

# APUNTES SOBRE EL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL EN EL PERÚ

Lisset López Miranda<sup>(\*)</sup>

## Resumen

*En el presente artículo la autora desarrolla los antecedentes del régimen de transparencia fiscal Internacional en el Perú para luego especificar las implicancias del mismo en nuestro contexto. Adicionalmente explica el objetivo de esta regulación y desarrolla el tema de los convenios para evitar la doble imposición tributaria. Finalmente sugiere otros aspectos relevantes a tomar en cuenta en lo respectivo a la transparencia Fiscal.*

## Summary

*In this article the author develops the background of international fiscal transparency regime in Peru and then specifies the implications of it in our context. It also explains the purpose of this regulation and develops the theme of the agreements assigned to avoid double taxation. Finally, other relevant factors are suggested to take into account as relevant to the Fiscal transparency aspects.*

## Sommaire

*Dans cet article, l'auteur développe l'origine du régime international de la transparence fiscale au Pérou, puis spécifiez les conséquences de le régime dans notre contexte. Il explique aussi l'objet du présent règlement et développe le thème des accords pour éviter la double imposition. Finalement, il est suggéré d'autres facteurs pertinents à prendre en compte, en rapport avec les aspects de la transparence fiscale.*

---

(\*) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Segundo Título de Especialización en Derecho Tributario por la PUCP. Asociada del Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT) y la Asociación Fiscal Internacional – Grupo Peruano (IFA). Profesora de los cursos Derecho Tributario y Legislación Tributaria en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Participante del XII Curso Intensivo de Derecho Tributario Internacional (CIDTI) llevado a cabo en la Universidad Austral de Buenos Aires y diversos seminarios a nivel nacional.

## I. ANTECEDENTES DEL RÉGIMEN

Estados Unidos, en 1937, fue el país pionero en la formulación y aplicación de una norma de transparencia fiscal internacional (TFI), normativa conocida en general con el nombre de “*Controlled Foreign Company Legislation*” (CFC)<sup>(1)</sup>.

En la actualidad, son más de una veintena de países los que cuentan con normas similares al régimen estadounidense, siendo en gran parte de ellos países exportadores de capitales, así como la mayoría de países miembros de la OCDE.

Ahora bien, el régimen de TFI hace frente al diferimiento de la tributación que realizan los accionistas o socios de una sociedad del exterior, en su país de residencia, con la interposición de dicha sociedad en el extranjero, y la técnica usada por el Régimen es la imputación de rentas obtenidas por la sociedad a los socios.

No obstante, el tipo de rentas a incluir en la base imponible de los socios residentes, presenta desigualdades entre los Estados. Así, se tienen dos aproximaciones:

- El enfoque transaccional (“*Transactional approach*”).- Los socios residentes tributan respecto a una parte de los rendimientos obtenidos por la entidad extranjera, por lo general solo respecto a las rentas pasivas (no empresariales).
- El enfoque entidad (“*Entity approach*”).- Los socios residentes tributan respecto a la totalidad de los rendimientos obtenidos por la entidad extranjera (empresariales como pasivas).

De otro lado, existen Estados en los que el Régimen se aplica solo si la sociedad extranjera cumple con determinadas características, como el grado de gravamen efectivo que soporta esta. De esta forma, existen otros dos enfoques:

- Enfoque mundial (*global approach*).- La tributación efectiva soportada por la sociedad extranjera no tiene ninguna relevancia para aplicar las reglas del TFI. Por lo cual, no solo las sociedades residentes en paraísos fiscales o en general, que soportan baja tributación estarían afectos al Régimen.
- Enfoque jurisdiccional (*jurisdictional approach*).- Se toma en consideración el nivel de tributación de la entidad extranjera, siendo aplicable las reglas del TFI exclusivamente en aquellos supuestos en los que las entidades se benefician de un bajo nivel de tributación.

---

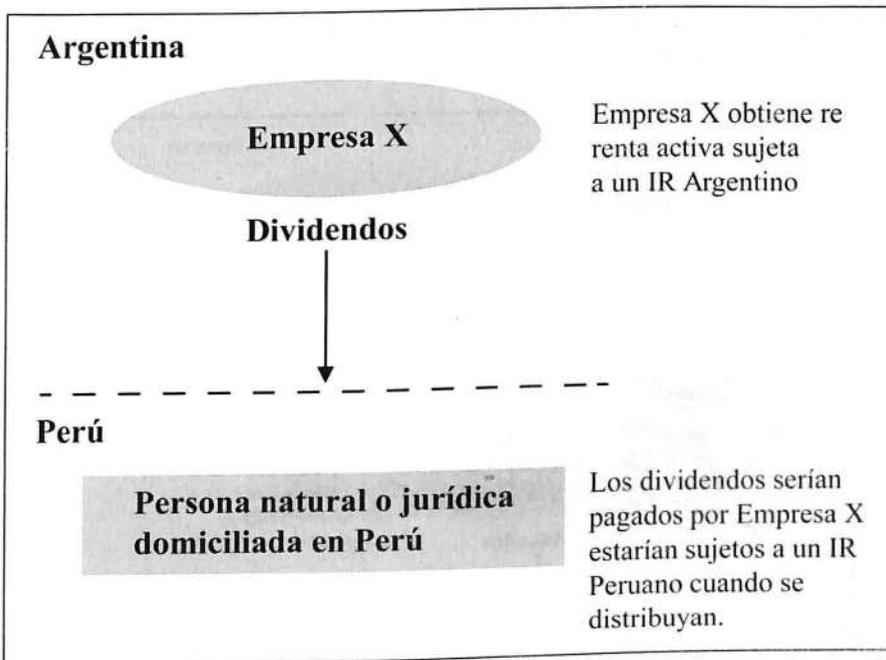
(1) ALMUDÍCID, José Manuel. Fiscalidad Internacional. Obra conjunta. Centro de Estudios Financieros. Madrid: 2005. Pág. 839.

Tal como veremos más adelante, el sistema peruano ha adoptado el enfoque transaccional, dado que solo se sujetan al Régimen las rentas pasivas de las sociedades no residentes; y a su vez, el enfoque jurisdiccional, ya que las sociedades no residentes sujetas al Régimen son solo aquellas que soportan cargas tributarias efectivas bajas.

## II. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN DE TFI EN EL SISTEMA TRIBUTARIO PERUANO

Mediante la aprobación de Régimen de TFI, se busca evitar que los contribuyentes domiciliados re-localicen sus rentas en jurisdicciones cuyo régimen tributario resultase más beneficioso, acumulando dichas rentas en dicha jurisdicción, en lugar de pagar impuestos en su país de residencia.

En ese sentido, este Régimen no considera la personalidad jurídica de las sociedades cuya constitución o funcionamiento haya sido o sea inspirada predominantemente por razones de orden fiscal.



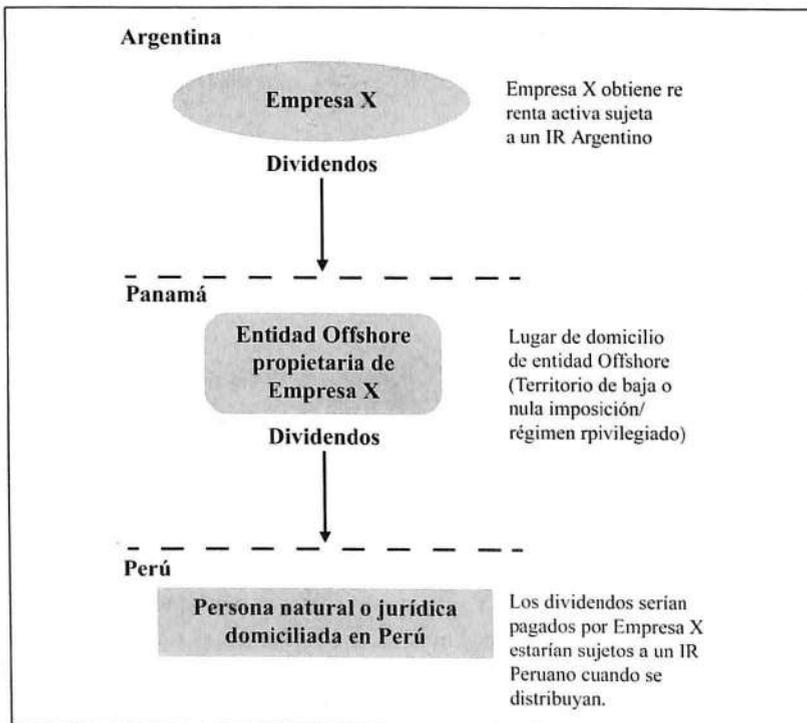
Sobre el particular, surge la interrogante referida a en qué casos de inversión realizada en el exterior por contribuyentes domiciliados en el país son plausibles de ser objeto del Régimen. Por ejemplo, el escenario en el cual una empresa operativa se encuentre en el exterior, ¿resulta objeto de aplicación el referido Régimen?

A la situación descrita no le resulta de aplicación al Régimen de Transparencia Fiscal Internacional en tanto se trata de una inversión “directa”, sin la mediación de vehículo de control o administrativo ubicado en una entidad de baja o nula imposición tributaria. Además, es notorio que las rentas activas que obtenga la Empresa X se encontrarán sujetas al Impuesto a la Renta Argentino; mientras que los dividendos que distribuya, sujetos al Impuesto a la Renta Peruano. En la cadena, ninguno de los partícipes omite, difiere o diluye la carga impositiva.

Para una mejor comprensión del Régimen de TFI, consideramos conveniente describir el tratamiento aplicable hasta el ejercicio 2012 y el actualmente vigente.

#### **A.- TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LAS ENTIDADES NO DOMICILIADAS (OFFSHORE) APLICABLES HASTA EL EJERCICIO 2012**

Hasta el 31 de diciembre de 2012, las rentas netas pasivas generadas entidades offshore ubicados en países considerados como paraísos fiscales resultaban gravadas con el Impuesto a la Renta peruano (“IR”) en cabeza de los propietarios de dichas entidades (personas naturales o jurídicas domiciliadas en el país) en la oportunidad en que la entidad offshore distribuía formalmente dividendos.

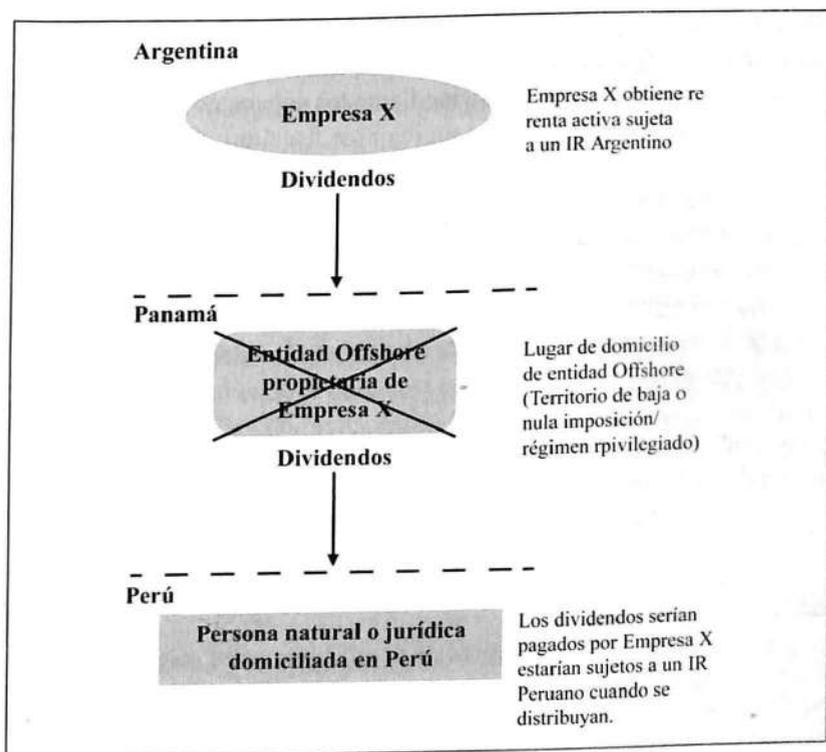


En ese contexto, el inversionista (Persona natural o jurídica domiciliada en Perú) pagaba el IR en la oportunidad que la entidad Offshore atribuía resultados, esto es, distribuía formalmente los dividendos.

## B.- NUEVO RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

El régimen de TFI, incorporado a nuestra legislación mediante Decreto Legislativo 1120 se encuentra vigente a partir del 1 de enero de 2013, mediante el cual los contribuyentes domiciliados en el Perú, que sean propietarios de entidades controladas no domiciliadas (entre otros supuestos, entidades offshore) están obligadas a integrar dentro de su renta neta de fuente mundial a las rentas netas pasivas generadas en el exterior, aun cuando éstas no hubieran sido formalmente distribuidas.

Mediante el nuevo régimen, las entidades offshore constituidas en territorios de tributación privilegiadas son “transparentes” desde el punto de vista fiscal, originando que los socios inversionistas tributen, sin esperar necesariamente la distribución de las utilidades acumuladas. En otras palabras, la entidad offshore y su titular forman una sola entidad, por lo que las rentas pasivas de la primera son consideradas “propias” del titular y, por tanto, atribuidas al cierre del ejercicio fiscal.



En este contexto, el titular de la entidad offshore deberá atribuir los dividendos al finalizar el ejercicio, es decir todos los 31 de diciembre de cada año.

### III. OBJETIVO DE LAS NORMAS DE TFI

En primer lugar, cabe citar al respecto, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No. 1120, norma que introdujo a nuestra legislación el referido régimen, en cuanto sostiene lo siguiente, tras sostener que mediante la planificación fiscal internacional los residentes peruanos relocalizan sus rentas en jurisdicciones tributarias más beneficiosas, en vez de repatriar los fondos al país de residencia:

*“En este contexto, es que los Estados optan por incluir en sus legislaciones mecanismos unilaterales que les permitan solucionar problemas derivados de la fuga o deslocalización de capitales por motivos fiscales. Si bien la adopción de posiciones tributarias más ventajosas dentro del marco de la legalidad no son censurables per ser por el ordenamiento fiscal; el legislador tiene la obligación de prever, en resguardo de sus ingresos públicos, la potencial erosión de las bases imponibles, ya sea que tenga origen en la planificación fiscal o en el diferimiento del impuesto”.*

De otro lado, señala FRANZE<sup>(2)</sup> que el régimen de TFI encuentra su justificación en finalidades de carácter anti elusivo, es decir, contrarrestar el fenómeno del diferimiento de la imposición realizado mediante los sujetos no residentes localizados en ordenamientos jurídicos que poseen un régimen fiscal privilegiado.

Por su parte, SANZ señala que la principal función de la TFI es la protección del principio de renta de fuente mundial, toda vez que se pretende otorgar equidad al sistema tributario gravando a las rentas locales y extranjeras de la misma manera. Con ello agrega el autor, *“se evita la percepción de injusticia que se derivaría si la tributación reducida estuviera solamente al alcance de aquellos con capacidad para invertir en el extranjero”*<sup>(3)</sup>.

Así, podemos observar que en nuestro ordenamiento tributario, el objetivo del régimen de TFI concurren las siguientes finalidades: i) combatir el diferimiento fiscal; y ii) combatir la elusión tributaria por parte de sujetos domiciliados en el

---

(2) FRANZE, Roberto. El régimen de imputación de las retas de sujetos controlados no residentes. En: Curso de Derecho Tributario Internacional. Coordinador Víctor Uckmar. Temis. Bogotá: 2003. Pág. 221.

(3) SANZ GADEA, Eduardo. Transparencia Fiscal Internacional. Presentación para la XLVIII Semana de Estudios de Derecho Financiero. Pp. 13-14.

país que cuenten con inversiones en el exterior canalizados a través del vehículo de una entidad offshore ubicada en un país con régimen taxativo privilegiado respecto del Impuesto a la Renta. De tal forma que en ausencia de un régimen impositivo privilegiado, el diferimiento de las rentas seguirá siendo tolerado por nuestra legislación tributaria.

#### IV. DEFINICIÓN DE ENTIDADES CONTROLADAS NO DOMICILIADAS

##### • Consideraciones generales

Para la efectiva aplicación del régimen de TFI, las entidades offshore deben calificar como entidades controladas no domiciliadas, requiriéndose el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) La entidad offshore tenga personería distinta de la de sus socios, asociados, participacionistas o en general, de las personas que la integran.

Conforme con el Reglamento de la Ley del IR, se incluyen como entidad controlada como domiciliada a cualquier sociedad, fondo de inversión, trust, partnership, asociación y/o fundación.

- b) La entidad offshore debe estar constituida o establecida, o considerarse residente o domiciliada en un país o territorio:
- de baja o nula imposición (paraíso fiscal), o
  - en el que las rentas pasivas no estén sujetas a un Impuesto a la Renta o estándolo, el impuesto sea igual o inferior al 75% del Impuesto a la Renta (es decir menos que el 22.5% de tasa impositiva<sup>(4)</sup> para supuestos de rentas gravadas con la tasa del 30% en Perú).
- c) La entidad offshore debe ser de propiedad de una persona domiciliada en el Perú, entendiéndose como tal cuando aquella (por sí sola o a través de partes vinculadas domiciliadas en el país) tiene una participación, directa o indirecta, en más del 50% del capital o en los resultados de la empresa offshore, o de los derechos de voto en esta última.

---

(4) Para verificar esta condición, se deberá comparar el importe del Impuesto pagado por la entidad no domiciliada (o que corresponde pagar) en el país donde se encuentre constituida, establecida, o se considere residente o domiciliada, respecto de sus rentas pasivas, con el importe del Impuesto que hubiese correspondido pagar en el Perú.

Conforme al Reglamento de la Ley del IR, para determinar si un contribuyente domiciliado participa directa o indirectamente en más del 50% del capital, en los resultados o de los derechos de voto, se deberá adicionar al porcentaje de su participación directa o indirecta en una entidad no domiciliada, el porcentaje de participación directa e indirecta que tienen sus partes vinculadas en dicha entidad.

• Consideraciones sobre el Reglamento de la LIR y la definición de las entidades controladas no domiciliadas, posible afectación del principio de legalidad

El artículo 112 de la Ley señala que se entenderá por entidades controladas no domiciliadas a aquellas entidades de cualquier naturaleza, no domiciliadas en el país, que cumplan, entre otras, con la condición de tener personería distinta de la de sus socios, asociados, participacionistas o, en general, de las personas que la integran.

Ahora bien, el Reglamento señala que en cualquier caso se considerará como entidades no domiciliadas en el país con personería distinta a cualquier persona o entidad, con personería jurídica o sin ella, tales como cualquier sociedad, fondo de inversión, trust, partnership, asociación, fundación.

Como puede apreciarse, la Ley cuando se refiere a las entidades controladas, hace mención que debe tener “personería jurídica distinta”, y no se coloca en el supuesto de casos que no ostenten la referida personería como lo hace el Reglamento, por lo que, esta normativa extralimita lo establecido en la Ley.

Para efectos del análisis de la legalidad del Reglamento de la LIR en este aspecto, interesa puntualizar si vía reglamentación podía haberse establecido la extensión de lo que se debe considerar como una entidad controlada, y para ello, debemos indicar en qué consiste el principio de legalidad. En ese sentido, Jarach<sup>(5)</sup> expresa “Decir que no debe existir tributo sin ley, significa que solo la ley puede establecer la obligación tributaria y, por lo tanto, solo la ley debe definir cuáles son los supuestos y los elementos de la relación tributaria, y el al decir elementos y supuestos quiere significar que es la ley que debe definir los hechos imposables en su acepción objetiva y también en la esfera subjetiva, es decir, cuáles son los sujetos pasivos de la obligación que va a nacer, debe ser la ley la que debe establecer el objeto y la cantidad de la prestación, es decir el criterio con que debe valuarse la materia imponible, para aplicar luego el impuesto en un monto determinado, y es la ley la que debe definir este monto”.

---

(5) Jarach. “Curso Superior de Derecho Tributario, ed. 1980, pág. 80

En nuestra Constitución vigente se establece en el artículo 74° que los tributos se crean, modifican o derogan exclusivamente por ley o decreto legislativo; que el Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley; y, que no surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece dicho artículo. Asimismo, la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario, Decreto Legislativo N.º 816 –aplicable al caso de autos– señala que sólo por Ley o Decreto Legislativo se puede crear, modificar y suprimir tributos; así como señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota.

En este orden de ideas, la regulación del hecho imponible en abstracto –que requiere la máxima observancia del principio de legalidad–, comprende la descripción del hecho gravado (aspecto material), el sujeto acreedor y deudor del tributo (aspecto personal), el momento del nacimiento de la obligación tributaria (aspecto temporal), y el lugar de su acaecimiento (aspecto espacial). (STC 2762-2002-AA/TC, y, STC 3303-2003-AA/TC).

De lo expuesto, puede colegirse que el aspecto material no se regulan vía reglamentación, en consecuencia, extender como entidades controladas a aquellas que no ostentan personería como cualquier sociedad, fondo de inversión, trust, partnership, asociación, fundación, vulnera el principio de legalidad consagrado en nuestra Constitución.

• Pertinencia de incluir entidades que carecen de personería jurídica como susceptibles del régimen de TFI

Sin perjuicio de la vulneración referida, y superada la misma cabe preguntarnos si ¿era necesario incluir por ejemplo a los trust para cumplir con la finalidad perseguida por el régimen de TFI?

Al respecto, Max Arias<sup>(6)</sup> señala que el trust está definido como una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual una persona que los posee (trustee) está obligada en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust), este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (settlor).

Entonces, el trust es un contrato –o mejor dicho dos actos jurídicos unilaterales– mediante el cual una persona –llamada settlor– transfiere a otra –llamada trustee– la propiedad de ciertos bienes –si bien dichos bienes no se integran en el patrimonio

(6) Arias Shereiber Pezet, Max. Contratos Modernos. Gaceta Jurídica Editores, 1999, pág. 178

del trustee manteniéndose de forma separada del resto de su patrimonio preexistente –pero con la finalidad de actuar en beneficio e interés de otras personas –llamada beneficiario- de acuerdo con las instrucciones dadas por el settlor al trustee en la escritura de constitución. Por supuesto el settlor puede establecer que él sea el único beneficiario del trust. El trust no crea ni tiene personalidad jurídica<sup>(7)</sup>.

En síntesis, el trust posee la característica que los bienes constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del trustee, el título sobre los bienes del trust se establece en nombre del trustee el que tiene la facultad o la obligación de rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las obligaciones particulares, interviniendo tres personas: el settlor o constituyente, el trustee o propietario legal de los bienes y el beneficiario.

Ahora bien, en la RTF N° 05229-4-2003 se establece lo siguiente:

*“La constitución del trust no da lugar al surgimiento de una persona jurídica entendida esta como aquel ente que tiene existencia distinta a la de sus miembros a partir de su inscripción en el registro, y en el que ninguno de estos no todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas, tratándose únicamente de un fondo que es administrado por el trustee, no habiéndosele reconocido tampoco dicha calidad para efecto de la Ley del Impuesto a la Renta, por lo que en ese orden de ideas, las mayores ganancias que se obtengan por el trust no tributan a nivel de este.*

*El efecto, el inciso f) del artículo 14° de la Ley del referido impuesto, solo otorga la calidad de persona jurídica, entre otros, a las entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior, que en cualquier forma perciban renta de fuente peruana, toda vez que existiendo como nexo de vinculación con el Impuesto a la Renta Peruano el criterio fuente (rentas obtenidas en el país) y no el criterio domicilio del sujeto (entidad constituida en el exterior) resulta necesario considerar a tales entidades sujetos del impuesto, dándoles la calidad de persona jurídica, a efecto de la Ley, a fin de establecer a la persona obligada al pago del impuesto por las referidas rentas de fuente peruana”.*

Es por ello, que el caso previsto en la RTF bajo comentario, se concluyó que en la constitución de los trusts, si bien se habría producido la separación de fondos del patrimonio del settlor (recurrente), los mismos que fueron entregados a los trustees para su administración, tales fondos no han sido incorporados al patrimonio de estos,

---

(7) Santiago Puig. Protección de bienes “trusts y fundaciones. Noviembre, 1999.

por lo que, debe considerarse que los mismos continúan en propiedad del recurrente que es constituyente y beneficiario de los trusts, considerando arreglado a ley determinar para efectos del IR a cargo de la recurrente, los dividendos, ganancias de capital e intereses derivados de los trusts.

En consecuencia, el Tribunal Fiscal ha considerado que los trusts constituidos en el exterior son entidades transparentes, pues no ostentan la calidad de una persona jurídica, con lo que consideramos que al amparo de la mencionada jurisprudencia era inocuo incluir a los trusts como entidades controladas.

## V. CRITERIOS DE VINCULACIÓN PARA EFECTOS DEL RÉGIMEN DE TFI

Se entiende que dos o más personas, empresas o entidades, domiciliados en el país, son partes vinculadas, entre otras, a las siguientes:

- a) A la persona natural con su cónyuge, concubino o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad
- b) A la persona natural o jurídica que posea más del treinta por ciento (30%) del capital de otra persona jurídica directamente o por intermedio de un tercero.
- c) Más del 30% del capital de dos o más personas jurídicas pertenezca a una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.
- d) En los supuestos señalados en b) y c) cuando la indicada proporción del capital pertenezca a cónyuges entre sí o a persona naturales vinculadas hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad
- e) El capital de dos o más persona jurídicas pertenezca, en más del 30% a socios comunes a éstas.
- f) Las personas jurídicas o entidades cuenten con uno 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

La vinculación conforme a alguno de los criterios señalados, también resulta de aplicación cuando la participación en una entidad no domiciliada sea realizada utilizando personas o entidades interpuestas domiciliadas en el país, con el propósito de encubrir la participación de partes vinculadas en la entidad no domiciliada.

Las situaciones descritas deben existir al 31 de diciembre de cada ejercicio a fin se concrete el supuesto de vinculación.

## **VI. TIPOS DE RENTAS PASIVAS OBJETO DE RÉGIMEN**

Son rentas pasivas de la empresa offshore objeto del régimen de TFI las siguientes:

- a) Dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades. No están incluidos la disposición indirecta de rentas (“dividendos presuntos”), el exceso de remuneraciones del accionista o socio de la entidad offshore (en caso sea persona natural) ni los dividendos pagados por otras empresas offshore.
- b) Intereses por colocación de capitales, salvo que sean recibidos de una entidad financiera o bancaria,
- c) Regalías.
- d) Ganancia de capital por enajenación de derechos de autor, marcas, patentes y similares.
- e) Ganancia de capital por enajenación de inmueble, salvo que se destine a actividad empresarial.
- f) Rentas y Ganancias de capital por enajenación, redención o rescate de valores mobiliarios.
- g) Rentas de arrendamiento o cesión temporal de inmuebles, salvo que se dedique al negocio de bienes raíces.
- h) Rentas por cesión de derechos sobre facultades de usar o disfrutar cualquier bien o derecho.
- i) Las rentas que obtenga la empresa offshore por operaciones realizadas con sujetos domiciliados en Perú, siempre que concurren los siguientes requisitos:
  - La empresa offshore y la contraparte domiciliada sean partes vinculadas.
  - Las rentas que perciba la empresa offshore constituyan gasto para el sujeto domiciliado que la paga, y
  - No sean de fuente peruana, o se encuentren sujetas a retención por tasa inferior a 30%

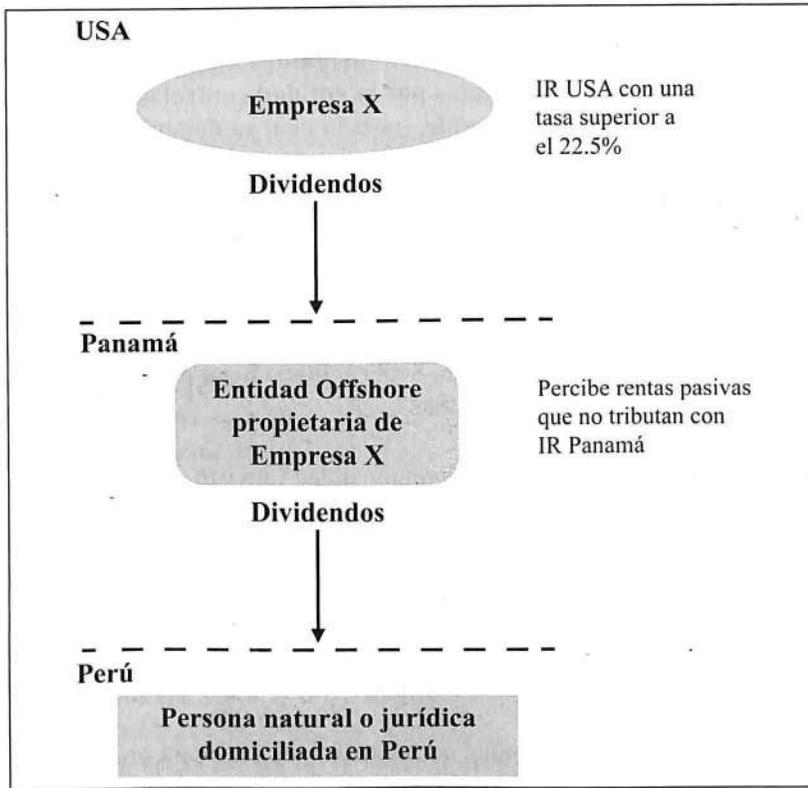
En este caso, no procederá ajustar, en aplicación de las normas de precios de transferencia, el valor convenido en las operaciones realizadas entre una entidad controlada no domiciliada y un sujeto domiciliado en el país.

## **VII. RENTAS PASIVAS EXCEPTUADAS DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN**

No son objeto del Régimen, las siguientes rentas pasivas:

- a) Las rentas de la empresa offshore que sean de fuente peruana, salvo excepción del literal i) del numeral anterior.

- b) Las gravadas con un Impuesto a la Renta en territorio distinto al de la empresa offshore a una tasa superior al 75% del Impuesto a la Renta peruano. Ejemplo: Si las rentas provienen de un tercer país (país fuente) donde se gravaron con una tasa superior a 22.5% por Impuesto a la Renta.



- c) Las rentas obtenidas por la empresa offshore en el ejercicio cuando:
- El total de las rentas netas pasivas de dicha entidad no exceda de 5 UIT
  - Los ingresos que califican como rentas pasivas son iguales o menores al 20% del total de los ingresos de la empresa offshore.

### VIII. ATRIBUCIÓN DE RENTAS Y CONFLICTO DE LA LEY DEL IR Y SU REGLAMENTO

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 113 de la Ley del IR, las rentas netas pasivas que obtengan las empresas controladas serán atribuidas a sus propietarios domiciliados en el Perú, teniendo en cuenta lo siguiente:

- Las rentas netas pasivas que obtengan las entidades controladas no domiciliadas serán atribuidas a sus propietarios domiciliados siempre que éstos (por sí solos o conjuntamente con sus partes vinculadas) al cierre del ejercicio gravable tengan una participación en más del 50% en los resultados de dicha entidad.
- **Para determinar la renta pasiva atribuible, se deberán considerar las rentas y los gastos generados por la entidad controlada no domiciliada durante el ejercicio gravable, para lo cual se deberá tomar en cuenta los critérios de imputación aplicable a las rentas de fuente extranjera previstos en el artículo 57 de la Ley.**
- Se compensarán ingresos, ganancias, gastos y pérdidas de los distintos tipos de rentas pasivas que hubiera generado la entidad controlada no domiciliada, y si luego de la referida compensación, el resultado fuese negativo, no se efectuará atribución alguna. Si el resultado fuese positivo, éste constituirá la renta neta pasiva atribuible.
- Se aplicará el criterio de proporcionalidad previsto en el artículo 51-A de la Ley del Impuesto a la Renta cuando los gastos deducibles inciden en la generación de rentas pasivas y otras rentas.
- Las rentas netas pasivas serán atribuidas, en moneda nacional, al cierre del ejercicio gravable, utilizando el tipo de cambio compra vigente a la fecha en que debe efectuarse la atribución.
- 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 empresa controlada.

Ahora bien, respecto a atribución de rentas de fuente extranjera como es nuestro supuesto, la Ley del IR nos remite a los criterios de imputación previstos en el artículo 57, que establece que tratándose de rentas de fuente extranjera obtenidas por sujetos domiciliados provenientes de la explotación de un negocio o empresa en el exterior, estas se imputarán en el ejercicio gravable en el que se devenguen; sin embargo, **de tratarse de las rentas pasivas de fuente extranjera se imputarán en el ejercicio gravable en que se perciban**, de conformidad con lo señalado en el inciso d) del referido dispositivo legal.

En suma, cuando solo interviene el factor capital en la renta de fuente extranjera le es aplicable el criterio de lo percibido, teniendo en cuenta que las rentas se

consideran percibidas cuando se encuentre a disposición del beneficiario, aun cuando éste no las haya cobrado en efectivo o en especie, de acuerdo con lo establecido en el artículo 59° de La Ley del Impuesto a la Renta.

Ahora bien, el Reglamento de la Ley del IR señala que para determinar la renta neta pasiva atribuible se considerarán los **ingresos y gastos devengados** entre el 01 de enero y el 31 de diciembre del ejercicio gravable de cada entidad controlada.

De las normas expuestas, resta preguntarnos si efectivamente las rentas pasivas se atribuyen de acuerdo al principio del devengado como establece el Reglamento, acaso ¿el reglamento no terminó excediendo lo prescrito en la Ley del IR respecto al criterio de imputación de las rentas pasivas de las empresas controladas?

Al respecto, consideramos que dicha modificación reglamentaria del criterio del percibido a favor del devengo podría generar distorsiones al sistema tributario, e inclusive afectar la capacidad contributiva de las personas naturales o jurídicas controladoras domiciliadas sujetos a las reglas de TFI, ante el efecto del no pago de las rentas devengadas a favor de la entidad no domiciliada o la insolvencia de esta última.

En efecto, ALMUDÍ<sup>(8)</sup> que explica la legislación española sobre TFI (legislación muy parecida a la peruana sobre TFI), menciona lo siguiente:

*“(...) dado que la base imponible de los socios o partícipes residentes se determina aplicando las reglas del IS, en la práctica, al encontrarnos ante una entidad extranjera, se aplicará siempre, a los efectos de imputar los ingresos o gastos, el criterio del devengo. Esto significa que, puesto que la normativa estudiada no permite imputar al socio las rentas negativas, en aquellos supuestos en los que la entidad extranjera sea objeto de impago, el socio residente, que ya se habrá visto obligado a imputar dicho rendimiento a través del régimen de TFI, resultará gravado por una renta que, en realidad nunca se ha obtenido por la entidad extranjera”.*

Agrega el citado autor que “dicho en otros términos, el hecho de que la normativa de TFI obligue a determinar la base imponible de los socios residentes aplicando el criterio del devengo podría resultar contrario al principio de capacidad contributiva contenido en el artículo 31 de la Constitución, puesto que la norma no establece ninguna previsión destinada a

(8) ALMUDÍ CID, José Manuel. Fiscalidad Internacional. Obra conjunta. Centro de Estudios Financieros. Madrid: 2005. Pág. 897-898.

*reparar los indeseables efectos que para los socios se derivan cuando la sociedad extranjera padece de los efectos de un impago o una insolvencia*"<sup>(9)</sup>.

Coincidimos con las apreciaciones del autor, y agregamos que la diferenciación del tratamiento de las rentas de fuente extranjeras no susceptibles de las reglas de TFI, y aquellas a las que sí le aplica el Régimen, carece de justificación razonable. Es más, y tal como se ha indicado, la atribución según el criterio del devengo, puede originar vulneraciones al principio de capacidad contributiva, como principio de implícito reconocimiento contenido en el artículo 74 de nuestra Constitución Política y desarrollado por abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como derivación del principio de igualdad, sí reconocido expresamente en la norma constitucional. Adicionalmente a ello, la disposición reglamentaria indicada podría – basados en una evaluación preliminar - constituir una vulneración del principio de reserva de ley y de legalidad, en la medida que el aspecto temporal de la hipótesis de incidencia del IR constituye un elemento fundamental que debe estar regulado por una norma con rango de ley.

Tal como se observa, el régimen de TFI reta a la Administración Tributaria en cuanto al efectivo control que pueda contar esta última respecto a las rentas pasivas que se deberán atribuir a los sujetos domiciliados en Perú.

En conclusión, somos de la opinión que si el régimen de TFI pretende prescindir para efectos tributarios de la entidad controlada, resultará razonable que considerando que la persona natural y la jurídica tributan por sus rentas de fuente extranjera pasivas según el criterio de lo percibido, la atribución de rentas debería considerar únicamente a las rentas percibidas por la entidad controlada no domiciliada. Ello sin perjuicio, de fundar nuestra opinión en argumentos constitucionales tributarios, tales como los principios de capacidad contributiva, igualdad, reserva de ley y legalidad.

## **IX. RENTAS DE FUENTE PERUANA Y TFI**

En la actualidad, existen estructuras societarias en las cuales presenta como patrón la presencia de personas naturales domiciliadas accionistas de offshore, que a su vez son accionistas de sociedades peruanas.

Dicho modelo no es eficiente desde el punto de vista tributario, toda vez que una misma renta, la de los dividendos de la sociedad peruana, es gravada hasta dos (2) veces según el esquema actual. Nos explicamos:

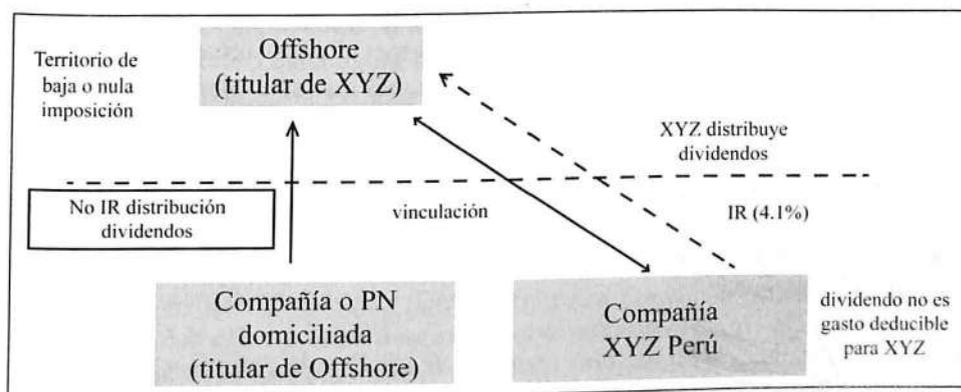
---

(9) ALMUDÍ CID, José Manuel. Ob. Cit. Pág. 898.

- En primer lugar, las utilidades de las sociedades peruanas están sujetas a un IR del 30%.
- Luego, cuando las sociedades peruanas distribuyan dividendos a las offshore, estos se someten a la retención del 4.1%.
- Finalmente, cuando las Offshore distribuya dividendos a personas naturales o jurídicas no domiciliadas estos serán considerados renta de fuente extranjera, y tendrán que tributar con la tasa del 15%, 21% y 30% para el caso de personas naturales, o del 30% para personas jurídicas.

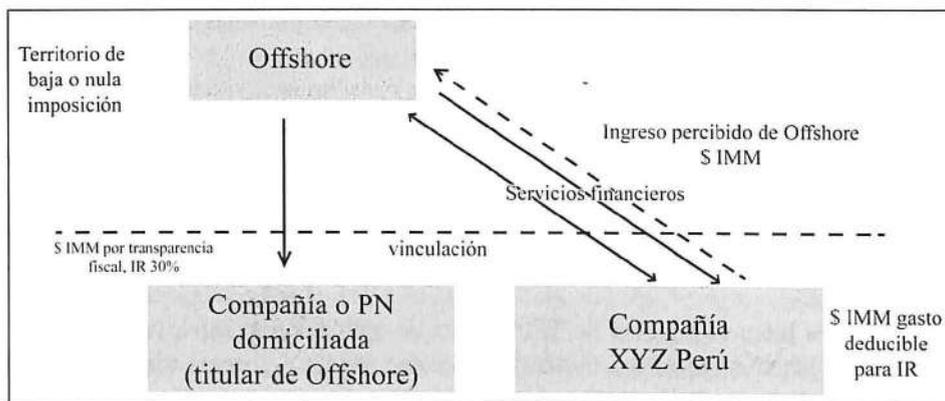
Ahora bien, el régimen de TFI no será de aplicación al supuesto materia de análisis (dividendos pagados a la offshore por sociedades peruanas) toda vez que si bien se cumpliría con los requisitos de vinculación y de rentas sujetas a una tasa menor a la del 30%, no se cumple con el requisito de que las rentas sean gasto deducible para el pagador domiciliado de la renta, toda vez que los dividendos no constituyen un gasto deducible para la sociedad que los distribuye.

Por tanto, tenemos lo siguiente:



En este supuesto, la renta generada no es atribuible a la persona natural o compañía domiciliada toda vez que el dividendo (renta de fuente peruana) ya ha sido gravado en el Perú con el 4.1% al momento de la remesa. En este sentido, la persona natural o compañía domiciliada no deberá atribuir dicha renta al momento de pagar o declarar impuestos.

De otro lado, caso distinto será aquél en el cual las rentas pasivas formen parte del listado establecido en el artículo 48 de la Ley del IR (por ejemplo por la cesión de transmisión televisiva que califique como regalía), o los casos de rentas gravadas en el Perú con una tasa inferior al 30% (por ejemplo intereses), en cuyo caso sí aplicarán las normas de TFI a pesar de existir IR por pagar en el Perú a cargo de la offshore. Así tenemos el siguiente ejemplo:



## X. TFI Y CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

La doctrina extranjera y cierta jurisprudencia internacional han desarrollado el controvertido tema de la compatibilidad o no del régimen de TFI y los convenios para evitar la doble imposición ("CDIs"). Cabe indicar que la referida discusión se ha producido con relación al análisis de los convenios que siguen el modelo de la OCDE (el "Modelo OCDE"), y respecto a los supuestos CDIs celebrados entre el Estado de residencia de las personas que controlan a las entidades no domiciliadas y el Estado de residencia de estas últimas.

En este contexto, aquellos que argumentan la incompatibilidad de las normas de TFI respecto a los CDIs, tal como el Tribunal de Apelación Administrativo de París<sup>(10)</sup>, se basan entre otros, en el numeral 1 del artículo 7 del CDI del Modelo OCDE que señala lo siguiente:

*"Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios imputables al establecimiento permanente de conformidad con las disposiciones del apartado 2 pueden someterse a imposición en ese otro Estado".*

Ahora bien, de acuerdo a lo mencionado por FRANZE, la lesión del régimen de la TFI al citado artículo se daría por el hecho de que "el referido régimen

(10) En su sentencia del 30 de enero de 2001.

*sujeta a imposición las rentas del sujeto extranjero incluso en ausencia de un establecimiento permanente del sujeto controlado en el Estado de residencia del controlante*"<sup>(11)</sup>.

De igual forma, SANDLERS, citado por SANZ<sup>(12)</sup>, señala que *"una interpretación literal del párrafo del artículo 7 sugiere que un país no puede gravar el beneficio de una empresa no residente en ese país... ahora bien, ¿no es esto lo que hace la legislación CFC?... la legislación CFC grava a los accionistas residentes sobre su prorrata parte de los beneficios de una compañía no residente; el efecto de esta manera, es gravar los beneficios de una compañía no residente"*.

No obstante, el sector que aboga por la compatibilidad entre las normas de TFI y los CDIs señala que este régimen no está relacionado con la imposición del sujeto o entidad controlada no residente en el Estado de residencia del controlante. De esta forma, dicha compatibilidad se basa en que *"el régimen de TFI no grava a la entidad no residente, sino que somete a imposición a los socios residentes por un rendimiento que todavía no han percibido"*<sup>(13)</sup>.

Otro de los argumentos para cuestionar la aplicación de la TFI respecto a los CDIs, es el numeral 5 del artículo 10 del Modelo OCDE que corresponde a los dividendos. Esta norma señala lo siguiente:

*"5. Cuando una sociedad residente de un Estado contratante obtenga beneficios o rentas procedentes del otro Estado contratante, ese otro Estado no podrá exigir impuesto alguno sobre los dividendos pagados por la sociedad, salvo en la medida en que esos dividendos se paguen a un residente de ese otro Estado o la participación que genera los dividendos esté vinculada efectivamente a un establecimiento permanente situado en ese otro Estado, ni tampoco someter los beneficios no distribuidos de la sociedad a un impuesto sobre los mismos, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de ese otro Estado."*

- 
- (11) FRANZE, Roberto. El régimen de imputación de las retas de sujetos controlados no residentes. En: Curso de Derecho Tributario Internacional. Coordinador Víctor Uckmar. Temis. Bogotá: 2003. Pág. 221.
- (12) SANZ GADEA, Eduardo. Transparencia Fiscal Internacional. Presentación para la XLVIII Semana de Estudios de Derecho Financiero. Pág. 8.
- (13) ALMUDÍ CID, José Manuel. Fiscalidad Internacional. Obra conjunta. Centro de Estudios Financieros. Madrid: 2005. Pág. 905.

Tomando en consideración dicha norma, aquellos que sustentan la incompatibilidad de las reglas de TFI con los CDIs sostienen que la última norma citada veta a un Estado gravar los beneficios acumulados o distribuidos por una sociedad residente en el otro Estado contratante, excepto cuando dichos beneficios proceden de un establecimiento permanente, y adicionalmente, se evidencia la contradicción con las reglas CFI en cuanto dichas reglas sujetan a imposición las utilidades no distribuidas.

Sin embargo, contrariamente a dicha postura, los propios comentarios de la OCDE sobre la citada norma (comentario número 37 del artículo 10), deslindan la referida incompatibilidad al indicar que *“se podría pretender que, cuando el país de residencia del contribuyente utiliza disposiciones destinadas a contrarrestar la evasión fiscal (como la subsección f en los Estados Unidos) para gravar beneficios que no han sido distribuidos, esto es contrario al apartado 5. Sin embargo, es necesario notar que este último apartado no contempla más que la imposición en el lugar de la fuente de las rentas, y por lo tanto, no se refiere a la imposición en el lugar de residencia del accionista en virtud de disposiciones destinadas a contrarrestar la evasión fiscal. Además, el apartado 5 concierne a la tributación de la sociedad y no del accionista...”*<sup>(14)</sup>.

Sobre el particular, SANZ resume los comentarios de la OCDE manifestados a favor de la compatibilidad entre las reglas de TFI y los CDIs. El referido autor indica los siguientes argumentos<sup>(15)</sup>:

- No existe conflicto porque ambos conjuntos normativos regulan materias diferentes. Los CDIs distribuyen la competencia para gravar las rentas obtenidas por los no residentes y la TFI afecta exclusivamente a los residentes.
- Las normas de TFI no tienen necesidad de ser confirmadas en el CDI para ser aplicables.
- Las normas de TFI no son incompatibles con el espíritu de los CDIs, pero los países deben respetar escrupulosamente las obligaciones que se deriven de dichos convenios.
- Las normas sobre TFI serían contrarias contra un CDI si afectase a actividades empresariales realizadas efectivamente en el país o territorio en el que reside la entidad afectada.
- Las normas sobre TFI no deben aplicarse en relación con los países en los que el nivel de imposición es comparable al del país de residencia del contribuyente.

---

(14) SANZ GADEA, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 8.

(15) ÍBID. Pp. 9-10.

Finalmente, FRANZE agrega que una parte de la doctrina sostiene que la normativa sobre TFI nunca puede entrar en contradicción con las disposiciones convencionales desde el momento que los CDIs tienen una finalidad antielusiva (aunque no se trate de una finalidad exclusiva de estos)<sup>(16)</sup>.

## XI. OTROS TEMAS A TENER EN CUENTA

- El Impuesto a la Renta pagado por la entidad offshore en su país respectivo es crédito para la persona domiciliada en el Perú, titular de dicha entidad. Si aquella paga un impuesto en el exterior que grava las rentas netas pasivas atribuibles y otras rentas netas no atribuible, el importe del crédito será el correspondiente a la parte que gravó las rentas pasivas.
- Los dividendos que las empresas offshore distribuyan a las personas domiciliadas en el Perú no estarán gravados con el IR si las rentas netas pasivas atribuidas se gravaron previamente.
- Las personas domiciliadas en el Perú deberán mantener en libros y registros tributarios, en forma detallada y permanente: i) las rentas netas atribuidas por las empresas offshore; ii) los dividendos recibidos de la empresa offshore; y, iii) los impuestos pagados por las empresas offshore. Sin embargo, a la fecha se desconoce el contenido detallado de la información a presentar, y la forma de hacerlo, ya que la Administración Tributaria no ha reglamentado al respecto.

---

(16) FRANZE, Roberto. Ob. Cit. Pág. 223.