del Impuesto a la Renta de tercera categoría, correspondiente a rentas de fuente peruana (SUNAT 2019a: 2).

Según el inciso a.4) del artículo 37° de la LIR, las retribuciones por servicios, entre otras, a favor de beneficiarios no domiciliados, son deducibles en el año al que correspondan siempre que hayan sido pagadas o acreditadas dentro de los plazos para presentar la declaración jurada anual correspondiente a dicho año. De no cumplir con el requisito del pago, estos conceptos serán deducibles recién en el año en que efectivamente se paguen, a pesar de estar provisionados en un año anterior. Por ende, este requisito resulta aplicable a los gastos financieros que cumplan dichas condiciones³³ (SUNAT 2019b: 3).

Los gastos financieros generados durante la etapa preoperativa de un proyecto o empresa, cuyo tratamiento se regula en el inciso g)

³³ No queda claro si los gastos financieros cuyos beneficiarios son contribuyentes no domiciliados se sujetan a los límites del inciso a) del artículo 37° de la LIR en el año de provisión o de pago.

del artículo 37° de la LIR, también se someten a los límites fijados en el inciso a) del aludido artículo (SUNAT 2020c: 4)³⁴.

2.2.9. Grupo empresarial y multinacional

Según el artículo 116° del Reglamento de la LIR, un grupo es el “conjunto de personas, empresas o entidades vinculadas por relaciones de propiedad o control, de forma tal que esté obligado a formular estados financieros consolidados con arreglo a los principios de contabilidad generalmente aceptados o que estaría obligado a ello si las acciones, participaciones u otros documentos representativos del patrimonio de tales personas, empresas o entidades se negociaran en mecanismos centralizados de negociación (MEF, 2007).

Financieramente, según el Apéndice A de la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) 10 Estados Financieros Consolidados, un grupo es una controladora y todas sus subsidiarias. La controladora es la entidad que controla una o más entidades, y una subsidiaria es una entidad que está controlada por otra entidad (IFRS Foundation 2011: 5).

Finalmente, el artículo 116° previamente citado, añade que un grupo multinacional es un “grupo conformado por una o más personas, empresas o entidades domiciliadas en el país y una o más personas, empresas o entidades no domiciliadas en el país, o que esté conformado por una persona, empresa o entidad domiciliada a efectos fiscales en una jurisdicción y que tribute en otra jurisdicción por las actividades realizadas a través de un establecimiento permanente” (MEF, 2007).

2.2.10. Empresas o partes vinculadas

Según el inciso b) del artículo 32°-A de la LIR, “Se considera que dos o más personas, empresas o entidades son partes vinculadas cuando una de ellas participa de manera directa o indirecta en la administración, control o

³⁴ No se especificó la mecánica correcta para aplicar los límites del inciso a) y los plazos de amortización de gastos preoperativos del inciso g).

capital de la otra; o cuando la misma persona o grupo de personas participan directa o indirectamente en la dirección, control o capital de varias personas, empresas o entidades”³⁵, agrega que “También operará la vinculación cuando la transacción sea realizada utilizando personas interpuestas cuyo propósito sea encubrir una transacción entre partes vinculadas” (MEF, 2004).

2.2.11. Economía de opción

La empresa que hace uso de alternativas que la propia ley otorga para conducir sus operaciones en el mercado, y con ello logra una ventaja fiscal, actúa conforme a la economía de opción (Liu, citado en Chu del Águila 2018: 213). Es decir, la economía de opción implica la búsqueda del ahorro tributario a través de las herramientas que el propio sistema jurídico otorga, sin el uso de métodos artificiosos o actos impropios (Bravo 2018: 159).

2.2.12. Simulación relativa y absoluta

La característica esencial de los actos simulados es la falsedad, lo que no significa que los hechos imponderables se evitan, sino que se disfrazan o se ocultan con un negocio que no existe, referido a simulación absoluta, o con un negocio aparente que los cubre, que se refiere a simulación relativa (Malherbe y Zuzunaga 2018: 37).

En la simulación absoluta, el acto simulado carece de efectos jurídicos, y pese a celebrarse formalmente, no existen, siendo el engaño la verdadera voluntad de quienes pretenden su reconocimiento en la realidad. En la simulación relativa se alteran determinados elementos del negocio jurídico cierto, o se celebra un negocio jurídico no correspondiente con el realmente realizado. Por tanto, se trata de un acto cierto en cuyo contrato coexisten elementos verdaderos y fingidos (Bravo 2018: 153 y 154).

³⁵ El artículo 24° del Reglamento de la LIR detalla las situaciones en las que se entenderá que dos o más personas, empresas o entidades son partes vinculadas para efectos de dicha ley.

El artículo 190° del Código Civil señala que en la “simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo”, mientras que el artículo 191°, sobre la simulación relativa, agrega que “cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado” (Poder Ejecutivo, 1984).

2.2.13. Evasión tributaria

A diferencia de la economía de opción o la elusión tributaria, la evasión es una violación directa de la normatividad tributaria, existiendo un incumplimiento de la obligación tributaria, por ende, sancionable (Moreano 2018: 518). Es decir, en la evasión tributaria se viola abiertamente la ley tributaria sobre la base del dolo, fraude o engaño (Pflücker 2018: 659).

2.2.14. Elusión tributaria

La elusión tributaria se sitúa entre el extremo de la economía de opción, legalidad perfecta, y de la evasión, perfecta ilegalidad. Su definición es compleja, pues se trata de conductas que respetan la literalidad de la norma, pero vulneran su espíritu. Precisamente por ello, este concepto es un tema de amplio debate académico, principalmente desde la creación de normas cuyo objetivo es luchar contra este comportamiento (Villanueva 2018: 738). Entre las diversas definiciones de elusión tributaria, tenemos:

- “[...] es un comportamiento del obligado tributario consistente en evitar el presupuesto de cualquier obligación tributaria, o en disminuir la carga tributaria a través de un medio jurídicamente anómalo, por ejemplo: el abuso de la norma, de la forma o la vulneración de la causa típica del negocio jurídico, sin violar directamente el mandato de la regla jurídica pero sí los valores o principios del sistema tributario” (XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, citado en Iannacone 2018: 385).
- Es la minimización de la obligación tributaria mediante el distorsionado uso de medios lícitos (Talledo, citado en Iannacone 2018: 396).

- Es la realización de actos jurídicos lícitos no prohibidos en el ordenamiento jurídico, dirigidos a evitar el nacimiento de la obligación tributaria, diferirla o disminuirla, los que son elusivos cuando su principal o único propósito fue obtener ahorro tributario, prescindiendo de un real y substancial propósito de negocio. En la elusión se utiliza una figura real y lícita para llegar indirectamente a la misma finalidad que si se hubiera usado la vía directa, con menoscabo de una mayor carga tributaria para la empresa (Bravo 2018: 155 y 158).
- Conlleva que los hechos, actos o negocios celebrados sean reales, basados en normas tributarias, pero con el fin de evitar la aplicación de otras disposiciones que llevan consigo mayores obligaciones de carácter tributario (García Novoa, citado en Gamba 2018: 364).

En general, la elusión tributaria no vulnera frontalmente la norma, sino que la evita realizando negocios anómalos. En la jurisprudencia de nuestro país, el Tribunal Fiscal ha señalado que “la característica principal del fraude a la ley, es la adopción de una figura jurídica dada para obtener de manera indirecta el resultado económico que constituye su motivación o finalidad última, con el propósito de eludir la aplicación de la norma que le resulte más gravosa y que corresponde al resultado económico perseguido” (2004: 12).

Según jurisprudencia española, en ningún caso puede entenderse que la economía de opción, ni en su acepción más amplia, atribuye la facultad de configurar situaciones económicas con incidencia fiscal sin motivos económicos válidos y con la única finalidad de obtener una ventaja tributaria, pues donde termina la economía de opción empieza la elusión tributaria (Sentencia del Tribunal Supremo español del 30 de mayo de 2011, citado en Vallejo y Gutiérrez 2016: 1182).

2.2.15. Planificación tributaria agresiva

La planificación tributaria o *tax planning*, como tal, es una actividad premeditada, sistemática y previa que optimiza la carga tributaria de una

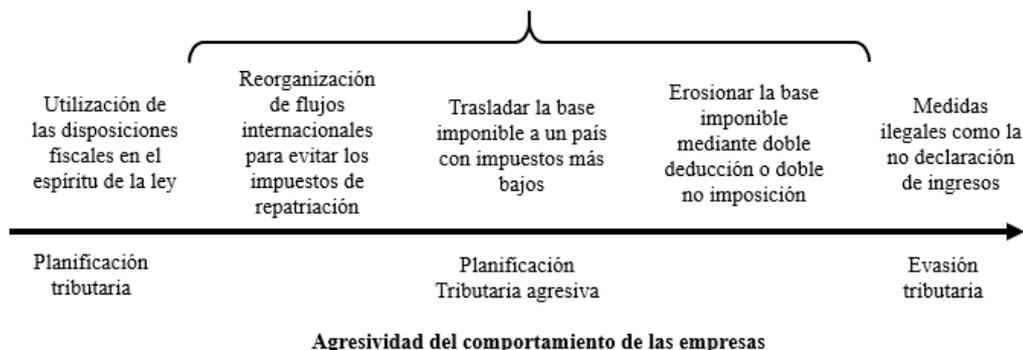
empresa tras analizar el ordenamiento tributario correspondiente (Vallejo y Gutiérrez 2016: 1180). Es una herramienta que representa una importante inversión de dinero, por lo que no suele asociarse a empresas que no podrían afrontarlos o con una carga fiscal mínima. Asimismo, en tanto la planificación tributaria cumpla con el marco legal y no viole las normativas fiscales con algún ilícito, debe ser perfectamente aceptable (Alva 2018: 128 y 129). Cuando incorpora la intervención de dos o más jurisdicciones fiscales, la planificación tributaria es internacional.

La planificación tributaria se vuelve agresiva cuando se procura aprovechar aspectos dispares existentes en la legislación tributaria de uno o varios estados, con el único fin de reducir, limitar o eliminar la carga fiscal (Alva 2018: 129). En este tipo de planificación, los actos indirectos, artificiosos y ficticios se ejecutan con el deliberado fin de erosionar la base imponible del impuesto y trasladar o alocar los beneficios en otras jurisdicciones para aliviar o eliminar el impacto tributario, buscando reducir al máximo la imposición, con plena intención y conocimiento (Ramos y Estrada, citados en Alva 2018: 129 y 130).

Es decir, el aspecto de la agresividad en una planificación tributaria aparece cuando la disminución de la carga tributaria rebasa los límites éticos aceptables, a pesar de tratarse de una conducta amparada en los vacíos o la falta de coordinación entre los sistemas fiscales (Villanueva 2018: 738). Los problemas con la planificación tributaria agresiva surgen cuando el ahorro fiscal es el único fin de dicho comportamiento, abandonando la economía de opción y recurriendo al empleo de actos que ocultan, disfrazan o simulan sus fines, cruzando la frontera de lo lícito para arribar en lo ilícito (Mur 2018: 591 y 604).

Teóricamente, resulta posible marcar la línea que distingue cuando la planificación tributaria es agresiva o no, sin embargo, los límites son algo borrosos (European Commission 2017: 23). En la Figura 5 se muestran ejemplos sobre los límites para distinguir lo que es totalmente lícito de lo totalmente ilícito.

Figura 5. Límites de la planificación tributaria agresiva



Nota: Tomado de *European Commission* (2017: 23, figure 1)

2.2.16. Erosión de la base imponible y traslado de beneficios

También conocido como BEPS (por sus siglas en inglés), este fenómeno contiene dos conceptos entrelazados: La erosión de la base imponible, que se define como la diferencia entre la recaudación esperada de impuestos y la recaudación efectiva (Saffie 2017: 140); y el traslado de beneficios, que consiste en recolocar o migrar artificialmente las utilidades generadas por una empresa de una jurisdicción a otra con un tratamiento tributario más favorable, generando la erosión de la base imponible, y con ello, la pérdida en la recaudación de la jurisdicción donde se generaron las utilidades trasladadas (Ramos 2015: 376).

En la práctica, esto supone que el beneficio neto real de un grupo multinacional se mide en función al total de sus resultados, siendo poco relevante el desempeño de una u otra empresa en particular que conforman el grupo, que interactúan y se alinean a los intereses de la matriz, pues lo importante es el resultado global consolidado (Ramos 2015: 377).

Es decir, el fenómeno BEPS se refiere a las estrategias de planificación tributaria que aprovecha las lagunas o desajustes en las normas fiscales para hacer que las ganancias desaparezcan, para fines tributarios, o para trasladarlas a lugares donde hay poca o nula actividad real, pero la carga tributaria es baja. Esto da como resultado que se pague poco o ningún impuesto corporativo general (OCDE, 2019c).

2.2.17. Estructuras elusivas

Una estructura elusiva es toda aquella que tenga por objeto la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, es decir, el fenómeno BEPS. Se requiere la interacción de diversas prácticas y la incorporación de una serie de estrategias coordinadas que, por lo general, se desglosan en cuatro elementos (OCDE 2013: 53):

- i) Reducción al mínimo de la carga tributaria en el país donde esté implantada la empresa operativa, que, por lo general, es de media o elevada tributación, mediante el traslado de beneficios por estructuras comerciales o con una reducción del beneficio neto aumentando las deducciones al máximo.
- ii) Retención reducida o nula en la fuente.
- iii) Tributación reducida o nula a favor del beneficiario.
- iv) Exención del impuesto sobre los beneficios escasamente gravados a nivel de la empresa matriz.

Este tipo de estructura es artificiosa, pues solo procura lograr una ventaja fiscal sin que existan motivos económicos válidos subyacentes, siendo objeto de ataque por la administración tributaria competente. Distinto sería en el caso de una planificación tributaria subordinada y congruente con la estructura empresarial, así, esta puede justificarse por sus beneficios económicos y organizativos, independientemente del impacto fiscal que soporte el grupo, pues el aspecto fiscal debería tener relevancia cuando ya se determinó la estructura empresarial adecuada para competir en un mercado globalizado (Vega 2016: 1444).

2.2.18. Normas antielusivas

Las normas antielusivas son estructuras normativas cuyo presupuesto de hecho aparece formulado con mayor o menor grado de amplitud, al cual se vinculan consecuencias jurídicas que consisten en asignar potestades a la administración tributaria para desconocer el negocio realizado con ánimo

elusorio o aplicar el régimen fiscal que se ha tratado de eludir (García Novoa citado en Moreano 2018: 523).

Las normas antielusivas surgen como una reacción de los estados ante un denso entorno alimentado por conductas adoptadas por empresas que buscan una mínima carga fiscal. Es decir, son fruto de la potestad legítima de los estados para elaborar mecanismos de protección que contrarresten conductas elusivas de numerosos operadores económicos en beneficio propio, siendo su función principal salvaguardar la integridad de la deuda tributaria e, indirectamente, su recaudación (Chico y Herrera 2016: 1331).

a) Norma antielusiva general

Una norma antielusiva general (NAG) tiene como característica su expresión abierta y abstracta, destinada a aplicarse en una inmensa cantidad de situaciones presentes y/o futuras (Durán y Nina 2018: 313). Se aplican a cualquier situación de elusión fiscal que pueda producirse en cualquier tributo, no obstante, su aplicación eficaz supone cierta complejidad, ya que se basan en conceptos jurídicos indeterminados, abstractos e inspirados en una noción general de abuso (Chico y Herrera 2016: 1332 y 1333). Por ende, el gran reto de una NAG es no atentar contra una planificación tributaria legítima sin dejar de combatir aquellas agresivas que contemplan estructuras elusivas (Malherbe y Zuzunaga 2018: 33).

La NAG peruana está contenida en la norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, que introduce, al ordenamiento de nuestro país, términos como elusión de normas tributarias, actos artificiosos o actos impropios. Sobre ello, Del Pozo no considera necesario que estos conceptos estén definidos en una norma legal para que la NAG pueda aplicarse, pues una de sus características es su aplicación a una mayor cantidad de conductas de elusión que las normas tributarias no han previsto, no necesariamente de forma intencionada, sino también por lo imposible que resulta prever todas las posibles conductas elusivas. Mantener una redacción amplia

permite aplicar la NAG a situaciones que las empresas aún no diseñaron o imaginaron (2018: 306).

b) Norma antielusiva específica

A diferencia de una NAG, la estructura del supuesto de hecho de una norma antielusiva específica (NAE) no contiene conceptos jurídicos indeterminados, sino conductas concretas de las empresas que el legislador ha querido regular por considerarlas como elusivas, bajo ciertas circunstancias (Chumacero 2018: 256 y 257). Es decir, una NAE se aplica a una determinada conducta de las empresas con el claro fin de optimizar la carga fiscal, colisionando en el espíritu de la ley. En ese sentido, aunque su ámbito de aplicación es más reducido que una NAG, su aplicación práctica es más fácil (Chico y Herrera 2016: 1336).

A diferencia de una NAG, una NAE acepta la forma adoptada para realizar las transacciones y desconoce los beneficios tributarios derivados de esas formas, o establece ficciones o presunciones, recurriendo a test centrados en criterios temporales o cuantitativos (Krever, Zornoza y Báez citados en Durán y Nina 2018: 313).

2.2.19. OCDE

La OCDE es una organización internacional que tiene la misión de diseñar mejores políticas para una vida mejor, es un foro único, un centro de conocimientos para el análisis y recopilación de datos, intercambio de experiencias y de buenas prácticas. Su objetivo es promover políticas que favorezcan la igualdad, la prosperidad, las oportunidades y el bienestar de todas las personas. Para ello, en colaboración con los responsables de las políticas públicas y los ciudadanos, buscan establecer estándares internacionales y proponer soluciones basadas en datos empíricos a diversos retos sociales económicos y medioambientales³⁶.

³⁶ Consultado en <https://www.oecd.org/acerca/>

En el ámbito tributario, la iniciativa más importante de la última década es el Plan BEPS, cuyas 15 acciones contienen recomendaciones con la finalidad de luchar contra el fenómeno BEPS.

2.2.20. Acción 4 del Plan BEPS

La Acción 4 del Plan BEPS de la OCDE, denominada “Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros”, contiene recomendaciones que buscan evitar el fenómeno BEPS a través de la deducción de gastos financieros, pues se había diagnosticado la facilidad con la que grupos multinacionales multiplicaban la deuda a nivel individual de las empresas del grupo, mediante préstamos intragrupo. También se identificó la utilización de instrumentos financieros para realizar pagos económicamente equivalentes a intereses, pero con una forma legal distinta, escapando a las restricciones de deducibilidad de dichos gastos. En esa línea, la Acción 4 del Plan BEPS identificó tres escenarios básicos con riesgo del fenómeno BEPS en esta área (OCDE 2015: 11):

- Escenario 1: Grupos que sitúan altos niveles de deuda con terceros independientes en países de elevada tributación.
- Escenario 2: Grupos que usan préstamos intragrupo para generar deducciones por intereses superiores a los efectivamente incurridos frente a terceros.
- Escenario 3: Grupos que usan financiamiento intragrupo o con terceros independientes para generar rentas no sometidas a gravamen.

Ante estos escenarios, salvo para el sector de banca y seguros, la OCDE recomienda un enfoque basado en una regla de ratio fijo o *fixed ratio rule*. La premisa básica de esta regla es la deducción de gastos financieros limitados por un porcentaje específico del EBITDA, asegurando que una porción de la utilidad de la empresa tribute. Esta regla puede aplicarse a todo tipo de empresas, sometiéndose los gastos financieros pagados a terceros y a partes vinculadas, siendo relativamente simple de aplicar por

parte de las empresas y de administrar por parte de la administración tributaria (2015: 48).

La regla de ratio fijo no toma en cuenta los diferentes sectores en los que puede operar una empresa o grupo empresarial, que podrían requerir distintos niveles de deuda, tampoco considera que empresas de un mismo grupo adopten estrategias de financiamiento no homogéneas por razones ajenas a las tributarias. Una regla de ese tipo sería difícil de administrar, no obstante, en grupos económicos que puedan beneficiarse por altos niveles de EBITDA, el estado podría aplicar un ratio fijo más estricto para estos casos o sectores (OCDE 2015: 48).

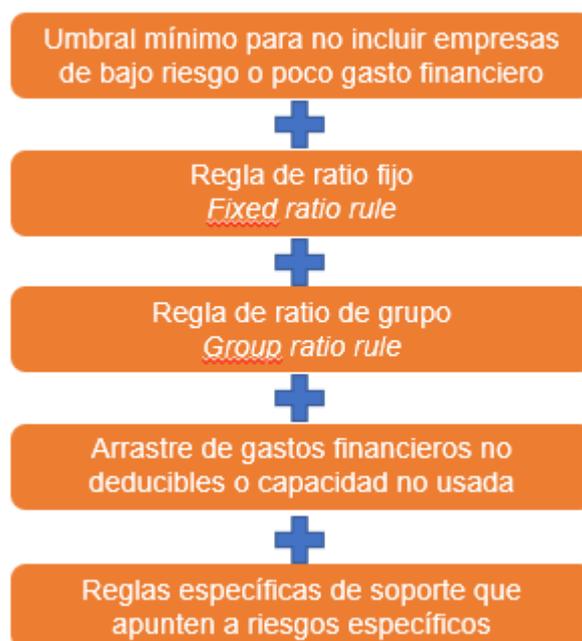
El cálculo del EBITDA se debe basar en valores determinados bajo las normas tributarias del estado que aplicará esta regla, pues, entre otras razones, para incrementar el límite en la deducción tributaria de gastos financieros sería necesario incrementar ingresos afectos al impuesto. El ratio fijo recomendado debe ubicarse en el tramo de 10% a 30% del EBITDA (OCDE 2015: 49 y 50).

Para empresas y grupos que representan bajo riesgo del fenómeno BEPS y que reporten un ratio de EBITDA y gastos financieros mayor al ratio fijo, se recomienda combinar la regla de ratio fijo con una regla de ratio de grupo o *group ratio rule*, mediante la cual la empresa podría deducir gastos financieros por encima del ratio fijo. Se considera exceptuar del ratio fijo a gastos financieros pagados a terceros por préstamos que financien el desarrollo de proyectos de interés público. También se recomienda fijar un umbral mínimo de gastos financieros que estarían fuera del alcance de las reglas de ratio fijo o ratio de grupo, principalmente para empresas con poca magnitud de gastos financieros (OCDE 2015: 50 y 57).

Los estados pueden, bajo ciertos parámetros, permitir que una empresa arrastre hacia años posteriores los gastos financieros no deducibles por las reglas de ratio o la capacidad no utilizada de gasto financiero deducible, o ambos. También pueden permitir arrastrar, hacia el año corriente, gastos financieros no deducibles en años futuros (OCDE 2015: 68).

Por último, la OCDE recomienda, además de lo señalado, varias reglas específicas para evitar que las empresas eludan las reglas generales o para abordar otros riesgos del fenómeno BEPS (2015: 72 y 73). En la Figura 6 se muestra un resumen de las recomendaciones previamente expuestas.

Figura 6. Recomendaciones de la Acción 4 del Plan BEPS



Nota: Adaptado de OCDE (2015: 25, Figure 1.1)

2.2.21. Moral fiscal

“Es la motivación propia del ciudadano para cumplir voluntariamente con sus obligaciones tributarias [...] en función de sus valores éticos y políticos, al margen de cálculos racionales sobre los beneficios y riesgos individuales de tributar correctamente o evadir impuestos [...] su decisión de pagar los impuestos responde a su convicción de [...] actuar de acuerdo con sus principios y no por un cálculo costo – beneficio individual” (SUNAT, 2020b).

2.2.22. Grupos de interés o stakeholders

Los denominados *stakeholders* son cualquier instancia que tenga participación en el entorno de una empresa, y que, además, se ven afectados por las decisiones y acciones de esta. Tienen algo en juego en

la empresa y se ven significativamente influenciados por lo que haga la empresa. Una óptima relación con los grupos de interés puede derivar en resultados deseables para la empresa, de lo contrario, puede afectarlas de diferentes formas (Robbins y Coulter 2014: 50). En la Figura 7 se muestran los *stakeholders* más frecuentes en una empresa, siendo uno de ellos los gobiernos:

Figura 7. Stakeholders de una empresa



Nota: Tomado de Robbins y Coulter (2014: 50, Figura 2-4)

2.2.23. Creación de valor compartido

El valor compartido no es responsabilidad social, ni filantropía ni siquiera sustentabilidad, es una nueva forma de éxito económico. Consiste en las políticas y prácticas operacionales que mejoran la competitividad de una empresa, al mismo tiempo que ayudan a mejorar las condiciones sociales y económicas en las comunidades donde opera. La creación de valor compartido está enfocada en identificar y expandir las conexiones entre el progreso social y el económico (Porter y Kramer 2011: 3 y 6).

La creación de valor compartido enfoca a las empresas hacia el tipo correcto de utilidades, que son las que crean beneficios para la sociedad en vez de reducirlos. Es decir, cuando las empresas crean valor económico

creando valor social, están creando valor compartido, de este modo, se integra en la posición competitiva y rentabilidad de la empresa. Por ende, esta nueva corriente administrativa debe reemplazar a la responsabilidad social empresarial, que se enfoca principalmente en la reputación, teniendo una limitada conexión con el negocio y siendo difíciles de mantener a largo plazo. (Porter y Kramer 2011: 6, 16 y 17).



CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.4. Enfoque de la Investigación

En el enfoque cualitativo, el investigador “no sigue un proceso definido claramente [...] el enfoque se basa en métodos de recolección de datos no estandarizados ni predeterminados completamente. Tal recolección consiste en obtener las perspectivas y puntos de vista de los participantes [...] resultan de interés las interacciones entre individuos, grupos y colectividades” (Hernández et al. 2014: 8). En este enfoque “El proceso de indagación es más flexible [...] su propósito consiste en ‘reconstruir’ la realidad [...] la ‘realidad’ se define a través de las interpretaciones de los participantes en la investigación respecto de sus propias realidades. De este modo, convergen varias ‘realidades’ [...] que van modificándose conforme transcurre el estudio [...] el investigador se introduce en las experiencias de los participantes y construye el conocimiento” (Hernández et al. 2014: 9)

Distintos son los estudios con enfoque cuantitativo, pues “siguen un patrón predecible y estructurado [...] las decisiones críticas sobre el método se toman antes de recolectar los datos [...] La búsqueda cuantitativa ocurre en la ‘realidad externa’ al individuo” (Hernández et al. 2014: 6). La realidad interna es subjetiva (creencias, presuposiciones, experiencias) y la realidad externa es objetiva (autoestima, una ley, una edificación) e independiente de las creencias que se tenga sobre ella, cada una constituye una realidad a pesar de lo que pensemos de ella (Hernández et al. 2014: 6). Es decir, el enfoque cuantitativo “se aboca a demostrar qué tan bien se adecua el conocimiento a la realidad objetiva [...] Cuando las investigaciones creíbles establezcan que la realidad objetiva es diferente de nuestras creencias, éstas deben modificarse para adaptarse a tal realidad” (Hernández et al. 2014: 6).

El presente trabajo de investigación parte de una realidad donde las normas antielusivas buscan evitar o minimizar el impacto del fenómeno

BEPS a causa de la aplicación de estructuras elusivas. De forma más específica, se conoció que la creencia del legislador peruano respecto de la nueva NAE del inciso a) del artículo 37° de la LIR, vigente desde enero 2021, es que esta evita por completo el fenómeno BEPS ocasionado por estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros. Ante ello, el objetivo general de la presente investigación es evaluar la eficacia de la nueva NAE para evitar estructuras elusivas de ese tipo.

Para cumplir el objetivo, se ha evaluado lo anteriormente investigado sobre el tema, se revisó la teoría, se construyó un marco teórico sobre el cual se guía el estudio, se diseñaron instrumentos de investigación para medir la eficacia de la nueva NAE y para aplicar las estructuras elusivas seleccionadas. Por todo ello, el enfoque de la presente investigación es cuantitativo.

1.5. Alcance de la Investigación

Según Hernández et al., una investigación cuantitativa con alcance exploratorio se realiza “cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado, del cual se tienen muchas dudas o no se ha abordado antes” (2014: 91). El alcance descriptivo “busca especificar propiedades y características importantes de cualquier fenómeno que se analice [...] son útiles para mostrar con precisión los ángulos o dimensiones de un fenómeno [...] contexto o situación” (2014: 92). Un estudio de alcance correlacional “tiene como finalidad conocer la relación o grado de asociación que exista entre dos o más conceptos, categorías o variables en una muestra o contexto en particular” (2014: 93).

Sobre el alcance de una investigación, “aunque un estudio sea en esencia exploratorio, contendrá elementos descriptivos; o bien, un estudio correlacional incluirá componentes descriptivos, y lo mismo ocurre con los demás alcances [...] es posible que una investigación se inicie como exploratoria o descriptiva y después llegue a ser correlacional” (Hernández et al. 2014: 96).

El presente trabajo de investigación cuenta con dos variables: La nueva NAE vigente desde enero de 2021 en el Perú y las estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros para conseguir el fenómeno BEPS.

La nueva NAE deriva de las recomendaciones de la Acción 4 del Plan BEPS de la OCDE, publicada en el año 2015, cuya principal recomendación es una regla de ratio fijo basada en el EBITDA. Según data de la OCDE³⁷, al año 2019, esta regla había sido implementada por 33 países en el mundo: 26 de Europa, 3 de Asia, 2 de África, 1 de América del Norte y 1 de América del Sur (Argentina). En el Perú, la adaptación está vigente desde enero de 2021, siendo una novedad legislativa, por lo que cuenta con pocos estudios o investigaciones sobre el tema. Los estudios de otros países no son aplicables precisamente por tratarse de ordenamientos distintos. Esto evidencia el alcance exploratorio de la investigación, pues analizamos la nueva NAE cuya vigencia comenzó recién en enero de 2021, a efectos de entender su funcionamiento para identificar sus indicadores de eficacia para evitar el fenómeno BEPS.

Sobre las estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros para conseguir el fenómeno BEPS, se revisaron publicaciones a nivel nacional e internacional, que, de forma general, analizan estructuras elusivas de este tipo. Por ello, es posible describir e identificar las características de estas estructuras y verificar su éxito frente a la nueva NAE, vigente desde enero de 2021. Por ello, la investigación tiene alcance descriptivo respecto de las estructuras identificadas en otros trabajos, y alcance correlacional por su vinculación con la primera variable.

Por último, puesto que los autores formulan nuevas estructuras elusivas, también se observa el alcance exploratorio y correlacional de la investigación.

³⁷ Según consulta realizada el 15 de enero de 2021 en el siguiente enlace web de la OCDE denominado "Access the Data": <https://qdd.oecd.org/subject.aspx?Subject=ILR>

1.6. Diseño de la Investigación

El diseño de una investigación es el “plan o estrategia concebida para obtener la información que se desea con el fin de responder al planteamiento del problema [...] En el enfoque cuantitativo, el investigador utiliza sus diseños para [...] aportar evidencias respecto de los lineamientos de la investigación” (Hernández et al. 2014: 128). Bajo este enfoque, los diseños pueden ser experimentales y no experimentales.

Los diseños no experimentales se definen “como la investigación que se realiza sin manipular deliberadamente variables [...] Lo que hacemos [...] es observar fenómenos tal como se dan en su contexto natural, para analizarlos [...] no se genera ninguna situación, sino que se observan situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente en la investigación por quien la realiza” (Hernández et al. 2014: 152). Un tipo de diseño no experimental es la investigación transversal, cuyo “propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado” (Hernández et al. 2014: 154). Se dividen en tres:

- Exploratorios: Su propósito es “comenzar a conocer una variable o un conjunto de variables [...] Se trata de una exploración inicial en un momento específico [...] Se aplican a problemas de investigación nuevos o poco conocidos [...] constituyen el preámbulo de otros diseños” (Hernández et al. 2014: 155).
- Descriptivos: “Indagan la incidencia de las modalidades, categorías o niveles de una o más variables en una población, son estudios puramente descriptivos” (Hernández et al. 2014: 155).
- Correlacionales-causales: “describen relaciones entre dos o más [...] variables en un momento determinado. A veces, únicamente en términos correlacionales, otras en función de la relación causa-efecto” (Hernández et al. 2014: 157).

En el presente trabajo de investigación, la nueva NAE vigente desde enero de 2021, como variable, se estudia con todos sus cambios hasta el 31 de diciembre de 2020, y se identifican sus indicadores de eficacia. Esto

conlleva que el diseño sea no experimental transversal exploratorio y descriptivo.

También se buscan las estructuras elusivas conocidas a nivel nacional e internacional, y los autores también formulan otras estructuras, las que se describen en sus extremos funcionales en cuanto a su búsqueda del fenómeno BEPS mediante el aprovechamiento de la deducción de gastos financieros. En este aspecto, el diseño de la investigación es no experimental transversal descriptivo.

1.7. Población y muestra

Según Hernández et al., “para seleccionar una muestra, lo primero [...] es definir la unidad de muestreo/análisis [...] Una vez definida [...] se delimita la población [...] Para el proceso cuantitativo, la muestra es un subgrupo de la población de interés sobre el cual se recolectarán datos [...] que debe ser representativo de la población” (2014: 173). Una población es el “Conjunto de todos los casos que concuerdan con determinadas especificaciones” (2014: 174).

La muestra se categoriza en dos ramas, una de ellas son las muestras no probabilísticas o dirigidas, las que son un “Subgrupo de la población en la que la elección de los elementos no depende de la probabilidad, sino de las características de la investigación” (Hernández et al. 2014: 176). De este grupo, el muestreo por conveniencia corresponde a muestras que están “formadas por los casos disponibles a los cuales tenemos acceso” (Battaglia citado en Hernández et al. 2014: 390).

En el presente trabajo de investigación, se verifica la eficacia de la nueva NAE vigente desde enero de 2021 frente a estructuras elusivas que buscan el fenómeno BEPS aprovechando la deducción de gastos financieros, no de un tipo o clase especial de estructuras, sino de cualquiera, ya que el legislador consideró que la norma evitaría la aplicación de todas.

Las estructuras elusivas que buscan el fenómeno BEPS, en general, cruzan la línea de lo considerado como conducta legítima, por ello, una de

sus principales características es que se camufla o dispersa dentro de una planificación tributaria que aparenta ser no agresiva o una claramente agresiva, las que usualmente no se dan a conocer de forma pública. Otra característica de las estructuras elusivas es su constante evolución, innovación y sofisticación de acuerdo con el panorama que enfrenten. Esto hace que no sea posible identificar todas las estructuras elusivas aplicadas por las empresas o grupos multinacionales, ya sea porque muchas no se conocen o aún no se han creado.

Por ende, para validar la eficacia de la NAE vigente desde enero de 2021 frente a estructuras elusivas que buscan el fenómeno BEPS aprovechando la deducción de gastos financieros, se seleccionó, por conveniencia, las estructuras ya conocidas e identificadas en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424 y otros trabajos, así como otras formuladas por los autores. En la Tabla 4 se esquematiza lo señalado:

Tabla 4. Población y muestra de la presente investigación

Unidad de muestreo/análisis	Estructuras elusivas que buscan el fenómeno BEPS
Población	Estructuras elusivas que buscan el fenómeno BEPS aprovechando la deducción de gastos financieros
Muestreo por conveniencia	Estructuras contenidas en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424
	Estructuras identificadas en otros trabajos realizados a nivel nacional e internacional
	Estructuras formuladas por los autores

Nota: Elaboración propia.

1.8. Recolección de datos

Considerando que el objetivo de la investigación es evaluar si la nueva NAE evita la aplicación de estructuras elusivas que mediante la deducción de gastos financieros consiguen el fenómeno BEPS, el análisis realizado es uno muy particular por tratarse de una norma recién entrada en vigor. Por ello, los autores preferimos el diseño propio de un instrumento que mida la eficacia de la nueva NAE frente a las citadas estructuras elusivas.

El proceso de medición implica vincular conceptos abstractos con indicadores empíricos, se realiza mediante un plan explícito y organizado

para clasificar los datos disponibles o indicadores en términos del concepto que el investigador tiene en mente (Carmines y Zeller citados en Hernández et al. 2014: 199). El instrumento de medición es el “Recurso que utiliza el investigador para registrar información o datos sobre las variables que tiene en mente” (Hernández et al. 2014: 199 y 200). Los registros del instrumento de medición representan valores visibles de conceptos abstractos, siempre que se trate de un instrumento de medición adecuado, es decir, que registra datos observables que representan verdaderamente los conceptos o las variables que el investigador tiene en mente (Grinnell, Williams y Unrau citados en Hernández et al. 2014: 199).

Para los fines del presente trabajo de investigación, se debe diseñar un instrumento que mida la eficacia de la nueva NAE para evitar la aplicación de estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros para conseguir el fenómeno BEPS. Cabe recalcar que no hay antecedentes de análisis de la eficacia de la nueva NAE, básicamente porque recién está vigente desde enero de 2021. Cualquier otro instrumento que mida la eficacia de otra norma no es aplicable, no solo por tratarse de otra norma, sino también porque nuestro análisis de la norma es a priori, esto es, antes de culminar su primer año de aplicación y aún sin resultados concretos.

El objetivo principal de la presente investigación deriva de la siguiente afirmación del legislador peruano: “A fin de evitar que se erosione la base imponible del impuesto y se trasladen beneficios mediante el pago de intereses, se propone modificar el inciso a) del artículo 37 de la LIR [...]”. Por ende, nuestro primer punto de referencia fue el análisis realizado por el legislador peruano para modificar el texto del inciso a) del artículo 37° de la LIR vigente antes de la nueva NAE.

El texto del aludido inciso a) busca combatir las modalidades de erosión con gastos financieros a partir del 2001, desde que se modificó mediante el artículo 6° de la Ley 27356, publicada el 18 de octubre de 2000. En el Dictamen de la Comisión de Economía del Congreso de la República, referida a la citada Ley 27356, se indicó que las modificaciones propuestas

tenían como punto clave, entre otros, combatir la elusión, tema considerado bastante sensible, por lo cual debían darse mecanismos a fin de evitarla. La subcapitalización fue el problema detectado asociado a la elusión, la que se evidenció en los altos niveles de pasivo de las empresas, que eran 10 o 20 veces mayor a su patrimonio (2000c: 2).

En su afán de evitar la elusión tributaria mediante la subcapitalización, el legislador peruano introdujo un párrafo al texto del inciso a) del artículo 37° de la LIR, que entró en vigor desde el año 2001, mediante el cual limitaba la deducción de gastos financieros originados en deudas entre empresas vinculadas. Esto significa que el legislador modificó la norma intentando que sea eficaz para evitar esa modalidad de elusión, pues consideró que el texto anterior no contenía ningún aspecto que la evitara.

Para el año 2018, con dicho texto normativo vigente desde el 2001, el legislador peruano identificó que, si bien se limitó la deducción de intereses provenientes de deudas entre empresas vinculadas, diversa evidencia internacional señalaba esquemas complejos que ocultaba la vinculación al integrar terceros intermediarios, así como otras modalidades. Los indicios de que esto ocurría en el país eran empresas sin patrimonio o bajas utilidades que recibían préstamos desproporcionados, el significativo aumento en la deducción de gastos financieros concentrado en empresas con altos umbrales de ingresos, y el incremento de deuda sin incremento significativo de activos fijos (Poder Ejecutivo 2018b: 48 y 49).

Ante ello, el legislador peruano modificó el inciso a) del artículo 37° de la LIR, introduciendo al ordenamiento peruano la nueva NAE, vigente desde enero de 2021, “a fin de evitar que se erosione la base imponible y se trasladen beneficios mediante el pago de intereses” (Poder Ejecutivo 2018: 50). El legislador consideró que el texto anterior no era eficaz para evitar la erosión mediante modalidades o estructuras no contempladas en el año 2000 (donde solo identificó la subcapitalización), y lo modificó con la nueva NAE esperando que sea eficaz para evitar estas estructuras, a partir de los indicios observados durante los años que estuvo vigente el texto anterior.

De lo señalado, tenemos que el legislador identificó la subcapitalización como un problema específico del fenómeno BEPS que el texto del inciso a) del artículo 37° de la LIR vigente hasta el año 2000 no podía evitar, por lo que lo modificó. Casi dos décadas después, encontró indicios de que dicho texto modificado no evitaba la aplicación de otras estructuras elusivas que aprovechaban la deducción de gastos financieros, por lo que lo modificó dando lugar a la nueva NAE. En ambos casos, su análisis se sostuvo en indicios encontrados en los estados financieros de las empresas durante los años de vigencia de cada texto señalado.

En ese sentido, la eficacia del aludido inciso a) para evitar estructuras elusivas depende de su contenido, lo que guarda concordancia con el concepto de una norma antielusiva, en concreto, una específica, que no contiene conceptos jurídicos indeterminados, sino conductas concretas que el legislador ha querido regular por considerarlas elusivas (Chumacero 2018: 256 y 257). En el caso de la nueva NAE, vigente desde enero de 2021, el texto propuesto por el legislador no pretende evitar un problema particular de la elusión, sino en general el fenómeno BEPS.

A diferencia del análisis del legislador peruano, realizados en base a indicios obtenidos durante el tiempo de vigencia de la norma que modificó, nuestro análisis se realiza directamente con las estructuras elusivas de la muestra aun sin culminar el primer año de aplicación de la nueva NAE. No obstante, consideramos válido que el instrumento para medir su eficacia en evitar las estructuras citadas se diseñe a partir del propio texto de la norma, vigente desde enero de 2021 y ubicado en el inciso a) del artículo 37° de la LIR. Este inciso contiene diez aspectos observables:

- 1°. Primer párrafo: Define el alcance de la norma, que abarca gastos financieros que cumplan con el principio de causalidad. No hay distinción en el origen de la deuda que genera dichos gastos, se incluyen gastos de deudas con vinculados y terceros. Debido a que este aspecto define cuáles gastos se sujetarán a las reglas y límites de la nueva NAE, consideramos que constituye un primer

indicador de eficacia de la norma para evitar el fenómeno BEPS, y procedemos a denominarlo “Alcance – Deudas con vinculadas y terceros”.

- 2º. Numeral 1: Fija el principal límite introducido en la nueva NAE, que se refiere a la regla de ratio fijo basado en el EBITDA del año anterior³⁸. Consideramos que este aspecto constituye un segundo indicador de eficacia de la norma y lo denominamos “Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA”.
- 3º. Numeral 2 Literal a): Exceptúa de los límites a las empresas del sistema financiero y de seguros, pues este cuenta con regulación sectorial propia. No constituye indicador de eficacia para los fines del presente trabajo de investigación debido a la especialidad de dicho sector y al distinto tratamiento bajo el que se rige.
- 4º. Numeral 2 Literal b): Exceptúa de los límites a empresas con ingresos menores o iguales a 2,500 UIT, por lo que aquellas no tendrán límite para deducir gastos financieros. Esta excepción responde a una recomendación de la Acción 4 del Plan BEPS, no obstante, puesto que este aspecto puede definir gastos que no se sujeten a la norma, consideramos este aspecto como un tercer indicador de eficacia, y procedemos a denominarlo “Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT”.
- 5º. Numeral 2 Literal c): Exceptúa de los límites a contribuyentes que desarrollen proyectos de inversión pública bajo una regulación específica³⁹. Las empresas que buscan este tipo de proyectos se someten a procesos complejos para conseguirlos, los que no son abundantes e implican inversiones significativas⁴⁰. La excepción

³⁸ El último párrafo del numeral 1 establece el denominado “*carry forward*” para los gastos financieros que superen el límite y su inclusión en el límite de los 4 años siguientes, sujetándose al cálculo del año respectivo. En ese sentido, esta dinámica se subsume en la regla del ratio fijo calculado sobre el EBITDA, por ende constituyen un mismo aspecto.

³⁹ En la nueva NAE se hace referencia al Decreto Legislativo 1224, posteriormente derogado por el Decreto Legislativo 1362.

⁴⁰ A noviembre de 2020, según el portafolio de proyectos de PROINVERSIÓN, la inversión de la cartera de proyectos maduros y en maduración es de más de US\$ 8,000 millones, repartidos en 40 proyectos. El portafolio de proyectos está disponible en

responde a una recomendación de la Acción 4 del Plan BEPS, y a diferencia del literal b) anterior, consideramos que la nueva NAE no pretende ser eficaz ante una estructura elusiva que aproveche este aspecto por tratarse del interés público, ser complejo, escaso y costoso. Por ende, no constituye indicador de eficacia para los fines del presente trabajo de investigación.

- 6°. Numeral 2 Literal d): Exceptúa los intereses de deudas para el desarrollo de proyectos de inversión pública similares al literal c) anterior, por ende, tampoco constituye indicador de eficacia por las mismas razones.
- 7°. Numeral 2 Literal e): Exceptúa de los límites a los intereses de deudas provenientes de valores mobiliarios representativos de deuda que se realicen mediante OPP, que sean nominativos y que se coloque en mínimo 5 inversionistas no vinculados. Esta no es una recomendación de la Acción 4 del Plan BEPS, sino que la introduce el legislador peruano, aparentemente, para dinamizar el mercado de capitales interno. No obstante, de encajar dentro de la excepción, no se tendría ningún límite en la deducción de los intereses, por lo que consideramos este aspecto como un cuarto indicador de eficacia, y procedemos a denominarlo “Excepción – Deuda por valores mobiliarios”.
- 8°. Numeral 3: Establece un segundo límite, que, a nuestro criterio, es relativo, pues por un lado limita la deducción de intereses en la parte que excedan los ingresos por intereses exonerados e inafectos, pero dicho tramo luego se deduce por tratarse de ingresos no computables en la base imponible del Impuesto a la Renta. Consideramos que este aspecto no constituye indicador de eficacia de la norma según para los fines del presente análisis.
- 9°. Numeral 4: Establece una regulación especial para empresas del sistema financiero y de seguros. Por lo tanto, no es un indicador

de eficacia para los fines del presente trabajo de investigación debido a la especialidad de dicho sector y su distinto tratamiento.

10°. Numeral 5: Señala que los intereses de fraccionamientos son deducibles sin límite alguno. Consideramos que este aspecto no constituye indicador de eficacia por tratarse de gastos derivados de aquellas deudas tributarias reconocidas por una empresa y que decide pagarlas en cuotas bajo las estipulaciones del Código Tributario.

En base a lo señalado, tenemos que la nueva NAE cuenta con cuatro indicadores de eficacia que permitirán medir si la norma puede evitar que las estructuras elusivas de la muestra seleccionada consigan su objetivo, esto es, el fenómeno BEPS. Recordemos que el legislador afirmó que la nueva NAE evitará el fenómeno BEPS, no hizo referencia a un problema en específico de la elusión, como en el año 2000, sino que consideró que el texto propuesto iba a evitar la erosión en general.

Ante ello, los autores creemos que los resultados de la medición de la eficacia de la nueva NAE solo puede tener dos resultados posibles: Nula o total. Bajo nuestro criterio, no puede haber una eficacia parcial, ya que la elusión tiene como objetivo el ahorro fiscal, lo que implica no solo evitar el nacimiento y pago de la obligación tributaria, sino también su diferimiento o solo su disminución. Por ejemplo, una estructura elusiva que encuentre una norma antielusiva con límites, puede estar diseñada de tal modo que busque disminuir su carga fiscal hasta por el importe permitido por el límite, y con ello cumpliría su objetivo, haciendo ineficaz a la norma.

Por lo señalado, cada uno de los cuatro indicadores de eficacia puede tener dos posibles mediciones, cuyos valores asignados son los siguientes:

- Eficacia NULA = 1
- Eficacia TOTAL = 0

La medición total de eficacia de la nueva NAE tendrá como resultado un máximo de 4 y un mínimo de 0. Considerando que cada indicador es excluyente respecto del otro, la eficacia de la nueva NAE será:

- Eficacia NULA > 0
- Eficacia TOTAL = 0

Por último, cabe recalcar que en el diseño de las estructuras elusivas no necesariamente resultan aplicables los cuatro indicadores de eficacia que se han determinado, por lo que, en algunos casos no se medirá el indicador cuando resulte no aplicable según el diseño de las estructuras elusivas de la muestra cuando se apliquen contra el instrumento.

En ese sentido, en la Tabla 5 se muestra el instrumento diseñado para medir la eficacia de la nueva NAE vigente desde enero de 2021:

Tabla 5. Instrumento para medir la eficacia de la nueva NAE

Indicador contenido en el inciso a) del artículo 37° de la LIR	Eficacia de la nueva NAE	
	Nula = 1 Total = 0	No aplica
Alcance – Deudas con vinculadas y terceros		
Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA		
Excepción – Ingresos netos <= 2,500 UIT		
Excepción – Deuda por valores mobiliarios		
Eficacia de la nueva NAE (Total = 0; Nula > 0)		

Nota: Elaboración propia.

Para llenar el instrumento con los valores asignados, la eficacia de cada indicador se mide en función al logro del objetivo buscado por la estructura elusiva de la muestra que se aplique:

- 0 (Total): El indicador es eficaz si no permite que la estructura elusiva consiga su objetivo.
- 1 (Nula): El indicador no es eficaz si permite que la estructura elusiva consiga su objetivo.
- NO APLICA: No es aplicable la medición de la eficacia del indicador si la estructura elusiva no lo toma en cuenta para lograr su objetivo.

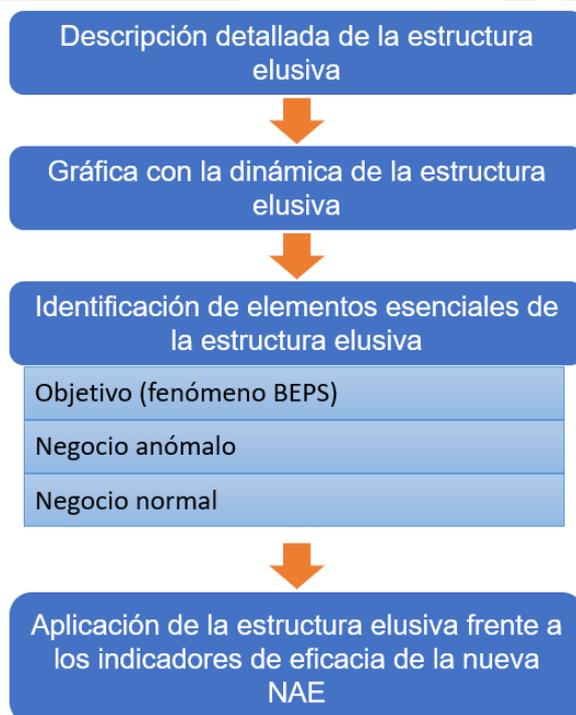
Se debe resaltar que el instrumento diseñado no mide el impacto que las estructuras tienen en otros aspectos del contexto tributario, como la NAG del Título Preliminar del Código Tributario, que si bien podría aplicarse a este tipo de estructuras, dicho análisis sería parte de otra investigación.

Asimismo, se reitera que tampoco se tomaron en cuenta las reglas para el sector financiero, pues este cuenta con regulación sectorial propia.

Por último, en cuanto a la otra variable de investigación, referida a las estructuras elusivas de la muestra, se tiene que su finalidad es conseguir el fenómeno BEPS, lo que implica la erosión total, la erosión parcial, o la postergación de la carga tributaria. Para conseguir ello, utiliza negocios anómalos en vez de los negocios normales que, de no ser por el aspecto fiscal, hubieran sido aplicados.

En ese sentido, para una correcta aplicación de las estructuras ante el instrumento diseñado para medir la eficacia de la nueva NAE, se describe detalladamente cada estructura muestreada, se grafica la dinámica de su aplicación para un mayor entendimiento con ejemplos numéricos simples, y se identifican sus elementos esenciales: Objetivo (fenómeno BEPS), negocio anómalo y negocio normal. Lo señalado se grafica en la Figura 8:

Figura 8. Detalle de una estructura elusiva para hacer frente a los indicadores de eficacia de la nueva NAE



Nota: Elaboración propia.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN: EFICACIA DE LA NUEVA NAE

4.1. Estructuras contenidas en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424

4.1.1. Estructura 1: Endeudamiento *back to back*

“[...] 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*. Por ejemplo, la empresa A efectúa un depósito a un tercero independiente a fin que este último financie con dichos fondos a una empresa vinculada” (Poder Ejecutivo 2018b: 48).

El endeudamiento *back to back* es el término informal usado para describir acuerdos de préstamos indirectos según los cuales los fondos son prestados a través de un intermediario, que realiza otro préstamo separado, pero simétrico, por un lado con el prestamista, y por el otro con el prestatario, sujetos que pertenecen a un mismo grupo empresarial (Rogers-Gladush 2015: 36).

Es decir, esta estructura elusiva consiste en encubrir préstamos entre partes vinculadas mediante la intermediación de un tercero a fin de evitar los límites a la deducción de gastos financieros. La empresa vinculada que transfiere el préstamo y el tercero intermediario pueden ser domiciliados o no. Asimismo, por tratarse de préstamos otorgados directamente, no se hace a través del mercado de capitales. En el diseño de esta estructura no se toma en cuenta la excepción de ingresos netos menores o iguales a 2,500 UIT.

En la Figura 9 se grafica la dinámica de esta primera estructura elusiva.

Figura 9. Dinámica de la estructura 1



Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 6 se describen los elementos esenciales de esta primera estructura elusiva.

Tabla 6. Elementos esenciales de la estructura 1

Objetivo (fenómeno BEPS)	Reducir el pago del Impuesto a la Renta mediante la deducción de gastos financieros evitando el límite a deudas entre partes vinculadas.
Negocio anómalo	Empresa vinculada deposita el importe a un tercero, quien luego lo entrega, en forma de préstamo, a la empresa domiciliada.
Negocio normal	Préstamo entre empresas vinculadas.

Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 7 se muestra la aplicación de la estructura elusiva 1 frente a los indicadores de eficacia de la nueva NAE, utilizando el instrumento diseñado para este fin.

Tabla 7. Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 1

Indicador contenido en el inciso a) del artículo 37° de la LIR	Eficacia de la nueva NAE	
	Nula = 1 Total = 0	No aplica
Alcance – Deudas con vinculadas y terceros	0	
Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA	0	
Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT		X
Excepción – Deuda por valores mobiliarios		X
Eficacia de la nueva NAE (Total = 0; Nula > 0)	0 = Total	

Nota: Elaboración propia.

De acuerdo con la Tabla 7, la eficacia de la nueva NAE **es TOTAL** frente a la estructura elusiva denominada “Endeudamiento *back to back*”. Esto debido a que la eficacia de los indicadores “Alcance – Deudas con vinculadas y terceros” y “Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA” es TOTAL pues no permiten que la estructura elusiva consiga su objetivo de reducir el pago del Impuesto a la Renta mediante la deducción de gastos financieros evitando el límite a deudas entre partes vinculadas. El indicador “Alcance – Deudas con vinculadas y terceros” somete la operación a los alcances de la nueva NAE, y el indicador “Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA” aplica el límite del ratio fijo a la deducción de los gastos financieros.

No se aplica la medición de los indicadores “Excepción – Ingresos netos $\leq 2,500$ UIT” y “Excepción – Deuda por valores mobiliarios” pues no son tomados en cuenta en el diseño de la estructura elusiva.

Debido a que la nueva NAE **es eficaz**, se aplican las consecuencias del negocio normal, esto es, que los gastos financieros provenientes de deudas con empresas vinculadas y con terceros, se someten al límite del ratio fijo basado en el EBITDA. De este modo, se evita el fenómeno BEPS.

4.1.2. Estructura 2: Ubicación de elevada deuda en el Perú y traslado de rentas a países con tasas reducidas o empresas vinculadas con pérdidas acumuladas compensables

“[...] conforme a la doctrina internacional 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 a empresas con pérdidas” (Poder Ejecutivo 2018b: 48).

La finalidad de esta estructura es trasladar la renta imponible generada en un país hacia otro, encubierto como gasto financiero deducible en el país en el que debería pagar el impuesto por dicha renta. La renta se disfraza como gasto financiero de un préstamo otorgado por una empresa vinculada no domiciliada hacia la empresa domiciliada que tiene la renta que se

quiere trasladar. Para beneficiarse con el traslado de la renta, el país de destino tiene una baja o nula tasa del Impuesto a la Renta, o la empresa que recibirá la renta trasladada tiene pérdidas acumuladas compensables con dicha renta. Así, la carga tributaria del grupo empresarial es mínima o nula.

En esta estructura los préstamos no se hacen a través del mercado de capitales, sino que se otorgan directamente a empresas vinculadas. Asimismo, en el diseño de esta estructura no se toma en cuenta la excepción de los ingresos netos menores o iguales a 2,500 UIT. En la Figura 10 se grafica la dinámica de esta segunda estructura elusiva.

Figura 10. Dinámica de la estructura 2



Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 8 se describen los elementos esenciales de esta estructura.

Tabla 8. Elementos esenciales de la estructura 2

Objetivo (fenómeno BEPS)	Reducir el pago del Impuesto a la Renta en el Perú trasladando renta a país de baja o nula tributación, o a empresa vinculada con pérdidas acumuladas compensables.
Negocio anómalo	Préstamo entre empresas vinculadas y deducción de gastos financieros en el Perú.
Negocio normal	Pago del Impuesto a la Renta en el Perú.

Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 9 se muestra la aplicación de la estructura 2 frente a los indicadores de eficacia de la norma, utilizando el instrumento diseñado para este fin.

Tabla 9. Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 2

Indicador contenido en el inciso a) del artículo 37° de la LIR	Eficacia de la nueva NAE	
	Nula = 1 Total = 0	No aplica
Alcance – Deudas con vinculadas y terceros	0	
Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA	1	
Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT		X
Excepción – Deuda por valores mobiliarios		X
Eficacia de la nueva NAE (Total = 0; Nula > 0)	1 = Nula	

Nota: Elaboración propia.

De acuerdo con la Tabla 9, la eficacia de la nueva NAE **es NULA** frente a la estructura elusiva denominada “Ubicación de elevada deuda en el Perú y traslado de rentas a países con tasas reducidas o empresas vinculadas con pérdidas acumuladas compensables”.

La eficacia del indicador “Alcance – Deudas con vinculadas y terceros” es TOTAL, pues consigue que se apliquen los límites a la deducción de gastos financieros provenientes de deudas entre empresas vinculadas. No obstante, la eficacia del indicador “Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA” es NULA pues permite una deducción hasta el monto fijado por el límite del ratio fijo, con ello, la estructura elusiva consigue su objetivo de reducir el pago del Impuesto a la Renta en el Perú y trasladar renta a un país con baja o nula carga fiscal, o a una empresa vinculada con pérdidas acumuladas compensables.

No se aplica la medición de los indicadores “Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT” y “Excepción – Deuda por valores mobiliarios” pues no son tomados en cuenta en el diseño de la estructura elusiva.

Debido a que la nueva NAE **no es eficaz**, la consecuencia del negocio normal no se realiza, esto es que la empresa domiciliada pague el impuesto por toda su renta generada en el país. Lo que finalmente ocurre es que esta renta se traslada al exterior mediante la deducción de gastos financieros hasta el monto permitido por el límite del ratio fijo, consiguiendo reducir el pago del tributo y dando lugar al fenómeno BEPS. Finalmente, por tratarse de empresas que desean trasladar rentas, se presume que su EBITDA es

alto, lo que implica un límite del ratio fijo mayor, y por ende, una erosión mayor.

Incluso, ya que la renta que se traslada es de la empresa domiciliada, su EBITDA también se asume alto, lo que implica un límite y una erosión mayor.

4.2. Estructuras identificadas en otros trabajos realizados a nivel nacional e internacional

4.2.1. Estructura 3: Aporte de capital social mediante la emisión de instrumentos financieros híbridos

“La mayoría de los países establecen una distinción fundamental entre el régimen fiscal de la deuda y el de los fondos propios [...] No es extraño que esto produzca una preferencia por motivos tributarios a favor del endeudamiento así como que proliferen los intentos de caracterizar determinados pagos como intereses deducibles en el país del deudo y a la vez como dividendos (que pueden resultar exentos) en el país del beneficiario” (OCDE 2013: 44).

Los instrumentos financieros híbridos “presentan características propias de las deudas, pero también del capital propio. Supongamos que una empresa situada en el país A compra instrumentos financieros emitidos por una empresa situada en el país B. A tenor de la legislación tributaria del país A [...] se consideran instrumentos de capital propio, [...] en el país B [...] se considera un instrumento de deuda a efectos tributarios. Los pagos correspondientes se consideran pagos de intereses deducibles para la empresa del país B [...] se consideran dividendos a efectos tributarios en el país A, por lo que quedan exentos” (OCDE 2013: 48 y 49).

La principal ventaja del financiamiento híbrido es que se puede estructurar de tal forma que permite a las empresas obtener recursos a menores costos que los instrumentos tradicionales, gozando, a la vez, de ventajas adicionales, siendo una de las más favorables, la posibilidad de obtener importantes beneficios tributarios, especialmente en operaciones

internacionales (Nuñez 2010: 162). Ejemplos de este tipo de instrumentos son el *profit participation loan*, que es un préstamo cuya retribución depende de las utilidades de la empresa; el *warrant loans*, que son préstamos o bonos convertibles en acciones; y los préstamos a largo plazo o perpetuos (Nuñez 2010: 168).

En ese sentido, esta estructura consiste en aportar al capital social mediante la emisión de instrumentos financieros híbridos que caracterizan los rendimientos de dicha deuda como gastos financieros deducibles para la empresa domiciliada, y como dividendos exentos para la empresa acreedora no domiciliada. En el diseño de esta estructura no se toma en cuenta la excepción de los ingresos netos menores o iguales a 2,500 UIT.

Debida a que implica la emisión de instrumentos financieros, se puede realizar de forma directa o a través del mercado de capitales. Por tal motivo, surgen 3 modalidades de esta estructura elusiva.

a) Estructura 3A: En mercado de capitales y con terceros

Esta modalidad implica que el aporte de capital social se realice a través del mercado de capitales, mediante una OPP, valores nominativos y colocado en mínimo 5 inversionistas no domiciliados y no vinculados con el emisor domiciliado. Estos inversionistas son nuevos accionistas encubiertos como acreedores, atraídos por la naturaleza híbrida de los instrumentos emitidos. En la Figura 11 se grafica la dinámica de esta primera modalidad de la estructura 3.

Figura 11. Dinámica de la estructura 3A



Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 10 se describen los elementos esenciales de la primera modalidad de la estructura elusiva 3.

Tabla 10. Elementos esenciales de la estructura 3A

Objetivo (fenómeno BEPS)	Reducir el pago del Impuesto a la Renta en el Perú mediante la deducción del rendimiento del instrumento financiero híbrido, caracterizado como gasto financiero, y aprovechar la excepción de emitir valores representativos de deuda en el mercado de capitales peruano.
Negocio anómalo	Financiamiento mediante instrumentos financieros híbridos, emitidos en el mercado de capitales bajo las condiciones de la nueva NAE, que caracterizan su rendimiento como gastos financieros deducibles para el deudor domiciliado y como dividendo para el acreedor no vinculado no domiciliado.
Negocio normal	Aportes de capital de inversionistas no vinculados no domiciliados.

Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 11 se muestra la aplicación de la primera modalidad de la estructura elusiva 3 frente a los indicadores de eficacia de la nueva NAE, utilizando el instrumento diseñado para este fin.

Tabla 11. Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 3A

Indicador contenido en el inciso a) del artículo 37° de la LIR	Eficacia de la nueva NAE	
	Nula = 1 Total = 0	No aplica
Alcance – Deudas con vinculadas y terceros	1	
Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA	1	
Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT		X
Excepción – Deuda por valores mobiliarios	1	
Eficacia de la nueva NAE (Total = 0; Nula > 0)	3 = Nula	

Nota: Elaboración propia.

De acuerdo con la Tabla 11, la eficacia de la nueva NAE es **NULA** frente a la estructura elusiva denominada “Aporte de capital social mediante la emisión de instrumentos financieros híbridos” bajo la modalidad “En mercado de capitales y con terceros”.

La eficacia de los indicadores “Alcance – Deudas con vinculadas y terceros”, “Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA” y “Excepción –

Deuda por valores mobiliarios” es NULA pues permiten que la estructura elusiva consiga su objetivo de reducir el pago del Impuesto a la Renta en el Perú mediante la deducción del rendimiento de instrumentos financieros híbridos que se caracterizan como gastos financieros, y aproveche la excepción de emitir valores representativos de deuda en el mercado de capitales.

No se aplica la medición del indicador “Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT” pues no es tomado en cuenta en el diseño de la estructura elusiva.

Los indicadores “Alcance – Deudas con vinculadas y terceros” y “Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA”, al no tener una definición de los términos deuda ni interés, no distinguen la naturaleza del rendimiento del instrumento híbrido, sometiéndolo bajo los alcances de la nueva NAE como gasto financiero. Con ello, al estar bajo el alcance de la norma, el indicador “Excepción – Deuda por valores mobiliarios” activa la excepción del mercado de capitales y admite una deducción sin límites.

Debido a que la nueva NAE **no es eficaz**, la consecuencia del negocio normal no se realiza, esto es que la empresa domiciliada reciba el aporte de capital y que su rendimiento se califique como dividendo, no como gasto financiero sin límite en su deducción, dando lugar al fenómeno BEPS en mayor magnitud.

b) Estructura 3B: En mercado de capitales y con empresas vinculadas

Esta segunda modalidad es similar a la primera, con la diferencia que los instrumentos financieros híbridos se colocan en mínimo 5 inversionistas no domiciliados vinculados al emisor domiciliado. Los inversionistas disfrazan su aporte de capital como deuda. En este caso, por realizarse a través del mercado de capitales, no es posible ocultar la vinculación. En la Figura 12 se grafica la dinámica de esta segunda modalidad de la estructura 3.

Figura 12. Dinámica de la estructura 3B



Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 12 se describen los elementos esenciales de esta segunda modalidad de la estructura elusiva 3.

Tabla 12. Elementos esenciales de la estructura 3B

Objetivo (fenómeno BEPS)	Reducir el pago del Impuesto a la Renta en el Perú mediante la deducción del rendimiento del instrumento financiero híbrido, caracterizado como gastos financieros.
Negocio anómalo	Financiamiento mediante instrumentos financieros híbridos, emitidos en el mercado de capitales, que caracterizan su rendimiento como gastos financieros deducibles para el deudor domiciliado y como dividendo para el acreedor vinculado no domiciliado.
Negocio normal	Aportes de capital de inversionistas vinculados no domiciliados.

Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 13 se muestra la aplicación de la segunda modalidad de la estructura elusiva 3 frente a los indicadores de eficacia de la nueva NAE, utilizando el instrumento diseñado para este fin.

Tabla 13. Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 3B

Indicador contenido en el inciso a) del artículo 37° de la LIR	Eficacia de la nueva NAE	
	Nula = 1 Total = 0	No aplica
Alcance – Deudas con vinculadas y terceros	1	
Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA	1	
Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT		X
Excepción – Deuda por valores mobiliarios	0	
Eficacia de la nueva NAE (Total = 0; Nula > 0)	2 = Nula	

Nota: Elaboración propia.

De acuerdo con la Tabla 13, la eficacia de la nueva NAE **es NULA** frente a la estructura elusiva denominada “Aporte de capital social mediante la emisión de instrumentos financieros híbridos” bajo la modalidad “En mercado de capitales y con empresas vinculadas”.

La eficacia de los indicadores “Alcance – Deudas con vinculadas y terceros” y “Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA” es NULA pues permiten que la estructura elusiva consiga su objetivo de reducir el pago del Impuesto a la Renta en el Perú mediante la deducción del rendimiento del instrumento financiero híbrido, caracterizado como gasto financiero. Esto debido a que no definen los términos deuda ni interés, con lo cual no distinguen la naturaleza del rendimiento del instrumento híbrido, sometiéndolo bajo los alcances de la nueva NAE como gasto financiero.

En el caso del indicador “Excepción – Deuda por valores mobiliarios”, su eficacia es TOTAL porque no activa la excepción del mercado de capitales, ya que se trata de inversionistas vinculados. En ese sentido, esta estructura elusiva no se aprovecha de esta excepción.

No se aplica la medición del indicador “Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT” pues no es tomado en cuenta en el diseño de la estructura elusiva.

Debido a que la nueva NAE **no es eficaz**, la consecuencia del negocio normal no se realiza, esto es que la empresa domiciliada reciba el aporte de capital y que su rendimiento califique como dividendo, y no como gasto financiero deducible. Este gasto, si bien no pudo aprovechar la excepción, sujetándose a los límites del ratio fijo, consigue una erosión que debía ser nula. Con ello, así parezca menos atractiva esta compleja estructura elusiva, sí da lugar al fenómeno BEPS, el mismo que, dependiendo de la magnitud del EBITDA, puede ser mayor.

c) Estructura 3C: Fuera del mercado de capitales

La tercera modalidad de la estructura 3 consiste en la emisión de instrumentos financieros híbridos de forma directa a inversionistas no domiciliados, que son accionistas encubiertos como acreedores al disfrazar su aporte de capital como deuda. En la Figura 13 se grafica la dinámica de esta tercera modalidad de la estructura 3.

Figura 13. Dinámica de la estructura 3C



Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 14 se describen los elementos esenciales de esta tercera modalidad de la estructura elusiva 3.

Tabla 14. Elementos esenciales de la estructura 3C

Objetivo (fenómeno BEPS)	Reducir el pago del Impuesto a la Renta en el Perú mediante la deducción del rendimiento del instrumento financiero híbrido, caracterizado como gastos financieros.
Negocio anómalo	Financiamiento mediante instrumentos financieros híbridos que caracterizan su rendimiento como gastos financieros deducibles para el deudor domiciliado y como dividendo para el acreedor no domiciliado.
Negocio normal	Aporte de capital de inversionistas no domiciliados.

Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 15 se muestra la aplicación de la tercera modalidad de la estructura elusiva 3 frente a los indicadores de eficacia de la nueva NAE, utilizando el instrumento diseñado para este fin.

Tabla 15. Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 3C

Indicador contenido en el inciso a) del artículo 37° de la LIR	Eficacia de la nueva NAE	
	Nula = 1 Total = 0	No aplica
Alcance – Deudas con vinculadas y terceros	1	
Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA	1	
Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT		X
Excepción – Deuda por valores mobiliarios		X
Eficacia de la nueva NAE (Total = 0; Nula > 0)	2 = Nula	

Nota: Elaboración propia.

De acuerdo con la Tabla 15, la eficacia de la nueva NAE **es NULA** frente a la estructura elusiva denominada “Aporte de capital social mediante la emisión de instrumentos financieros híbridos” bajo la modalidad “Fuera del mercado de capitales”.

La eficacia de los indicadores “Alcance – Deudas con vinculadas y terceros” y “Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA” es NULA pues permiten que la estructura elusiva consiga su objetivo de reducir el pago del Impuesto a la Renta en el Perú mediante la deducción del rendimiento del instrumento financiero híbrido, caracterizado como gasto financiero. Esto debido a que no definen los términos deuda ni interés, con lo cual no distinguen la naturaleza del rendimiento del instrumento híbrido, sometiéndolo bajo los alcances de la nueva NAE como gasto financiero.

No se aplica la medición de los indicadores “Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT” y “Excepción – Deuda por valores mobiliarios” pues no son tomados en cuenta en el diseño de la estructura elusiva.

Debido a que la nueva NAE **no es eficaz**, la consecuencia del negocio normal no se realiza, esto es que la empresa domiciliada reciba el aporte de capital y que su rendimiento califique como dividendo, no como gasto financiero deducible. Este gasto, si bien se sujeta a los límites del ratio fijo, consigue una erosión que debía ser nula. Con ello, así parezca menos atractiva esta compleja

estructura elusiva, sí da lugar al fenómeno BEPS, el mismo que, dependiendo de la magnitud del EBITDA, puede ser mayor.

4.2.2. Estructura 4: Adquisición con endeudamiento intragrupo, transmisión de deuda a subsidiarias y utilización de *holding* intermediarias, con posterior fusión por absorción

“Una empresa multinacional cuya sede se encuentra en el Estado P, que desarrolla su actividad en varios países, incluido el Estado L, prevé adquirir una sociedad manufacturera rentable que reside en el Estado T (‘sociedad que se desea adquirir’). El precio de adquisición es de 1000 millones de euros [...] la empresa multinacional constituye una sociedad *holding* en el Estado L (‘sociedad *holding* L’) que recibe un préstamo intragrupo de 400 millones de euros. A su vez, la sociedad *holding* L constituye otra sociedad en el Estado T (‘sociedad *holding* T’). La sociedad *holding* T se financia en parte con un instrumento híbrido (400 millones de euros) que depende de la sociedad *holding* L, y en parte con el préstamo de un banco que no pertenece al grupo (600 millones de euros). La sociedad *holding* T adquiere la sociedad que se desea adquirir y constituye con ella un grupo consolidable a efectos fiscales en el Estado T [...]” (OCDE 2013: 94).

Una de las ventajas ofrecidas por esta estructura elusiva, sin perjuicio de las restricciones aplicables, es que los gastos financieros derivados del instrumento financiero híbrido se deducen de los ingresos de la sociedad rentable que finalmente se adquirió, por la aplicación de regímenes tributarios aplicables a grupos empresariales (OCDE 2013: 94).

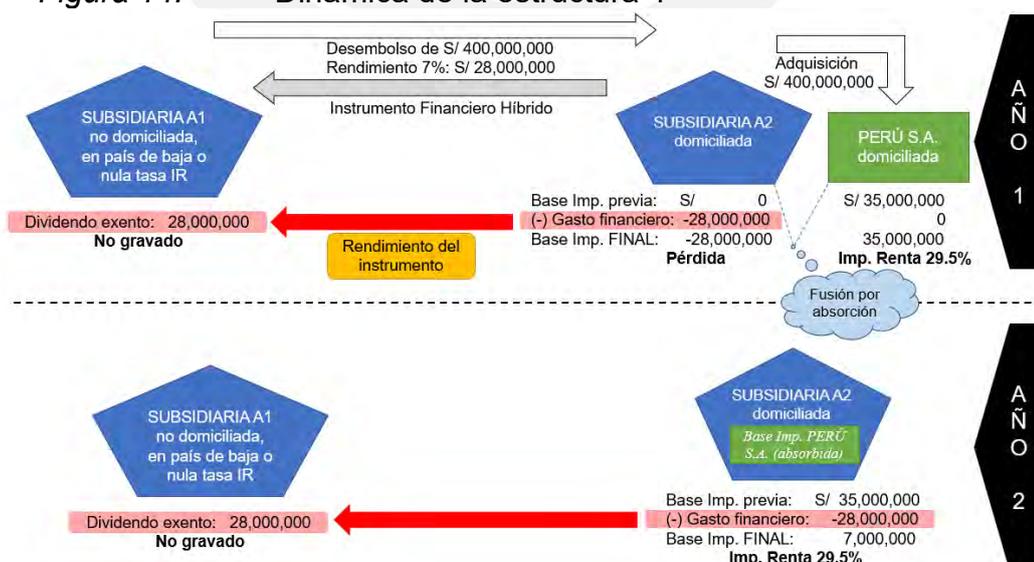
Esta estructura no es beneficiosa en el Perú, ya que nuestra normativa no cuenta con un régimen de consolidación de grupos empresariales. Sin embargo, es sencillo adaptar la estructura con una fusión por absorción entre la *holding* creada y la empresa domiciliada adquirida, así ya se puede compensar los gastos financieros de la *holding* con los ingresos operativos de la empresa adquirida. Esta variación no es nueva, Granado ya la contemplaba como una modalidad de esta estructura (2016: 98).

Así, esta estructura elusiva consiste en que un grupo empresarial adquiere una empresa rentable domiciliada en el Perú. Para ello, ordena que una subsidiaria no domiciliada, ubicada en un país de imposición baja o nula, financie con un instrumento financiero híbrido, a otra subsidiaria domiciliada. Esta, a su vez, adquiere la empresa rentable domiciliada en el Perú. El rendimiento del instrumento es dividendo exento para la subsidiaria no domiciliada y gasto financiero deducible para la subsidiaria domiciliada.

Para erosionar la renta de la empresa domiciliada con los gastos financieros del instrumento híbrido, se recurre a una fusión por absorción con la subsidiaria domiciliada, bajo el régimen del numeral 3 del artículo 104° de la LIR, esto es, sin revaluación de activos. Así, a partir de la fusión, los ingresos del negocio de la empresa domiciliada absorbida se erosionan con la deducción de gastos financieros del instrumento híbrido.

En esta estructura no se oculta la vinculación, pues incluso se advierte la posibilidad de aplicar límites a la deducción de gastos financieros. Por ser una operación intragrupo, no se realiza a través del mercado de capitales. En el diseño de esta estructura tampoco se toma en cuenta la excepción de los ingresos netos menores o iguales a 2,500 UIT. En la Figura 14 se grafica la dinámica de esta cuarta estructura elusiva.

Figura 14. Dinámica de la estructura 4



Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 16 se describen los elementos esenciales de esta estructura.

Tabla 16. Elementos esenciales de la estructura 4

Objetivo (fenómeno BEPS)	Reducir el pago del Impuesto a la Renta mediante la erosión de los ingresos de la empresa domiciliada rentable que se adquiere, con la deducción de gastos financieros derivados del financiamiento intragrupo para su adquisición.
Negocio anómalo	Financiamiento intragrupo mediante instrumentos financieros híbridos que caracterizan el rendimiento como gasto deducible para la subsidiaria domiciliada y como dividendo para la subsidiaria no domiciliada. Adquisición de empresa domiciliada rentable y fusión por absorción para compensar sus ingresos con los gastos financieros del híbrido.
Negocio normal	Adquisición de empresa rentable domiciliada en el Perú efectuada de forma directa por el interesado.

Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 17 se muestra la aplicación de la estructura elusiva 4 frente a los indicadores de eficacia de la nueva NAE, utilizando el instrumento diseñado para este fin.

Tabla 17. Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 4

Indicador contenido en el inciso a) del artículo 37° de la LIR	Eficacia de la nueva NAE	
	Nula = 1 Total = 0	No aplica
Alcance – Deudas con vinculadas y terceros	1	
Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA	1	
Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT		X
Excepción – Deuda por valores mobiliarios		X
Eficacia de la nueva NAE (Total = 0; Nula > 0)	2 = Nula	

Nota: Elaboración propia.

De acuerdo con la Tabla 17, la eficacia de la nueva NAE **es NULA** frente a la estructura elusiva denominada “Adquisición con endeudamiento intragrupo, transmisión de deuda a subsidiarias y utilización de *holding* intermediarias, con posterior fusión por absorción”.

La eficacia de los indicadores “Alcance – Deudas con vinculadas y terceros” y “Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA” es NULA pues permiten que la estructura elusiva consiga su objetivo de reducir el pago

del Impuesto a la Renta pues erosiona los ingresos de la empresa domiciliada rentable que se adquiere, mediante la deducción de gastos financieros derivados del financiamiento intragrupo para adquirirla. Esto debido a que no se definen los términos deuda ni interés, con lo cual el rendimiento del instrumento híbrido se somete bajo los alcances de la nueva NAE y el límite de ratio fijo para su deducción, sin cuestionar que la deuda que origina dichos gastos se utilizó para adquirir la empresa domiciliada.

No se aplica la medición de los indicadores “Excepción – Ingresos netos $\leq 2,500$ UIT” y “Excepción – Deuda por valores mobiliarios” pues no son tomados en cuenta en el diseño de la estructura elusiva.

Debido a que la nueva NAE **no es eficaz**, la consecuencia del negocio normal no se realiza, esto es, el pago del Impuesto a la Renta por todos los ingresos operativos de la empresa domiciliada rentable que se adquiere. Por el contrario, ya que el rendimiento del financiamiento híbrido intragrupo se caracteriza como gasto financiero, este puede deducirse contra los ingresos de la empresa domiciliada luego de la fusión por absorción. Este gasto, si bien se sujeta a los límites del ratio fijo, consigue una erosión que debía ser nula pues es un gasto innecesario para la empresa adquirida.

Por ende, así parezca menos atractiva esta compleja estructura elusiva, sí da lugar al fenómeno BEPS. Finalmente, por tratarse de una empresa rentable, se presume que su EBITDA es alto, lo que implica un límite del ratio fijo mayor, y con ello, una erosión mayor.

4.2.3. Estructura 5: Adquisición con apalancamiento financiero y utilización de *holding* intermediarias, con posterior fusión por absorción.

Según Granado, esta estructura, también conocida como *Leverage Buy Out*, “consiste en que un grupo multinacional adquiere, a un tercero no vinculado, una entidad operativa [...] y que genera beneficios (‘sociedad objetivo’ o *target*), empleando para dicha adquisición una financiación, concedida también por terceros. El ahorro fiscal proviene de conseguir que

la sociedad adquirida asuma el coste de la financiación de la operación por la que fue adquirida” (2016: 98).

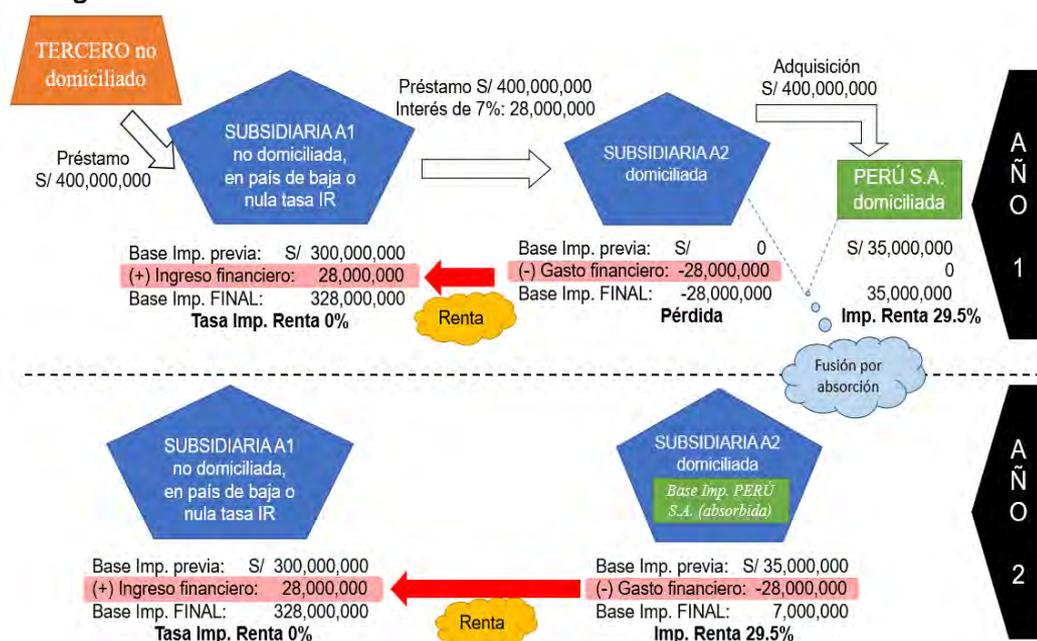
Esta estructura admite diversas variantes, entre las que se presentan filiales intermediarias y una posterior fusión para conseguir el ahorro fiscal, siendo clave la creación de una *holding* domiciliada en el mismo país que la empresa a adquirir, y, aunque obliga a alargar la cadena de préstamos, facilita la fusión y la erosión de la base imponible. La elusión está en que la matriz decide que la empresa a adquirir soporte los gastos financieros de su inversor, innecesarios para su actividad (Granado 2016: 98 y 99). A diferencia de la estructura 4, en esta estructura elusiva, el grupo tiene una necesidad real de fondos y recurre a financiamiento de terceros.

De lo señalado, tenemos que esta estructura elusiva consiste en que un grupo multinacional adquiere una empresa rentable domiciliada en el Perú. Para ello, solicita financiamiento de terceros. El dinero se desembolsa a una subsidiaria no domiciliada ubicada en un país de baja o nula imposición. Luego, esta financia a una subsidiaria domiciliada, generando gastos financieros en el Perú e ingresos financieros con poca o nula carga fiscal.

La subsidiaria domiciliada adquiere la empresa rentable domiciliada, y luego celebran una fusión por absorción al amparo de lo previsto en el numeral 3 del artículo 104° de la LIR, esto es, sin revaluación de activos. A partir de la fusión, los ingresos del negocio de la empresa domiciliada absorbida se erosionan con la deducción de gastos financieros del préstamo utilizado en su adquisición.

En esta estructura no se oculta la vinculación, no se realiza el préstamo a través del mercado de capitales, y en su diseño no se toma en cuenta la excepción de ingresos netos menores o iguales a 2,500 UIT. En la Figura 15 se grafica la dinámica de esta estructura elusiva.

Figura 15. Dinámica de la estructura 5



Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 18 se describen los elementos esenciales de esta estructura elusiva.

Tabla 18. Elementos esenciales de la estructura 5

Objetivo (fenómeno BEPS)	Reducir el pago del Impuesto a la Renta mediante la erosión de los ingresos de la empresa domiciliada rentable que se adquiere, con la deducción de gastos financieros derivados del financiamiento obtenido para su adquisición.
Negocio anómalo	Financiamiento externo a subsidiaria no domiciliada y traslado de deuda a subsidiaria domiciliada. Adquisición de empresa domiciliada rentable y fusión por absorción para compensar sus ingresos con los gastos financieros de la deuda usada para su adquisición.
Negocio normal	Adquisición de empresa rentable domiciliada en el Perú efectuada de forma directa por el interesado.

Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 19 se muestra la aplicación de la estructura elusiva 5 frente a los indicadores de eficacia de la nueva NAE, utilizando el instrumento diseñado para este fin.

Tabla 19. Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 5

Indicador contenido en el inciso a) del artículo 37° de la LIR	Eficacia de la nueva NAE	
	Nula = 1 Total = 0	No aplica
Alcance – Deudas con vinculadas y terceros	1	
Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA	1	
Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT		X
Excepción – Deuda por valores mobiliarios		X
Eficacia de la nueva NAE (Total = 0; Nula > 0)		

Nota: Elaboración propia.

De acuerdo con la Tabla 19, la eficacia de la nueva NAE **es NULA** frente a la estructura elusiva denominada “Adquisición con apalancamiento financiero y utilización de *holding* intermediarias, con posterior fusión por absorción”.

La eficacia de los indicadores “Alcance – Deudas con vinculadas y terceros” y “Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA” es NULA pues permiten que la estructura elusiva consiga su objetivo de reducir el pago del Impuesto a la Renta pues erosiona los ingresos de la empresa domiciliada rentable que se adquiere, mediante la deducción de gastos financieros derivados del financiamiento para adquirirla. Esto debido a que someten los gastos financieros bajo los alcances de la nueva NAE y el límite de ratio fijo para su deducción, sin cuestionar que la deuda que origina dichos gastos se utilizó para adquirir la empresa domiciliada.

No se aplica la medición de los indicadores “Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT” y “Excepción – Deuda por valores mobiliarios” pues no son tomados en cuenta en el diseño de la estructura elusiva.

Debido a que la nueva NAE **no es eficaz**, la consecuencia del negocio normal no se realiza, esto es, el pago del Impuesto a la Renta por todos los ingresos operativos de la empresa domiciliada rentable que se adquiere. Por el contrario, los gastos financieros de la deuda con la que se adquirió la empresa pueden deducirse, luego de la fusión por absorción, contra los ingresos de la empresa adquirida. Este gasto, si bien se sujeta a los límites del ratio fijo, consigue una erosión que debía ser nula pues es un gasto

innecesario para la empresa adquirida. Por ende, así parezca menos atractiva esta compleja estructura elusiva, sí da lugar al fenómeno BEPS. Finalmente, por tratarse de una empresa rentable, se presume que su EBITDA es alto, lo que implica un límite del ratio fijo mayor, y con ello, una erosión mayor.

4.3. Estructuras formuladas por los autores

4.3.1. Estructura 6: Atomización de ingresos que superan el umbral de 2,500 UIT

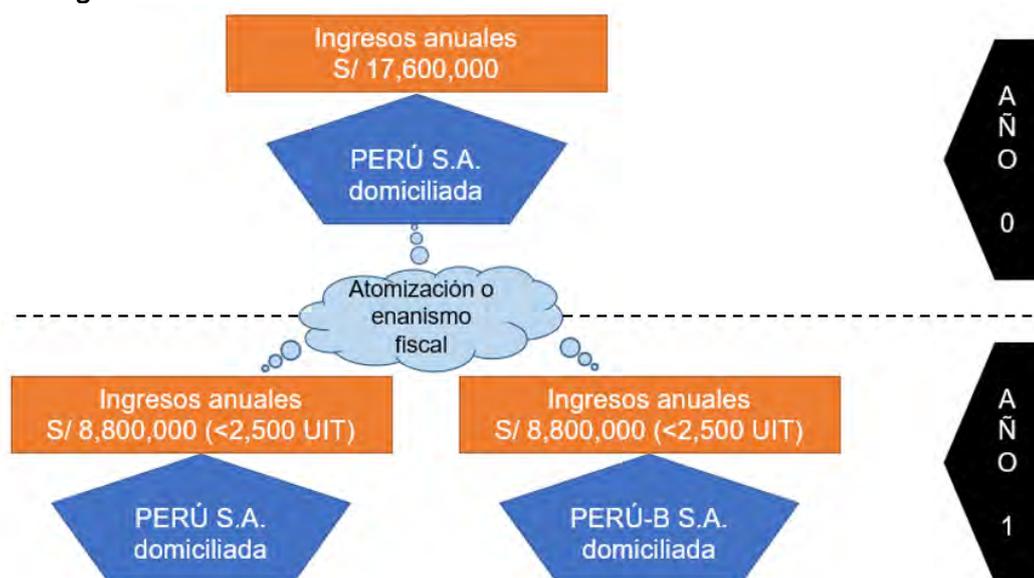
La figura de la atomización, también llamada enanismo fiscal, se refiere a empresas que se incorporan a un régimen donde no están comprendidos para aprovechar fraudulentamente sus beneficios, o se incluyen en una categoría inferior a la que les corresponde (Collosa, 2019).

La nueva NAE exceptúa de cualquier límite en la deducción de gastos financieros a empresas con ingresos menores o iguales a 2,500 UIT. Por ende, las empresas con ingresos mayores a dicho umbral, que busquen el fenómeno BEPS, pueden atomizar sus ingresos para que la deducción de sus gastos financieros no tenga límite. La atomización puede darse a través de una reorganización empresarial por escisión, la repartición de ingresos entre subsidiarias para mantenerlos por debajo del umbral, entre otros.

Por lo señalado, los autores de la presente investigación formulamos una estructura elusiva en la que grupos empresariales tienen subsidiarias en el Perú con ingresos que superan el umbral de 2,500 UIT que distribuyen sus actividades con otras subsidiarias para mantener los ingresos individuales debajo del umbral de 2,500 UIT. La elusión se refleja en que los mismos ingresos ahora son facturados por más empresas sin alterar la marca del grupo frente a la sociedad. En el diseño de esta estructura no se considera el financiamiento a través del mercado de capitales.

En la Figura 16 se grafica la dinámica de esta estructura elusiva formulada por los autores.

Figura 16. Dinámica de la estructura 6



Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 20 se describen los elementos esenciales de esta estructura.

Tabla 20. Elementos esenciales de la estructura 6

Objetivo (fenómeno BEPS)	Reducir el pago del Impuesto a la Renta en el Perú mediante la deducción de gastos financieros sin límite al aprovechar la excepción a empresas con ingresos menores o iguales a 2,500 UIT.
Negocio anómalo	Atomización de ingresos hasta lograr niveles menores a 2,500 UIT entre las subsidiarias.
Negocio normal	Ingresos anuales mayores a 2,500 UIT.

Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 21 se muestra la aplicación de la estructura elusiva 6 frente a los indicadores de eficacia de la nueva NAE, utilizando el instrumento diseñado para este fin.

Tabla 21. Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 6

Indicador contenido en el inciso a) del artículo 37° de la LIR	Eficacia de la nueva NAE	
	Nula = 1 Total = 0	No aplica
Alcance – Deudas con vinculadas y terceros	1	
Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA	1	
Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT	1	
Excepción – Deuda por valores mobiliarios		X
Eficacia de la nueva NAE (Total = 0; Nula > 0)	3 = Nula	

Nota: Elaboración propia.

De acuerdo con la Tabla 21, la eficacia de la nueva NAE **es NULA** frente a la estructura elusiva denominada “Atomización de ingresos que superan el umbral de 2,500 UIT”.

La eficacia de los indicadores “Alcance – Deudas con vinculadas y terceros”, “Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA” y “Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT” es NULA pues permiten que la estructura elusiva consiga su objetivo de reducir el pago del Impuesto a la Renta en el Perú mediante la deducción de gastos financieros sin límite al aprovechar la excepción de empresas con ingresos menores o iguales a 2,500 UIT.

No se aplica la medición del indicador “Excepción – Deuda por valores mobiliarios” pues no se toma en cuenta en el diseño de la estructura elusiva.

La eficacia del indicador “Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT” es NULA porque permite que la estructura se aproveche de la excepción de empresas con ingresos menores o iguales a 2,500 UIT, permitiendo que la deducción de gastos financieros no tenga límite. A su vez, esto hace que la eficacia de los indicadores “Alcance – Deudas con vinculadas y terceros” y “Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA” sea NULA porque, a pesar de que el límite del ratio fijo alcanza a deudas entre partes vinculadas y terceros, no pueden limitar los gastos financieros luego de la atomización de ingresos.

Debido a que la nueva NAE **no es eficaz**, la consecuencia del negocio normal no se realiza, esto es, que la empresa con ingresos anuales mayores a 2,500 UIT se someta a los límites del ratio fijo. Por el contrario, luego de la atomización, las empresas del grupo deducen gastos financieros sin límite, dando lugar al fenómeno BEPS en mayor magnitud.

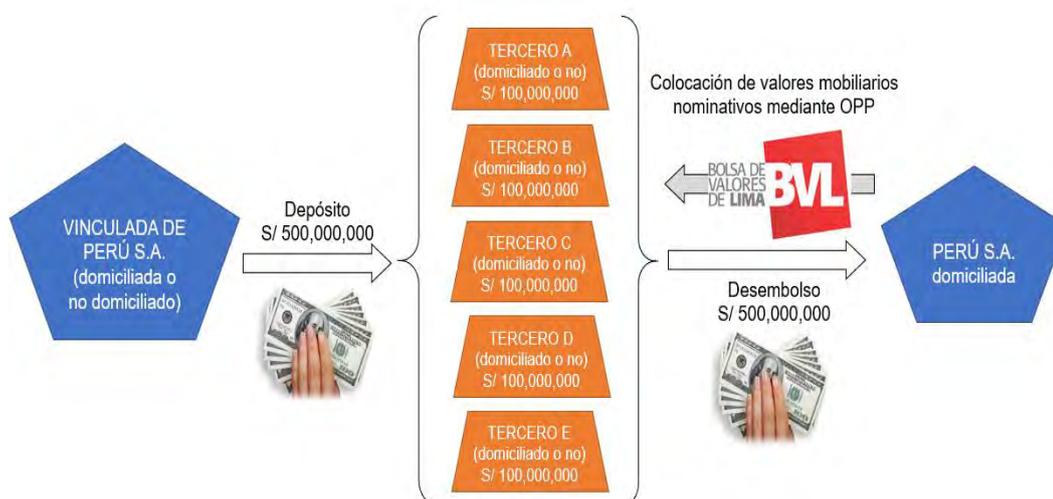
4.3.2. Estructura 7: Endeudamiento *back to back* a través del mercado de capitales

Esta estructura es una sofisticación de la estructura 1, que aprovecha la excepción del endeudamiento mediante valores representativos de deuda a través del mercado de capitales.

Los autores de la presente investigación hemos formulado una estructura elusiva que consiste en encubrir el financiamiento entre empresas vinculadas a través de la emisión de valores mobiliarios mediante una oferta pública primaria, con valores nominativos y colocado en 5 inversionistas no vinculados al emisor, domiciliados o no, los que previamente reciben, de las empresas vinculadas al emisor, el dinero para adquirir los valores emitidos. En el diseño de esta estructura no se toma en cuenta la excepción de ingresos netos menores o iguales a 2,500 UIT.

En la Figura 17 se grafica la dinámica de esta estructura elusiva formulada por los autores.

Figura 17. Dinámica de la estructura 7



Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 22 se describen los elementos esenciales de esta estructura elusiva.

Tabla 22. Elementos esenciales de la estructura 7

Objetivo (fenómeno BEPS)	Reducir el pago del Impuesto a la Renta en el Perú mediante la deducción gastos financieros al aprovechar la excepción de valores representativos de deuda emitidos en el mercado de capitales peruano.
Negocio anómalo	Colocación de valores mobiliarios en el mercado de capitales, bajo las condiciones de la nueva NAE, en 5 inversionistas no vinculados al emisor, los que son intermediarios de empresas vinculadas al emisor.
Negocio normal	Préstamo entre empresas vinculadas.

Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 23 se muestra la aplicación de la estructura elusiva 7 frente a los indicadores de eficacia de la nueva NAE, utilizando el instrumento diseñado para este fin.

Tabla 23. Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 7

Indicador contenido en el inciso a) del artículo 37° de la LIR	Eficacia de la nueva NAE	
	Nula = 1 Total = 0	No aplica
Alcance – Deudas con vinculadas y terceros	1	
Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA	1	
Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT		X
Excepción – Deuda por valores mobiliarios	1	
Eficacia de la nueva NAE (Total = 0; Nula > 0)	3 = Nula	

Nota: Elaboración propia.

De acuerdo con la Tabla 23, la eficacia de la nueva NAE **es NULA** frente a la estructura elusiva denominada “Endeudamiento *back to back* a través del mercado de capitales”.

La eficacia de los indicadores “Alcance – Deudas con vinculadas y terceros”, “Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA” y “Excepción – Deuda por valores mobiliarios” es NULA pues permiten que la estructura elusiva consiga su objetivo de reducir el pago del Impuesto a la Renta en el Perú mediante la deducción de gastos financieros al aprovechar la excepción de valores representativos de deuda emitidos en el mercado de capitales peruano.

No se aplica la medición del indicador “Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT” pues no es tomado en cuenta en el diseño de la estructura elusiva.

La eficacia del indicador “Excepción – Deuda por valores mobiliarios” es NULA porque permite que la estructura se aproveche de la excepción del mercado de capitales, permitiendo la deducción de gastos financieros sin ningún límite. Esto hace que la eficacia de los indicadores “Alcance – Deudas con vinculadas y terceros” y “Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA” sea NULA porque, a pesar de que el límite del ratio fijo alcanza a deudas entre partes vinculadas y terceros, no pueden limitar la deducción de gastos financieros derivados de una operación exceptuada.

Debido a que la nueva NAE **no es eficaz**, la consecuencia del negocio normal no se realiza, esto es la deducción de gastos financieros de deudas entre partes vinculadas limitados por la regla del ratio fijo. Al no estar sujeto a ningún límite, da lugar al fenómeno BEPS en mayor magnitud.

4.3.3. Estructura 8: Elección del año para deducir gastos financieros mediante el inciso a.4) del artículo 37° de la LIR

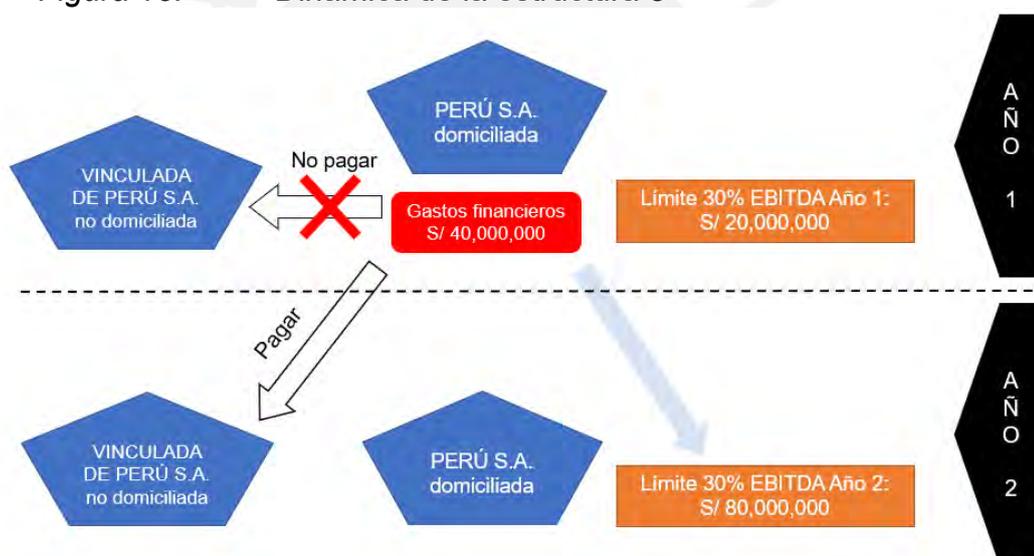
El inciso a.4) del artículo 37° de la LIR establece un requisito para la deducción de retribuciones por servicios a favor de beneficiarios no domiciliados. El requisito es que se realice el pago dentro del plazo para presentar la declaración jurada anual del Impuesto a la Renta. De no cumplir el requisito, la deducción se hará en el año en que efectivamente se pague la retribución, a pesar de estar provisionada en un año anterior.

Este requisito es aplicable para los gastos financieros regulados en el inciso a) del artículo 37° de la LIR. Aún quedan algunas zonas grises sobre la aplicación conjunta de ambos incisos para este tipo de gastos, no obstante, para los fines de la presente investigación, y por resultar menos complicada, asumimos que los gastos se sujetan a los límites de la nueva NAE recién en el año que se cumple el requisito, y no en el año de provisión.

Ante lo señalado, los autores de la presente investigación formulamos una estructura elusiva que consiste en no pagar intencionalmente los gastos financieros derivados de deudas entre empresas vinculadas en el año que no sea conveniente deducirlos por tener un reducido margen de deducción por reportar un EBITDA disminuido.

Así, el pago de estos gastos financieros se retrasa intencionalmente para someterse a las reglas de deducción en el año con mejores márgenes de deducción. En el diseño de esta estructura no se toma en cuenta ni el mercado de capitales ni la excepción de ingresos menores o iguales a 2,500 UIT. En la Figura 18 se grafica la dinámica de esta estructura elusiva formulada por los autores.

Figura 18. Dinámica de la estructura 8



Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 24 se describen los elementos esenciales de esta estructura elusiva.

Tabla 24. Elementos esenciales de la estructura 8

Objetivo (fenómeno BEPS)	Reducir el pago del Impuesto a la Renta en el Perú en el año más conveniente mediante la deducción de gastos financieros provenientes de deudas con empresas vinculadas no domiciliadas.
Negocio anómalo	Retrasar intencionalmente el pago de gastos financieros a empresas vinculadas no domiciliadas.

Negocio normal	Deducción de gastos financieros en el año de su provisión (devengamiento) o en el que, por motivos no fiscales, se paga.
----------------	--

Nota: Elaboración propia.

En la Tabla 25 se muestra la aplicación de la estructura elusiva 8 frente a los indicadores de eficacia de la nueva NAE, utilizando el instrumento diseñado para este fin.

Tabla 25. Eficacia de la nueva NAE frente a la estructura 8

Indicador contenido en el inciso a) del artículo 37° de la LIR	Eficacia de la nueva NAE	
	Nula = 1 Total = 0	No aplica
Alcance – Deudas con vinculadas y terceros	1	
Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA	1	
Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT		X
Excepción – Deuda por valores mobiliarios		X
Eficacia de la nueva NAE (Total = 0; Nula > 0)	2 = Nula	

Nota: Elaboración propia.

De acuerdo con la Tabla 25, la eficacia de la nueva NAE **es NULA** frente a la estructura elusiva denominada “Elección del año para deducir gastos financieros mediante el inciso a.4) del artículo 37° de la LIR”.

La eficacia de los indicadores “Alcance – Deudas con vinculadas y terceros” y “Límite – Ratio fijo basado en el EBITDA” es NULA pues permiten que la estructura elusiva consiga su objetivo de reducir el pago del Impuesto a la Renta en el Perú en el año más conveniente mediante la deducción de gastos financieros provenientes de deudas con empresas vinculadas no domiciliadas. Esto a pesar de que el límite del ratio fijo alcanza a deudas entre partes vinculadas, pues recién sería aplicable en el año que la empresa decida, por conveniencia, aprovechar un requisito formal de la LIR.

No se aplica la medición de los indicadores “Excepción – Ingresos netos \leq 2,500 UIT” y “Excepción – Deuda por valores mobiliarios” pues no son tomados en cuenta en el diseño de la estructura elusiva.

Debido a que la nueva NAE **no es eficaz**, la consecuencia del negocio normal no se realiza, esto es, que se deduzcan los gastos financieros, limitados por la regla del ratio fijo, en el año de su provisión o en el que, por motivos no fiscales, se paguen. Al poder elegir el año de deducción por conveniencia, da lugar al fenómeno BEPS en mayor magnitud.

4.4. Resultados generales

Los resultados generales obtenidos de la medición de la eficacia de la nueva NAE ante cada una de las estructuras seleccionadas en la muestra de la presente investigación evidencian que la norma no evita la aplicación de estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros para lograr el fenómeno BEPS, según se muestra en la Tabla 26.

Tabla 26. Resultados generales de la eficacia de la nueva NAE

Eficacia frente a:	Eficacia de la nueva NAE	
	Nula	Total
Estructuras contenidas en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424		
ESTRUCTURA 1 (Tabla 7)		TOTAL
ESTRUCTURA 2 (Tabla 9)	NULA	
Estructuras identificadas en otros trabajos realizados a nivel nacional e internacional		
ESTRUCTURA 3A (Tabla 11)	NULA	
ESTRUCTURA 3B (Tabla 13)	NULA	
ESTRUCTURA 3C (Tabla 15)	NULA	
ESTRUCTURA 4 (Tabla 17)	NULA	
ESTRUCTURA 5 (Tabla 19)	NULA	
Estructuras formuladas por los autores		
ESTRUCTURA 6 (Tabla 21)	NULA	
ESTRUCTURA 7 (Tabla 23)	NULA	
ESTRUCTURA 8 (Tabla 25)	NULA	

Nota: Elaboración propia

Según se observa en la Tabla 26, la eficacia de la nueva NAE es **TOTAL** solo ante la Estructura 1, que pertenece a las “Estructuras contenidas en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424”. Este es un resultado razonable, pues se trata de una estructura elusiva identificada como un

problema de erosión por el legislador peruano que se solucionó con la modificación de la norma.

Ante la Estructura 2, que también forma parte de las “Estructuras contenidas en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424”, la eficacia de la nueva NAE es **NULA**, resultando incongruente que la norma propuesta no solucione los problemas de erosión generados por una estructura identificada por el propio legislador.

En la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424, el legislador señaló expresamente que “A fin de evitar que se erosione la base imponible del impuesto y se trasladen beneficios mediante el pago de intereses, se propone modificar el inciso a) del artículo 37 de la LIR de manera gradual [...]”⁴¹ (Poder Ejecutivo 2018b: 50). Sin embargo, la nueva NAE propuesta como modificación, vigente desde enero de 2021, **no es eficaz** ante una de las estructuras contenidas en la aludida exposición de motivos.

Seguidamente, tal como se aprecia en la Tabla 26, la eficacia de la nueva NAE es **NULA** frente a las estructuras elusivas 3A, 3B, 3C, 4 y 5, pertenecientes a las “Estructuras identificadas en otros trabajos realizados a nivel nacional e internacional”, y frente a las estructuras elusivas 6, 7 y 8, todas “Estructuras formuladas por los autores”.

Frente a la afirmación del legislador peruano referida a que la propuesta normativa, que derivó en la nueva NAE, iba a evitar el fenómeno BEPS ocasionado por la aplicación de estructuras elusivas que aprovechen la deducción de gastos financieros, la presente investigación evidencia que la modificatoria de la norma no evita el objetivo erosivo ni de las estructuras identificadas por el propio legislador, ni de aquellas no identificadas en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424. Esto se refleja en la aplicación de las estructuras identificadas en otros trabajos realizados y las formuladas por los autores.

⁴¹ La confianza del legislador en esta nueva NAE se reflejó en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424, específicamente en la proyección de S/ 3,988 millones como recaudación adicional del año 2021 por Impuesto a la Renta (2018: 54, cuadro 3).

Si bien los resultados de la presente investigación demuestran que la nueva NAE **no es eficaz** frente a estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros, la OCDE ya consideraba complicado que un país, por sí solo, pueda luchar eficazmente contra el fenómeno BEPS (2013: 54). Dicho organismo advirtió que hay estructuras cuyo fin es eludir la aplicación de normas antielusivas (2013: 52), lo que se aprecia, por ejemplo, en las estructuras 3A, 6 y 7 de la muestra analizada respecto de la nueva NAE. Ramos agrega que una norma mejorada también ofrece oportunidades de elusión (2015: 386), tal como se observa, por ejemplo, en las estructuras 4, 5 y 8 previamente analizadas.

La lucha contra el fenómeno BEPS no es sencilla, sobre todo si partimos del hecho que una estructura elusiva respeta la literalidad de una norma, pero vulnera su espíritu, lo que, de por sí, es complicado de combatir con una NAE. Precisamente por ello, el legislador peruano no debió afirmar que la nueva NAE, vigente desde enero de 2021, iba a evitar el fenómeno BEPS derivado de estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros.

La elusión tributaria no solo pretende evitar el nacimiento de la obligación tributaria, sino que también puede buscar diferirla o disminuirla, pudiendo ser este su único propósito (Bravo 2018: 155). Por ello, ante estructuras elusivas como la estructura 2, aunque parezca que la deducción de gastos financieros encuentra un tope en el límite del ratio fijo basado en el EBITDA, el solo hecho de que una parte se consiga deducir, ya implica conseguir la erosión al evitar el pago del Impuesto a la Renta por esa parte deducible. Incluso, en casos como las estructuras 5 y 6, donde se presume un EBITDA mayor, el límite del ratio fijo es más alto, lo que da lugar al fenómeno BEPS en mayor magnitud.

En algunos casos, como las modalidades de la estructura 3, puede que el legislador haya creído que estas no eran aplicables o accesibles en el Perú, pero no se puede ignorar el hecho que las estructuras elusivas se adaptan, y si un grupo empresarial ya no puede aplicar la estructura 1 ante

la nueva NAE, recurrirá a otros caminos como la emisión de instrumentos híbridos, consiguiendo así, erosionar la base imponible. Resulta llamativo que el legislador no haya tenido en cuenta esto, sobre todo si consideramos que la Acción 4 del Plan BEPS advierte el riesgo de erosión por híbridos, ante lo cual sugiere la implementación paralela de las recomendaciones de la Acción 2 de dicho plan, denominada “Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos” (OCDE 2015: 81).

En la misma línea, las estructuras 4 y 5, en principio, no eran aplicables en el Perú por no contar con un régimen de consolidación fiscal. Pero con una sencilla adaptación, como una fusión por absorción, se pueden lograr los objetivos de dichas estructuras en nuestro país, ya que la nueva NAE no es eficaz ante esta adaptación.

Las estructuras elusivas también evolucionan, generalmente con mucha mayor velocidad que los ordenamientos jurídicos. La sofisticación es uno de los rasgos principales de estas operaciones, por ello, una NAE no puede dejar de considerar este hecho, sino, ocurre lo mostrado en el análisis de la estructura 7 y 8, ambas formuladas por los autores aprovechando el propio texto de la nueva NAE y la LIR.

En ese sentido, si se quiere luchar contra el fenómeno BEPS de forma frontal, la normatividad debe estar en constante actualización en base al análisis del entorno empresarial y su evolución. Ramos coincide en ello, y considera que los estados deben monitorear y supervisar el contexto económico y su desarrollo, manteniendo una constante actitud innovadora para que los ordenamientos controlen el cumplimiento tributario y no se vean sobrepasados por las nuevas tendencias en estrategia fiscal (2015: 387). En casos muy particulares, la propia Acción 4 recomienda incluir reglas específicas que apunten a riesgos específicos (OCDE 2015: 71).

Más allá de las posibilidades de mejora de la nueva NAE, la lucha frontal contra el fenómeno BEPS requiere bastante dedicación para que una NAE no sea superada por la sofisticación fiscal. Por ello, este combate se debe

complementar con otras medidas pasivas que desalienten la formulación de estructuras elusivas en búsqueda de la erosión fiscal.

Esta reflexión se apoya en el hecho de que la reputación de una empresa se arriesga si se hace público⁴² un intento por lograr el fenómeno BEPS. Las consecuencias de esta realidad son dos. Una es que se trate de ocultar mejor las planificaciones agresivas, y la otra es la adaptación de la empresa hacia una gestión de dialogo con los *stakeholders* de la empresa.

En el caso del gobierno como *stakeholder*, el mejor diálogo se traduce en una planificación tributaria alejada del fenómeno BEPS por parte de la empresa, y por parte del gobierno, en una regulación gubernamental apropiada que aliente a las empresas a buscar la creación de valor compartido. Una regulación que potencie este concepto fija metas y estimula la innovación, resalta el propósito social y crea un campo de juego parejo para alentar a que las empresas inviertan en valor compartido en vez de maximizar sus utilidades de corto plazo a costa de las necesidades de la sociedad (Porter y Kramer 2011: 14).

Un cambio de enfoque imperativo sancionador hacia uno más proactivo que motive el bienestar de los *stakeholders* puede resultar provechoso para el gobierno, y permitiría la integración social y económica en detrimento de la agresividad en las planificaciones tributarias de las empresas. Se podría mejorar la nueva NAE ofreciendo incentivos temporales en los casos que se acredite la creación de valor compartido con otros *stakeholders* del entorno, como proveedores o miembros de la comunidad. No obstante, esto sería materia de otra investigación.

⁴² Las propias normas contables exigen provisionar y revelar potenciales contingencias tributarias. Por el lado de los US GAAP, la *FASB Interpretation No. 48*, o FIN 48, fijan las normas para reconocer y medir una postura fiscal asumida o que se espera asumir, debiendo determinar si es probable que sea aceptada o no en una examinación con pleno conocimiento de toda la información (Financial Accounting Foundation, 2006). Por otro lado, la CINIIF 23 señala que si una empresa concluye que es probable que la autoridad fiscal no acepte una postura tributaria, deberá reflejar el efecto de la incertidumbre bajo el supuesto de que la inspección de dicha postura se hará con total conocimiento de la información asociada (IFRS Foundation, 2017).

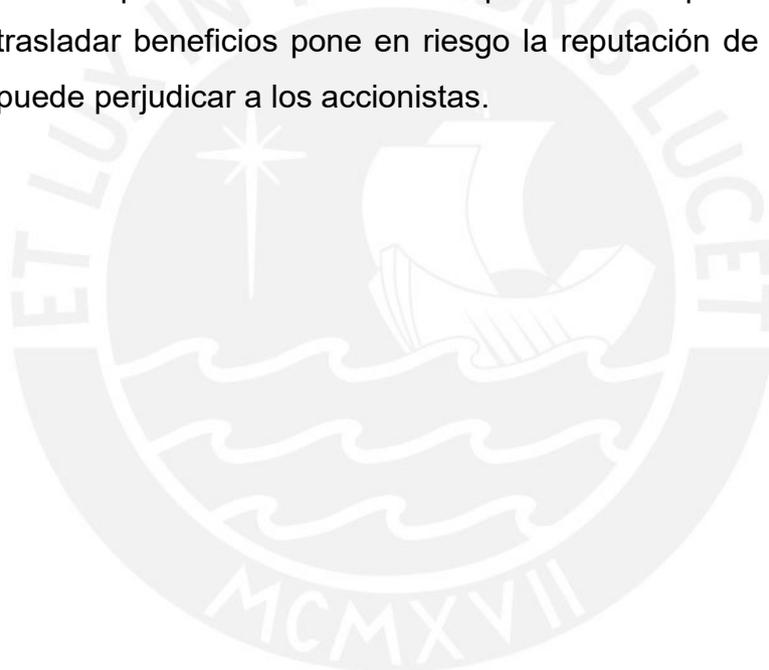
Finalmente, el Comité Consultivo Empresarial e Industrial de la OCDE (*Business and Industry Advisory Committee*, conocido como BIAC, por sus siglas en inglés) opina que no queda clara la articulación de las recomendaciones de la Acción 4 con el fenómeno BEPS, pues limitará la deducción de gastos financieros a una gran cantidad de empresas tributariamente no agresivas (BIAC 2015: 5). Incluso la subcapitalización es un problema que no siempre significa erosión de la base imponible, pues en muchas ocasiones el eventual ahorro fiscal es tan pequeño que no tiene la suficiente magnitud para influir o determinar la política financiera de una empresa o grupo empresarial (Gutiérrez 2016: 1425).

Por ello, más allá de las estrategias activas y pasivas para luchar contra el fenómeno BEPS, no se debe pasar por alto el hecho de que es muy probable que se consiga la recaudación estimada de S/ 651 millones (Poder Ejecutivo 2020: 9), pero no porque la nueva NAE evite la aplicación de estructuras elusivas, sino porque el límite va a perjudicar a empresas que no buscan el fenómeno BEPS y que, actualmente, sufren una crisis económica ocasionada por la pandemia del coronavirus. Es decir, esta recaudación adicional no corresponderá completamente a una recuperación del incumplimiento tributario.

CONCLUSIONES

- A pesar del convencimiento del legislador peruano, la norma antielusiva específica del inciso a) del artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta, vigente desde enero de 2021, no evita la aplicación de estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros que tienen como objetivo la erosión de la base imponible del impuesto y el traslado de beneficios.
- De las dos estructuras elusivas identificadas por el legislador en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424, la norma antielusiva específica del inciso a) del artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta, vigente desde enero de 2021, solo es eficaz para evitar una de ellas: el endeudamiento *back to back*.
- La norma antielusiva específica del inciso a) del artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta no es eficaz para evitar ninguna de las estructuras seleccionadas en las muestras “Estructuras identificadas en otros trabajos realizados a nivel nacional e internacional” y “Estructuras formuladas por los autores”.
- Las estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros pueden erosionar la base imponible del Impuesto a la Renta y trasladar beneficios eludiendo la aplicación de la norma antielusiva específica del inciso a) del artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta, adaptándose a esta, o aprovechando las oportunidades que la propia norma ofrece.
- La erosión de la base imponible del Impuesto a la Renta y el traslado de beneficios también se logra cuando la norma antielusiva específica del inciso a) del artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta limita la deducción de gastos financieros de las operaciones contenidas en estructuras elusivas que aprovechan estos gastos, pues su objetivo puede ser solo reducir el pago del impuesto y trasladar los beneficios solo por la deducción aceptada.

- La recaudación adicional que se consiga como consecuencia de la entrada en vigor de la norma antielusiva específica del inciso a) del artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta, no corresponderá únicamente a la deducción no aceptada de gastos financieros provenientes de la aplicación de estructuras elusivas que aprovechan estos gastos, sino también a gastos financieros de empresas tributariamente no agresivas que se perjudicaron con la nueva norma en un contexto actual de crisis económica debido a la pandemia del coronavirus.
- Una planificación tributaria agresiva que contemple estructuras elusivas para erosionar la base imponible del Impuesto a la Renta y trasladar beneficios pone en riesgo la reputación de la empresa y puede perjudicar a los accionistas.



RECOMENDACIONES

- Reevaluar el texto de la norma antielusiva específica del inciso a) del artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta, vigente desde enero de 2021, a fin de reducir al mínimo la aplicación de estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros que tienen como objetivo la erosión de la base imponible del impuesto y el traslado de beneficios, sin perjudicar los gastos financieros de empresas que legítimamente tienen derecho a su deducción. Para ello, se deberían evaluar los indicadores de eficacia que la nueva norma tendría para evitar estructuras elusivas identificadas en el Perú, otras identificadas a nivel internacional que puedan adaptarse a la regulación peruana, y otras que el legislador podría formular antes de modificar la norma.
- Actualizar constantemente la norma antielusiva específica del inciso a) del artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta acorde con la evolución del entorno empresarial. Para ello, se debe monitorear y supervisar activamente el comportamiento de las empresas y su actitud innovadora para lograr la erosión de la base imponible del Impuesto a la Renta y trasladar beneficios.
- Considerar la implementación de la recomendación de la Acción 4 del Plan BEPS de la OCDE referida a varias reglas específicas que eviten riesgos específicos derivados de estructuras elusivas que aprovechan la deducción de gastos financieros de modo particular para erosionar la base imponible del impuesto y el traslado de beneficios. Un ejemplo claro de esto puede ser la regulación de las operaciones en las que medien instrumentos financieros híbridos, a efectos de desconocer la deducción del gasto financiero y gravarlo como distribución de utilidades cuando se verifique que en la contraparte su tratamiento tributario fue como dividendo.
- Complementar la lucha frontal de la norma antielusiva específica del inciso a) del artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta con otras

medidas pasivas que desalienten la agresividad tributaria en las empresas, motivándolas a alejar sus planificaciones tributarias de la erosión de la base imponible del impuesto y el traslado de beneficios. Para ello, se puede implementar una regulación que potencie y estimule la inversión en la creación de valor compartido en vez de maximizar utilidades de corto plazo a costa de las necesidades de los *stakeholders* de la empresa. Un ejemplo puede ser exceptuar el financiamiento destinado a potenciar proveedores de la empresa que se ubican en la misma comunidad que la empresa, o destinado a la conservación voluntaria del medio ambiente, entre otros.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVA MATTEUCCI, Mario
2018 “Consideraciones previas de aplicación para la Cláusula Antielusiva General”. *Revista del IPDT – XIV Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima, número 65, pp. 119-149.
- BIAC
2015 *BEPS Position Paper*. s/l. Consulta: 15 de enero de 2021.
<https://biac.org/wp-content/uploads/2015/06/2015-06-BEPS-Position-Paper1.pdf>
- BRAVO, David
2018 “Simulación, elusión y Norma XVI”. *Revista del IPDT – XIV Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima, número 65, pp. 151-164.
- BRAVO, Jorge
2003 “La renta como materia imponible en el caso de actividades empresariales y su relación con la contabilidad”. *Cuadernos Tributarios – VII Jornadas Nacionales de Tributación*. Lima, número 28, pp. 63-72. Consulta: 5 de enero de 2021.
https://ifaperu.org/wp-content/uploads/2020/07/8_03_ct28_jabc.pdf
- CARBAJO, Domingo
2016 “El nuevo orden fiscal internacional tras la BEPS y su Plan de Acción”. *Manual de Fiscalidad Internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, pp. 1699-1720.
- CHICO, Pablo y HERRERA, Pedro
2016 “Cláusulas generales antiabuso y la fiscalidad internacional (una perspectiva europea)”. *Manual de Fiscalidad Internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, pp. 1331-1345.
- CHU DEL ÁGUILA, Iván
2018 “Sobre la necesidad de que el Perú cuente con una CAG en su derecho positivo”. *Revista del IPDT – XIV Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima, número 65, pp. 211-238.
- CHUMACERO, Renzo
2018 “Tras la búsqueda de una sana convivencia: Normas Antielusivas Generales y Específicas en el derecho tributario peruano”. *Revista del IPDT – XIV Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima, número 65, pp. 239-264.

- COLLADO, Miguel Ángel y PATÓN, Gemma
2016 “Las fuentes del Derecho Tributario Internacional”. *Manual de Fiscalidad Internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, pp. 79-108.
- COLLOSA, Alfredo
2019 *Administración Tributaria de los pequeños contribuyentes – algunas reflexiones del tema*. s/l. Consulta: 17 de enero de 2021.
<https://www.ciat.org/administracion-tributaria-de-los-pequenos-contribuyentes-algunas-reflexiones-del-tema/>
- COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES
2004 *Decisión 578*. Régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal. Lima, 4 de mayo. Consulta: 9 de enero de 2021.
<http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC578.pdf>
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA
1996 *Ley 26702*. Texto concordado de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Lima, 6 de diciembre. Consulta: 10 de enero de 2021.
https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/LEY_GENERAL_SISTEMA_FINANCIERO/20190201_Ley-26702.pdf
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA
1997 *Ley 26887*. Ley General de Sociedades. Lima, 5 de diciembre. Consulta: 10 de enero de 2021.
<https://www.smv.gob.pe/sil/LEY0000199726887001.pdf>
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA
2000a *Ley 27287*. Ley de Títulos Valores. Lima, 17 de junio. Consulta: 10 de enero de 2021.
<https://www.smv.gob.pe/sil/LEY0000200027287001.doc#:~:text=LEY%20N%C2%BA%2027287&text=1.1.,les%20correspond%20seg%C3%BAn%20su%20naturaleza>
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA
2000b *Ley 27356*. Ley que modifica el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N°054-99-EF. Lima, 17 de octubre.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA
2000c *Dictamen de la Comisión de Economía*. Proponen Ley que modifica la Ley del Impuesto a la Renta. Lima, 12 de octubre.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2020 *Ley 31084. Ley de Presupuesto del sector público para el año fiscal 2021. Lima, 4 de diciembre. Consulta: 2 de enero de 2021.*

https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=2327&Itemid=101878&lang=es

DEL POZO, José

2018 “¿Es necesario delimitar el alcance de las CAG? Conclusiones a partir de la RTF No. 10923-8-2011”. *Revista del IPDT – XIV Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima, número 65, pp. 289-309.

DUNIN BORKOWSKI, Katarzyna

2019 *¿Debe mantenerse la norma de subcapitalización en la Ley del Impuesto a la Renta peruana?*. Tesis de maestría en Investigación Jurídica. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. Consulta: 21 de enero de 2021.

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/14625/DUNIN_BORKOWSKI_GOLUCHOWSKA_KATARZYNA_MARIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

DURÁN, Luis y NINA, Paul

2018 “Relación entre las normas peruanas sobre Precios de Transferencia y la Cláusula Antielusiva General”. *Revista del IPDT – XIV Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima, número 65, pp. 311-339.

ESQUIVES, Ramón

2012 “Tratamiento de la Ley del Impuesto a la Renta respecto a las operaciones de financiamiento. Algunas propuestas para su desarrollo”. *Revista del IPDT*. Lima, número 52, pp. 73-94.

EUROPEAN COMMISSION

2017 *Taxation Papers Working Paper No 71 – 2017. Aggressive tax planning indicators. Final Report*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union. Consulta: 13 de enero de 2021.

https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/taxation_papers_71_atp_.pdf

FERRERAS, Jorge y SERRANO, Carlos

2016 “Proyecto BEPS”. *Manual de Fiscalidad Internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, pp. 371-428.

FINANCIAL ACCOUNTING FOUNDATION

2006 *FASB Interpretation No. 48. Accounting for Uncertainty in Income Taxes an interpretation of FASB Statement No. 109. s/l, junio. Consulta: 15 de enero de 2021.*

https://www.fasb.org/jsp/FASB/Document_C/DocumentPage?cid=1175801627860&acceptedDisclaimer=true

- GAMBA, César
2018 “Apuntes para determinar la ‘naturaleza’ de la potestad de la SUNAT para combatir ‘los supuestos de elusión de normas tributarias’ establecida en la Norma XVI del Código Tributario”. *Revista del IPDT – XIV Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima, número 65, pp. 353-367.
- GRANADO, Ignacio
2016 “La Limitación en la Deducibilidad de los Gastos Financieros en el Impuesto Sobre Sociedades: La Experiencia Española”. *Revista de Administración Tributaria CIAT/AEAT/IEF*. s/l, número 40, pp. 93-128. Consulta: 17 de enero de 2021.
https://www.ciat.org/Biblioteca/Revista/Revista_40/Espanol/2016_Rev40_ebook_es.pdf
- GUTIÉRREZ, Manuel
2016 “Las medidas antiabuso en la normativa doméstica: La Subcapitalización”. *Manual de Fiscalidad Internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, pp. 1405-1441.
- HERNÁNDEZ, Roberto, FÉRNANDEZ, Carlos y BAPTISTA María
2014 *Metodología de la Investigación*. Sexta edición. México: McGraw-Hill Education.
- IANNACONE, Felipe
2018 “Deber probatorio para la coexistencia de Cláusulas Antiabuso Específicas del derecho interno y la CAG”. *Revista del IPDT – XIV Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima, número 65, pp. 381-410.
- IFRS Foundation
2007 *Norma Internacional de Contabilidad 23*. Costos por Préstamos. s/l, marzo. Consulta: 10 de enero de 2021.
https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_public/con_nor_co/vigentes/nic/SpanishRedBV2019_NIC23_GVT.pdf
- IFRS Foundation
2011 *Norma Internacional de Información Financiera 10*. Estados Financieros Consolidados. s/l, mayo. Consulta: 12 de enero de 2021.
https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_public/con_nor_co/niif/SpanishRed2020_IFRS10_GVT.pdf
- IFRS Foundation
2017 *CINIIF 23*. La Incertidumbre frente a los Tratamientos del Impuesto a las Ganancias. s/l, mayo. Consulta: 15 de enero de 2021.
https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_public/con_nor_co/ciniif/SpanishRed2020_IFRIC23_GVT.pdf

- MALHERBE, Jacques y Zuzunaga, Fernando
2018 “La Cláusula Antielusiva General en el ordenamiento jurídico peruano”. *Revista del IPDT – XIV Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima, número 65, pp. 15-116.
- MEDRANO, Humberto
1990 “En torno al concepto y la clasificación de los tributos en el Perú”. *Revista del IPDT*. Lima, número 18, pp. 37-50.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (MEF)
1994 *Decreto Supremo 122-94-EF*. Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta. Lima, 21 de setiembre.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (MEF)
2004 *Decreto Supremo 179-2004-EF*. Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta. Lima, 8 de diciembre.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (MEF)
2007 *Decreto Supremo N° 219-2007-EF*. Se modifica el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta. Lima, 30 de diciembre. Consulta: 10 de enero de 2021.
<https://www.mef.gob.pe/es/por-instrumento/decreto-supremo/1114-d-s-n-219-2007-ef/file>
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (MEF)
2020 *Marco Macroeconómico Multianual 2021-2024*. Lima. Consulta: 1 de enero de 2021.
https://www.mef.gob.pe/pol_econ/marco_macro/MMM_2021_2024.pdf
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (MEF)
2021 *Conoce los conceptos Básicos para comprender la economía del país*. Lima. Consulta: 4 de enero de 2021.
<https://www.mef.gob.pe/en/component/content/article?id=61:conoce-los-conceptos-basicos-para-comprender-la-economia-del-pais>
- MOREANO, Carlos
2018 “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la Cláusula Antielusiva General y la sancionabilidad de los actos elusivos”. *Revista del IPDT – XIV Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima, número 65, pp. 511-549.
- MUR, Miguel
2018 “Cláusula General Antielusiva Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario”. *Revista del IPDT – XIV Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima, número 65, pp. 579-610.

- NÚÑEZ, Fernando
2010 “Instrumentos Financieros Híbridos”. *Revista del IPDT*. Lima, número 49, pp. 161-180.
- OCDE
2013 *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. s/l: Éditions OCDE. Consulta: 2 de enero de 2021.
<https://dx.doi.org/10.1787/9789264201224-es>
- OCDE
2015 *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing. Consulta: 2 de enero de 2021.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>
- OCDE
2019a *Action 11 BEPS data analysis*. s/l. Consulta: 01 de enero de 2021.
<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action11/>
- OCDE
2019b *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio: Versión Abreviada 2017*. Paris/Madrid: OECD Publishing/Instituto de Estudios Fiscales. Consulta: 2 de enero de 2021.
<https://doi.org/10.1787/765324dd-es>
- OCDE
2019c *Bitesize BEPS*. s/l. Consulta: 21 de enero de 2021.
<https://www.oecd.org/tax/beps/bitesize-beps/>
- OCDE
2020 *Revenue Statistics in Latin America and the Caribbean 2020*. Paris: OECD Publishing. Consulta: 2 de enero de 2021.
<https://doi.org/10.1787/68739b9b-en-es>
- PFLÜCKER, Eduardo
2018 “La Cláusula Antielusiva General contenida en la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario: Una perspectiva constitucional”. *Revista del IPDT – XIV Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima, número 65, pp. 649-670.
- PODER EJECUTIVO
1984 *Decreto Legislativo No. 295*. Código Civil. Lima, 4 de julio. Consulta: 13 de enero de 2021.
<http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>

PODER EJECUTIVO

2018a *Decreto Legislativo N° 1424*. Decreto Legislativo que modifica la Ley del Impuesto a la Renta. Lima, 12 de setiembre. Consulta: 29 de diciembre de 2020.

<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-modifica-la-ley-del-impuesto-a-la-re-decreto-legislativo-n-1424-1691026-13/>

PODER EJECUTIVO

2018b *Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424*. Proyecto de Decreto Legislativo que modifica la Ley del Impuesto a la Renta. Lima. Consulta: 9 de enero de 2021.

https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Decretos/Legislativos/2018/DL142420180917.pdf

PODER EJECUTIVO

2020 *Exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 6810/2020-PE*. Ley que modifica a la Ley del Impuesto a la Renta. Lima. Consulta: 9 de enero de 2021.

https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL06810-20201215.pdf

PORTER, Michael y KRAMER, Mark

2011 “La creación de valor compartido”. *Harvard Business Review. América Latina*. s/l, número Enero-Febrero 2011, pp. 3-18.

RAMOS, Jesús

2015 “El Proyecto BEPS de la OCDE y el mito del fin de la Planificación Fiscal Internacional: Un enfoque crítico a propósito de los Final Reports 2015”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 45, pp. 375-396. Consulta: 29 de diciembre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15255/15723>

ROBBINS, Stephen y COULTER, Mary

2014 *Administración*. Décimo segunda edición. México: PEARSON.

ROGERS-GLABUSH, Julie

2015 *IBFD International Tax Glossary*. Séptima edición. s/l: European Taxation.

ROSS, Stephen, WESTERFIELD, Randolph y BRADFORD, Jordan

2018 *Fundamentos de Finanzas Corporativas*. Décimo primera edición. México: McGraw-Hill Interamericana Editores.

RUIZ DE CASTILLA, Francisco

2018 *Derecho tributario: temas básicos*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

- RUIZ DE CASTILLA, Francisco y ROBLES, Carmen
2013 “Constitucionalización de la definición del tributo”. *Derecho PUCP*. Lima, número 71, pp. 257-279. Consulta: 5 de enero de 2021.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8904/9309>
- SAFFIE, Francisco
2017 “Contra la elusión. Una revisión crítica del proyecto BEPS”. *Nueva Sociedad*. s/l, número 272, pp. 139-149. Consulta: 14 de enero de 2021.
https://storage.googleapis.com/nuso-webapp-production-files/media/articles/downloads/8._TC_Saffie_272.pdf
- SOTELO, Eduardo y VARGAS, Luis
1998 “En torno a la definición de tributo: un vistazo a sus elementos esenciales”. *Ius Et Veritas*. Lima, número 17, pp. 284-305. Consulta: 5 de enero de 2021.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15812/16244>
- SUNAT
2007 *Informe N° 032-2007-SUNAT/2B0000*. Lima. Consulta: 10 de enero de 2021.
<https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2007/oficios/i0322007.htm>
- SUNAT
2013 *Informe N° 72-2013-SUNAT/4B0000*. Lima. Consulta: 10 de enero de 2021.
<https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2013/informe-oficios/i072-2013.pdf>
- SUNAT
2018 *Informe N° 38-2018-SUNAT/1V3000*. Lima. Consulta: 1 de enero de 2021.
https://www.mef.gob.pe/contenidos/tributos/doc/incumplimiento_impuesto_renta.pdf
- SUNAT
2019a *Informe N° 033-2019-SUNAT/7T0000*. Lima. Consulta: 12 de enero de 2021.
<https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2019/informe-oficios/i033-2019-7T0000.pdf>

- SUNAT
2019b *Informe N° 130-2019-SUNAT/7T0000*. Lima. Consulta: 12 de enero de 2021.
<https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2019/informe-oficios/i130-2019-7T0000.pdf>
- SUNAT
2020a *¿Qué es la presión tributaria?*. Lima. Consulta: 4 de enero de 2021.
<https://cultura.sunat.gob.pe/noticias/que-es-la-presion-tributaria>
- SUNAT
2020b *¿Qué es la moral fiscal?*. Lima. Consulta: 4 de enero de 2021.
<https://cultura.sunat.gob.pe/noticias/que-es-la-moral-fiscal>
- SUNAT
2020c *Informe N° 059-2020-SUNAT/7T0000*. Lima. Consulta: 12 de enero de 2021.
<https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2020/informe-oficios/i059-2020-7T0000.pdf>
- SUNAT
2020d *Informe N° 080-2020-SUNAT/7T0000*. Lima. Consulta: 12 de enero de 2021.
<https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2020/informe-oficios/i080-2020-7T0000.pdf>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2004 *Exp. N°3303-2003-AA/TC*. Sentencia del Tribunal Constitucional. Lima, 28 de junio. Consulta: 5 de enero de 2021.
<https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/jurisprudencia/03303-2003-AA.html>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2007 *Exp. N°6089-2006-PA/TC*. Sentencia del Tribunal Constitucional. Lima, 17 de abril. Consulta: 5 de enero de 2021.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06089-2006-AA.pdf>
- TRIBUNAL FISCAL
2004 *N°06686-4-2004*. Resolución del Tribunal Fiscal. Lima, 8 de setiembre. Consulta: 13 de enero de 2021.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2004/4/2004_4_06686.pdf
- VALLEJO, José María y GUTIÉRREZ, Manuel
2016 *“Planificación Fiscal Internacional”*. *Manual de Fiscalidad Internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, pp. 1179-1204.

VEGA BORREGO, Félix

2016 “Las medidas antiabuso en los Convenios Bilaterales para evitar la Doble Imposición Internacional”. *Manual de Fiscalidad Internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, pp. 1443-1477.

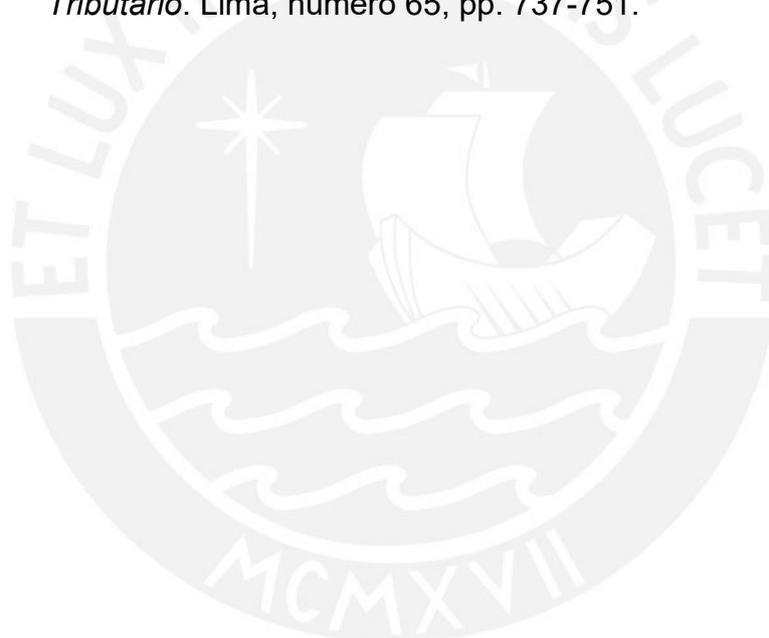
VILLANUEVA, Walker

2014 “Las Normas Antielusivas Específicas de la ley interna y su aplicación a nivel de tratado”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 43, pp. 435-447. Consulta: 29 de diciembre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12588/13145>

VILLANUEVA, Walker

2018 “Las Cláusulas Antielusivas Generales y Específicas en el ámbito de los Convenios para evitar la Doble Imposición”. *Revista del IPDT – XIV Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima, número 65, pp. 737-751.



ANEXOS

ANEXO 1: Las 15 acciones del Plan BEPS

- ACCIÓN 1: Abordar los retos de la economía digital para la imposición.
- ACCIÓN 2: Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos
- ACCIÓN 3: Refuerzo de la normativa sobre CFC (Compañías Foráneas Controladas)
- ACCIÓN 4: Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros
- ACCIÓN 5: Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia
- ACCIÓN 6: Impedir la utilización abusiva del convenio
- ACCIÓN 7: Impedir la elusión artificiosa del estatuto de establecimiento permanente
- ACCIONES 8, 9 y 10: Asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor
 - o ACCIÓN 8: Intangibles
 - o ACCIÓN 9: Riesgos y capital
 - o ACCIÓN 10: Otras transacciones de alto riesgo
- ACCIÓN 11: Establecer metodologías para la recopilación y el análisis de datos sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y sobre las acciones para enfrentarse a ella
- ACCIÓN 12: Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva
- ACCIÓN 13: Reexaminar la documentación sobre precios de transferencia
- ACCIÓN 14: Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias
- ACCIÓN 15: Desarrollar un instrumento multilateral

ANEXO 2: Solicitud de Acceso a la Información Pública a SUNAT

Con fecha 27 de noviembre del 2020, se envió a SUNAT la “Solicitud de Acceso a la Información Pública” registrada con formulario 5030 bajo el número 88025512, según se muestra a continuación:

SOLICITUD f5030	
Datos de la solicitud f5030 registrada.	
Dato	Valor
Número de Orden:	88025512.
Fecha de Ingreso:	27/11/2020 20:37:29.
Documento de Identidad:	72220829 - DOC. NACIONAL DE IDENTIDAD/LE .
Solicitante:	SICHEZ RODRIGUEZ CESAR AUGUSTO.
Dirección:	PARQUE SAN MARTIN 226 DPTO. 904.
Código Ubigeo:	150121 - LIMA / LIMA / PUEBLO LIBRE (MAGDALENA VIEJA).
Correo Electrónico:	CESARSICHEZ67@GMAIL.COM .
Teléfono Fijo:	1-6921102.
Teléfono Celular:	942667492.
Información Solicitada:	BUENAS NOCHES, POR MOTIVOS ACADÉMICOS (TESIS DE MAESTRÍA), SOLICITO LOS IMPORTES DECLARADOS EN LA "CASILLA 472 GASTOS FINANCIEROS" DE LA DDJJ ANUAL DEL IMPUESTO A LA RENTA DE TERCERA CATEGORÍA DE LOS EJERCICIOS 2016 AL 2019. DE SER POSIBLE, ESPERO QUE PUEDA DISTINGUIRSE POR TIPO DE CONTRIBUYENTE, PUEDE SER PRICOS/NO PRICOS, O POR UMBRALES DE INGRESOS POR UIT (EN ESPECIAL INGRESOS MAYORES A 2,500 UIT). MUCHAS GRACIAS..
Tema:	050 - ESTUDIOS ECONÓMICOS TRIBUTARIOS E INFORMACIÓN ESTADÍSTICA.
Forma de Entrega:	CORREO ELECTRÓNICO.
Nombre del Funcionario:	6927 - TORRES OCAMPO REYNALDO JOSE CARLOS.

Con fecha 7 de diciembre, la SUNAT respondió la solicitud mediante el siguiente correo:

Solicitud de Datos Número 88025512 Sunat

Meza Muedas William <WMEZA@sunat.gob.pe>
para CESARSICHEZ67@GMAIL.COM, Jara, Sanchez, Torres, Lomparte, Torres

7 dic. 2020 08:24

Estimado(a) señor(a)(ita):
Sichez Rodriguez César Augusto

Referencia: Formulario 5030 N° 88025512

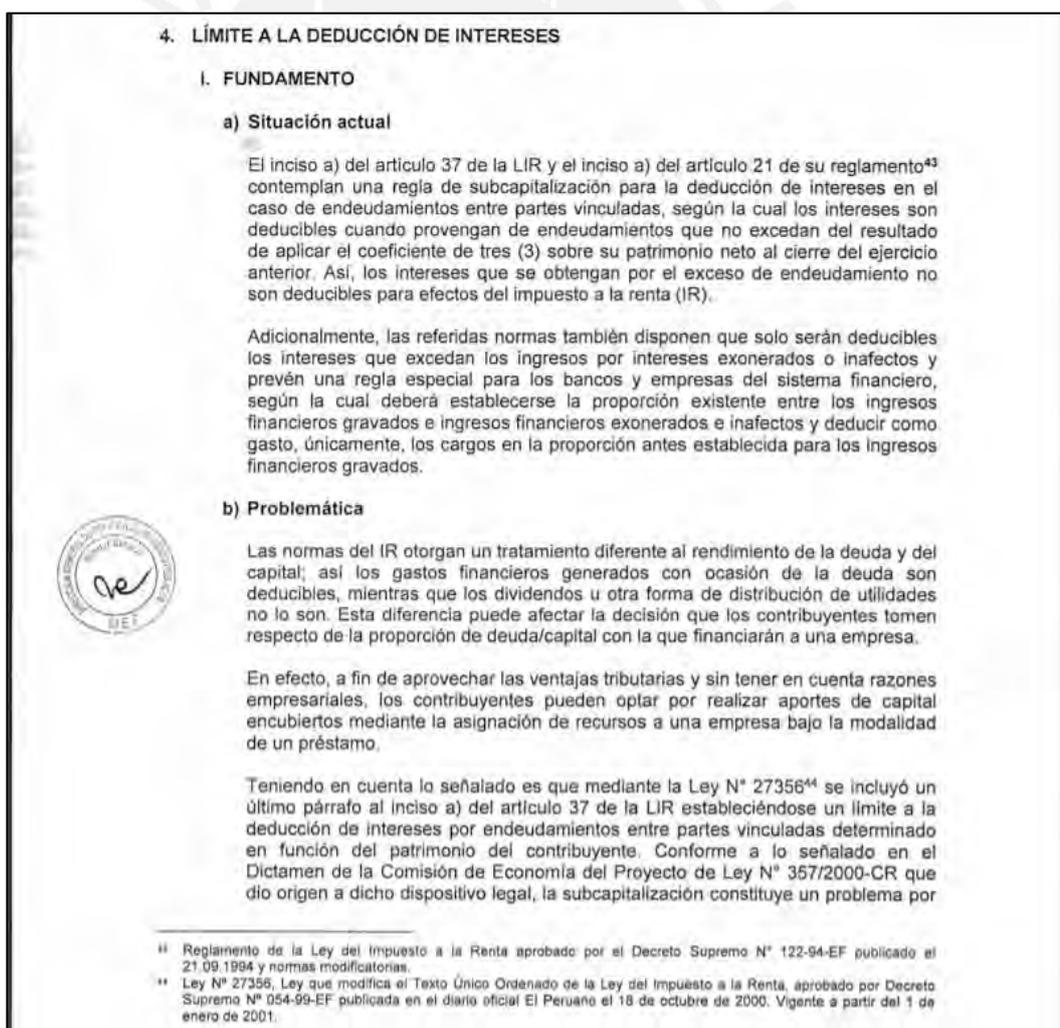
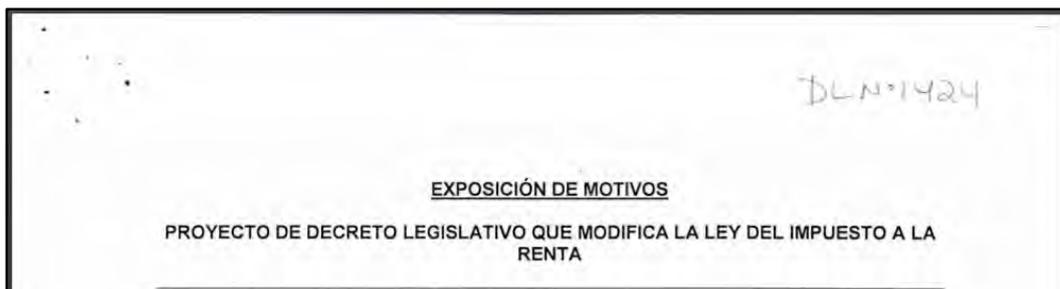
En atención a la solicitud de la referencia, en la cual solicita información relacionada a los importes declarados en la casilla 472 "gastos financieros" de la declaración jurada anual del impuesto a la renta de tercera categoría de los ejercicios 2016 al 2019, le indicamos lo siguiente:

- Se adjunta al presente el Cuadro 1 el cual contiene la información estadística de los gastos financieros consignados en las declaraciones juradas anuales del impuesto a la renta de tercera categoría de los ejercicios 2016 al 2019. Para comprender mejor el tipo de información que se reporta, se debe tener en cuenta las precisiones indicadas en las notas al final de dicho cuadro.
- La información indicada es la que se tiene disponible al momento de recibir su solicitud. En ese sentido, es necesario manifestar que el Artículo 13° de la Ley N° 27806 – Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, indica lo siguiente: "La solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido."

Por lo expuesto anteriormente, sirva el presente para brindar respuesta a su solicitud de información.

ANEXO 3: Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424

A lo largo del trabajo de investigación, se hace referencia a la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1424. A continuación, se presenta dicho documento, pero solo la parte referida al texto modificado del inciso a) del artículo 37° de la LIR, ya que dicho decreto modificó también otros artículos que no son de interés para el presente trabajo.



el que los contribuyentes optan por efectuar préstamos en lugar de aportes de capital por razones de índole tributaria:

"Otro problema es la subcapitalización de las empresas, la que se da cuando un inversionista decide invertir, pero en vez de hacerlo como un aporte de capital, decide prestar a la empresa, evitando de esta forma la imposición tributaria, este problema ha sido detectado, toda vez que se ha identificado que el nivel de pasivo vinculado es de 10 ó 20 veces mayor al capital inicial (...)"⁴⁵

A pesar de la incorporación de dicho límite en la 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 período 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.

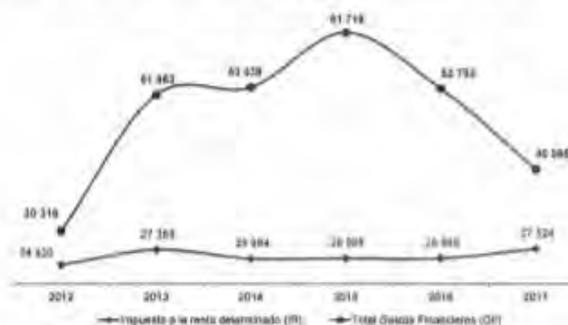
Cuadro N° 1
Contribuyentes que declaran gastos financieros*
2012 – 2017

Concepto	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Impuesto a la renta determinado (IR)	24 007 167 385	27 355 433 839	25 032 777 548	25 586 669 045	25 588 469 545	27 520 567 192
Total Gastos Financieros (GF)	30 336 354 501	31 803 414 434	33 007 060 511	31 719 175 203	32 782 780 388	40 056 315 992
GF/IR	1,22	1,90	2,04	2,33	2,63	1,46
Cantidad de Contribuyentes	119 530	125 146	131 160	131 607	131 504	132 190
Promedio de GF	253 626	411 138	464 214	366 641	401 654	303 319
Mediana de GF	1 529	1 625	1 338	4 189	4 238	1 433

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



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



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

⁴⁵ Quinto párrafo de la página 5 del Dictamen de la Comisión de Economía del Proyecto de Ley N° 387/2005-CR.

Además, conforme con la información proporcionada por la SUNAT se ha identificado una importante concentración en los gastos financieros reportados, siendo que el 60% de estos gastos se concentran en el 0,2% de un total de 131 504 contribuyentes; mientras que el 20% de los referidos gastos se focalizó en el 99% del total de contribuyentes.

Cabe señalar que en el 2016 las empresas con ingresos superiores a 2 500 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) que son principales contribuyentes (PRICOS) tuvieron una elevada concentración de gastos financieros equivalente al 98% del total de gastos declarados. Asimismo, los PRICOS representaron alrededor del 75% de los ingresos y el 78% de los gastos financieros del total de contribuyentes del régimen general, es decir, más de la tercera parte de los gastos financieros e ingresos están altamente concentrados en el 10% de los contribuyentes del régimen general.

Cuadro N° 2
Ingresos, IR y gastos financieros por rango de ingresos del 2016
(millones de soles)

	N° Cont.	% Total	Ingresos	% Total	IR	% Total	Gastos Financieros	% Total
PRICOS	12 988	10%	779 320	75%	17 628	73%	41 197	76%
No. PRICOS	118 516	90%	261 561	25%	6 428	27%	11 598	22%
Total Régimen General	131 504		1 040 880		24 056		52 795	

Fuente: SUNAT

Ingresos UIT	N° PRICOS	Ingresos		IR		Gastos Financieros	
		Ingresos	% PRICOS	IR	% PRICOS	GF	% PRICOS
0 - 1700	5 521	16 693	2%	330	2%	529	1%
< 1700 - 2300	978	7 660	1%	143	1%	247	1%
< 2300 - 2500	239	2 263	0%	47	0%	165	0%
< 2500 - 3000	549	6 938	1%	116	1%	224	1%
< 3000 - 6000	1 405	21 780	3%	414	2%	903	2%
< 6000 - 7000	763	12 291	2%	230	2%	712	2%
> 7000	3 511	737 695	91%	16 484	92%	38 475	93%
Total PRICOS	12 988	779 320	100%	17 628	100%	41 197	100%

Fuente: SUNAT

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 vinculadas⁴⁸ tales como aquellos en los que se utiliza a un tercero como intermediario, lo que se denomina back to back. Por ejemplo, la empresa A efectúa un depósito a un tercero independiente a fin que este último financie con dichos fondos a una empresa vinculada de A.

Además de ello, conforme a la doctrina internacional⁴⁹ 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 a empresas con pérdidas.

Existen indicios de que estas formas de endeudamiento se vienen realizando en

⁴⁸ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sugiere que los límites a la deducción de intereses también se apliquen a partes independientes porque estas pueden ser entidades grandes mantenidas bajo estructuras de tenencia complejas que involucran fiduciarios o asociaciones, donde hay una serie de entidades bajo el control de los mismos inversionistas; casos en los que el nivel de erosión de la base y el riesgo de traslado de beneficios pueden ser similares a los generados por una estructura de grupo o de partes vinculadas.

⁴⁹ Informe del "Plan de Acción 4 - Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros Plan de acción 4 de la OCDE" (actualización de diciembre de 2016 - Marco Inicativo BEPS). En adelante, "Plan de Acción 4".

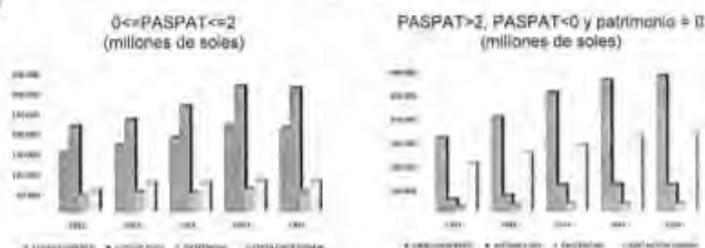
nuestro país, ya que empresas sin patrimonio o con bajas utilidades reciben préstamos desproporcionados. Nótese que actualmente, las normas del IR permiten la deducción de intereses de créditos provenientes de operaciones con sujetos ubicados en países o territorios de baja o nula imposición⁴⁸, lo que incrementa el riesgo de erosión de la base imponible del IR. Es más, la tasa de retención del IR en estos casos puede ascender a 4,00%, salvo que sea posible identificar que la operación se ha realizado entre partes vinculadas en cuyo caso la tasa ascendería a 30%.

La relación pasivo patrimonio (PASPAT) es un indicador del grado de endeudamiento que tiene una empresa respecto a su patrimonio. Al respecto, que una empresa se endeude varias veces su patrimonio significa que no tendría suficientes garantías para asumir el pago de la deuda por sí mismo.

Cabe agregar que las empresas se endeudan para adquirir activos productivos que contribuyan a la generación de renta. No obstante, del análisis realizado a una muestra de Principales Contribuyentes⁴⁹ se observa que las empresas con menor ratio de apalancamiento ($0 \leq \text{PASPAT} \leq 2$) registraron en promedio un incremento significativo de sus activos fijos, mientras que las empresas más endeudadas o sin patrimonio ($\text{PASPAT} > 2$, $\text{PASPAT} < 0$ y patrimonio = 0) evidenciaron un crecimiento importante solo de las cuentas por cobrar sin haber incrementado significativamente sus activos fijos.



Gráfico N° 2
Endeudamiento, activos fijos, existencias, cuentas por cobrar para PRICOS
2012 - 2016



FUENTE: SUNAF

El comportamiento observado en dichos contribuyentes indica que el endeudamiento está reduciendo la base imponible de IR, sin que esto se justifique con el incremento de activos productivos, lo que puede estar erosionando la base.

A fin de evitar estas prácticas, se ha visto en la legislación comparada que, a diferencia de Perú, países como España⁵⁰ y Colombia⁵¹ limitan la deducción de

⁴⁸ Cabe señalar que a partir del 1 de enero de 2019, entrará en vigencia el Decreto Legislativo N° 1361 mediante el que se modifican los artículos de la LIR que contienen la denominación "Países o Territorios de Baja o Nula Imposición", por el término "Países o Territorios No Cooperantes o de Baja o Nula Imposición", e incorpora el concepto de "Regímenes Fiscales Preferenciales".

⁴⁹ En adelante, PRICOS.

⁵⁰ El artículo 16 de la Ley 27/2014, Ley del Impuesto sobre Sociedades, establece que: "Los gastos financieros netos serán deducibles con el límite del 30 por ciento del beneficio operativo del ejercicio."

⁵¹ El artículo 118 del Estatuto Tributario Nacional de Colombia señala que (...) "los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios solo podrán deducir los intereses generados con ocasión de deudas, cuyo monto total promedio durante el correspondiente año gravable no excede el resultado de multiplicar por tres (3) el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior (...)."

intereses por endeudamientos de cualquier contribuyente, es decir, independientemente de si se trata de partes vinculadas o independientes.

Esta problemática de erosión de la base imponible y traslado de beneficios mediante el pago de intereses también ha sido analizada por la OCDE⁵² en el informe del Plan de Acción 4 en el que señalan que *"el uso de intereses por préstamos con partes vinculadas y no vinculadas es una de las técnicas más simples en la planificación fiscal internacional para trasladar beneficios. La fluidez y fungibilidad del dinero hace que sea relativamente simple ajustar la combinación de deuda y capital en una entidad controlada"*⁵³. Para tales efectos, entre otros, se recomienda lo siguiente:

- Incluir una regla de ratio fijo para limitar la deducibilidad de los intereses a un porcentaje del EBITDA⁵⁴ determinado sobre valores tributarios. El EBITDA debe ser calculado agregando a la renta gravable los gastos netos por intereses, la depreciación y la amortización (EBITDA).
- Permitir que los contribuyentes arrastren los intereses netos no deducidos en un ejercicio a ejercicios posteriores.
- Establecer un umbral mínimo, respecto del que no aplique el límite, en función de los intereses netos.
- Excluir de la aplicación del límite a los intereses de préstamos utilizados en proyectos de inversión pública siempre que cumplan determinadas condiciones.

Finalmente, la OCDE también señala que el límite puede aplicarse a las entidades independientes, dado que en este caso el nivel de erosión de la base y el riesgo de traslado de beneficios puede ser similar al encontrado en una estructura de grupo o de partes vinculadas. Entre las prácticas más comunes tenemos el back to back y el uso de esquemas para evitar la aplicación de las reglas de vinculación.



c) Propuesta

A fin de evitar que se erosione la base imponible del impuesto y se trasladen beneficios mediante el pago de intereses, se propone modificar el inciso a) del artículo 37 de la LIR de manera gradual de acuerdo a lo siguiente:

1. Establecer que la regla de subcapitalización se aplique a los endeudamientos entre partes vinculadas e independientes

- 1.1. Modificar el inciso a) del artículo 37 de la LIR, para que a partir del 1 de enero de 2019 y hasta el 31 de diciembre de 2020, el límite también aplique a los intereses por deudas entre partes independientes.
- 1.2. Excluir de la aplicación del límite a los contribuyentes y operaciones que

⁵² El Plan de Acción 4, plantea el desarrollo de recomendaciones sobre mejores prácticas en el diseño de reglas para prevenir la erosión de la base imponible mediante el uso de gastos por intereses, por ejemplo, a través del uso de deuda de partes relacionadas y de terceros para lograr deducciones de intereses excesivas o para financiar la producción de ingresos exentos o otorgados.

⁵³ Traducción libre: "The use of third party and related party interest is perhaps one of the most simple of the profit-shifting techniques available in international tax planning. The fluidity and fungibility of money makes it a relatively simple exercise to adjust the mix of debt and equity in a controlled entity". (p. 19 del Plan de Acción 4).

⁵⁴ Utilidades antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA, por sus siglas en inglés).

no impliquen un alto riesgo de erosión de la base y traslado de beneficios, o que se encuentren sujetos a límites de endeudamiento fijados por su propio ente regulador:

- i. Empresas del sistema financiero y de seguros señaladas en el artículo 16 de la Ley N° 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros⁶⁶, puesto que por la naturaleza de su negocio obtienen financiación vía deuda con el fin de generar ingresos para el desarrollo de sus actividades; además de encontrarse sujetas a límites de endeudamiento fijados por el ente regulador.
- ii. Contribuyentes con ingresos netos menores o iguales a 2500 UIT, dado que, tal como se señaló, los contribuyentes que se encuentran encima de este umbral concentran la mayor cantidad de gastos financieros (98% del total de gastos financieros declarados).
- iii. Contribuyentes que mediante Asociaciones Público Privadas desarrollen proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica en el marco del Decreto Legislativo N° 1224, "Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos" y las normas que lo modifiquen o sustituyan.
- iv. Endeudamientos constituidos para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, bajo la modalidad de Proyectos en Activos en el marco del Decreto Legislativo N° 1224, "Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos" y las normas que lo modifiquen o sustituyan, de acuerdo a lo que señale el Reglamento.
- v. Los endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deuda que cumplan con las siguientes condiciones:
 - Se realicen por oferta pública primaria⁶⁸ en el territorio nacional conforme a lo establecido en la Ley de Mercado de Valores aprobada mediante Decreto Legislativo N° 861 y las normas que lo modifiquen o sustituyan.
 - Los valores mobiliarios que se emitan deben ser nominativos⁶⁷; y,
 - La oferta pública se coloque en un número mínimo de 5 inversionistas no vinculados al emisor.



⁶⁶ Publicada el 06.12.1996.

⁶⁸ Conforme al artículo 49 de la Ley de Mercado de Valores, toda oferta pública requiere de la inscripción del valor en el registro público del mercado de valores que administra la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), y la misma está bajo su supervisión. El emisor mantiene obligaciones de revelación de información al mercado, durante la vigencia del valor. El artículo 54 de la misma Ley establece cuáles son los requisitos mínimos para inscribir los valores en el Registro, es decir la información que como mínimo debe presentarse y ponerse a disposición de los potenciales inversionistas.

⁶⁷ De acuerdo a lo establecido en el artículo 313 de la Ley General de Sociedades, los títulos o certificados representativos de obligaciones y los cupones correspondientes a sus intereses, en su caso, pueden ser nominativos o al portador. Asimismo, el artículo 263 de la Ley de Títulos Valores señala que los valores que representen las obligaciones pueden ser nominativos o al portador.

Cabe mencionar que, con esta exclusión se permite que los intereses de endeudamientos por "valores representativos de deuda" y determinados "proyectos en activos" sean deducibles sin ningún límite. No obstante, para verificar si una deuda excede el límite de 3 veces el patrimonio neto, dichos endeudamientos sí deben ser considerados.

- 1.3. Mantener la regla vigente basada en la relación entre los gastos por intereses y los ingresos por intereses inafectos o exonerados. En ese sentido, solo se deducirán los intereses que excedan el monto de los ingresos por intereses exonerados e inafectos.

Para tal efecto, no se computarán los intereses exonerados e inafectos generados por valores cuya adquisición haya sido efectuada en cumplimiento de una norma legal o disposiciones del Banco Central de Reserva del Perú, ni los generados por valores que reditúan una tasa de interés, en moneda nacional, no superior al cincuenta por ciento (50%) de la tasa activa de mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras (SBS) de Fondos de Pensiones.

- 1.4. Tratándose de bancos y empresas financieras, deberá establecerse la proporción existente entre los ingresos financieros gravados e ingresos financieros exonerados e inafectos y deducir como gasto, únicamente, los cargos en la proporción antes establecida para los ingresos financieros gravados.
- 1.5. Indicar que para la deducción de los intereses de fraccionamientos otorgados conforme al Código Tributario⁴⁸, no se aplicará ninguno de los límites previstos en este inciso. Ello considerando que por su naturaleza, en este tipo de operaciones no existe ningún riesgo de erosión de la base imponible o de traslado de beneficios.
- 1.6. La medida será aplicable a los intereses correspondientes al 1 de enero de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2020 por deudas constituidas o renovadas a partir del día siguiente de la publicación del decreto legislativo.
- 1.7. Asimismo se establece una disposición transitoria que establece que a los intereses de deudas constituidas o renovadas hasta la fecha de publicación del decreto legislativo, les será de aplicación hasta el 31 de diciembre de 2020, únicamente la regla de limitación a la deducibilidad de intereses por deudas de partes vinculadas.

2. Establecer como límite para la deducción de gastos por intereses una regla de ratio fijo equivalente al 30% del EBITDA aplicable a los intereses de deudas con partes vinculadas e independientes

- 2.1. Modificar el inciso a) del artículo 37 de la LIR para que a partir del 1 de enero de 2021 la deducción de intereses esté limitada al 30% del EBITDA del ejercicio anterior. Se debe entender por EBITDA a la renta neta luego de efectuada la compensación de pérdidas más los intereses netos.

⁴⁸ Cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante el Decreto Supremo N° 133-2013-EP publicado el 22.08.2013 y normas modificatorias.

depreciación y amortización.

Nótese que se reemplaza el límite calculado en función del patrimonio neto del contribuyente por un límite determinado sobre la renta neta luego de efectuada la compensación de pérdidas más los intereses netos, depreciación y amortización.

Se ha optado por tomar el EBITDA dado que este refleja que tan rentable es un negocio sin verse afectado por los intereses, depreciaciones y amortizaciones. Asimismo, se propone que este EBITDA sea construido sobre base tributaria a fin de evitar que sea manipulado para incrementar el límite.

En el Plan de acción 4, se recomienda limitar la deducción de gastos de intereses estableciendo un límite entre el 10% y 30% del EBITDA. Desde esta perspectiva se ha considerado conveniente establecer el límite en 30% permitiendo a las empresas un nivel de gastos financieros acorde con su capacidad de generar los flujos de ingresos necesarios para hacer frente a sus obligaciones financieras y que además se considera razonable teniendo en cuenta los altos niveles de incumplimiento de IR, el cual fue de 57,3% en el 2016, la más alta en los últimos años. (Cabe señalar que de aplicarse hoy un límite de 30%, solo se afectaría al 25% de los contribuyentes que poseen patrimonio positivo⁵⁹, sin embargo, podrán ser deducidos en los próximos cuatro (4) ejercicios⁶⁰).

2.2. Establecer que el límite será aplicable a los intereses por endeudamientos entre partes vinculadas e independientes y que se mantendrán las exclusiones señaladas en el caso de la subcapitalización.

2.3. El límite se aplica sobre el interés neto que debe ser entendido como el monto de los gastos por intereses que exceda el monto de los ingresos por intereses, computables para determinar la renta neta. Nótese que a diferencia de la subcapitalización que mide el nivel de deuda del contribuyente, en el caso del EBITDA el límite se calcula en función de los intereses.

2.4. Permitir que los intereses netos que no fueron deducidos en el ejercicio por exceder el límite del 30% del EBITDA, puedan ser deducidos en los cuatro (4) ejercicios inmediatos siguientes, conjuntamente con los del ejercicio correspondiente, y con el mismo límite del 30%.

Al respecto, conforme a lo señalado por la OCDE en el Plan de Acción 4 este arrastre reduce el impacto de la volatilidad de los ingresos. En efecto, el riesgo de que una empresa no pueda deducir los intereses por inversiones que generarán ingresos en períodos posteriores o por tener pérdidas puede ser reducido si se permite el arrastre de los intereses no deducidos.

2.5. Esta medida será aplicable a todos los intereses a partir del 2021, independientemente de la fecha de constitución o renovación de la deuda. En efecto, la entrada en vigencia de estas modificaciones será gradual, tal como se desprende del siguiente esquema



59.

⁵⁹ No se incluye a 888 empresas, las cuales poseen patrimonio negativo o igual a cero.

⁶⁰ Ver punto 2.4 de la presente exposición de motivos.

- A. Límite de subcapitalización aplicable a endeudamientos entre partes vinculadas: Aplicable a los intereses de deudas constituidas o renovadas hasta la fecha de publicación del Decreto Legislativo. Este límite les será aplicable hasta el 31 de diciembre de 2020.
- B. Límite de subcapitalización aplicable a endeudamientos entre partes vinculadas y no vinculadas: Aplicable a los intereses correspondientes al 1 de enero de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2020 por deudas constituidas o renovadas a partir del día siguiente de la publicación del Decreto Legislativo. Este límite les será aplicable hasta el 31 de diciembre de 2020.
- C. Límite en función del EBITDA para los intereses de endeudamientos entre partes vinculadas y no vinculadas: Aplicable a todos los intereses a partir del 1 de enero de 2021, independientemente de la fecha de constitución o renovación de la deuda.

d) Efecto sobre la legislación nacional

La propuesta normativa modifica el inciso a) del artículo 37° de la LIR.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El objetivo de mantener durante el 2019 y 2020 el límite a la deducción de gastos por intereses en función a la regla de subcapitalización es que los contribuyentes se adapten a que la aplicación del límite se aplique a las deudas con partes vinculadas e independientes. De esta manera podrán realizar los ajustes financieros necesarios para que en el 2021 puedan aplicar el límite en función al EBITDA. En este sentido, no se espera que haya un impacto significativo sobre los ingresos fiscales en los ejercicios 2019 y 2020 dado que la recaudación adicional ascendería a S/ 100 millones y S/ 195 millones, respectivamente.



Cuadro N° 3
Impuesto a la renta - PRICOS - Determinado 2017 y Estimado 2018 – 2021
(millones de S/)

Sector/es	2017 (a)	2018 (b)	2019	2020	2021
			Escenario PASPAT (c)	Escenario PASPAT (d)	Escenario EBITDA (e)
IR determinado	15 359	16 374	17 478	18 745	23 858
Gastos financieros no deducibles (adiciones)			638	1 220	177 714
IR adicional			100	195	3 988

Nota: Se considera que las empresas reguladas serán las mismas durante todo el tramo de análisis.
(a) Directorio PRICOS 2017 (9 018 contribuyentes).
(b) Las cifras de los años 2018 al 2021 fueron estimadas en función a los supuestos macroeconómicos del Marco Macroeconómico Multianual.
(c) y (d) Escenario con regulación de deudas constituidas o renovadas entre el 01/01/2019 hasta el 31/12/2020.
(e) Escenario con regulación de intereses a partir del 01/01/2021 para todas las deudas contraídas.
Fuente: SUNAT.