

La hibridación en el planeamiento tributario internacional: algunos casos concretos

Rudolf M. Röder
Abogado.

INTRODUCCIÓN.

El Derecho Internacional Tributario, y específicamente el planeamiento tributario internacional, es una disciplina cuyo ejercicio demanda tanto la aplicación de diversas fuentes de derecho, como la de diversas disciplinas jurídicas.

En primer lugar están los tratados internacionales, especialmente aquéllos en materia tributaria, que pueden abarcar uno o más de los siguientes temas: tasas de retención sobre transacciones internacionales, acuerdos para evitar la doble imposición en inversiones, acuerdos para evitar la doble incidencia de las contribuciones a la seguridad social, tratamiento tributario a los transportistas internacionales, intercambio de información relativa a hechos patrimoniales, entre otros.

En el caso del Perú, la red de tratados con que cuenta es insuficiente, no incluyendo ni a nuestros principales socios comerciales ni a los países en los que se originan las principales inversiones extranjeras para el Perú. A la fecha, el Perú sólo cuenta con un tratado bilateral en materia tributaria con el Reino de Suecia, un tratado multilateral con los países del Pacto Andino, un tratado de intercambio de información con los Estados Unidos y un tratado sobre seguridad social con el Reino de España. Esta situación contrasta con la de otros países de la región que sí cuentan con redes significativas de tratados internacionales en materia tributaria⁽¹⁾.

En segundo lugar, están las normas internas que regulan operaciones internacionales. Entre ellas, la Ley del Impuesto a la Renta contiene las normas del Capítulo II sobre la base jurisdiccional, que definen las operaciones sujetas a tributación en la jurisdicción peruana y, consecuentemente, las que no lo están. Se distinguen ahí normas que califican el domicilio en el Perú, que definen cuándo se configura un establecimiento permanente, que establecen casos especiales de rentas por colocación de capitales, comercio internacional y actividades parte en el país y parte en el extranjero. La ley del Impuesto a la Renta también incluye normas sobre retenciones a contribuyentes extranjeros que perciben rentas gravadas en el Perú en su artículo 76, y el artículo 88 e) permite la aplicación como crédito fiscal de los impuestos pagados en el extranjero.

Finalmente, como tercera fuente para el planeamiento tributario internacional queremos mencionar a la normatividad interna de cada país, la que incluye no sólo las normas tributarias de cada uno de los países involucrados en una operación internacional, sino también sus normas societarias, comerciales, civiles y la normatividad interna sobre Derecho Internacional Privado.

En la hibridación materia del presente artículo juegan un papel fundamental las normas señaladas en el párrafo anterior, conjuntamente con las normas de tributación internacional de las jurisdicciones involucradas en una operación internacional.

(1) **Argentina** (Austria, Bolivia, Brasil, Chile, Francia, Alemania, Italia y Suecia), **Brasil** (Argentina, Austria, Bélgica, Canadá, China, Dinamarca, Ecuador, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, India, Italia, Japón, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Filipinas, Portugal, Corea del Sur, España, Suecia), **Venezuela** (Francia, Italia, España, Reino Unido, Alemania, Argentina, Brasil, Italia, Portugal, Suiza, Trinidad Tobago, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú); entre otros.

1. LOS HÍBRIDOS.

El objeto de crear un híbrido es mejorar la eficiencia tributaria de una operación internacional, aprovechando la diferencia de tratamiento fiscal que dos o más jurisdicciones fiscales confieren a una misma entidad u operación. Específicamente, en el caso de los híbridos que se comentarán más adelante, la diferencia en el tratamiento fiscal está referida fundamentalmente al momento en que se pueden reconocer los gastos y los ingresos derivados de las operaciones internacionales. El híbrido ideal es aquél que permite localizar el gasto en la jurisdicción en que éste puede ser utilizado en forma inmediata y que, en cambio, permite localizar el ingreso en la jurisdicción en la que éste se reconoce en forma diferida.

Por lo general, las operaciones, contratos o entidades no son híbridas. El crear un híbrido requiere usualmente de un proceso voluntario, que implica adaptar el negocio o entidad requerido por las partes a las legislaciones internas de cada uno de los países involucrados, aprovechando el tratamiento asimétrico en ambas jurisdicciones a fin de permitir derivar alguna ventaja fiscal global para la corporación.

Es por lo anterior que, aun cuando los efectos de la hibridización se manifiestan en la tributación internacional, los híbridos son, en realidad, producto del análisis y aplicación de las legislaciones fiscales, comerciales y societarias internas de los países.

2. EN QUÉ CONSISTEN LOS BENEFICIOS FISCALES.

La hibridización es fundamentalmente un instrumento que permite obtener un beneficio fiscal sobre la base del diferimiento del ingreso, de la utilización inmediata o acelerada del gasto o de la aplicación conjunta de ambos. Así, se puede permitir a una empresa internacional –o a dos o más empresas nacionales de distintos países que tienen relaciones comerciales entre sí– utilizar anticipadamente pérdidas fiscales originadas en una jurisdicción para disminuir sus gravámenes en otra jurisdicción, reducir el costo de transacción entre dos empresas ubicadas en diferentes jurisdicciones al permitirle a una de ellas reducir su costo fiscal mediante el diferimiento de sus ingresos o utilización anticipada de sus gastos, etc.

Si bien, en principio puede parecer de poca importancia desarrollar una estrategia fiscal que sólo tenga por objeto diferir –y no evitar– el nacimiento de la obligación tributaria, el ejemplo presentado a continuación tiene por objeto demostrar lo contrario.

Imaginemos que una empresa norteamericana adquiere el 45% de una empresa peruana, cuyas utilida-

des, se prevé, van a ser substantivas. En efecto, las utilidades estimadas para cada uno de los cinco años posteriores a la adquisición de la empresa peruana ascienden a US\$20 millones, lo que da un acumulado estimado de US\$100 millones al cierre del quinto año, de los cuales US\$45 millones le corresponden a nuestro inversionista. Por política de los otros socios, las utilidades deben ser repartidas cada año.

Ahora bien, las utilidades pagan en el Perú 30% de impuesto a la renta pero, al distribuirse, la parte proporcional a la empresa norteamericana pagará un 35% adicional, habida cuenta que los Estados Unidos grava las rentas de fuente mundial de las entidades constituidas en ese país, que al distribuirse el dividendo éste se considera mayor renta del inversionista norteamericano y que no existe tratado para evitar la doble imposición con el Perú. Adicionalmente, si bien existe una norma interna que le permite a los inversionistas norteamericanos utilizar como crédito fiscal extranjero el impuesto pagado por la empresa peruana, debido al sistema de cálculo de este crédito es usual que, como en el caso de este ejemplo, la casa matriz tenga exceso de crédito fiscal extranjero.

La empresa americana tendrá a su disposición cada año US\$ 6'300,000, sobre los que debería tributar un 35% de impuesto americano, es decir, US\$ 2'205,000. Si, en cambio, no distribuyera los dividendos, podría imponerlos en un depósito a plazo, generando aproximadamente un 10% efectivo anual de intereses no afectos al impuesto a la renta en el Perú. Al cabo de 5 años, en lugar de haber pagado los US\$ 2'205,000 por concepto de impuestos, la empresa tendría en caja US\$ 3'551,175, es decir, 61% más. En consecuencia, si pudiera diferir la distribución de dividendos hasta ese momento, su presión tributaria se habría reducido a 39%, es decir, el equivalente de una tasa impositiva de 13,65%. El sólo diferimiento habría implicado, por ello, una reducción impositiva efectiva de más del 20%.

3. ALGUNOS CASOS DE HÍBRIDOS.

A continuación pasamos a describir algunos casos de híbridos, que son utilizados en el planeamiento tributario internacional.

3.1. Las empresas «transparentes».

Todos en el Perú estamos familiarizados con el concepto de transparencia fiscal. Hasta hace algunos años todas las sociedades con excepción de la sociedad anónima, no eran consideradas personas jurídicas para efectos del impuesto a la renta, por lo que operaban como entidades «transparentes». Ello implicaba que las rentas o pérdidas que obtuvieran fueran atribuidas al

cierre del ejercicio en forma automática a los socios. El mismo régimen es aplicable hoy a los *joint ventures*, asociaciones en participación, consorcios y sociedades de hecho.

La transparencia en operaciones internacionales sólo tiene implicancias cuando el país desde donde se efectúa la inversión a otro impone jurisdicción fiscal sobre las rentas de fuente mundial de las sociedades constituidas en él y cuando, adicionalmente, dicho país define la «transparencia» de las sociedades extranjeras de acuerdo a sus propias normas para efectos fiscales internos. Éste es el caso, por ejemplo, de los Estados Unidos, país que no sólo grava las rentas de fuente mundial obtenidas por empresas constituidas en él, sino que, para efectos de consolidación fiscal, tiene sus propias reglas para determinar si la renta o pérdida de una sociedad extranjera debe atribuirse a la principal al cierre del ejercicio o recién al momento de distribuirse la renta. En el primer caso estaremos ante una empresa transparente (*look-through company*) sujeta al tratamiento fiscal de los *partnerships*, y en el segundo ante una persona jurídica tributaria, sujeta al tratamiento fiscal de las *corporations*.

Obviamente, el tratamiento fiscal norteamericano no afecta en nada el régimen fiscal del país receptor de la inversión, que determina su jurisdicción sobre las rentas de la empresa local y la oportunidad para imponer el gravamen de acuerdo con sus propias normas legales. En caso que la jurisdicción en la que se encuentra la empresa receptora de la inversión considere a dicha empresa como una persona jurídica fiscal y, no obstante, fuera posible estructurar dicha empresa como una entidad susceptible de calificar como una empresa transparente de acuerdo con la legislación norteamericana, entonces habremos creado un híbrido.

Como se ha señalado, las rentas o pérdidas de la empresa híbrida pasarán directamente a ser consolidadas con los resultados obtenidos en la casa matriz, independientemente del tratamiento fiscal aplicable a dicha empresa en su país de constitución. En ese sentido, si la empresa inversionista tuviera utilidades importantes y se previera que el proyecto a ser desarrollado en el extranjero va a tener una etapa pre-operativa larga y costosa, podría resultar conveniente estructurar la empresa extranjera de tal manera que califique como

una empresa «transparente» para efectos fiscales norteamericanos y, de esta manera, deducir los gastos iniciales de la operación extranjera de la renta consolidada norteamericana en el ejercicio en que se incurran.

De acuerdo con la ley norteamericana (*treasury regulation* §301.7701-2), existe una serie de características principales con las que normalmente cuenta una *corporation* (persona jurídica fiscal), las que, en forma conjunta, la distinguen de otras organizaciones. Estas características son: 1) la existencia de asociados, 2) el objetivo común de llevar adelante una empresa lucrativa y de dividir las ganancias derivadas de la misma, 3) responsabilidad limitada, 4) centralización de la gerencia, 5) continuidad en su existencia, y 6) libre transmisibilidad de las participaciones. Dado que la existencia de asociados y el objeto del lucro son comunes a todas las sociedades mercantiles, transparentes o no, su clasificación como una u otra dependerá de las cuatro características restantes. Si se constata la existencia de al menos tres de estas cuatro características, la empresa será clasificada como una *corporation* (empresa sujeta a tributación como persona jurídica fiscal). En cambio, si la empresa sólo cuenta con dos de las características o menos, estará sujeta a tributación como una sociedad «transparente», es decir, las ganancias o pérdidas serán atribuibles a los socios al cierre del ejercicio⁽²⁾.

Toda entidad constituida fuera de los Estados Unidos es considerada por la legislación tributaria norteamericana como una empresa carente de personalidad jurídica fiscal y, en consecuencia, debe sujetarse a la evaluación de las cuatro características señaladas a fin de determinar su naturaleza fiscal. Sin embargo, para verificar la existencia de las cuatro características anotadas, la legislación norteamericana se sujeta íntegramente a la legislación del país en que se constituye esta sociedad, que es la que regula las relaciones entre los socios y de la sociedad frente a terceros⁽³⁾.

Adicionalmente, considerando que las empresas norteamericanas son poco proclives a establecer en el extranjero empresas que no tengan responsabilidad limitada y que ello implica la presencia casi forzada de una característica corporativa adicional en las empresas constituidas fuera de los Estados Unidos, la IRS⁽⁴⁾ (administración tributaria norteamericana) ha establecido algunos criterios adicionales a ser considerados

(2) Este régimen de transparencia fiscal es similar al que existía en el Perú para las sociedades civiles, sociedades comerciales de responsabilidad limitada, sociedades en comandita y sociedades colectivas.

(3) Rev. Rul. 88-8, 1988-1 C.B. 403, 404. y Rev. Rul. 73-254, 1973-1 C.B. 613.

(4) Internal Revenue Service.

para la calificación de sociedades extranjeras que concedan responsabilidad limitada a algunos o todos sus socios⁽⁵⁾. Estos criterios no constituyen una norma legal y son meras directivas que establecen la interpretación de la IRS respecto de los casos en que una sociedad tiene las características para ser considerada como contribuyente independiente y de aquéllos en que, por no contarse con ellas, la sociedad debe ser considerada «transparente». Su virtud consiste, por ello, en dar seguridad y certeza al contribuyente que actúa en función de dichas directivas.

A continuación analizamos las cuatro características.

3.1.1. Responsabilidad limitada.

Una sociedad extranjera tendrá responsabilidad limitada si, de acuerdo con la legislación societaria de su país, ningún socio es personalmente responsable por las obligaciones y deudas de la sociedad. Si uno o más socios tuvieran que responder por las obligaciones y deudas sociales, la sociedad carecerá de esta característica.

Según lo expuesto, de acuerdo con la legislación societaria peruana, sólo la sociedad anónima y la sociedad comercial de responsabilidad limitada contarían con esta característica, en tanto la sociedad colectiva, la sociedad en comandita por acciones y la sociedad en comandita simple⁽⁶⁾ no contarían con ella. Tampoco contarían con la característica las sociedades civiles simples, aun cuando por su naturaleza ellas no son materia del presente artículo. En consecuencia, en base al análisis de esta característica, podrían calificar como empresas transparentes la sociedad colectiva y las sociedades en comandita y, en cambio, no calificarían como transparentes la sociedad anónima y la sociedad comercial de responsabilidad limitada. Sin embargo, estas últimas podrán calificar como transparentes si carecen de al menos dos de las tres características siguientes.

3.1.2. Gerencia centralizada.

Una sociedad extranjera tendrá gerencia centralizada si, de acuerdo con la legislación aplicable, una persona o grupo de personas, que no incluya a todos los socios, tiene el derecho exclusivo y en forma continua

de tomar independientemente las decisiones necesarias para conducir el negocio, sin que se requiera la ratificación de los socios. En este orden de ideas, sólo en los casos que, de acuerdo con la legislación aplicable a la sociedad extranjera, los encargados de la dirección del negocio fueran los mismos socios, se carecerá de la característica de gerencia centralizada.

En el caso de la sociedad anónima peruana, los órganos directrices son el Directorio y la Gerencia, que son órganos centralizados, independientes y autónomos, que toman sus decisiones de acuerdo a los estatutos y a lo ordenado por la Junta General. Si bien la Junta General de Accionistas es jerárquicamente superior a estos órganos, no tiene ordinariamente facultades directrices y no puede prescindir de los otros órganos ni recortarles sus funciones principales. Por ello, en principio, no parece posible cumplir con la descentralización de la gerencia.

“ El híbrido ideal es aquél que permite localizar el gasto en la jurisdicción en que éste puede ser utilizado en forma inmediata y que, en cambio, permite localizar el ingreso en la jurisdicción en la que éste se reconoce en forma diferida ”

Sin embargo, de acuerdo con la legislación societaria peruana sí es posible que personas jurídicas ejerzan los cargos de director y gerente. En consecuencia, sería posible que los accionistas americanos –usualmente personas jurídicas– fueran designados como directores y gerentes de la sociedad y que, para ese efecto, designaran a personas naturales que los representaran. De ser el caso, los accionistas estarían ejercien-

(5) Rev. Proc. 95-10, 1995-3 C.B. 20.

(6) En el caso de ambas sociedades en comandita, si bien los socios comanditarios tienen la responsabilidad limitada a sus aportes, los socios colectivos están sujetos a responsabilidad ilimitada (artículos 57 y 261 de la Ley General de Sociedades).

do directamente los cargos de dirección y gerencia y podría considerarse que con ello la empresa carece de la característica de gerencia centralizada. No obstante, considerando que los cargos de director y gerente no son perpetuos y que tales cargos se determinan por votación periódica, el IRS o las cortes norteamericanas podrían considerar que la condición de gerencia no centralizada es temporal y que, estructuralmente, la sociedad anónima tiene gerencia centralizada.

La labor del asesor fiscal será tratar de desvirtuar esta posible pretensión, para lo cual el estatuto podría señalar que, de acuerdo con el artículo 153 de la Ley General de Sociedades, para ser director se requiera ser accionista, con lo cual se garantizaría que la dirección siempre estará en manos de los accionistas. Adicionalmente, debería señalarse que para ser gerente también se requiere ser accionista de la empresa. Sin embargo, deberá esclarecerse si, de acuerdo con el derecho peruano, esta última disposición estatutaria sería válida y vinculante para las partes o si, sometida a los jueces peruanos, puede resultar inaplicable por considerarse que limita indebidamente la posibilidad de los directores de elegir un gerente no accionista.

Como se desprende del párrafo anterior, un tema de índole puramente societario como lo es la potestad estatutaria de determinar que los gerentes deban ser accionistas, puede tener una influencia substantiva en la posibilidad del inversionista extranjero de estructurar sus negocios en el Perú y de reducir la presión tributaria sobre su operación global. Se aprecia también que la posibilidad del inversionista de establecer una sociedad anónima «transparente» no perjudica en nada al fisco peruano, pero le puede permitir obtener un ahorro financiero importante por las normas tributarias aplicables en su país de origen.

Finalmente, debemos señalar que, la sociedad que sin mayor estructuración societaria carece de centralización de la gerencia es la sociedad colectiva por cuanto, salvo disposición en contrario de la escritura de constitución, la administración de la sociedad corresponde a todos y cada uno de sus socios, actuando en forma separada⁽⁷⁾.

3.1.3. Existencia continuada.

Una sociedad extranjera carecerá de la característica de continuidad de existencia cuando la muerte, incapacidad, bancarota, separación o renuncia de uno de los socios acarree la disolución de la sociedad. En este contexto, es importante anotar que según la IRS, para que se repunte que esta característica no está presente es necesario que la disolución opere de pleno derecho y no requiera «acción futura», como una decisión adoptada por la Junta General⁽⁸⁾. Esta opinión de la IRS tiene probablemente como antecedente situaciones presentadas en el contexto de inversiones norteamericanas en el Reino Unido. En este sentido, el IRS consideró que esta característica no estaba ausente en una empresa británica, debido a que, de acuerdo con la Ley de Sociedades aplicable en el Reino Unido, en el caso de incurrirse en una causal de disolución, ésta operaba si se adoptaba un acuerdo por la Junta de Socios que determinara la disolución.

En consecuencia, en la medida que fuera necesario un acto de discernimiento para definir la disolución una vez ocurrido el hecho determinante de la misma, la opinión de la IRS sería que la sociedad no carecería de la característica de existencia continuada.

En el Perú es posible establecer en el estatuto causales de disolución distintas a las ordenadas por ley para las sociedades anónimas y para otros tipos de sociedades⁽⁹⁾. En este sentido, no parece representar mayor dificultad, dentro de nuestro ordenamiento legal, el que algunas de las causales señaladas en el primer párrafo de este punto determinen la disolución de la sociedad, aun cuando la validez y fuerza vinculante de alguna de ellas pueda discutirse.

Sin embargo, debe tenerse presente que, de acuerdo con la ley societaria peruana, la disolución no ocurre de pleno derecho al ocurrir alguna de las causales previstas en la ley o en el estatuto; es necesario que los directores convoquen a Junta General, ya sea por iniciativa propia o a pedido de cualquiera de los accionistas y, si no fuera posible alcanzar las mayorías requeridas, es necesario recurrir al juez del lugar donde tiene su sede la sociedad⁽¹⁰⁾. De no convocarse a la Junta General

(7) Artículo 28 de la Ley General de Sociedades.

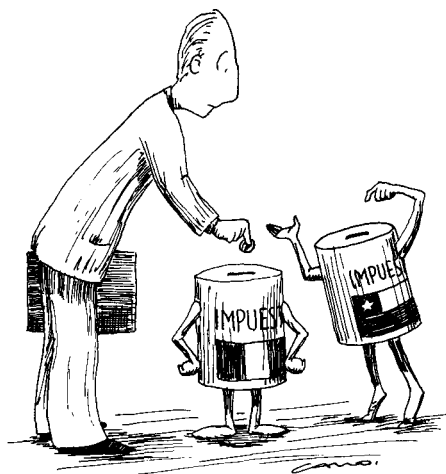
(8) Rev. Rul. 93-4, 1993-1 C.B. 225 y Rev. Proc. 95-10.

(9) Artículo 359 inciso 8 de la Ley General de Sociedades.

(10) Artículo 363 de la Ley General de Sociedades.

para acordar la disolución o de no realizarse el trámite frente al juez, la sociedad seguirá existiendo como una sociedad irregular⁽¹¹⁾.

De lo expuesto, puede deducirse que existen dificultades para que cualquier sociedad constituida en el Perú carezca de la característica de continuidad de existencia, toda vez que nuestra ley societaria no establece claramente la terminación de la sociedad por ocurrencia de las causales de disolución. Sin embargo, será necesario que la IRS o las cortes determinen si la declaración de disolución por la Junta General tiene carácter constitutivo o si implica únicamente una ejecución formal de un hecho ya acontecido –la disolución– necesaria para proceder a su inscripción en los Registros Públicos. Así mismo, deberá evaluar si la condición de sociedad irregular no es, de por sí, una condición que implique la terminación de la empresa original.



Una vez más observamos las implicancias fiscales que pueden derivarse de la legislación societaria de un país, lo que debe tenerse presente ahora, en momentos en que se viene revisando la Ley General de Sociedades y se pretende reformar el Código de Comercio.

En todo caso, de considerarse que la disolución de la empresa en la que el inversionista americano tiene la inversión ocurre de pleno derecho, la empresa carecerá de la característica de continuidad de existencia.

3.1.4. Libre transmisibilidad de las participaciones.

Se considera que una empresa tiene la caracte-

rística de libre transmisibilidad de las participaciones (ya sean participaciones, acciones, intereses, etc.), si cualquiera de sus miembros y especialmente aquellos que poseen una parte substancial de la misma tienen la posibilidad de transferir sus participaciones a terceros ajenos a la sociedad sin el previo consentimiento de los otros miembros. En cambio, si dicha transferencia requiere del consentimiento de los otros miembros y éstos son empresas o personas no vinculadas, se entenderá que la empresa carece de la característica conocida como de libre transmisibilidad de las participaciones.

En consecuencia, en la medida que la sociedad anónima contenga en sus estatutos una cláusula que establezca el derecho preferente de los demás accionistas para adquirir las acciones que uno de ellos pretenda vender y que los accionistas no sean empresas relacionadas o controladas por una entidad común, será posible que la empresa carezca de la característica de libre transmisibilidad.

Como se puede observar del análisis de las cuatro características anteriores, es posible estructurar, aun cuando con algunos riesgos, empresas híbridas en el Perú, es decir empresas que son consideradas como personas jurídicas fiscales para efectos de la legislación tributaria peruana, pero que son consideradas empresas «transparentes» sin personalidad jurídica fiscal para efectos norteamericanos. Las posibilidades de obtener beneficios fiscales derivadas de esta estructura dependerán de las características económicas de cada industria y de la situación de cada empresa en particular.

3.2 Otros casos de híbridos.

A continuación describimos brevemente otros casos de híbridos.

3.2.1. Operaciones de *leasing* internacional.

Las operaciones de *leasing* que involucran a personas o empresas localizadas en más de un país, y que consecuentemente están sujetas a la legislación comercial y tributaria de más de una jurisdicción, enfrentan el problema de que la misma operación puede ser tratada de forma asimétrica por ambos países.

En efecto, la doctrina reconoce dos tratamientos fiscales posibles para las operaciones de *leasing*: 1) el tratamiento de arrendamiento operativo y 2) el tratamiento de arrendamiento financiero.

El tratamiento de arrendamiento financiero

(11) Artículo 385 de la Ley General de Sociedades.

consiste en tratar al *leasing* de acuerdo con su naturaleza económica, es decir, considerar que se trata de una operación de compra financiada. Considerando que los derechos y riesgos se transfieren al adquirente junto con la posesión y que, en esencia se trata de una operación de financiamiento; el vendedor reconoce el ingreso por la venta al entregar el bien y el comprador reconoce en ese momento el mayor activo, iniciando su depreciación.

El tratamiento de arrendamiento operativo, en cambio, consiste en tratar al *leasing* de acuerdo con su forma jurídica, es decir, el vendedor considera que el bien ha sido arrendado, reconoce como ingreso únicamente las cuotas de arrendamiento en tanto va depreciando el bien, y únicamente reconoce la venta al término del arrendamiento. Por su lado el adquirente no reconoce el activo sino hasta el término del arrendamiento y deduce las cuotas de arrendamiento. Este último es el tratamiento tributario al que las operaciones de *leasing* interno están sometidas en el Perú.

De un análisis de lo expuesto en los párrafos anteriores y considerando que lo usual es que los *leasing* –y especialmente los *leasing* internacionales– sean contratos de largo plazo, se deduce que, desde la perspectiva del arrendador-vendedor, lo más conveniente es que la operación sea tratada como un arrendamiento operativo. De esa manera se podrá diferir el reconocimiento del ingreso proveniente de la venta a una fecha futura, mientras que, bajo el tratamiento del arrendamiento financiero, debería reconocerse en el momento de efectuarse la entrega, diferenciando únicamente el interés incluido en las cuotas.

En cambio, para el adquirente resulta usualmente más beneficioso el tratamiento del arrendamiento financiero por cuanto, siendo un contrato esencialmente de largo plazo, el período para la deducción de la depreciación total del bien materia de arrendamiento es más corto que el plazo durante el cual se deducen las cuotas de arrendamiento. Adicionalmente, considerando que el tratamiento fiscal del arrendamiento financiero es similar al de una compra financiada, cada cuota contendrá un elemento de principal y otro de interés, lo que permite que, en adición a la deducción de la depreciación, el arrendador-comprador pueda deducir el interés incluido en cada cuota.

Por lo tanto, el ideal sería que el arrendador se encuentre ubicado en una jurisdicción en la que los *leasing* sean tratados para efectos fiscales como un arrendamiento operativo, mientras que el adquirente se encuentre ubicado en una jurisdicción donde los arrendamientos reciben el tratamiento de arrendamiento financiero. Debe tenerse presente, sin embargo, que la presencia de normas que impongan tributos en forma de retención a las cuotas de *leasing* pagadas al extranjero

pueden determinar, eventualmente, que dicho beneficio desaparezca.

En el caso del Perú, los *leasing* en los que el arrendador es una empresa extranjera, no se encuentran comprendidos en los alcances tributarios del Decreto Legislativo No. 299, por cuanto el arrendador no es una empresa autorizada en el Perú para realizar ese tipo de operaciones. En consecuencia, estas operaciones deben ser analizadas de acuerdo al derecho civil y a las normas fiscales generales.

En consecuencia, en la medida que de acuerdo con las normas de derecho civil sea posible estructurar un contrato que permita al comprador-arrendatario considerar como activo propio los bienes materia del *leasing* y que el mismo contrato sea tratado como arrendamiento operativo para el vendedor-arrendador extranjero, se podrán obtener las siguientes ventajas: 1) la empresa local podrá depreciar el equipo en un plazo de 5 años, aun cuando el plazo del contrato sea mayor; 2) dicha empresa también podrá deducir el interés incluido en cada cuota, lo que implica, en el caso de cuotas iguales con interés al rebatir, que en los primeros años la mayor parte de la cuota también será deducible, por estar constituida en su mayor parte por intereses; 3) sólo se aplicarán las retenciones del impuesto a la renta peruano sobre los intereses por lo que, en el caso de tratarse de una empresa financiera extranjera, la tasa será únicamente del 1%; 4) el vendedor-arrendador extranjero no reconocerá la ganancia por la venta para sus efectos fiscales hasta un momento futuro; y 5) dicha empresa sólo reconocerá como ingreso las cuotas de arrendamiento.

3.2.2. Préstamos internacionales.

Esta figura se da en los casos en que una sociedad de un país «A», cuyo régimen de imposición se fundamenta en aspectos de fondo, efectúa un préstamo a una sociedad de un país «B», cuyo régimen impositivo se fundamenta principalmente en aspectos formales. En ese sentido, si los préstamos efectuados desde «A» tuvieran características tales como una duración muy prolongada o sólo se recibiera intereses cuando la prestataria extranjera obtuviera utilidades, entre otras, dichos préstamos podrían ser reputados, en base a una presunción legal, como inversión.

En cambio, para el prestatario ubicado en «B» no interesarían las condiciones económicas en que se le otorga el crédito y se limitaría a considerarlo como tal, en base a su naturaleza jurídica. En consecuencia, trataría a la operación de mutuo, como un préstamo, toda vez que existe la obligación de devolver el principal y de pagar un interés, aun cuando las fechas de pago, siendo determinables, sean futuras e indeterminadas.

En consecuencia, un préstamo híbrido como el descrito permitiría al prestatario deducir el interés devengado por el préstamo en forma anual, en tanto que la renta para el prestamista no consistiría en intereses sino en dividendos, gravables cada vez que éstos se paguen.

4. CONCLUSIÓN.

Aun cuando para efectos de este artículo se ha simplificado mucho la presentación de los regímenes fiscales utilizados para describir los distintos híbridos tratados, resulta evidente que diversas entidades y operaciones comerciales son tratadas en forma disímil y asimétrica por las distintas jurisdicciones fiscales. Ello representa, desde el punto de vista de política fiscal, un

problema, por cuanto se pierde neutralidad en las operaciones internacionales, originando que determinadas transacciones resulten más onerosas que otras por razones fiscales ajenas a la operación comercial subyacente.

Sin embargo, en tanto estas asimetrías se corrigen, ellas permiten al planeador fiscal organizar las operaciones internacionales utilizando un sinnúmero de opciones y alternativas que usualmente se materializan a través de la oportuna creación de un híbrido.

Finalmente, este artículo pretende haber puesto en relieve las consecuencias fiscales que pueden originar las normas societarias y comerciales, cuya revisión y modificación viene siendo estudiada actualmente, sobre operaciones internacionales y, especialmente, sobre la inversión extranjera. 卐