

Comentarios con relación al nuevo régimen de transparencia fiscal internacional aplicable en el Perú



MANUEL RIVERA SILVA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Jefe de Prácticas del curso de Impuesto a la Renta en la Universidad de Lima.

SUMARIO:

- I. Finalidad de la RTFI.
- II. Definición y alcances del RTFI.
- III. Entidades offshore a las que se les aplica el RTFI: entidades controladas no domiciliadas –ECN.
 1. Personería distinta de la de sus socios.
 2. Régimen fiscal más privilegiado.
 3. De propiedad de contribuyentes domiciliados en el país.
- IV. Naturaleza de las rentas sujetas al RTFI: rentas pasivas.
- V. Presunciones en relación a las rentas pasivas obtenidas por una ECND.
 1. Presunción absoluta (no admite prueba en contrario).
 2. Presunciones relativas (admiten prueba en contrario).
- VI. Normativa referida a la atribución de rentas.
- VII. Rentas pasivas no atribuibles.
- VIII. Otras consideraciones.
 1. Crédito por IR pagado en el exterior.
 2. Dividendos que corresponden a rentas pasivas.
- IX. Comentarios finales.

A través del Decreto Legislativo No. 1120, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 18 de julio de 2012, se incorporó por primera vez en la legislación tributaria peruana normas relativas al régimen de transparencia fiscal internacional (en adelante, el RTFI), también conocido como *CFC Rules* por sus siglas en el inglés (Controlled Foreign Corporation).

En efecto, el RTFI ha sido introducido en nuestra normativa fiscal en el Capítulo XIV de la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante, la LIR), el mismo que entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 2013 y será de aplicación respecto de las rentas pasivas que obtengan las entidades controladas no domiciliadas a partir de dicha fecha.

A lo largo del presente estudiaremos las razones que motivaron al legislador peruano a regular el RTFI en nuestro país, los contribuyentes en el Perú que se verían incididos por esta normativa, los requisitos sustanciales y formales previstos en la LIR para su aplicación, los tipos de rentas sometidos al RTFI, las excepciones a la implementación del régimen, entre otros.

Del mismo modo, identificaremos aquellos aspectos relacionados al RTFI que han generado discrepancias y/o inquietudes en los operadores del Derecho por su falta de claridad y que deberían ser corregidos por medio de posteriores modificaciones legislativas o mediante precisiones a nivel reglamentario.

I. FINALIDAD DEL RTFI

Uno de los aspectos sustanciales que configuran la hipótesis de incidencia tributaria¹ es el aspecto "temporal", el cual —como no podía ser de otra manera— también se encuentra presente en la estructura de la hipótesis de incidencia

tributaria del Impuesto a la Renta (en adelante, IR). En efecto, el IR es un tributo de periodicidad anual, siendo que en el Perú el ejercicio fiscal coincide con el año calendario; de ahí que, al 31 de diciembre de cada año, salvo regímenes especiales, surge la obligación tributaria del IR para los contribuyentes domiciliados en el país, ya sean personas naturales o jurídicas, sin perjuicio que la declaración y pago relativos a dicha obligación se realice posteriormente durante el periodo de marzo del siguiente ejercicio gravable.

Ahora bien, para efectos del reconocimiento de ingresos, el artículo 57 de la LIR establece que las rentas de primera y tercera categorías así como las rentas de fuente extranjera que obtengan los contribuyentes domiciliados en el país provenientes de la explotación de un negocio o empresa en el exterior se imputarán al ejercicio gravable en que se devenguen. Por el contrario, las rentas pertenecientes a las otras categorías no mencionadas y las rentas de fuente extranjera de naturaleza no empresarial se imputarán al ejercicio gravable en que se perciban. Las reglas expuestas también son de aplicación para el reconocimiento de los gastos.

Cabe indicar que el criterio del devengado implica que los ingresos y gastos se reconocen cuando se generan o se incurren, esto es, cuando nace el derecho a recibir una contraprestación sin perjuicio de no haberla cobrado (en el caso de los ingresos) o cuando nace el deber de cumplir con una obligación pese a no haberla pagado (en el caso de los gastos).² En contraposición, el criterio del percibido implica que el contribuyente deberá reconocer un ingreso cuando lo haya recibido efectivamente o haya sido puesto a su disposición y, un gasto, cuando haya cumplido debidamente con su pago.

1. Los aspectos que configuran la hipótesis de incidencia tributaria reconocidos por la mayor parte de la doctrina son el aspecto personal o subjetivo, el aspecto material y objetivo, el aspecto espacial y el aspecto temporal. Algunos tratadistas consideran a su vez como un aspecto adicional de la hipótesis de incidencia tributaria al aspecto cuantitativo.
2. Nótese que ni la LIR ni ninguna otra disposición tributaria contiene una definición del concepto de devengado; en consecuencia, su alcance es definido según las normas contables. Ello, conforme reiterados pronunciamientos del Tribunal Fiscal, como son las Resoluciones Nos. 9518—2—2004, 1652—5—2004, 1274—2—2004.

Nótese que si un contribuyente domiciliado en el país³ realiza inversiones en el exterior, obtendrá rentas de fuente extranjera que deberán ser reconocidas cuando se devenguen (en el caso de rentas empresariales) o cuando se perciban (en el caso de rentas no empresariales).

Pues bien, a manera de ejemplo, supongamos que el 1 de enero del 2011 una persona natural domiciliada en el Perú compró bonos emitidos por una entidad residente en Panamá por la suma US\$ 1, 000,000, los cuales reditúan una rentabilidad ascendente al 20% anual, de manera que al cierre del ejercicio 2011 la entidad panameña le abonó en su cuenta bancaria US\$ 200,000 por concepto de intereses. Los referidos intereses califican como renta de fuente extranjera de tipo no empresarial, de modo tal que la persona natural debió reconocerlos para efectos del IR cuando los percibió, esto es, el 31 de diciembre de 2011. Así las cosas, tales intereses deben tributar en el Perú con motivo de la liquidación del IR del ejercicio 2011 de la persona natural.

Ahora bien, la renta de fuente extranjera de tipo no empresarial se suma a las rentas de fuente peruana provenientes del trabajo⁴ y se les aplica la tasa progresiva acumulativa de 15%, 21% y 30% a que se refiere el artículo 53 de la LIR⁵. Bajo la premisa que la totalidad de las rentas de dicha persona natural en el ejercicio 2012 ya han superado los tramos para la aplicación de las tasas del 15% y del 21%, la tasa aplicable a las rentas ascendentes a US\$ 200,000 por concepto de intereses sería del 30%, por lo que el IR que

la persona natural debería pagar en marzo de 2013 por tales rentas sería de US\$ 60,000.

Por su parte, imaginemos que una empresa peruana en el ejercicio 2010 compró 2,000 acciones de una compañía residente en Suiza a razón de US\$ 1,000 por acción. Dicha inversión no se encontraba vinculada a su giro de negocio, con lo cual cualquier eventual rendimiento calificaría como una renta de fuente extranjera no empresarial sujeta al criterio del percibido. Resulta que la compañía suiza obtuvo utilidades al cierre del ejercicio 2010 y la Junta General de Accionistas optó por la distribución de dividendos a los titulares de las acciones de dicha compañía. A la empresa peruana le correspondió por concepto de utilidades la suma ascendente a US\$ 300,000, los cuales fueron abonados en su cuenta bancaria a mediados del ejercicio 2011.

Al tratarse de rentas sujetas al criterio del percibido, los US\$ 300,000 fueron reconocidos por la compañía peruana en el ejercicio 2011, de ahí que, como parte de la liquidación de su IR anual de tal ejercicio, incorporó los dividendos obtenidos de la empresa suiza al total de sus rentas sujetas a imposición y pagó en marzo de 2012 el IR respectivo, aplicando para ello la tasa del 30% sobre su renta neta.

De los ejemplos propuestos, tenemos que en ambos casos tanto la persona natural como la empresa peruana tuvieron que reconocer para fines del IR en el Perú las rentas percibidas como consecuencia de sus inversiones en el exterior.

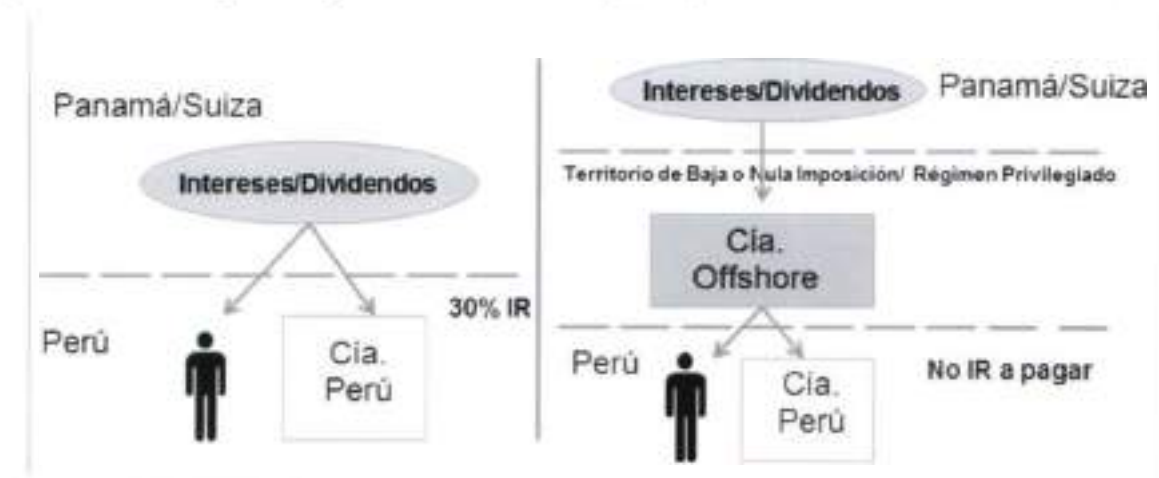
3. Según el artículo 6 de la LIR, los sujetos domiciliados en el país tributan por sus rentas de fuente mundial, esto es, por sus rentas de fuente peruana y de fuente extranjera.
4. Rentas de cuarta y quinta categorías.
5. El impuesto a cargo de las personas naturales, sucesiones indivisas y sociedades conyugales, que optaron por tributar como tal, domiciliadas en el país, se determina aplicando a la suma de su renta neta del trabajo y la renta de fuente extranjera a que se refiere el artículo 51 de esta Ley, la escala progresiva acumulativa siguiente:

Suma de la Renta Neta del Trabajo y renta de fuente extranjera	Tasa
Hasta 27 UIT	15%
Por el exceso de 27 UIT y hasta 54 UIT	21%
Por el exceso de 54 UIT	30%

Sin perjuicio de lo expuesto, si en lugar de que las inversiones las hubiera efectuado la persona natural o la empresa peruana, quien las hubiera realizado hubiera sido una compañía *offshore*, constituida por la persona natural o la empresa peruana en un territorio de baja o nula imposición, surge la crucial interrogante respecto a cuándo se hubieran tenido que reconocer tales rentas.

En este nuevo supuesto, las rentas tendrían que ser reconocidas por la compañía *offshore* y no por la persona natural o la empresa peruana. Siendo ello así, téngase presente que con dicho reconocimiento en cabeza de la compañía *offshore* no habría —aún— impacto tributario alguno en el Perú. En efecto, bajo esta nueva estructura, la persona natural o la empresa peruana no tributarían en el país sino hasta el momento en el cual la compañía *offshore* les distribuya dividendos en su calidad de accionistas. Estando a ello, queda claro que se produce un diferimiento del pago del IR en el Perú ocasionando un perjuicio directo en las arcas fiscales causado únicamente por el sólo hecho de haber interpuesto una compañía *offshore* en el medio de la cadena para que sea ésta quien realice las inversiones. Más aún, dicho diferimiento se podría prolongar indefinidamente hasta que se decida el reparto de dividendos e, incluso, de no producirse nunca tal reparto, no se tributaría en el Perú.

A fin de clarificar lo anteriormente expuesto, presentamos la siguiente gráfica:



6. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No.1120, pág. 54.

Como se puede apreciar, con un esquema como el anteriormente expuesto se logra el diferimiento del pago del IR en el Perú. Al respecto, la propia Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No.1120 (en adelante, la Exposición de Motivos) señala lo siguiente:

"Así pues, el diferimiento antes mencionado se traduce en un beneficio para el accionista —sujeto domiciliado en el país de donde el capital proviene— el cual incluso podrá ser mayor cuando las rentas sean obtenidas en una jurisdicción cuya carga tributaria sea menor a la del país de residencia del accionista.

Sobre el particular, la doctrina reconoce que aún cuando las rentas sean finalmente gravadas en el país de residencia, el diferimiento del gravamen en el tiempo resulta en un beneficio permanente respecto de las rentas inicialmente obtenidas por los contribuyentes. Ello fomenta que los residentes, a través de la planificación tributaria internacional, relocalicen sus rentas en jurisdicciones cuyo régimen tributario resulte más beneficioso; acumulando dichas rentas en la jurisdicción que resulte tributariamente más beneficiosa, en vez de repatriar los fondos al país de residencia."

En este contexto, el RTFI surge en nuestro país como un régimen anti—elusivo cuya principal finalidad es combatir el diferimiento

de las rentas obtenidas por los contribuyentes domiciliados en el país producto de sus inversiones en el exterior.

II. DEFINICIÓN Y ALCANCES DEL RTFI

El RTFI tiene como antecedente principal a las *CFC Rules* de los Estados Unidos de América del año 1962⁷, aunque cabe mencionar que regímenes similares ya han sido incorporados en diversas legislaciones tributarias, como es el caso de Alemania, Canadá, China, Dinamarca, Egipto, España, Francia, Japón, Reino Unido, Sudáfrica, entre otros. En la región, se han aprobado regímenes de transparencia fiscal internacional en Argentina, Brasil, México y Venezuela.

Las *CFC Rules* son definidas por la OCDE⁸ como la legislación diseñada para combatir la re—locación de rentas en compañías residentes en jurisdicciones de baja o nula imposición, siendo una característica esencial del régimen la atribución de una proporción de las rentas relocalizadas en las referidas compañías a los accionistas residentes del Estado afectado.⁹

El RTFI, por ficción legal, no considera la personalidad jurídica de las sociedades *offshore* cuya constitución haya tenido una finalidad elusiva, es decir, se trata a dichas sociedades como si fueran “transparentes” desde el punto de vista fiscal con el propósito de obligar la tributación de los respectivos accionistas de tales sociedades sin la necesidad de esperar la distribución de utilidades o dividendos.

Nótese cómo a partir de la no consideración de la personalidad jurídica de las sociedades *offshore* y la atribución correspondiente

de las rentas obtenidas a los accionistas de dichas sociedades se logra el mismo efecto tributario como si las inversiones hubieran sido efectuadas directamente por los inversionistas originales.

En los ejemplos planteados, al desconocerse la existencia de la compañía *offshore* para propósitos fiscales, los intereses obtenidos por la persona natural domiciliada en el país por la adquisición de los bonos emitidos por la entidad panameña o los dividendos obtenidos por la empresa peruana por la inversión en las acciones emitidas por la entidad suiza, deberán ser reconocidos por la persona natural y por la empresa peruana en la oportunidad en que la compañía *offshore* obtenga tales rentas, eliminándose cualquier posibilidad de diferimiento de los resultados.

Es, en este marco, que el artículo 111 de la LIR regula el ámbito de aplicación del RTFI, según el cual éste resulta aplicable a los contribuyentes domiciliados en el país, propietarios de entidades controladas no domiciliadas, respecto de las rentas pasivas de éstas, siempre que se encuentren sujetos al IR en el Perú por sus rentas de fuente extranjera.

Analizaremos en los siguientes apartados las características descritas en el párrafo anterior. Por lo pronto, basta con señalar que el RTFI se aplica a los contribuyentes domiciliados en el Perú que estén gravados con el IR por sus rentas de fuente mundial, esto es, por sus rentas de fuente peruana y también por sus rentas de fuente extranjera. Ello, toda vez que en el Perú no existe un régimen tributario que grave únicamente a las rentas de fuente extranjera de los contribuyentes.¹⁰

7. Las *CFC Rules* están contenidas en el sub apartado F del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos (Subpart F of the Internal Revenue Code — IRC) de las secciones 951 a 965.

8. Organización para la Cooperación y para el Desarrollo Económico. En inglés: Organization for Economic Cooperation and Development — OECD.

9. <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm#s>

10. Los sujetos domiciliados tributan por sus rentas de fuente mundial mientras que los no domiciliados tributan únicamente por sus rentas de fuente peruana.

III. ENTIDADES OFFSHORE A LAS QUE SE LES APLICA EL RTFI: ENTIDADES CONTROLADAS NO DOMICILIADAS —ECND

El RTFI resulta aplicable a aplicable a los contribuyentes domiciliados en el país propietarios de entidades controladas no domiciliadas (en adelante, ECND). El artículo 112 de la LIR dispone que se entenderá por ECND a aquellas entidades de cualquier naturaleza, no domiciliadas en el país, que cumplan con las siguientes condiciones:

1. Para efectos del IR, tengan personería distinta de la de sus socios, asociados, participacionistas o, en general, de las personas que la integran.
2. Estén constituidas o establecidas, o se consideren residentes o domiciliadas, de conformidad con las normas del Estado en el que se configure cualquiera de esas situaciones, en un país o territorio:

a) De baja o nula imposición, o,

b) En el que sus rentas pasivas no estén sujetas a un IR, cualquiera fuese la denominación que se dé a este tributo, o estándolo, el impuesto sea igual o inferior al 75% del IR que correspondería en el Perú sobre las rentas de la misma naturaleza.¹¹

3. Sean de propiedad de contribuyentes domiciliados en el país. Se entenderá que la ECND es de propiedad de un contribuyente domiciliado en el país cuando, al cierre del ejercicio gravable, éste —por sí solo o conjuntamente con sus partes vinculadas domiciliadas en el país— tengan una participación, directa o indirecta, en más del 50% del capital o en los resultados de dicha entidad, o de los derechos de voto en ésta.

Analizamos seguidamente cada uno de los requisitos anteriormente citados.

1. Personería distinta de la de sus socios.

La norma bajo comentario alude que la ECND debe tener personería jurídica diferente de la de los accionistas que la conforman, esto es, cualquier nuevo sujeto o entidad legal al cual se le puede atribuir derechos y obligaciones de manera autónoma. A partir de ello, queda claro que cumpliría con este requisito cualquier empresa o sociedad constituida en el exterior bajo cualquier forma societaria de aquellas previstas en la legislación del país de constitución.

No obstante, ello no resulta tan claro en el caso de otro tipo de vehículos legales que si bien tienen derechos y obligaciones no tienen personería jurídica, sino que más bien se estructuran a través de una serie de tipos contractuales. Nos referimos al caso de los fondos o fideicomisos (*trusts*), los cuales son comúnmente usados para canalizar distintos tipos de inversiones. En estos supuestos, desde un punto de vista estrictamente legal, no se estaría cumpliendo el requisito materia de análisis.

Sin embargo, adviértase que el artículo 14 de la LIR, en virtud de la autonomía del Derecho Tributario, ha definido como personas jurídicas, entre otros supuestos, a las entidades de "cualquier naturaleza" constituida en el exterior, razón por la cual debemos concluir que los fondos o fideicomisos establecidos fuera del país cumplen el presente requisito para calificar como una ECND.

2. Régimen fiscal más privilegiado.

Este requisito implica que la ECND debe estar ubicada en un país o territorio de baja o nula imposición, también conocidos como "paraísos fiscales". Los paraísos fiscales, para efectos de la legislación peruana, se encuentran incorporados en una "lista negra" prevista en el Anexo del Reglamento de la LIR, la cual contiene

11. Siendo que la tasa del IR en el Perú asciende al 30%, una tasa igual al 75% de ésta equivaldría al 22.5%.

un total de 43 jurisdicciones¹². Ahora bien, pese a que un país o territorio no se encuentre en la referida lista, también podría calificar como paraíso fiscal bajo el cumplimiento de una serie de requisitos.¹³

Del mismo modo, también se cumpliría el requisito de encontrarse en un régimen privilegiado si pese a no calificar un territorio como de baja o nula imposición, la entidad no pague IR alguno o pague un IR igual o inferior al 22.5% del IR peruano.¹⁴

A manera de ejemplo, en Uruguay la tasa del IR asciende al 25%, pero las empresas en dicho país sólo se encuentran gravadas por las rentas de fuente uruguaya. En este supuesto, si una empresa uruguaya vende acciones emitidas por una empresa holandesa y producto de ello obtiene una ganancia de capital, no va a tributar IR alguno en Uruguay. Entonces, como la empresa uruguaya no pagaría IR por tales rentas, pese a que por otras sí tributaría con la tasa competitiva de 25% (las de fuente uruguaya), cumpliría el requisito de tener un régimen fiscal más privilegiado para fines del RTFI.

Sobre este punto, la norma no ha señalado taxativamente si la tasa antedicha de 22.5%

(o menos) es la nominal o la efectiva. Téngase en consideración que un país podría tener una tasa nominal elevada del IR, pero gracias a un sistema favorable de deducciones a la base imponible, la tasa efectiva podría ser mucho menor que la nominal.

Nos inclinamos a pensar que la LIR se refiere a la tasa efectiva del IR toda vez que si lo que se pretende es identificar a aquellas jurisdicciones que tienen un régimen tributario privilegiado, lo relevante es analizar la tasa efectiva del IR, es decir, la verdadera carga económica que representa para un contribuyente realizar hechos imposables en dicha jurisdicción.

Asimismo, la Exposición de Motivos nos brinda una pista respecto de cuál fue la intención del legislador:

“Es un elemento común en las legislaciones comparadas que las rentas a imputar a un sujeto residente deben gozar en la jurisdicción de la entidad no residente un régimen fiscal más privilegiado o favorable, esto es, que no se sujeten a imposición o el impuesto efectivamente gravado sea por lo general en un 75% menor al que hubiese correspondido aplicar según la legislación fiscal del estado de residencia.” (Subrayado añadido)

12. Alderney, Andorra, Anguila, Antigua y Barbuda, Antillas Neerlandesas, Aruba, Bahamas, Bahrain, Barbados, Belice, Bermuda, Chipre, Dominica, Guernsey, Gibraltar, Granada, Hong Kong, Isla de Man, Islas Caimán, Islas Cook, Islas Marshall, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, Jersey, Labuán, Liberia, Liechtenstein, Luxemburgo, Madeira, Maldivas, Mónaco, Monserrat, Nauru, Niue, Panamá, Samoa Occidental, San Cristóbal y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Seychelles, Tonga y Vanuatu.
13. De acuerdo al artículo 86 del Reglamento de la LIR, también se considera país o territorio de baja o nula imposición a aquél donde la tasa efectiva del IR, cualquiera fuese la denominación que se dé a este tributo, sea cero por ciento (0%) o inferior en un cincuenta por ciento (50%) o más a la que correspondería en el Perú sobre rentas de la misma naturaleza, de conformidad con el Régimen General del IR, y que, adicionalmente, presente al menos una de las siguientes características:
 - a) Que no esté dispuesto a brindar información de los sujetos beneficiados con gravamen nulo o bajo;
 - b) Que en el país o territorio exista un régimen tributario particular para no residentes que contemple beneficios o ventajas tributarias que excluya explícita o implícitamente a los residentes;
 - c) Que los sujetos beneficiados con una tributación baja o nula se encuentren impedidos, explícita o implícitamente, de operar en el mercado doméstico de dicho país o territorio;
 - d) Que el país o territorio se publicite a sí mismo, o se perciba que se publicita a sí mismo, como un país o territorio a ser usado por no residentes para escapar del gravamen en su país de residencia.
14. Ver nota al pie No.12.

Otro argumento que nos permite inferir que la tasa a la que se refiere el legislador es la efectiva es el hecho que para calificar a un país o territorio como de baja o nula imposición, nuestra legislación hace uso del concepto tasa efectiva.¹⁵ Dado la misma finalidad de ambas normas, su condición de anti elusivas, entendemos que la tasa en este caso también debería ser la efectiva.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que sería oportuno que a nivel reglamentario se precise que la tasa efectiva es la tasa a considerar en este caso a fin de evitar cualquier inseguridad jurídica que la falta de claridad de esta norma podría generar.

3. De propiedad de contribuyentes domiciliados en el país.

Un requisito esencial para que aplique el RTFI es que el contribuyente domiciliado en el Perú ejerza "control" sobre la entidad residente en el exterior en el sentido que pueda ejercer una influencia determinante en las decisiones de dicha entidad. Este control es entendido en la LIR como la necesidad de que la ECND sea de "propiedad" de contribuyentes domiciliados en el país.

La norma prevé que la ECND es de propiedad de un contribuyente domiciliado en el país cuando éste tenga una participación, directa o indirecta, en más del 50% del capital, en los resultados de dicha entidad o en los derechos de voto. Así pues, adviértase que más que la "propiedad" de la ECND, lo que se requiere es el efectivo

control sobre la marcha de la ECND ya que, de lo contrario, sólo hubiera sido exigible tener más del 50% del capital de la ECND.

La LIR, acertadamente a nuestro parecer, también señala que el contribuyente domiciliado en el país también será "propietario" de la ECND cuando tenga más del 50% en los resultados o en los derechos de voto de la sociedad, en vista a que tener estos otros derechos también son manifestaciones claras del control que se puede ejercer sobre la sociedad no residente en el Perú.

De no haberse previsto lo anterior, hubiera sido muy sencillo para los contribuyentes salir del ámbito de aplicación del RTFI, manteniendo sólo un 49% de la propiedad de la entidad no residente pero un 100% sobre los derechos de voto o sobre los derechos en el reparto de utilidades.

El cómputo del porcentaje en el capital, resultados o derechos de voto debe realizarse al "cierre del ejercicio gravable". Lo señalado es de suma relevancia porque podría ser el caso que el contribuyente domiciliado en el país supere el porcentaje límite (50%) en cualquiera de los supuestos de control durante el ejercicio gravable, pero si al final del mismo no lo supera, no se cumpliría el presente requisito y, por ello, el RTFI no le sería aplicable.

Cabe indicar además que el referido porcentaje se computa a nivel del contribuyente domiciliado en el país por sí solo o "conjuntamente con sus partes vinculadas domiciliadas en el país".¹⁶ Esta medida pretende luchar contra cualquier

15. Ver nota al pie No.14.

16. El artículo 24 del Reglamento de la LIR contiene los supuestos de vinculación económica, entre ellos:

Una persona natural o jurídica posea más de treinta por ciento (30%) del capital de otra persona jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.

Más del treinta por ciento (30%) del capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca a una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.

En cualquiera de los casos anteriores, cuando la indicada proporción de capital pertenezca a cónyuges entre sí o a personas naturales vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

El capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca en más del treinta por ciento (30%) a socios comunes a éstas.

estrategia del contribuyente para evitar que se le aplique el RTFI, por ejemplo, al entregarle a su cónyuge, hijos o a una empresa respecto de la cual tiene mayoría accionaria, una participación significativa en el capital, los resultados o los derechos de voto de la entidad no residente.

La LIR excluye para estos efectos a aquellas partes vinculadas del contribuyente que estén sujetos al IR en el Perú sólo por sus rentas de fuente peruana (i.e. las sucursales o establecimientos permanentes de entidades no domiciliadas en el país) así como a aquellas empresas conformantes de la actividad empresarial del Estado.

IV. NATURALEZA DE LAS RENTAS SUJETAS AL RTFI: RENTAS PASIVAS

Luego de haber analizado los requisitos para que una entidad no residente califique como una ECND, es vital revisar qué tipo de rentas se encuentran dentro del ámbito de influencia del RTFI. Las CFC rules en el Perú, en virtud de lo dispuesto por el artículo 111 de la LIR, serán de aplicación a los contribuyentes domiciliados en el país, propietarios de ECND, únicamente respecto de las "rentas pasivas" que éstas generen. Nótese que el régimen no se aplica a las rentas pasivas que "reciban" los contribuyentes, sino respecto de las rentas pasivas que las propias ECND generen.

En línea con lo anterior, la Exposición de Motivos señala lo siguiente:

"El régimen se aplica sólo respecto de rentas pasivas. No es objeto de la propuesta alcanzar a aquellas empresas que constituyen una empresa en el exterior con la finalidad

de realizar su actividad empresarial, sino a aquellas que constituyen esa empresa únicamente con el fin de eludir el pago del Impuesto.

Por ello, no se aplica la transparencia fiscal a entidades no domiciliadas por sus rentas empresariales, sino únicamente por sus rentas pasivas, habiéndose incorporado una definición de rentas pasivas, la cual excluye las provenientes de actividades empresariales."¹⁷

Siguiendo ese criterio, el Artículo 114 de la LIR dispone lo que se entiende por "rentas pasivas" a través de un listado de diferentes tipos de renta, entre los que se encuentran: (i) los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades; (ii) los intereses; (iii) las regalías; (iv) las ganancias de capital provenientes de la enajenación de inmuebles; (v) las rentas y ganancias de capital provenientes de la enajenación, redención o rescate de valores mobiliarios; etc.

La no incorporación de las rentas "activas" en el RTFI se pone de manifiesto en la propia legislación (léase, además de la exposición de motivos antes citada) cuando en el Artículo 114 se establecen excepciones tratándose de categorías de rentas previamente calificadas como "renta pasiva". Nos referimos a los intereses y a las ganancias de capital por la enajenación de inmuebles, las cuales no serán "renta pasiva" para efectos del RTFI, cuando quien realiza la actividad, en el primer caso, es una entidad bancaria o financiera y, en el segundo caso, se trata de una empresa inmobiliaria. En otras palabras, el énfasis en los supuestos comentados ha sido puesto en el ánimo empresarial

Las personas jurídicas o entidades cuenten con una o más directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros, operativos y/o comerciales que se adopten.

Dos o más personas naturales o jurídicas consoliden Estados Financieros.

Una empresa no domiciliada tenga uno o más establecimientos permanentes en el país, en cuyo caso existirá vinculación entre la empresa no domiciliada y cada uno de sus establecimientos permanentes y entre todos ellos entre sí.

17. Pág. 57.

y no necesariamente en la naturaleza de las rentas obtenidas.

La decisión de un país de considerar como parte del RTFI únicamente a las rentas pasivas o también a las rentas activas recae dentro del terreno de su política fiscal y de promoción del comercio exterior. Aquellos países, como el caso del Argentina, Canadá, España o ahora Perú, etc., que buscan incentivar la exportación de capitales o, dicho de otro modo, que buscan que las empresas constituidas en sus jurisdicciones realicen también operaciones comerciales en el exterior (que generan rentas activas), incluirán –fundamentalmente— dentro del RTFI a las rentas pasivas. A diferencia de lo anterior, otros países sí consideran con mayor énfasis a las rentas activas como parte de sus regímenes de transparencia fiscal internacional, tal es el caso de Dinamarca, Egipto, Francia, los Estados Unidos¹⁸, entre muchos otros.

Por su parte, el artículo 114 de la LIR también considera como rentas pasivas a las rentas que las ECND obtengan como consecuencia de operaciones realizadas con sujetos domiciliados en el país, siempre que: (i) éstos y aquéllas sean partes vinculadas; (ii) tales rentas constituyan gasto deducible para los sujetos domiciliados para la determinación de su IR en el país; y, (iii) dichas rentas no constituyan renta de fuente peruana, o estén sujetas a la presunción prevista en el artículo 48 de la LIR, o siendo íntegramente de fuente peruana estén sujetas a una tasa del IR menor al 30%.

Siendo que el propósito del RTFI no es otro que combatir la elusión fiscal, las disposiciones del párrafo anterior resultan razonables ya que si a través de una ECND se realizan operaciones con sujetos domiciliados en el país vinculados económicamente y, a partir de tales operaciones, se obtienen ventajas tributarias (deducibilidad del gasto para efectos del sujeto domiciliado y una nula o inferior tasa de retención del IR

en comparación con el ahorro que produce la deducibilidad del gasto), es lógico someter las ganancias de la ECND al RTFI para neutralizar tales ventajas.

A su vez, si bien ya hemos manifestado que el RTFI en el Perú considera como rentas pasivas a los dividendos o cualquier otra forma de distribución de utilidades, la LIR precisa que no se considerará como rentas pasivas a los dividendos y otras formas de distribución de utilidades pagadas por una ECND a otra. La finalidad de esta excepción es evitar que se produzca una doble imposición en cabeza del contribuyente domiciliado en el Perú cuando se le atribuyan, por un lado, las rentas pasivas obtenidas por una ECND y, por otro, cuando se le atribuyan las mismas rentas pasivas distribuidas por dicha ECND a favor de otra ECND, respecto de la cual el contribuyente en el país es su accionista.

V. PRESUNCIONES EN RELACIÓN A LAS RENTAS PASIVAS OBTENIDAS POR UNA ECND

El RTFI en el Perú contempla las siguientes presunciones:

1. Presunción absoluta (no admite prueba en contrario).

En virtud del artículo 114 de la LIR, si los ingresos que califican como rentas pasivas son iguales o mayores al 80% del total de los ingresos de la ECND, el total de los ingresos de ésta serán considerados como rentas pasivas.

2. Presunciones relativas (admiten prueba en contrario).

- Todas las rentas obtenidas por una ECND que esté constituida o establecida, o sea residente o domiciliada en un país o territorio de baja o nula imposición, son rentas pasivas.

18. En el caso de los Estados Unidos, algunas rentas activas que forman parte de las CFC son las derivadas de algunas ventas o prestaciones de servicios entre partes vinculadas; rentas relacionadas con ciertos países sancionados, etc.

- Una ECND constituida, establecida, residente o domiciliada en un país o territorio de baja o nula imposición, genera, en un ejercicio gravable una renta neta pasiva igual al resultado de multiplicar la tasa de interés activa más alta que cobren las empresas del sistema financiero del referido país o territorio por el valor de adquisición de la participación o el valor de participación patrimonial, el que resulte mayor, que corresponda a la participación, directa o indirecta, de los propietarios domiciliados en el país. En caso el país o territorio publique oficialmente la tasa de interés activa promedio de las empresas de su sistema financiero, se utilizará dicha tasa.

Estas presunciones han sido incorporadas a la LIR a fin de facilitar la implementación del RTFI en el Perú en vista de la imposibilidad del fisco peruano de obtener información proveniente de territorios de baja o nula imposición. Sin embargo, al menos la segunda presunción citada en cuanto a aplicar "la tasa de interés activa más alta que cobren las empresas del sistema financiero del referido país o territorio" nos parece un exceso. Presumir la generación de rentas en base a la tasa de interés activa (la que es cobrada por las entidades bancarias) y no la pasiva (la que es pagada por éstas) e, incluso, la más alta del mercado, es claramente arbitrario y debería ser modificado mediante la dación de una ley complementaria.

Asimismo, si bien la SUNAT tiene la imposibilidad de obtener información de países o territorios de baja o nula imposición, el artículo 116—B de la LIR ha dispuesto que los contribuyentes domiciliados en el país mantendrán en sus libros y registros, con efecto tributario, en forma detallada y permanente, las rentas netas que le atribuyan sus ECND, los dividendos u otra forma de participación en las utilidades provenientes de su participación en ECND, así como el impuesto pagado por éstas en el exterior, de corresponder.

Del mismo modo, ha previsto que SUNAT podrá establecer el detalle de la información que deben contener los libros y registros, así como

solicitar la presentación de documentación o información, en forma periódica o no, para el mejor control de lo previsto en el presente capítulo.

En este sentido, con toda la información que la SUNAT obtendrá de los contribuyentes por medio de las obligaciones formales antes descritas, no resulta lógica la drasticidad de la presunción bajo comentario.

VI. NORMATIVA REFERIDA A LA ATRIBUCIÓN DE RENTAS

Una vez que un contribuyente domiciliado en el país tiene una ECND que genera rentas pasivas, lo que resta evaluar es la forma en que dicho contribuyente deberá reconocer como suyas tales rentas.

El Artículo 113 de la LIR establece que las rentas netas pasivas que obtengan las ECND serán atribuidas a sus propietarios domiciliados en el país que, al cierre del ejercicio gravable, por sí solos o conjuntamente con sus partes vinculadas domiciliadas en el país, tengan una participación, directa o indirecta, en más del 50% en los resultados de dicha entidad.

Lo dispuesto en el párrafo anterior nos produce serias dudas por cuanto para calificar una entidad no residente como ECND los criterios de control previstos en la legislación eran tanto la propiedad de la entidad no residente como los derechos a voto o en los resultados sobre ésta. Sin embargo, para atribuir las rentas pasivas que dicha ECND genere, según el artículo 113 de la LIR, el único criterio a tomar en cuenta es el de la participación en los resultados.

No estamos seguros si ello se debe a que el legislador ha optado por ponerle énfasis a la participación en los resultados al ser este criterio, al final de cuentas, el que le permite a un contribuyente domiciliado hacerse de las utilidades de la ECND o si, por el contrario, se ha producido un grave error de redacción en la norma. En todo caso, una precisión a nivel legal en cualquiera de las dos opciones sería saludable.

Dicho esto, detallamos seguidamente las disposiciones relativas a la atribución de las rentas netas pasivas por parte de la ECND que estimamos más relevantes:

- La atribución de las rentas netas pasivas se efectuará en proporción a la participación, directa o indirecta, de los contribuyentes domiciliados en los resultados de la ECND.
- Las rentas y los gastos que se deberán considerar son los generados por la ECND durante el ejercicio gravable, para lo cual se deberá tomar en cuenta los criterios de imputación aplicable a las rentas de fuente extranjera previstos en el artículo 57 de la LIR.
- El ejercicio gravable es el previsto en el artículo 57 de la LIR, salvo que la determinación del IR en el país o territorio en el que la entidad esté constituida o establecida, o en el que se considere residente o domiciliada, siendo de una periodicidad de 12, no coincida con el año calendario, en cuyo caso se considerará como ejercicio gravable el periodo de dicho país o territorio.
- Cuando los gastos deducibles incidan en la generación de las rentas pasivas y de otras rentas, la deducción se efectuará en forma proporcional de acuerdo con el procedimiento que establezca el Reglamento.

VII. RENTAS PASIVAS NO ATRIBUIBLES

El artículo 115 de la LIR regula, en base a diferentes razones que expondremos a continuación, que no se efectuará la atribución de las siguientes rentas pasivas:

1. Las que sean de fuente peruana, salvo las previstas en el numeral 9 del artículo 114 de la LIR, habida cuenta que ya habrían tributa-

do en el Perú de modo que no habría renta que eludir que deba formar parte del RTFI.

2. Las que hubiesen sido gravadas con un IR en un país o territorio distinto a aquél en el que la ECND esté constituida o establecida, o sea residente o domiciliada, con una tasa superior al 75% del IR que correspondería en el Perú sobre las rentas de la misma naturaleza.

Al igual que el caso anterior, el hecho que las rentas estén siendo gravadas por una jurisdicción distinta al del lugar de constitución de la ECND revela que ésta no ha sido creada para diferir el pago del IR en el Perú sino que realiza operaciones internacionales, lo cual es un signo claro de que tiene sustancia económica.

3. Las obtenidas por una ECND en un ejercicio gravable cuando:

a). El total de las rentas netas pasivas de dicha entidad no excedan de cinco (5) UIT¹⁹, ello en virtud de la inmaterialidad de la cuantía en juego.

b) Los ingresos que califican como rentas pasivas son iguales o menores al veinte 20% del total de los ingresos de la ECND, lo cual deja entrever que el principal propósito de la ECND es la generación de rentas activas.

VIII. OTRAS CONSIDERACIONES

1. Crédito por IR pagado en el exterior.

Los contribuyentes domiciliados en el país, a quienes se les atribuya las rentas netas pasivas de una ECND, deducirán del IR en el país que grave dichas rentas, el IR pagado en el exterior por la referida entidad que grave dichas rentas, sin exceder los límites previstos en el inciso e) del artículo 88 de la LIR.²⁰

19. Para determinar este monto, se excluirán las rentas pasivas que se encuentren en los supuestos de los numerales 1 ó 2 de este artículo.

20. El referido inciso e) del artículo 88 de la LIR dispone que los contribuyentes deducirán de su IR los impuestos a

2. Dividendos que corresponden a rentas pasivas

Los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades que las ECND distribuyan a los contribuyentes domiciliados en el país, no estarán gravados con el IR en el país en la parte que correspondan a rentas netas pasivas que hubiesen sido atribuidas.

Si la intención del RTFI es evitar el diferimiento de las rentas pasivas obtenidas por los contribuyentes domiciliados en el país a través de las ECND, lo cual se producía mediante el no reparto de dividendos por la ECND, si tales rentas ya tributarán en aplicación del RTFI, cuando se produzca la efectiva distribución de dividendos ésta no debe ser considerada como una operación gravada con el IR para el contribuyente domiciliado en el país porque, de lo contrario, estaría tributando doblemente.

IX. COMENTARIOS FINALES

El objetivo de este artículo era explicar la razón por la cual se creó en el Perú el nuevo RTFI así como describir de manera general las principales características del régimen. A lo

largo del repaso efectuado de los aspectos más representativos del RTFI, hemos identificado las virtudes del mismo así como algunos defectos que deberían precisarse o corregirse a fin de que éste no afecte injustificadamente el patrimonio de los contribuyentes en el país.

Asimismo, cabe indicar que no nos hemos pronunciado sobre todos los aspectos criticables o controvertidos del RTFI por no ser éste el objetivo de estas líneas. Esperamos más bien que el futuro reglamento que se apruebe este año a fin de desarrollar el RTFI precisamente sirva para aclarar las dudas que los especialistas en la materia aún tenemos sobre el particular.

En tal sentido, la idea de este trabajo era aproximar al lector a un tema especializado en materia tributaria cuyo entendimiento puede en muchos casos resultar esquivo por la complejidad con la que se abordan estos temas. Esperamos que el presente artículo haya servido para ello y despierte el interés del lector en profundizar en el estudio del RTFI en el Perú y en la legislación comparada así como que coadyuve al enriquecimiento del debate y contribuya al desarrollo de la cultura jurídica en el Perú.

la renta abonados en el exterior por las rentas de fuente extranjera gravadas por la LIR, siempre que no excedan del importe que resulte de aplicar la tasa media del contribuyente a las rentas obtenidas en el extranjero ni el impuesto efectivamente pagado en el exterior. El importe que por cualquier circunstancia no se utilice en el ejercicio gravable, no podrá compensarse en otros ejercicios ni dará derecho a devolución alguna.