

TRATAMIENTO DE LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA RESPECTO A LAS OPERACIONES DE FINANCIAMIENTO

Algunas propuestas para su desarrollo

Ramón Esquivés Espinoza¹

INTRODUCCIÓN

Con ocasión de la promulgación de la Ley 29645, la cual según su Exposición de Motivos tuvo como objetivo actualizar y corregir algunos aspectos del tratamiento de la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante LIR) respecto a las operaciones de financiamiento que no permitían un eficaz y justo funcionamiento del mercado, consideramos oportuno analizar estos cambios e identificar algunos temas que aún tienen problemas en nuestra regulación. Frente a esto, repasaremos concisamente lo establecido en la LIR respecto a las operaciones de financiamiento y nos detendremos únicamente en los temas antes señalados.

CAUSALIDAD DE LOS GASTOS POR INTERESES

Como sabemos en el encabezado del artículo 37 de la LIR se establece como mandato general para la deducción de gastos que estos deben ser necesarios (principio de causalidad) para producir la renta bruta, mantener su fuente y para la generación de ganancias de capital (correlatividad con los ingresos); asimismo, su deducción no debe encontrarse expresamente prohibida por la LIR.

Bajo esta premisa se establece un listado no cerrado de supuestos gastos deducibles, empezando por el siguiente: “**(L)os intereses de deudas y los gastos originados** por la constitución, renovación o cancelación de

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

*las mismas siempre que hayan sido contraídas para adquirir bienes o servicios **vinculados con la obtención o producción de rentas gravadas en el país o mantener su fuente productora**, con las limitaciones previstas en los párrafos siguientes”.*

Es evidente que el principio de causalidad es definido de forma muy amplia por la norma, lo cual podría darnos a pensar que se le otorga flexibilidad al contribuyente para que realice sus negocios sin preocuparse por la deducibilidad de los intereses por los que se obligue; sin embargo, ello en la realidad le ha dado sustento a la Administración Tributaria para que repare tales gastos. Entre los casos más recurrentes se encuentra el desconocimiento de los intereses asumidos para la compra de acciones, ya que la Administración relaciona directamente su adquisición para la obtención de dividendos, los cuales, de acuerdo al artículo 24-B de la LIR vigente, no deben ser computados por las personas jurídicas para la determinación de su renta imponible.

Al resolver tales casos, el Tribunal ha definido la causalidad como la relación entre los gastos y la generación de renta o el mantenimiento de la fuente; siempre y cuando tales gastos sean **normales** de acuerdo al giro del negocio y **proporcionales** con el volumen de las operaciones.² Asimismo, el Tribunal entiende que dicha relación entre gastos e ingresos puede ser directa e indirecta, y por ello es que en cada caso se debe analizar la operación en conjunto.

Es así que en diversas resoluciones respecto a los casos bajo comentario, el Tribunal ha señalado que *“la finalidad de adquirir acciones podría obedecer a razones distintas a la intención de percibir dividendos, tales como: i) obtener control o participación en las decisiones de la sociedad que enajena las acciones, ii) asegurar o mantener una relación comercial o posición contractual con la empresa transferente, como por ejemplo la de cliente o proveedor, iii) generar ahorros entre las empresas, evitando los sobrecostos propios de dos empresas que tienen que competir entre sí por los precios en el mercado, y iv) convertir a las empresas en rentables (generadoras de utilidades gravadas), a través de los ahorros propios del control unificado de las mismas. Además, **la obtención de dividendos***

² Ver: RTF 03103-4-2010. En el caso resuelto, la Administración reparó los intereses asumidos para la adquisición de acciones por una empresa que apostó al alza del valor de las acciones para luego transferirlas.

puede resultar un beneficio accesorio e inclusive, accidental, y aun cuando la adquisición no respondiese a ninguna de las razones económicas expuestas, queda la posibilidad que la empresa inversora, posteriormente, venda las acciones fuera de rueda de bolsa, generando así renta gravada totalmente con el Impuesto a la Renta. En tal sentido, mientras forme parte del activo de la empresa, e incluso con su venta, bajo determinadas condiciones, la inversión en acciones de otra empresa puede generar diversos beneficios económicos que coadyuven al mantenimiento de la fuente o la generación de rentas gravadas".³

En base al texto citado (el resaltado en negritas es nuestro), podemos concluir que el Tribunal considera que la vinculación entre gasto y renta puede ser directa e indirecta. Asimismo, el Tribunal considera que no se requiere que se haya generado renta gravada para que se pueda verificar la causalidad del gasto, basta que este tenga la potencialidad de generar eventualmente una renta gravada. Es así que en el caso bajo análisis reconoce los gastos financieros para la adquisición de acciones, ya que considera que siempre queda la posibilidad de obtener renta de tercera categoría por su venta, por lo cual siempre serían deducibles los gastos efectuados para su adquisición.⁴

FEHACIENCIA

Ahora bien, a lo antes mencionado se agrega otro requisito; acreditar la existencia de la vinculación del gasto con la renta y la existencia de la operación. Uno de los principios de todo proceso y procedimiento es que quien afirma un hecho, debe probarlo; y es bajo este supuesto que se ha realizado reparos como el siguiente.

³ Citado de RTFs 2147-5-2010 y 10813-3-2010.

⁴ Cabe anotar que a nuestro criterio, el motivo central para que se reparen los gastos por intereses asumidos por una empresa para la adquisición de acciones, es un problema de larga data respecto al tratamiento de los dividendos pagados a una empresa. Ello debido a que, conforme al artículo 24-B de la LIR, los dividendos no se computan para la determinación de la renta imponible; por lo cual se interpreta que no cabe deducir los gastos vinculados a la adquisición de acciones. No obstante ello, el Tribunal reconoce tales gastos al reconocer que el criterio de causalidad no exige una relación directa entre gasto e ingreso.

Una empresa (recurrente) solicita una línea de crédito comprometida⁵ a una empresa financiera del exterior (prestamista), por la cual pagó una comisión y no hizo uso de la línea de crédito. La recurrente declaró a la Administración Tributaria que necesitó dicho servicio para afrontar las necesidades propias de sus operaciones, y debido a que su nivel de endeudamiento local se había extralimitado, sólo le quedaba el mercado internacional.

La Administración señaló que la recurrente no había demostrado: a) la necesidad de contar el respaldo económico; b) cómo el acceso a la línea de crédito le permitió afrontar las necesidades propias de sus operaciones, considerando que no solicitó financiamiento alguno; c) de qué manera la línea de crédito le permitió equilibrar sus pasivos, y las dificultades que tuvo la recurrente para captar nuevas líneas de crédito en el país y, por ende, la necesidad de recurrir al mercado internacional; y d) en qué medida la línea de crédito generó un clima de confianza frente a terceros, y cómo les demostró esa solidez.

Al respecto, el Tribunal señaló que si bien la recurrente presentó su nivel de endeudamiento, no presentó proyecciones de ingresos y flujos de caja que permitieran demostrar si resultaba necesario el servicio solicitado. Asimismo, señaló que muchos de los argumentos presentados por la recurrente eran razonables, pero en la medida que no fueron sustentados documentariamente (como por ejemplo, a través de comunicaciones con terceros informando sobre el respaldo financiero con el que contaba; o comunicaciones con bancos locales con los que tenía dificultades para obtener ampliación de línea de crédito) durante la etapa de fiscalización (por ejemplo, no tomo en cuenta la proyección de flujo de caja que la recurrente había presentado a la entidad financiera del exterior por ser presentada extemporáneamente). Por lo tanto, el Tribunal no levanto el reparo debido a que no se había acreditado la relación de vinculación del gasto con la generación de rentas gravadas y el mantenimiento de la fuente generadora de renta.

⁵ Mediante estos contratos el prestamista se compromete a atender el requerimiento de financiamiento de su cliente hasta por el monto de su línea de crédito y por un tiempo determinado. Por este derecho que tiene el cliente de tener fondos a sus disposición, se obliga a pagar una comisión al prestamista, utilice o no la línea de crédito. Asimismo, en caso que utilice la línea de crédito, se aplica una tasa de interés prefijada en el contrato.

Es por lo antes indicado que para acreditar el requisito de causalidad para la deducibilidad de los gastos financieros, debería prepararse un documento (informe, reporte, acta del directorio, entre otros, conforme a la práctica de cada empresa) en el que se detalle el motivo por el cual se necesita un determinado servicio financiero, el cuál debería encontrarse conforme a lo antes indicado, mostrando de forma razonable la vinculación de los gastos con la obtención de rentas gravadas y el mantenimiento de la fuente. Adicional, el tribunal ha señalado que para verificar la vinculación de gastos por intereses con la renta y el mantenimiento de la fuente, se requiere de un análisis de flujo de caja, donde se demuestre el movimiento de los fondos del préstamo y la utilización del mismo en las operaciones de la empresa.⁶

Por otro lado, en base a lo establecido en la última línea del encabezado del artículo 37 bajo comentario, tampoco son deducibles los gastos prohibidos por la Ley del IR, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 44.⁷ La base legal para la exigencia del sustento de las operaciones la encontramos en el inciso j) del artículo 44 de la Ley del IR. Es por ello que de las resoluciones del Tribunal Fiscal hemos extraído los siguientes hechos que la Administración suele exigir que se le acredite y cuáles son los medios con los que se puede cumplir con ello:

- a) que el contribuyente se encuentre obligado al pago de intereses y otros gastos vinculados a la operación de financiamiento: Documentación válida es el contrato de crédito y los comprobantes de pago emitidos por el acreedor, mediante la cual se acreditaría la identificación del deudor, monto de la obligación, periodo al que corresponde el gasto.⁸

⁶ Ver RTFs 7476-3-2009; 261-I-2007 y 1317-I-2005.

⁷ Cabe señalar que, de acuerdo al inciso m) del artículo 44 de la Ley del IR, los gastos por operaciones crediticias son deducibles incluso cuando sean pagadas a una entidad domiciliada en un paraíso fiscal.

⁸ En caso el acreedor sea un sujeto domiciliado, se sustentará el pago de intereses con el comprobante de pago que le corresponda emitir según el Reglamento; y de tratarse de un sujeto no domiciliado se sustentará con las constancias correspondientes que emitan entidades del Sistema Financiero a través de las cuales se efectúan dichas operaciones (constancias de cargo en cuenta, estados de cuentas, o mensajes de transferencia Swift). Ver artículo 44 inciso j) de la LIR, y artículo 21, inciso a) numeral 5 del Reglamento de la LIR.

- b) que se hayan recibido los fondos del préstamo y se hayan destinados para la generación de renta o mantenimiento de la fuente: respecto a este punto resulta aplicable la constancia de abono de los fondos en las cuentas del contribuyente y el flujo de caja.

OPORTUNIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE GASTOS POR INTERESES

Otro aspecto a tomarse en cuenta es la oportunidad del reconocimiento de los gastos financieros, pero al respecto sólo queremos profundizar en el caso de los intereses.⁹ Como sabemos, de acuerdo al artículo 57 de la LIR, los gastos deben reconocerse conforme al principio del devengado. Asimismo, el inciso v) del artículo 37 de la LIR, establece que los gastos o costos que constituyan para su perceptor rentas de segunda, cuarta o quinta categoría podrán deducirse en el ejercicio gravable a que correspondan cuando hayan sido pagados dentro del plazo establecido para la presentación de la Declaración Jurada anual del Impuesto a la Renta. Es en base a esta última norma que hasta hace poco, muchos interpretaron que los gastos por intereses a favor de personas naturales (rentas de segunda categoría) eran deducibles en la medida que sean pagados. Esta interpretación se ha dejado de lado, ya que, mediante RTF 12444-4-2009, el Tribunal ha señalado que los supuestos de gastos establecidos en el artículo 37 de la LIR son sistemáticamente excluyentes entre ellos, y que de una interpretación sistemática de la norma debe entenderse que lo establecido en el inciso v) se refiere a gastos o costos distintos a los previstos en los otros incisos, por lo que si el Legislador hubiera pretendido condicionar la deducibilidad de los intereses al pago de los mismos, ello se encontraría establecido en el inciso a).

⁹ No obstante, queremos mencionar la RTF 3849-3-2003. La Administración reparo la comisión para la evaluación crediticio del recurrente, la cual fue pagada a finales del año y deducida como gasto en el mismo periodo, bajo el sustento que en la medida de que los fondos del crédito se desembolsaron en el año siguiente, correspondía que la deducción de la comisión también se reconozca en éste periodo. El Tribunal considero en base al artículo 57 de la LIR, que en la medida que conforme al contrato se debía pagar la comisión para que el desembolso de crédito pueda realizarse, entonces dicho gasto era necesario para el mantenimiento de la fuente y desarrollo de actividades y, por tanto, deducible en el ejercicio en que se tenía la obligación.

De lo antes expuesto extraemos como conclusión que los gastos por intereses se reconocerán de acuerdo al principio del devengado; pero además queremos resaltar de la interpretación del Tribunal que la única norma mediante la cual se condiciona la deducibilidad de los gastos de intereses es la establecida en el citado inciso a) del artículo 37 de la LIR. Entonces, debemos prestar especial atención al supuesto de gastos por intereses regulado mediante la mencionada norma y a los requisitos que se establecen en los párrafos de ese inciso, ya que son los únicos que nos puede exigir la Administración Tributaria para reconocer su deducibilidad.

SUPUESTO DE GASTOS POR INTERESES REGULADO POR LA LIR

Mediante el inciso a) del artículo 37 se establece que son deducibles ***“(l)os intereses de deudas y los gastos originados por la constitución, renovación o cancelación de las mismas siempre que hayan sido contraídas para adquirir bienes o servicios vinculados con la obtención o producción de rentas gravadas en el país o mantener su fuente productora, con las limitaciones previstas en los párrafos siguientes”***.

Definición de deuda e intereses

El concepto de deuda no se encuentra establecido en la norma tributaria, por lo que podría considerarse, en base al Diccionario de la Real Academia Española, es la obligación que alguien tiene de pagar, satisfacer o reintegrar a otra persona algo, por lo común dinero. Nuestro Código Civil califica dicho supuesto como contrato de mutuo, y a través del artículo 1648, se establece que por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles a cambio que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad. De lo señalado, se entiende que por dichos contratos se establece la transferencia de una cantidad de dinero y su restitución diferida al tiempo (contrato de duración limitada).

La definición de intereses tampoco se encuentra en la norma tributaria; sin embargo, conforme al artículo 1242 del Código Civil, se establece que el interés es compensatorio cuando constituye la ***contraprestación por el uso del dinero*** o de cualquier otro bien, y es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago. Por su parte,

la Administración Tributaria, a través de su Informe 32-2007-SUNAT/2B0000, señaló que se tratan de conceptos que se otorgan como **contraprestación por la utilización de cierta suma de dinero durante un período determinado**, incluyendo aquella comprendida en el numeral 263.3 del artículo 263 de la Ley de Títulos Valores. Mediante dicha norma se establece que **“(l)as Obligaciones podrán ser emitidas en moneda nacional o extranjera, sujetas o no a reajustes o a índices de actualización constante u otros índices o reajustes permitidos por ley. Del mismo modo, añade, la rentabilidad que generen podrá consistir en intereses u otra clase de beneficios para el tenedor, como ganancias de capital, índices, reajustes, referencias a rentabilidad estructurada o combinaciones de éstos, según se señale en el contrato de emisión o texto del documento; los que se asimilarán para todos los fines de ley a los intereses, salvo disposición expresa distinta”**.

En relación a la definición legal de interés, la Doctrina no es uniforme y por lo menos existirían dieciséis posibles definiciones sobre este concepto. *“Ellas incluyen desde su consideración como precio por el uso del dinero, hasta el precio por la renta de un capital, una recompensa por el uso del capital de un tercero, y toda clase de contraprestaciones referidas al capital y al fruto civil del capital”*.¹⁰

A fin de comprender estos conceptos tenemos que referirnos al mercado financiero, en el cual, identificamos como mecanismo tradicional para obtener financiamiento a la intermediación indirecta.¹¹ Mediante este mecanismo una entidad deficitaria obtiene fondos de una institución financiera, a la cual paga una rentabilidad por ello. El otro mecanismo es la intermediación directa, desde donde se reciben directa-

¹⁰ GOTLIB, Gabriel. *Aspectos tributarios de la financiación internacional: Intereses, dividendos y derivados financieros*. Artículo presentado para el Congreso Internacional de Tributación organizado por el Tribunal Fiscal, llevado a cabo del 8 al 10 de junio del 2009. Pág. 3.

¹¹ Mediante este mecanismo, un grupo de entidades ofertantes de fondos (ahorristas e inversores) y demandantes sub deficitarios, se relacionan indirectamente por la presencia de un intermediario (institución financiera). El ingreso principal de estas instituciones (Spread) se determinan por la diferencia de tasas que cobran a las entidades sub deficitarias con la tasa que paga por la captación de fondos. Hay otros costos adicionales que asumen las instituciones financieras como los costos de encaje, gastos administrativos, entre otros.

mente los fondos del inversionista a través de la emisión de instrumentos de deuda y capital, o una mezcla de ambos. Como puede apreciarse, bajo los dos mecanismos, las entidades deficitarias obtienen los fondos que necesitan, por los cuales están dispuestos a pagar una rentabilidad; y si bien los efectos de optar por una u otra son totalmente distintos, la finalidad principal de la entidad deficitaria puede que sea sólo una, financiamiento.

Bajo el primer mecanismo, que es la deuda tradicional, se establece un pago incondicional del capital y de los correspondientes intereses (a tasa fija o variable) en fecha determinadas sin tener en cuenta la ganancia del deudor. Este mecanismo calza a la perfección en el supuesto de gasto deducible para el cálculo de la renta neta regulado en la norma bajo análisis. En los casos de intermediación directa con instrumentos de deuda pura (bonos), también nos encontramos en una situación similar, aún cuando la forma en que se determine la rentabilidad que se pague por el capital, sea variable o en función a la rentabilidad obtenida por el emisor. Pero distinto es el caso de una intermediación directa con instrumentos de capital puro, por ejemplo, las acciones comunes. Dichos activos financieros no tienen una fecha de vencimiento (ni existe un plazo preestablecido para su rescate); y para que el tenedor de las acciones pueda recibir alguna retribución, la empresa emisora deberá obtener utilidades y su Junta General de Accionistas deberá decidir distribuir las. Este caso evidente de dividendos es regulado por la norma tributaria como un gasto no deducible para el cálculo de la renta neta. Esto último implica que los dividendos se determinan luego del pago de 30% de IR de la entidad emisora, a lo cual se le agrega el pago del 4.1% de IR del tenedor de las acciones. Es decir, existe una doble imposición sobre la misma renta; la primera a nivel de entidad emisora, y luego a nivel del accionista.

Sin embargo, empiezan a saltar las interrogantes cuando analizamos casos como por ejemplo, la emisión de acciones sin derecho a voto, preferentes (que tienen prioridad en el pago de dividendos en comparación con las acciones comunes), con derecho a dividendo acumulativo (si el dividendo no se paga en un año, se acumula para el siguiente año), pero con una cláusula de rescate por parte de la entidad emisora dentro de un plazo preestablecido. Las características de un instrumento como el antes descrito no son diametralmente opuestas a la de un bono.

Otro supuesto similar al antes señalado es el bono híbrido, activo financiero que es estructurado de tal forma que permiten a sus emisores hacer que los tenedores compartan los riesgos del negocio;¹² y es por ello que tienen una estructura que mezcla atributos de instrumentos de deuda (bonos) y títulos representativos de capital (acciones). Es así que, por ejemplo, en los prospectos de emisión de tales instrumentos, se estable que bajo determinados escenarios se habilita al emisor a no pagar o diferir el pago de intereses, inclusive sin necesidad de entrar en *default* (supuestos denominados “*material adverse effects or changes*”).¹³ Entre otras características encontramos que son de larga maduración, ya que si bien se estipula el pago de intereses conforme a cronograma, el emisor se compromete a devolver el valor nominal del bono a su vencimiento (o antes dependiendo de cómo se estructure, o nunca en caso se trate de un bono perpetuo). Son subordinados, es decir que la prioridad de cobro de los tenedores en caso de quiebra o liquidación del emisor es, en la generalidad de los casos, menor a los bonos comunes pero mayor a las acciones. Pero una de las principales características que nos harían dudar si estos instrumentos deben ser considerados como deudas, se presenta en los casos en que los emisores son entidades financieras, ya que, conforme al Acuerdo de Basilea de 1998, estos instrumentos son considerados bajo determinadas condiciones y límites como capital básico, es decir, son considerados como capital permanente similares a los que aportan los accionistas (también denominado *capital core*, *capital de nivel 1* o *Tier 1*).¹⁴ Y es esta última característica la más atractiva para las empresas financieras, ya que ello les permite mejorar su ratio de apalancamiento (relación entre activos y patrimonio efectivo de la entidad) y su capacidad de endeudamiento.¹⁵ Ahora nos preguntamos, por el hecho que este instrumento sea considerado como parte del capital de una empresa;

¹² Este tipo de instrumentos se han hecho más usuales con los problemas que hemos visto en los últimos años en los mercados internacionales.

¹³ <[http://www.hsbc.com.uy/uruguay/internetpub.nsf/AttachmentsByTitle/Cartilla_Productos_Inversiones.pdf/\\$FILE/Cartilla_Productos_Inversiones.pdf](http://www.hsbc.com.uy/uruguay/internetpub.nsf/AttachmentsByTitle/Cartilla_Productos_Inversiones.pdf/$FILE/Cartilla_Productos_Inversiones.pdf)>.

¹⁴ Para mayor información respecto al Acuerdo de Basilea ver: <http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/0/ger/REGUL_PROYIMP_BASIL_FUNSBS/Basileall-Introduccion-JPoggi-MLuy.pdf>.

¹⁵ La legislación peruana regula estos instrumentos y su consideración para el cálculo del patrimonio efectivo de nivel 1, de nivel 2 y de nivel 3 de las empresas del sistema financiero, mediante los artículos 184 y 233 de la Ley General del Sistema Financiero, y la Resolución SBS 4727-2009.

¿se puede afirmar que los rendimientos que se paguen por el mismo correspondan a un dividendo, y por ende deban ser considerados como no deducibles para fines del cálculo de la Renta Neta?

Cabe señalar que este último no es un caso de laboratorio en nuestro país, ya que empresas peruanas como el Banco de Crédito del Perú (BCP) y el Banco Internacional del Perú (Interbank) ya han emitido estos instrumentos con mucho éxito en el mercado internacional. A finales del 2009, el BCP salió al mercado internacional y emitió US\$ 250 millones de bonos híbridos a 60 años.¹⁶ Por otra parte, en el 2010 el Interbank colocó en el mercado internacional US\$ 200 millones a 60 años.¹⁷

Es por estas nuevas estructuras y características de los instrumentos financieros¹⁸ que vale la pena replantearnos qué debemos entender para fines tributarios como capital y deuda, cuáles son los parámetros para diferenciar a una con la otra; y así no generar incertidumbre (riesgos) a los emisores sobre la deducibilidad de los pagos que efectúe por el capital que reciba del mercado de valores, o que por normas tributarias desactualizadas no se pueda estructurar un instrumento más atractivo para los emisores e inversionistas, o que se tengan que emitir de una forma distinta a la que está acostumbrada el mercado internacional.

Un ejemplo de esto último, lo encontramos cuando reflexionamos sobre los problemas tributarios que habrían evaluado estas empresas para establecer las condiciones de su emisión. En un primer momento nos preguntamos, por qué ambos se emitieron a 60 años. Es así que

¹⁶ <http://www.aai.com.pe/files/instituciones_financieras/credicorp/ca/credicorp_ca.pdf>.

Para tener una mayor descripción de los bonos híbridos, cabe mencionar que los bonos del BCP fueron estructurados con una tasa fija en los primeros 10 años y variable en los siguientes años con un step-up de 200 puntos básicos (incremento de la tasa) y con una opción de rescate anticipada a partir del décimo año (esta condición es usual en este tipo de instrumentos).

¹⁷ <<http://www.equilibrium.com.pe/Interbank.pdf>>. Según esta página, el 40% de la emisión se contabilizó como capital básico (nivel 1).

¹⁸ En la actualidad se presenta una amplia gama de productos en el mercado financiero, tales como bonos convertibles en acciones, préstamos con participación en los resultados del ente, deuda subordinada redimible o no redimible, bonos perpetuos, acciones preferentes perpetuas con derecho a dividendo acumulativo, entre otros.

encontramos en una nota de prensa en la que se informa que un representante del BCP indicó que si bien muchos de estos bonos híbridos son emitidos como perpetuos, ellos “*por una cuestión regulatoria (deducción de impuestos), se les debe dar un plazo*”.¹⁹ Como hemos mencionado líneas antes, es la interpretación que se desprendería de nuestra actual regulación y es la que tiene la Administración Tributaria, ya que en el informe antes citado empieza su respuesta sobre la deducción de intereses que se pagan por los valores representativos de deuda señalando que “*parte de la premisa que la consulta se encuentra referida a conceptos que se otorgan como **contraprestación por la utilización de cierta suma de dinero durante un período determinado***”. (Resaltado es nuestro).

En ese orden de ideas, si es que las empresas antes mencionadas hubieran emitido bonos perpetuos, podrían haber tenido un riesgo de que la Administración Tributaria les desconozca los intereses paguen, ya que podrían no considerarlos como deuda por no tener un plazo. A este tipo de conclusiones irrazonables son a las que podría arribarse en caso de no actualizarse la norma tributaria. Esta actualización también tiene que ser vista por la Política Económica del país, ya que si bien el mercado local peruano tiene actualmente una buena liquidez, aún seguimos siendo un país importador de capitales que no tiene la capacidad para levantar la cantidad de dinero que se puede lograr con los instrumentos híbridos. Asimismo, en la medida que los bonos híbridos tienen la virtud de lograr que los inversionistas absorban parte de las pérdidas de la empresa emisora en caso de default, se mitiga el riesgo de que las empresas peruanas tengan que asumir todo el riesgo con sus recursos propios y por ende, se mitiga la posibilidad de una crisis financiera. Es por lo antes indicado que pronosticamos que estos instrumentos serán cada vez más utilizados no sólo por empresas del sistema financiero (las cuales están creciendo galopantemente, se incrementan por el ingreso al país de grandes competidores de talla mundial y tienen un mercado en que la bancarización se encuentra entre los

¹⁹ <<http://gestion.pe/impresia/noticia/bcp-colocara-bonos-60-anos-exterior/2009-10-23/10461>>. El gerente general del BCP, Walter Bayly, refiriéndose a los bonos híbridos declaró ante Gestión que “*en muchas partes del mundo, se les conoce como perpetuos a estos instrumentos, aunque en el Perú, por una cuestión regulatoria (deducción de impuestos), se les debe dar un plazo que en este caso es de 60 años*”.

niveles más bajos de Sudamérica)²⁰ sino por cualquier otra empresa.

Limitaciones a la deducción de intereses

Mediante el quinto párrafo de la norma bajo comentario y su respectiva norma reglamentaria se establece que, solamente serán deducibles los intereses provenientes de endeudamientos con partes vinculadas cuando dicho endeudamiento no exceda del triple del patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior.

Esta limitación conocida como subcapitalización o thin caphitalization busca principalmente que la relación de los recursos de las subsidiarias o filiales provenientes de aportes de capital y las provenientes de deudas otorgadas por sus matrices, se encuentren en una proporción razonable que permitan a ambas entidades funcionen en un escenario de plena competencia. Asimismo, debido que los conglomerados multinacionales buscan reducir la base imponible de sus subsidiarias ubicadas en países con alta tasa impositiva y que la mayor tributación del grupo se realice en los países con menor tasa impositiva, los gobiernos fijan las normas de subcapitalización para proteger la tributación en sus territorios. Por otro lado, como hemos indicado líneas arriba, en general los países importadores de capital gravan de forma más beneficiosa las ganancias por intereses en comparación a los dividendos, por lo cual,

²⁰ RUILOBA, Augusto. "Bonos y solidez Bancaria". En: *Diario El Comercio*, 2 de Marzo de 2011, Sección Economía, Pág. B-4. Cabe anotar que si bien con la última crisis financiera se demostró que los instrumentos financieros (híbridos) que habían sido considerados como parte del capital mínimo, no tuvieron la misma utilidad al momento de absorber las pérdidas como las acciones y reservas acumuladas, ello no ha significado que vayan a dejar de ser utilizados. El Comité Basilea brindó recomendaciones denominadas Basilea III, mediante las cuales se sugiere modificar las normas de capital mínimo a fin de limitar los instrumentos financieros, más no eliminándolos. Es así que según Basilea III, los Bonos contingentes convertibles (contingent convertible bonds - CoCos) podrían integrar el patrimonio efectivo debido a que estos bonos son convertidos en acciones cuando: i) el Banco incumple con determinadas normas; ii) el Supervisor del Sistema Financiero considera que el banco se encuentra en riesgo de insolvencia. De esta forma los CoCos permitirían a los Bancos absorber pérdidas en circunstancias en las cuales todavía es viable. Por lo indicado, podemos decir que en vez que se limite el uso, cada vez encontraremos instrumentos más complejos y flexibles.

las matrices tienen suficientes motivos para tratar que los fondos que otorgan a sus subsidiarias sea considerada como deuda.

Vale profundizar por qué es que se busca que la relación entre capital y deuda que tenga una subsidiaria con su vinculada sea razonable; y es que el solo hecho de pensar en operaciones entre vinculadas, en las cuales evidentemente existe una única personalidad jurídica, un único interés desde el punto de vista jurídico, nos hace cuestionarnos la validez de las operaciones de una entidad consigo misma. Sin embargo, cuando empezamos a pensar desde un punto de vista económico y desde la consideración de cada entidad vinculada como departamentos o centros de producción de una empresa, cabe con toda lógica la realización de operaciones entre ella. Es para este tipo de situaciones que en el derecho tributario se ha creado la figura del Establecimiento Permanente, es decir, una entidad que a pesar de tener vinculación con su contraparte interactúa con ella bajo un escenario de plena competencia. Pero a fin de que se puedan aplicar las regulaciones generales de un Establecimiento Permanente (sobre todo operaciones a valor de mercado, atribución de ingresos y gastos, considerarlos como entidades separadas, otros) y se satisfaga el principio de plena competencia en la atribución de beneficios al establecimiento permanente, se requiere que este tenga el Capital suficiente para llevar a cabo su misión y si no lo tiene se estaría vulnerando *“una de las premisas fundamentales para que la ficción de considerar al EP (establecimiento permanente) como empresa independiente de su CC (casa central o matriz) pueda funcionar y es que no estamos configurando al EP como tal «empresa separada» al privarle de unos de los elementos imprescindibles en cualquier empresa, como es el Capital suficiente”*. (Subrayado nuestro).²¹

En relación al caso de las operaciones financieras, de acuerdo al comentario del artículo 7.3 del Modelo OCDE, es necesario que el establecimiento permanente tenga un capital adecuado como medio de cuantificar los gastos por intereses por uso de capitales ajenos, es decir, los que provengan de deuda. En el caso peruano se ha establecido que la proporción entre capitales propios y ajenos sea de tres a uno para que

²¹ MAROTO SÁEZ, Amelia. *Estudio de las operaciones realizadas entre casa central y establecimientos permanentes*. Documento N° 6 del año 2008. Instituto de Estudios Fiscales, España. Pág. 13.

se pueda deducir la totalidad de intereses; si es la proporción más razonable es difícil de discutir, pero lo que sí amerita reflexionar es si corresponde que dicho tratamiento sea aplicable para todo tipo de operaciones y empresas.

Por ejemplo, es conocido que se obtienen un mayor ahorro en las negociaciones de cualquier producto a gran escala, y en el caso de la obtención de fondos ocurre lo mismo. Es por ello que muchas empresas multinacionales obtienen directamente financiamiento de un Banco independiente para todas sus subsidiarias, a las cuales les traslada el interés que a su vez tiene que pagar, es decir, la matriz solo requiere el reembolso del gasto. De acuerdo a la doctrina, en estas operaciones se verificaría sin problema que el precio es de plena competencia si se sustenta que el interés pagado por la subsidiaria a la matriz es para que este a su vez pague a un tercero. Asimismo, también podría entenderse ello si la matriz aplica un margen de beneficio que refleje de manera razonable los costes en los que ha incurrido para obtener ese crédito. Cabe resaltar que ello resulta razonable, ya que en tales casos la matriz gestiona la financiación de todo el grupo, y con ello obtiene mejores condiciones de las que podría obtener cada subsidiaria por separado. Ahora bien, de acuerdo a la norma de bajo comentario, en el Perú no se analizaría si los fondos obtenidos por la subsidiaria peruana a través de este mecanismo la eximirían de la limitación de intereses por subcapitalización.²²

Por otro lado, la Doctrina presenta casos en que la matriz presta a su subsidiaria parte de sus recursos propios, es decir, es parte del capital de la sociedad. Este caso es considerado por parte de la doctrina como dotación de capital y por tal no consideran viable que la subsidiaria pague intereses, y si bien no se distorsionan los resultados del grupo, sí se distorsionan los resultados parciales de la subsidiaria y la matriz. Ahora bien, en algunos negocios ello no es aplicable, como por ejemplo en el caso de los grupos financieros, en los cuales no se puede trazar

²² De acuerdo al Tribunal Económico Administrativo Central de España según resolución del 2004, “solo tienen deducibilidad los intereses imputados por la CC cuando se pueda demostrar la relación directa y unívoca entre los préstamos contraídos por la CC y las necesidades del EP, esto es: los intereses pagados a terceros por la CC y trasladados a su EP en función de los capitales utilizados por dicho EP”. Op. Cit., Pág. 21.

una línea divisoria entre recursos propios y ajenos, ya que en tales actividades los medios de producción se confunden, por así decirlo, con las existencias. Como sabemos, entre las matrices y sus subsidiarias se suelen realizar las operaciones que la matriz desarrolla en el curso de su actividad económica habitual, y una vez que el bien o el servicio se encuentre en poder de la subsidiaria, los mismos se utilizarán a su vez como materia prima, producto terminado -coste en definitiva- de sus operaciones con terceros en los territorios en que se ubiquen. Si esta operación con terceros genera un ingreso, parece lógico que la subsidiaria tenga en Balance de Pérdidas y Ganancias todos los elementos del coste de esa operación, de tal forma que el neto de su Cuenta de Resultados sea el valor añadido por su actividad o la retribución adecuada de las funciones que realiza en territorio determinado.²³ Bajo este escenario no resulta razonable que se limite los gastos financieros pagados por las entidades financieras a sus vinculadas de la misma forma como se haría con una empresa de otro sector, más aún cuando el sector financiero ya es ampliamente regulado por el ente Supervisor para que se mantenga capitales mínimos que puedan respaldar las operaciones que realiza. Por lo tanto, recomendamos que la norma de subcapitalización para las entidades financieras debiera permitir una mayor proporción entre capital y deuda proveniente de partes vinculadas.

Impuesto a la Renta por Intereses pagados a no domiciliados

Como sabemos, de acuerdo al artículo 9 inciso c) de la Ley del IR, se establece que son renta de fuente peruana las producidas por capitales, así como los intereses, comisiones, primas y toda suma adicional al interés pactado por préstamos, créditos u otra operación financiera, cuando el capital esté colocado o sea utilizado económicamente en el país o cuando el pagador sea un sujeto domiciliado en el país.

Bajo este supuesto tan amplio de fuente peruana, es que mediante los artículos 54 y 56 de la Ley del IR recientemente modificados por la Ley 29645, vigente a partir del presente año 2011, se regula la forma cómo se determinará el IR correspondiente por los intereses obtenidos por sujetos no domiciliados. Cabe señalar que es usual pactar en las operaciones financieras que los impuestos aplicables en cada país sean de

²³ Op. Cit., Pág. 20.

cargo de cada una de las contrapartes, no aceptándose retención de impuestos alguna. No obstante ello, según el artículo 47 de Ley del IR, se establece que la empresa peruana podrá deducir el IR que hubiere asumido por un tercero, cuando dicho tributo grave los intereses por operaciones de crédito a favor de beneficiarios del exterior.

Mediante el artículo 54 inciso c) de la Ley del IR, se establece que los intereses obtenidos por personas naturales y sucesiones indivisas no domiciliadas en el país, cuando los pague o acredite un generador de rentas de tercera categoría que se encuentre domiciliado en el país, se encontrarán sujetos a una tasa del 4.99%. Asimismo, se establece que dicha tasa será aplicable siempre que entre las partes no exista vinculación o cuando los intereses no deriven de operaciones realizadas desde o a través de países o territorios de baja o nula imposición, en cuyo caso se aplicará la tasa del 30%.

Por otra parte, mediante el inciso a) del artículo 56 de la Ley del IR y el Decreto Supremo 075-2006-EF, se establece que los intereses, gastos, comisiones, primas y toda otra suma adicional al interés pactado -de cualquier tipo- que se pague a beneficiarios del exterior, se encuentran sujetas a la tasa del 4.99% de acuerdo al siguiente esquema:

Supuesto	Financiamiento de importación (destinado a la adquisición de bienes del exterior)	Otros tipos de financiamiento
Requisitos	Acreditar el ingreso de los bienes al país de acuerdo a las normas aduaneras, para lo cual se deberá conservar la documentación relacionada con la importación, tales como la declaración de importación para el consumo, factura comercial, documento de transporte, entre otros.	Se debe acreditar el ingreso de la moneda extranjera al país (abono en cuenta).
	Que el crédito no devengue un interés anual al rebatir superior a la tasa LIBOR + 7 puntos porcentuales o PRIME + 6 puntos porcentuales, dependiendo de la plaza en la que se obtenga el financiamiento. La comparación de la tasa del crédito externo con la tasa límite establecida, se efectuará únicamente en la oportunidad que la tasa de interés del crédito sea concertada, modificada o prorrogada.	

En relación a los primeros requisitos corresponde señalar que son una traba para las operaciones de financiamiento, e incluso pueden generar ineficiencias en el proceso productivo y de comercialización de los productos y servicios ofrecidos por las empresas peruanas. En efecto, en caso de un financiamiento de importación, se exige a la empresa peruana que acredite el ingreso de los bienes al país, pero ello en muchos casos sería absurdo cuando pensamos en activos que son adquiridos para que sean utilizados en otro país en el que la empresa está realizando operaciones de forma temporal. Como sabemos, muchas empresas transnacionales suelen encargar parte de su producción a proveedores de distintos países, a fin que se les manden los productos semiacabados o ya acabados, o incluso para que los envíen directamente a los países en los que distribuyen sus productos, y todo el pago de proveedores se realiza a través de un financiamiento. En estos casos hacer que los bienes adquiridos ingresen al país resulta absurdo e ineficiente. Asimismo, si es que solicitamos un crédito del exterior para el pago de proveedores ubicados en distintos países, no se entiende cuál es el motivo para exigir que los fondos ingresen a una cuenta en el país cuando fácilmente podría hacerse el pago de proveedores a través de una cuenta corriente de la misma entidad financiera del exterior que realizó el desembolso del préstamo. En estos casos debe tomarse en cuenta que la empresa peruana se perjudicaría porque tendría que esperar más tiempo de lo debido para poder disponer de sus fondos. Deberá asumir mayores comisiones financieras para poder traer el dinero al país y para luego volver a sacar los fondos del mismo (tómese en cuenta que mantener una cuenta corriente en un banco ubicado en China para hacer el pago de proveedores en ese país es muchísimo más barato que estar haciendo diversas transferencias desde una cuenta en Perú). Además, debe tomarse en cuenta que el abono y débito en cuenta de los fondos obtenidos por el crédito externo están sujetos al Impuesto a las Transacciones Financieras.²⁴ Debido a estos irrazonables requisitos, muchas de estas operaciones no se llevarían a cabo o tendrían que ser reestructuradas con fórmulas complejas para poder evitar los sobrecostos tributarios.

En relación al requisito por límite de tasa de interés, previamente debemos tener en cuenta que cada entidad financiera hace una evalua-

²⁴ El efecto del costo del ITF se verá reducido considerablemente a partir del 1 de abril por la reducción de la tasa en un 90% (de 0.05% a 0.005%).

ción de la situación de cada cliente para poderle fijar una tasa de interés, y más aún en el caso de préstamos comerciales. Es así que si nos encontramos frente a una empresa que busca financiamiento de un Banco del exterior, y se encuentra sobreendeudada en el mercado local y en pérdida, es probable que la tasa que se le vaya a otorgar sea mucho más alta que la del límite tributario. Ahora nos preguntamos, es justo que a pesar de que las empresas tienen que sustentar la causalidad de sus gastos y realizar sus operaciones a valor de mercado (esto se podría probar archivando las cotizaciones de otras entidades financieras), se les deba limitar la tasa de interés que pacten. En un supuesto de operaciones entre partes vinculadas o con entidades localizadas en paraísos fiscales, sí resulta razonable que se limite la deducción de gastos, pero para ello existen las normas de precios de transferencia,²⁵ pero para los casos en que nos encontramos entre partes independientes, tal exigencia resulta de plano irrazonable.

De lo antes señalado podemos mencionar que, a pesar de que conforme a la exposición de motivos de la Ley 29645, se consideró que se quería homogenizar el tratamiento de los intereses pagados al exterior, el tratamiento para los intereses pagados a personas naturales no domiciliadas, es más beneficioso que para los intereses pagados a personas jurídicas no domiciliadas, ya que por los primeros se permite aplicar la tasa del 4.99% sin exigirse el cumplimiento de ninguno de los requisitos antes señalados.

Seguidamente se establece mediante el artículo 56 inciso b) que se aplicará una tasa del 4.99% a los intereses que abonen al exterior las empresas de operaciones múltiples establecidas en el Perú a que se refiere el literal A del artículo 16 de la Ley General del Sistema Financiero, como resultado de la utilización en el país de sus líneas de crédito en el exterior.

²⁵ Cabe anotar que consideramos que en relación a la exigencia de declaración anual informativa y de contar con estudio técnico de precios de transferencia por operaciones realizadas con entidades financieras ubicadas en paraísos fiscales, debería de evaluarse una excepción para ello, ya que resulta poco razonable que exista alguna falta de independencia entre una empresa con accionariado totalmente peruano con una entidad financiera del exterior, y como hemos señalado, siempre existe la obligación de que las operaciones se realicen a valor de mercado, lo cual podría fácilmente probarse con la presentación de más de un presupuesto de financiamiento.

Al respecto de este inciso, debemos señalar que amerita precisarse qué debe entenderse por intereses, a fin de evitar que por una interpretación literal se concluya que las comisiones u otros tipos de conceptos pagados por empresas del sistema financiero no se encuentren gravadas con la tasa del 4.99%; ya que el inciso b) del artículo 30 del Reglamento de la Ley del IR solo se refiere al inciso a) del artículo 56 de la Ley cuando define qué debe entenderse por intereses. Asimismo, debería precisarse qué debe entenderse por línea de crédito; ya que ello podría ser entendido como la exigencia de un contrato denominado como contrato de línea de crédito, o por su definición financiera como el límite hasta el cual una institución de crédito esta dispuesta a prestar a una entidad determinada. En caso de considerarse esto último, podríamos concluir que para que una entidad reciba un crédito, siempre se presupone la existencia de una línea de crédito ante el prestamista. Esta última interpretación es la que nos parece más razonable, en vez de pensar que la tasa se encuentra limitada a la existencia de un contrato nominado.

Por otra parte, la Ley 29645 modifica el inciso i) del artículo 56 de la Ley del IR, a fin de establecer que se encuentran gravados con la tasa del 4.99% los intereses provenientes de bonos y otros instrumentos de deuda, depósitos e imposiciones efectuados conforme con la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, así como los incrementos de capital de dichos depósitos e imposiciones en moneda nacional o extranjera, operaciones de reporte, pactos de recompra y préstamo bursátil y otros intereses provenientes de operaciones de crédito de las empresas.

De acuerdo a la exposición de motivos, los intereses generados por instrumentos representativos de deuda emitidos por empresas nacionales y operaciones de reporte reguladas por la SBS, se encontraban gravadas con la tasa del 30%. Por lo cual, la finalidad de la norma fue equiparar la tasa de estos rendimientos a la aplicable a las operaciones de crédito. Cabe señalar que antes de la entrada en vigencia de la Ley 29645, la mayor parte de especialistas consideraban que la tasa aplicable a este tipo de operaciones era de 4.99%, conforme a lo que se establecía en el inciso a) del artículo 56 de la Ley del IR; y en efecto muchas operaciones aplicaron tal tasa. A pesar de esta situación y de los argumentos señalados en la exposición de motivos, en el que se mani-

fiesta abiertamente la naturaleza de tales instrumentos como operaciones de financiamiento, nos sorprende que no se haya regulado esta situación con carácter de precisión.

En relación a este nuevo texto del inciso i), cabe mencionar que a partir de una interpretación literal, algunos sostienen que cuando en la última línea de la norma se indica “**y otros intereses provenientes de operaciones de crédito de las empresas**” se debería entender que la tasa aplicable a cualquier interés que pague una empresa es de 4.99%, y el inciso a) estaría restringido a los casos en que el pagador de la renta sea una persona natural.

A nuestro criterio dicha interpretación no guarda armonía con lo establecido en los demás incisos del artículo 56 de la Ley del IR y con la finalidad de la norma recogida en la exposición de motivos; si bien la interpretación literal es válida y en algunos casos es la única que debería tomarse en cuenta en materia tributaria, debemos tener presente que todos los métodos de interpretación también son válidos y corresponde que meritemos la interpretación más adecuada. Nosotros consideramos que la norma establece una lista de supuestos que deben ser considerados como operaciones de financiamiento, pero a fin de evitar discusiones respecto a la tasa aplicable por los rendimientos obtenidos de algunos instrumentos financieros que no se haya hecho mención, se estableció un supuesto que abarque todos esos casos.

Finalmente, mediante el inciso j) incorporado por la Ley 29645 se establece que se aplicará la tasa del 30% a las otras rentas no consideradas en los otros incisos del artículo 56.

- Cuando no se acredite el ingreso del bien importado o del dinero al país, según corresponda.
- Cuando se acredite el ingreso del bien importado o del dinero al país, pero se excede la tasa de LIBOR + 7%: **se aplicará la tasa del 30% sobre el monto del interés anual al rebatir que exceda a la tasa límite.** La tasa del 4.99% se aplicará respecto a la parte de los intereses que se calculen con la tasa límite.
- Cuando se abonen intereses por crédito concedidos por una empresa vinculada del exterior, o a través de un acreedor cuya inter-

vención tiene como propósito encubrir una operación de crédito entre parte vinculadas.

Asimismo, se establece que lo dispuesto en este inciso no será aplicable a las empresas del sistema financiero señaladas en el inciso b); y que se entenderá que el acreedor ha tenido como propósito encubrir una operación entre partes vinculadas, cuando el deudor domiciliado en el país no pueda demostrar que la estructura o relación jurídica, adoptada con su acreedor coincide con el hecho económico que las partes pretenden realizar.

En relación a esto último nos preguntamos cómo el sujeto domiciliado podrá sustentar ello, ya que si bien antes tenían como una suerte de sustento la declaración jurada de no encubrimiento de la operación, ahora no tiene una norma clara que le establezca cómo sustentará ello. A nuestro parecer el último párrafo de este inciso establece una obligación indebida para el sujeto domiciliado, ya que se le estaría exigiendo probar un hecho que en principio debiera ser inexistente, es como una suerte de que exijan a alguien que no cometió un acto ilícito. En ese sentido, a quien le correspondería el cargo de la prueba es a la Administración Tributaria, y como sabemos ella no tiene las herramientas para poder fiscalizar de forma adecuada el cumplimiento de esta obligación, y por tanto seguiremos teniendo un supuesto que en la práctica no puede probarse.

Lima, marzo de 2011.