

ANÁLISIS CRÍTICO DEL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL VIGENTE EN EL PERÚ A PARTIR DEL 2013



Renée Antonieta Villagra Cayamana*

In the current globalization state, emerges an important problem referred to tax deferral, committed by those who, taking advantage of their belonging to entities domiciled abroad, are able to avoid paying taxes for what they earn. In these cases, the governments are the ones impaired, because they do not perceive the incomes they should. This is the reason why a Fiscal Transparency Regime is proposed, so that those incomes can be assessed.

In this article, the author analyses the recent incorporation of that transparency regime to Peruvian legislation and accomplishes to build a scheme that, while comparing national legislation with other regimes abroad, permits to explain its main characteristics, as well as its benefits and deficiencies.

KEY WORDS: *Controlled Foreign Corporation, entities domiciled abroad, Income Tax, tax evasion, double taxation.*

En el contexto de la globalización, surge el problema del diferimiento de impuestos por parte de aquellos que, aprovechándose de ser partícipes en entidades domiciliadas en Estados de baja o nula imposición, evitan el pago de impuestos sobre las rentas obtenidas por ellos. Éstos son casos en los que el Estado se ve perjudicado, pues no percibe todos los ingresos que le corresponden. Es por este motivo que se propone, a nivel mundial, un régimen de transparencia fiscal internacional que permita gravar estas rentas.

En el presente artículo, la autora hace un análisis de la reciente incorporación de dicho régimen al Perú y logra, a través de la comparación con legislaciones extranjeras, construir un esquema que permite explicar sus características, así como sus beneficios y deficiencias.

PALABRAS CLAVE: *Régimen de Transparencia Fiscal Internacional, entidades no domiciliadas, Impuesto a la Renta, elusión fiscal, doble imposición.*

* Abogada. Magister en Derecho (LL.M) por la Universidad de Florida. Profesora de la Maestría en Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultora en Tributación Internacional y Precios de Transferencia.

En el presente trabajo se analiza el régimen de transparencia fiscal internacional vigente en el Perú a partir del 2013, a la luz de la legislación comparada, enfatizando el tratamiento otorgado por los países de la región.

Para un adecuado análisis, se recurre a la doctrina, incluyendo fuentes de mucha actualidad, entre otras la nueva versión del Modelo de Convenio Para Evitar la Doble Imposición de Organización de las Naciones Unidas [en adelante, ONU], los reportes de los últimos congresos de la Asociación Fiscal Internacional [en adelante, IFA], incluyendo el reciente llevado a cabo en agosto del 2013 en Copenhague; así como el novedoso Plan de Acción BEPSA (Base Erosion and Profit Shifting) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [en adelante, OCDE].

El objetivo de este trabajo es exponer el tratamiento legislativo del régimen de transparencia fiscal internacional, identificando sus peculiaridades e, incluso, inconsistencias, a efecto del mejor entendimiento de esta medida antielusiva, la cual, si bien ha sido adoptada por algunos países desde el siglo pasado, para el Perú resulta novedosa.

I. INTRODUCCIÓN: ORIGEN, ANTECEDENTES

Todos los países, en mayor o menor medida, incluyen en sus ordenamientos jurídicos medidas contra la elusión fiscal. Por su parte, estas medidas pueden ser de carácter general, como la contenida en la norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario peruano, o de carácter específico. Dentro del último grupo, hasta hace muy poco, se ubicaban como medidas defensivas unilaterales para solucionar o enfrentar los problemas derivados de la fuga o deslocalización de bases imponible¹:

- Las restricciones aplicadas a los países o territorios de baja o nula imposición.
- La subcapitalización.
- Las operaciones de vinculadas y los precios de transferencia.
- La transparencia fiscal internacional.
- Los *exit tax* o impuestos de salida².

Hoy en día, esta gama se ha extendido al FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act), régimen muy criticado y cuestionado por temas de soberanía, que obliga a las entidades financieras no estadounidenses a llegar a acuerdos con el Servicio de Impuestos Internos de los Estados Unidos (IRS) para proporcionarle información relevante respecto a las cuentas financieras mantenidas por sus ciudadanos³.

El régimen de transparencia fiscal internacional, conocido como CFC por las iniciales en inglés de Controlled Foreign Corporation, no constituye una medida novedosa en el mundo; por el contrario, su origen se remonta a más de medio siglo atrás cuando, en 1962, en Estados Unidos se introduce la subparte F del Código de Rentas Internas (sección 951). En aquella oportunidad, el Comité del Senado norteamericano sustentó la introducción de tales reglas en el diferimiento de las rentas de fuente extranjera obtenidas por sus residentes en “paraísos fiscales”, en tanto éstas no eran gravadas en su país sino hasta que los dividendos fueran recibidos por las matrices norteamericanas o por sus accionistas⁴.

Con posterioridad, tal régimen, que no está exento de cuestionamientos de orden constitucional y de soberanía, fue adoptado con diversos matices por muchos países, principalmente por los desarrollados, industrializados⁵ y exportadores de capital. En Sudamérica, el régimen de transparencia fiscal internacional

¹ Eduardo Sanz Gadea, desde la perspectiva española, incluye dentro de estas medidas a la fiscalidad de las instituciones de inversión colectiva extranjeras. SANZ GADEA, Eduardo. “Transparencia Fiscal Internacional. Manual de Fiscalidad Internacional”. Madrid: IEF. 2004. p. 619.

² En el Congreso de la Asociación Fiscal Internacional [IFA], llevado a cabo en Roma el año 2010, se identifican como las medidas antiabuso más frecuentes a los *exit taxes*, los regímenes CFC y a las reglas de subcapitalización. En: INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION. “Tax Treaties and tax avoidance: Application of anti-avoidance provisions”. La Haya: Sdu Fiscale & Financiele Uitg. p. 23.

³ El profesor Lawrence Lokken sostiene que el único objetivo es la obtención de información de los contribuyentes norteamericanos con inversiones fuera de su país y no la aplicación de la retención del 30% ante el incumplimiento. Ponencia sobre el FATCA en el Seminario de Tributación Internacional organizado por IFA Chile y la Universidad de Florida en Santiago de Chile el 23 de mayo de 2012.

⁴ Así lo reconoció el Comité de Finanzas del Senado de Estados Unidos en la Explicación General de su Reforma de 1987. BITTKER, Boris y Lawrence LOKKEN. “Fundamentals of International Taxation”. Segunda edición. Boston: Warren, Gorham y Lamont. 1997. p. 68.

⁵ Cosín Ochaita califica este régimen como “fórmula muy potente y generalizada en los países industrializados”. COSÍN OCHAITA, Rafael. “Fiscalidad de los Precios de Transferencia”. Valencia: Wolters Kluwer. 2007. p. 240.

ha estado ya recogido por la Ley en Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela; sin embargo, para el Perú, país en vías de desarrollo, su introducción en julio de 2012 constituyó una novedad.

De acuerdo al glosario de términos de la OCDE, la legislación CFC está diseñada usualmente para combatir el refugio de las utilidades de las compañías residentes en jurisdicciones de baja o nula imposición. Una de las características esenciales de tales regímenes es que atribuyen una proporción de la renta refugiada en tales compañías a los accionistas residentes en el país y que, generalmente, sólo ciertos tipos de renta caen en el ámbito de la legislación CFC, como por ejemplo las rentas pasivas tales como dividendos, intereses y regalías.

La misma OCDE en su conocido reporte "Harmful Tax Competition - An emerging Global Issue", publicado el año 1998, emitió como su primera recomendación para hacer frente a los países o territorios de baja o nula imposición, la adopción de reglas CFC. Es preciso notar que la segunda recomendación de la OCDE, a efecto de contrarrestar las prácticas que constituyen competencia tributaria dañina, fue que los países consideren la adopción de las reglas de Fondos de Inversión Extranjera (Foreign Investment Funds⁶ o FIF).

El razonamiento tras la sugerencia es que las reglas CFC se aplican solamente a empresas extranjeras controladas por accionistas residentes que tienen un interés significativo en la empresa (por ejemplo el 10% o más); no obstante en la práctica es posible diferir el impuesto adquiriendo acciones en fondos mutuos que pertenecen a una amplia cantidad de propietarios, los cuales no son controlados por un grupo pequeño de accionistas residentes, ni en los que los accionistas residentes poseen un interés significativo. En tal situación los residentes no serían sujetos a las reglas CFC.

Por su parte, en el Congreso de la Asociación Fiscal Internacional (IFA), llevado a cabo en

Roma en el año 2010, se reconoce a la legislación CFC como el régimen más difundido y frecuente para el tratamiento de la renta *off shore* de las compañías base, y se identifica un gran número de elementos comunes en las distintas legislaciones, al igual que a las reglas vinculadas a los *exit taxes* y a la subcapitalización⁷.

En general, uno de los objetivos originales del régimen de transparencia fiscal internacional es evitar el beneficio del diferimiento de las rentas de fuente extranjera; no obstante, en la actualidad, el régimen se ha abierto a más supuestos, en tanto se parte de la presunción de que la localización de rentas a través de entidades residentes en países de baja imposición y que no derivan de actividades económicas, se debe al deseo de localizar artificialmente beneficios y rendimientos en países de baja imposición⁸.

Se considera que la motivación para generar renta móvil a través de corporaciones extranjeras, en lugar de corporaciones domésticas, se justifica frecuentemente en los beneficios tributarios que se esperan conseguir utilizando tales vehículos corporativos foráneos; en tal sentido, desde la perspectiva del Estado, resulta justificado eliminar los beneficios tributarios de esa transacción, colocando en la misma situación a las opciones de inversión nacional y foránea a través de las reglas CFC, fomentando así el uso del capital de forma más eficiente⁹.

A nivel internacional, los diferentes países que han adoptado la legislación de transparencia fiscal internacional continuamente la modifican y perfeccionan; por ejemplo, en Estados Unidos constituye uno de los temas de debate permanente, incluso a nivel político¹⁰. Otro ejemplo lo constituye el Reino Unido, donde las últimas modificaciones en el régimen de las CFC se llevaron a cabo con el único propósito de facilitar las adquisiciones y fusiones con entidades extranjeras, con el fin de elevar la competitividad de sus empresas¹¹. Entre ellas,

⁶ OCDE. "Harmful Tax Competition - An emerging Global Issue". Paris. 1998. pp. 42-43.

⁷ INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION. Op. cit. pp. 23-24.

⁸ "Todo Fiscal 2012". Impuesto sobre Sociedades. Madrid: CISS. p. 1480.

⁹ Así lo reconoció el Congreso de Estados Unidos en la Explicación General de su Reforma de 1987, citado por BITTKER, Boris y Lawrence LOKKEN. "Taxation of Income, Estates and Gifts". Suplemento Cumulativo 3. Boston: Warren, Gorham y Lamont. p. S67A-2.

¹⁰ WILLENS, Robert. "Unchecking the Box' Could Lead to Fierce Debate". En: TheEconomist.com. 2009.

¹¹ El detalle de la propuesta de modificaciones se encuentra en: http://www.hm-treasury.gov.uk/d/corporate_tax_reform_part3a_cfc_interim_improvements.pdf.

cabe resaltar la incorporación de la Exención a Territorios Excluidos (ETE) bajo cuyo sistema simplificado se excluye del tratamiento de CFC a Australia, Canadá, Francia, Alemania, Japón y Estados Unidos.

Por su parte, es preciso notar en el contexto internacional, como uno de los recientes acontecimientos vinculados a las reglas CFC, que su flexibilización respecto de intereses responde en gran medida al requerimiento de liquidez por parte de los diferentes Estados. En tal sentido, en cuanto a la ficción de gravar los intereses otorgados por una CFC como renta de fuente propia, en la actual coyuntura internacional de crisis crediticia y financiera, entran en conflicto dos intereses del Estado: Por un lado, la necesidad de atraer capital o liquidez a los Estados, el cual se materializa a través de préstamos provenientes de partes vinculadas de paraísos fiscales y, por otro, la urgencia de desalentar las inversiones fuera del Estado, tratando de someterlos a gravamen según las reglas de transparencia fiscal.

Tal conflicto generó, entre otros, que el Servicio de Rentas Internas de Estados Unidos (IRS) emitiera, en octubre de 2008, una norma para “facilitar la liquidez”, flexibilizando los períodos en los que los intereses por créditos de corta duración procedentes de CFC a sus empresas vinculadas en Estados Unidos no se consideraban como renta gravada (como si hubiesen sido repatriados). En tal sentido, el período de 60 días (notice 2008-91, I.R.B. 2008-43) en el que no operaba la ficción de considerarlo gravado fue extendido a 180 días¹².

Respecto de la tendencia mundial del régimen de las CFC, cabe resaltar el caso Cadbury-Schweppes, en cuyo fallo la Corte de Justicia de la Unión Europea negó la consideración como renta de fuente británica a la procedente de subsidiarias que operaban en Irlanda dentro del régimen del Centro Internacional de Servicios Financieros [IFSC] de Dublín. Tal

fallo fue interpretado como una manifestación de que las reglas CFC no empeorarían en el futuro en la Unión Europea¹³; no obstante, es preciso notar que la Corte indicó que podrían aplicarse las reglas CFC para “arreglos totalmente artificiales”, resaltando que, en el caso Cadbury-Schweppes, la empresa contaba con infraestructura, maquinaria y personal.

Al respecto, el Reporte General del Congreso de la IFA del 2010 da cuenta que las legislaciones de algunos países, entre ellos Dinamarca, Alemania y Portugal, fueron modificadas como consecuencia del fallo antes citado; no obstante, se plantea la interrogante de si las enmiendas son suficientes para conciliar la libertad de establecimiento con las reglas CFC¹⁴.

Entre las críticas al régimen de transparencia fiscal se encuentra su complejidad difícilmente justificable, así como la incertidumbre jurídica originada por la apertura del régimen a cada vez más supuestos¹⁵. También se ha calificado al régimen como injusto, por obligar al contribuyente a tributar por una renta que aún no ha percibido¹⁶ y se le responsabiliza, en cierta medida, por la “desaparición” de las matrices antes situadas en los países exportadores de capital.

Respecto a lo antes afirmado, cabe señalar que el fenómeno de empresas “invertidas o revertidas” (*inverted companies*) ha crecido notablemente en los últimos años, ocasionando que se deje de tributar por la aplicación de las reglas CFC en circunstancias en las que procedería el gravamen a los dividendos u otras rentas (figura del *de-controlled* de CFC). Las empresas invertidas o revertidas son aquellas que originalmente tenían matrices situadas en países desarrollados que gravan las rentas de fuente mundial y que aplican las reglas CFC y que, por efecto de la inversión o reversión (entendida como modificación o transformación), dejan de tener la obligación de tributar por tales rentas¹⁷.

¹² WILLENS, Robert. “Court Precedent Looms over IRS ‘Crisis’ Fix”. En: The Economist.com. 2008.

¹³ O'BRIEN, Conor. “Carbury ruling saved our tax regime”. The Irish Times. 2006.

¹⁴ INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION. Op. cit. pp. 30-55.

¹⁵ ROSEMBUJ, Tulio. “Fiscalidad Internacional. Instituto de Fiscalidad Internacional”. Madrid: Marcial Pons. 1998. p. 65.

¹⁶ ALTAMIRANO, Alejandro. “Transparencia Fiscal Internacional”. En: *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario* 43. 2005. p. 34.

¹⁷ Se realiza un análisis exhaustivo de la inversión o reversión de empresas; así como de sus modalidades, en: ORSOLYA, Kun. “Corporate Inversions: The interplay of tax, corporate, and economic implications”. En: *Delaware Journal of Corporate Law*. 2004.

El Plan de Acción BEPSA, diseñado y publicado por la OCDE recientemente (2013), ha identificado al fortalecimiento de las reglas CFC como la tercera (de un total de quince) acción prioritaria para luchar contra la erosión de las bases tributarias y el desvío de utilidades. Igualmente, considera que el trabajo para limitar la erosión de las bases vía intereses y otros pagos financieros debe ser coordinado con las reglas CFC¹⁸.

No obstante, la reciente posición de la OCDE en el Congreso de la IFA llevado a cabo en Copenhague en agosto de 2013, que trató el tema del gravamen de las rentas pasivas de los grupos empresariales, se llegó a una conclusión muy interesante, y quizás no novedosa para los países que cuentan con la legislación CFC hace tiempo. Y es que, si bien la citada legislación tiene el objetivo de prevenir la elusión fiscal, raramente es aplicada en la práctica¹⁹.

A continuación se hace un análisis crítico del régimen de transparencia fiscal internacional introducido en el Perú mediante el Decreto Legislativo 1120, publicado el 18 de julio de 2012, con vigencia a partir del 1 de enero del 2013 y que ha sido reglamentado mediante el Decreto Supremo 258-2012-EF, publicado el 18 de enero de 2012.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El régimen de transparencia fiscal internacional es de aplicación a los contribuyentes domiciliados en el Perú, propietarios de entidades controladas no domiciliadas, respecto de sus rentas pasivas, siempre que se encuentren sujetos al Impuesto a la Renta por sus rentas de fuente extranjera. La consecuencia del régimen de transparencia fiscal internacional es el gravamen de las rentas imputadas de entidades no domiciliadas, incluso en los casos en los que tales rentas no son distribuidas.

Considerando que la Ley del Impuesto a la Renta²⁰ prevé, en su artículo 6, que los domi-

ciliados en el país tributan por sus rentas de fuente mundial, o por la “totalidad” de sus rentas, mientras que los contribuyentes no domiciliados en el país y sus establecimientos permanentes, tributan sólo sobre las rentas gravadas de fuente peruana, es posible notar que el ámbito de aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional se limita a los domiciliados.

Por su parte, es preciso notar que el artículo 57 de la ley del Impuesto a la Renta diferencia el sistema de imputación aplicable a la renta de fuente extranjera; así, prevé que las rentas de tercera categoría se consideren producidas en el ejercicio comercial en que se devenguen y de igual forma lo harán las rentas de fuente extranjera provenientes de la explotación de un negocio o empresa en el exterior; mientras que las demás rentas se imputarán al ejercicio gravable en que se perciban.

En el régimen de transparencia fiscal internacional, se observan dos consecuencias: (i) La desconsideración de la sociedad o ente del extranjero y, (ii) el gravamen de las rentas generadas por la entidad del extranjero, aunque no hayan sido percibidas por sus propietarios.

Conforme lo explica Rosembuj, el régimen de transparencia fiscal desmonta la heterogeneidad subjetiva entre la sociedad no residente y sus socios, desencadenando como efecto principal la imputación directa del beneficio obtenido a la matriz²¹. Adicionalmente, el otro efecto igualmente importante es, precisamente, considerar como percibidas en todos los casos las rentas generadas por la entidad del extranjero.

A. Definición de entidades controladas no domiciliadas

En virtud del artículo 112 de la ley del Impuesto a la Renta, las entidades controladas no domiciliadas son aquellas entidades de cualquier naturaleza, no domiciliadas en el país, que reúnen las siguientes condiciones:

¹⁸ OECD (2013), “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting”. OECD Publishing. En: <http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>.

¹⁹ WIMAN, Bertil y Mattias DAHLBERG. “The taxation of foreign passive income for groups of companies”. Reporte general al Congreso IFA llevado a cabo en Copenhague en 2013. 98a. p. 55.

²⁰ Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado mediante el Decreto Supremo 179-2004-EF y normas modificatorias.

²¹ ROSEMBUJ, Tulio. Op. cit. pp. 63-64.

- Que tengan personería distinta a la de sus socios, asociados, participacionistas, o, en general, de las personas que la integran.
- Que esté constituida, establecida, sea residente o domiciliada “de conformidad con el Estado en el que se configure cualquiera de esas situaciones, en un país o territorio”:
 - a. De baja o nula imposición, o
 - b. En la que sus rentas pasivas no estén sujetas a un impuesto a la renta, cualquiera fuese la denominación de tal tributo, o estándolo, el impuesto sea igual o inferior al 75% del Impuesto a la Renta que correspondería en el Perú sobre las rentas de la misma naturaleza.
- Que sean de propiedad de contribuyentes domiciliados en el país. Se entenderá que la entidades controladas no domiciliadas 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– tenga 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.

Para efecto de lo antes previsto, la Ley del Impuesto a la Renta precisa que los contribuyentes y sus partes vinculadas domiciliadas en el país, no incluyen a aquellos que están sujetos al Impuesto en el Perú sólo por sus rentas de fuente peruana, ni a aquellas empresas conformantes de la actividad empresarial del Estado. Adicionalmente, que el ejercicio gravable es el previsto en el artículo 57 de la mencionada ley, es decir, el que comienza el 1 de enero de cada año y finaliza el 31 de diciembre, sin excepción.

B. Participación en la entidades controladas no domiciliadas

En virtud al artículo 112, numeral 3 de la Ley del Impuesto a la Renta, las entidades controladas no domiciliadas son aquellas entidades de cualquier naturaleza que no se encuentran domiciliadas y que tengan persone-

ría distinta de la de sus socios, asociados, participacionistas o, en general, de las personas que la integran.

En cuanto a la propiedad requerida de contribuyentes domiciliados en el país, la Ley del Impuesto a la renta establece que se entiende que la entidad controlada no domiciliada es de propiedad de un contribuyente domiciliado en el país, por sí solo o conjuntamente con sus partes vinculadas domiciliadas en el país, cuando tengan una participación, directa o indirecta, ascendente a más del 50% del capital o en los resultados de dicha entidad, o de los derechos de voto en ésta. Adicionalmente, se presume la existencia de participación en una entidad controlada no domiciliada cuando se tenga, directa o indirectamente, una opción de compra de participación en dicha entidad.

Esta diversidad de criterios (porcentaje del capital, de los resultados, de los derechos de voto, o de una opción de compra de participación) se debe a la variedad de entidades no domiciliadas que pueden existir, en tanto es posible, por ejemplo, no contar con participación en el capital o derecho a voto, y sin embargo participar en los resultados, o a la inversa.

Es preciso señalar que el porcentaje de titularidad requerido en el Perú para estar en el ámbito de aplicación de las normas sobre CFC coincide con el previsto en España y Estados Unidos, entre otros. En el último país, por disposición de la sección 951 b del Código de Rentas Internas, se considera que una empresa extranjera²² constituye una Compañía Extranjera Controlada (CFC) si más del 50% de sus acciones son de propiedad de accionistas norteamericanos; no obstante, esta última calidad la poseen sólo las personas norteamericanas que son propietarias de por lo menos 10% del accionariado, directa, indirectamente o por ficción.

Conforme se mencionó antes, la legislación española no sólo requiere una participación igual o superior al 50% en el capital, los resultados o los derechos de voto de la entidad no residente en territorio español en la fecha del cierre del ejercicio social de ésta última; sino que la participación igual o superior al 50%

²² En virtud a la Sección 7701 a5 del Código de Rentas Internas, una empresa se considera extranjera si se ha organizado bajo la legislación de una jurisdicción distinta a la de los Estados Unidos de Norteamérica, un Estado de Estados Unidos o el Distrito de Columbia.

se aplica a “los fondos propios” existentes a la fecha del cierre del ejercicio social de ésta última. Los rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad están considerados como rendimientos íntegros del capital mobiliario y constituye un concepto previamente definido por su ley²³.

Con relación a los criterios que determinan la existencia de control en la legislación española, José Rodríguez Ondarza y Juan José Rubio Guerrero señalan que el criterio que primaría sería el de la participación en los resultados frente a los fundamentados en la participación en el capital, los fondos propios o los derechos de voto, los cuales constituirían criterios subsidiarios²⁴.

Es preciso indicar que la Ley del Impuesto a la Renta señala que el cierre del ejercicio es la oportunidad en que se mide o calcula el porcentaje de participación²⁵; lo cual dejaría abierta la posibilidad de transmitir la participación con anterioridad al término del ejercicio fiscal, es decir, con carácter previo al 31 de diciembre, a efecto de quedar fuera del ámbito de aplicación del régimen de transparencia fiscal. Conforme a la legislación comparada, la otra opción que tenía el legislador es la aplicación del régimen cuando la participación requerida se posee en cualquier momento a lo largo del ejercicio fiscal.

La legislación española en este aspecto prevé que la renta se atribuye al ejercicio gravable en que la entidad no residente concluye su ejercicio social, que a estos efectos no podrá tener una duración superior de doce meses, excepto el caso en que opta por imputarlos al período de aprobación de las cuentas, siempre que no hayan transcurrido más de seis meses de la conclusión del mismo y se mantenga esta opción por tres años.

En algunos países, se otorgan exclusiones con el ánimo de fomentar alguna conducta, como en el caso particular de Israel, a efecto de que del cómputo del porcentaje mínimo de tenencia, las posesiones de inmigrantes nuevos

o residentes *senior* de regreso no se toman en cuenta²⁶.

Considerando que para evaluar la propiedad requerida para configurar una entidad controlada no domiciliada se toma en cuenta al contribuyente solo o en conjunto con sus partes vinculadas, cabe señalar que en la oportunidad de la dación del Decreto Legislativo 1120 el 18 de julio de 2012, el término “partes vinculadas” se encontraba definido en el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta desde la sustitución de su artículo 24 realizada por el Decreto Supremo 190-2005-EF, vigente desde el año 2006. No obstante ello, el Decreto Supremo 258-2012-EF, publicado el 18 de diciembre de 2012, que modifica el reglamento de la ley citada, ha incorporado en su artículo 63 las situaciones que configuran la existencia de partes vinculadas para efecto del régimen de transparencia fiscal internacional. En tal sentido, en la actualidad existen dos definiciones de “partes vinculadas”: (i) Una aplicable a la ley del Impuesto a la Renta en general en casos diferentes a la transparencia fiscal internacional prevista en el artículo 24 del Reglamento, y (ii) otra definición para el régimen de transparencia fiscal en el artículo 63 del mismo cuerpo legal.

C. Atribución de rentas

El efecto de la transparencia fiscal internacional en el Perú, conforme lo dispone el artículo 113 de la Ley del Impuesto a la Renta, es que las rentas netas pasivas que obtengan las entidades controladas no domiciliadas son “[...] 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 50% en los resultados de dicha entidad”.

En tal sentido, los propietarios domiciliados, a quienes se les atribuye la renta, se encuentran en la obligación de incluir la misma en la base imponible del impuesto a la renta y de tributar por ella en su declaración jurada anual. Al respecto cabe señalar que, en Es-

²³ Artículo 23 de la Ley de Impuesto a la Renta sobre las Personas Físicas.

²⁴ RODRÍGUEZ ONDARZA, José Antonio y Juan José RUBIO GUERRERO. “La Transparencia Fiscal Internacional: Protocolos para su aplicación”. En: Crónica Tributaria 96. Madrid. 2000. p. 128.

²⁵ Artículo 113 numeral 2 de la Ley de Impuesto a la Renta.

²⁶ Sección 75b de la Ordenanza del Impuesto a la Renta [Income Tax Ordinance (ITO)].

pañá, la normatividad es más clara en tanto prescribe expresamente que los sujetos pasivos “incluirán en su base imponible la renta positiva obtenida por una entidad no residente en territorio español [...]”²⁷.

Con relación a lo dispuesto por el artículo 113 de la Ley del Impuesto a la Renta antes reproducido, es pertinente notar que la atribución, es decir, la obligación de incluir tales rentas en la base imponible del domiciliado, se refiere exclusivamente a quienes tengan una participación directa o indirecta en más del 50% en los “resultados” de dicha entidad. La literalidad de la disposición antes señalada no es concordante con lo previsto por el artículo 112 del mismo cuerpo legal, que considera como propietarios de entidades controladas no domiciliadas no sólo a quienes participan en los resultados de la entidad, sino que adicionalmente comprende a quienes: (i) Tengan una participación, directa o indirecta del capital en más del 50%, o (ii) tengan una participación, directa o indirecta en los derechos a voto en más del 50%.

En tal sentido, los propietarios de entidades controladas no domiciliadas que no participen en más del 50% de los resultados de la entidad, aún teniendo una participación, directa o indirecta del capital o en los derechos a voto superior al 50%, no estarían obligados a atribuir la renta.

Por su parte, el Reglamento, en su artículo 64 numeral 2 inciso a, comprende expresamente a los contribuyentes que califican en alguno de los tres supuestos contemplados por el artículo 112 de la Ley del Impuesto a la Renta antes detallados, como los obligados a atribuir la renta²⁸; no obstante, la citada ley, norma jerárquicamente superior, establece la obligación sólo respecto de quienes participan en los resultados.

Es preciso notar que el control no está exclusivamente vinculado al poder de voto, sino también, por ejemplo, al valor de la participación. Así lo reconoció la legislación norteamericana que, recién en el año 1986, se modificó para incorporar como criterio para identificar el

control al valor, con el objetivo de disminuir las posibilidades de manipulación²⁹.

D. Sucursales y otros establecimientos permanentes

Partiendo de la premisa de que los efectos de la transparencia fiscal internacional son dos (por un lado, la desconsideración de la sociedad o ente del extranjero y, por el otro, el gravamen de las rentas generadas por la entidad del extranjero, aunque no hayan sido percibidas por sus propietarios), se procede a analizar la situación del establecimiento permanente.

En cuanto al establecimiento permanente de un domiciliado en el Perú ubicado en el extranjero, cabe señalar que, si bien éste no tiene personalidad jurídica diferente de la entidad de la que dependen, no queda claro si sus rentas deban someterse al régimen de atribución. Al respecto cabe señalar que en virtud del artículo 57 de la Ley del Impuesto a la Renta, preexistente al régimen de transparencia fiscal internacional, 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 imputan al ejercicio gravable en que se devenguen.

En tal sentido, el establecimiento permanente de un domiciliado que constituye un ente que tiene la misma personería jurídica que la del domiciliado, no requeriría las normas de Transparencia Fiscal Internacional para declarar la renta generada fuera del país en el ejercicio en que se devenga. No obstante, el régimen de transparencia fiscal internacional no sólo exige la aplicación del principio de lo devengado, sino que además exige la atribución de la renta a sus propietarios.

El numeral 1 del artículo 112 de la Ley del Impuesto a la Renta exige como una condición para ser considerada como entidad controlada no domiciliada la tenencia de personería distinta de la de sus socios, asociados, participacionistas o en general de las personas que la integran. En el caso del establecimiento per-

²⁷ Artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de España.

²⁸ Al indicar que la renta neta pasiva generada por una entidad controlada no domiciliada se atribuirá a los propietarios domiciliados en el país que, al 31 de diciembre del ejercicio gravable, por sí solos o conjuntamente con sus partes vinculadas domiciliadas 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.

²⁹ BITTKER, Boris y Lawrence LOKKEN. “Taxation of Income, Estates and Gifts”. pp. S67A-6 y S67A-7.

manente de un domiciliado estamos ante un ente que tiene la misma personería jurídica que la del domiciliado; no obstante, este domiciliado tiene, a su vez, personería jurídica distinta de la de sus integrantes. En tal sentido, el establecimiento permanente sí tendría la requerida personería jurídica distinta de la de sus socios, asociados, participacionistas o en general de las personas que la integran.

Adicionalmente, considerando que, para la Ley peruana, las entidades controladas no domiciliadas deben cumplir, entre otras, con la condición de que “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 [...]”; podríamos afirmar que los establecimientos permanentes “establecidos” en otro Estado si serían alcanzados por la transparencia fiscal internacional.

El efecto de la transparencia fiscal internacional en el caso de sucursales u otros establecimientos permanentes sería la imputación a los socios de la renta y su tributación asumiendo que la renta fue percibida por ellos. Esto va más allá del tratamiento normal de un establecimiento permanente que, si bien debe consolidar rentas con la matriz peruana, no necesariamente distribuye las utilidades y, por lo tanto, existirán casos en que los socios deberán tributar por rentas que no perciben. La situación anterior, de producirse, generaría una situación especial, en la que el domiciliado tributaría de forma tradicional (tasa del 30%), pero, adicionalmente, lo deberían hacer los contribuyentes a quienes se les ha atribuido la renta, los mismos que pueden ser personas naturales o jurídicas.

El Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta no aporta elementos que aclaren el panorama, en tanto el artículo 62 precisa, entre otros, que se entenderá que una entidad controlada no domiciliada en el país tiene personería distinta de la de sus socios, asociados, participa-

cionistas o, en general de las personas que las integran cuando “tal entidad puede generar rentas que deban ser reconocidas por ella”.

Se desconoce si el alcance de “reconocidas” implica “declaradas”; y, si así fuera, la cuestión sería ¿en qué país o dónde deben ser reconocidas o declaradas?; porque en muchos casos existe declaración por parte del establecimiento permanente en el país o territorio de baja o nula imposición. En el caso del establecimiento permanente, en el Perú habría declaración de la persona jurídica, pero en el país o territorio de baja o nula imposición habría una declaración del establecimiento permanente. En tal sentido, lo previsto por el reglamento en el artículo 62 no contribuye a una mejor interpretación.

Por su parte, el artículo antes citado concluye afirmando que, en cualquier caso, se considerará como entidad controlada no domiciliada en el país con personería distinta a cualquier persona jurídica o entidad, “con personería jurídica o sin ella, tales como cualquier sociedad, fondo de inversión, *trust*, *partnership*, asociación, fundación”. En la citada norma reglamentaria, no se menciona a los establecimientos permanentes, lo cual tampoco descarta su consideración como entidad no domiciliada en el país, en la medida en que la enumeración no es taxativa y que precisamente se trata de una entidad sin personería jurídica.

En España, aparentemente, el tema no amerita discusión, ya que su legislación requiere, a efectos de ser incluidos en el régimen de transparencia, que los contribuyentes residentes en ese país participen en una entidad “residente en el extranjero”³⁰ y, según algunos tributaristas, entre los que se encuentran Almodí Cid³¹, José Rodríguez Ondarza y Juan José Rubio Guerrero³², tal condición no puede atribuirse al establecimiento permanente perteneciente a una entidad española. Tal argumento, a mi entender, podría debilitarse ante legislaciones como la peruana, que otorgan calidad de domiciliado al establecimiento permanente³³. De

³⁰ El inciso 1 del artículo 107 señala: “[...] Los sujetos pasivos incluirán en su base imponible la renta positiva obtenida por una entidad no residente en territorio español [...]”.

³¹ ALMUDÍ CID, José Manuel. “El régimen antielusivo de transparencia fiscal internacional. Las medidas anti-elusión en la normativa interna española con proyección internacional”. En: Monografías Fiscalidad Internacional 4. Madrid: Ediciones CEF. 2010. p. 1072.

³² RODRÍGUEZ ONDARZA, José Antonio y Juan José RUBIO GUERRERO Op. cit. pp. 123-147.

³³ El inciso e del artículo 7 de la Ley del Impuesto a la Renta prevé: “Se consideran domiciliadas en el país: [...] Las sucursales, agencias u otros establecimientos permanentes en el Perú de personas naturales o jurídicas no domiciliadas en el país, en cuyo caso la condición de domiciliada alcanza a la sucursal, agencia u otro establecimiento permanente, en cuanto a su renta de fuente peruana”.

esa forma, el establecimiento permanente de una empresa española tendría la condición de residente o domiciliado en el Perú.

En Venezuela, por lo menos con relación a las sucursales, que constituyen una modalidad de establecimiento permanente, no habría discusión, ya que su ley la menciona textualmente, al indicar que están sujetos al régimen los contribuyentes que posean inversiones, entre otros, en sucursales ubicadas en jurisdicciones de baja imposición fiscal³⁴. Asimismo, se refiere a entes con o sin personalidad jurídica: Se cita fideicomisos, asociaciones en participación, fondos de inversión, y se añade “así como en cualquier otra figura jurídica similar” creada o constituida de acuerdo con el Derecho extranjero ubicadas en jurisdicciones de baja imposición fiscal. Por su parte, la misma norma legal expone una gama supuestos en los que se considera que una inversión está “ubicada” en una jurisdicción de baja imposición fiscal³⁵.

En México, se alude a entidades o figuras jurídicas extranjeras en las que participen, directa o indirectamente; así como entidades o figuras jurídicas que sean “transparentes en el extranjero”³⁶.

Finalmente, es preciso señalar que la discusión de la consideración o no del Estado permanente como entidad controlada no domiciliada podría parecer inútil considerando que el régimen de transparencia fiscal internacional se focaliza en la atribución de rentas pasivas, en cuya generación usualmente se prescinde de un lugar fijo de negocios en el que se lleva a cabo total o parcialmente la actividad, lo cual constituye básicamente un establecimiento permanente. Sin embargo, el alcance del establecimiento permanente es más amplio, en tanto, por ejemplo las sucursales o *branch*

constituyen la primera modalidad de establecimiento permanente al margen de consideraciones geográficas.

E. *Trust*

Conforme se ha indicado antes, para la ley peruana, las entidades controladas no domiciliadas son aquellas entidades de cualquier naturaleza no domiciliadas que tengan personería distinta de la de sus socios, asociados, participacionistas o, en general, de las personas que la integran.

Como se sabe, internacionalmente el tratamiento tributario otorgado a los *trusts* no es uniforme y corresponde a la opción del legislador. En el Perú, a partir de lo previsto por la Ley 27804, publicada el 2 de agosto de 2002, los fideicomisos no constituyen personas jurídicas para efecto del impuesto a la renta.

La doctrina coincide en que el *trust* es una masa patrimonial, sin personalidad jurídica³⁷; así lo reconoce el propio Tribunal Fiscal, citando a Santiago Puig i Villadomiu, cuando señala que “destaca también el precitado autor español como una característica del *trust*, que ni crea ni tiene personalidad jurídica alguna”³⁸.

Conforme a lo expuesto, el *trust* no podría ser considerado un ente con personería distinta a la de sus socios, asociados, participacionistas o, en general, personas que la integran, por lo que no calificaría como entidad controlada no domiciliada. No obstante, llama mucho la atención la disposición reglamentaria introducida por el Decreto Supremo 258-20212-EF del 18 de diciembre de 2012, que, en su artículo 62, le otorga categoría de entidad controlada no domiciliada al afirmar, entre otros, que “en cualquier caso se considerará como entidades no domiciliadas en el país con personería dis-

³⁴ Artículo 100 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

³⁵ Artículo 102 [Ley del Impuesto sobre la Renta venezolana].- “Para efectos de lo dispuesto en este capítulo, se considera que una inversión está ubicada en una jurisdicción de baja imposición fiscal, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1. Cuando las cuentas o inversiones de cualquier clase se encuentren en instituciones situadas en dicha jurisdicción. 2. Cuando se cuente con un domicilio o apartado postal en esa jurisdicción. 3. Cuando la persona tenga su sede de dirección o administración efectiva o principal o cuente con un establecimiento permanente en dicha jurisdicción. 4. Cuando se constituya en dicha jurisdicción. 5. Cuando tenga presencia física en esa jurisdicción. 6. Cuando se celebre, regule o perfeccione cualquier tipo de negocio jurídico de conformidad con la legislación de tal jurisdicción”.

³⁶ Artículo 212 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de Sociedades.

³⁷ Tal situación la enfatiza TROST, Andreas. “El *trust* en la planificación fiscal internacional”. En: Compendio de Monografías Fiscalidad Internacional 4. Madrid: Ediciones CEF. p. 1667.

³⁸ Página 22 de la Resolución del Tribunal Fiscal 05229-4-2003 del 12 de setiembre del 2003.

tinta, a cualquier persona o entidad, con personería jurídica o sin ella, tales como cualquier sociedad, fondo de inversión, *trust*, *partnership*, asociación, fundación”.

En tal sentido, definir a la entidad con “personería distinta” prevista por la Ley incluyendo a las entidades “sin personería jurídica” nos induce a pensar que existiría un tipo de personería diferente al de la personería jurídica; no obstante, la norma no desarrolla el ámbito de cada una de ellas. Conforme se observa, tal disposición, así como la mención expresa al *trust* como entidad controlada no domiciliada con personería, sobrepasaría lo previsto en la Ley del Impuesto a la Renta; lo cual, por provenir de una norma reglamentaria (decreto supremo), atentaría contra el principio de legalidad.

Cabe señalar que el Tribunal Fiscal se ha manifestado en anteriores ocasiones sobre la atribución de rentas; no obstante, tales pronunciamientos no pueden ser considerados como precedentes del régimen de transparencia fiscal internacional en el Perú.

En tal sentido la Resolución del Tribunal Fiscal 05229-4-2003 del 12 de setiembre del 2003³⁹, no constituye ningún antecedente relacionado con la transparencia fiscal internacional, ya que este régimen implica la atribución y gravamen de rentas generadas por un ente en un tercer Estado y que aún no han sido percibidas por el contribuyente, mientras que el caso en cuestión trata, por el contrario, de rentas efectivamente percibidas por éste, no aplicándose ninguna ficción legal al respecto⁴⁰.

Es preciso notar, asimismo, que la aplicación de la transparencia fiscal no podría ser posible en el Perú ante la ausencia de una ley que así lo establezca, ya que el gravamen de rentas de fuente extranjera no percibidas –salvo el caso

de las rentas provenientes de la explotación de un negocio o empresa en el exterior– constituye una ficción que, bajo el principio de legalidad, requiere su establecimiento por una norma con rango de ley. Tal ficción en el Perú recién fue introducida por el Decreto Legislativo 1120, publicado el 18 de julio de 2012.

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que, en la Resolución 05929-4-2003 el Tribunal Fiscal dejó claro que la renta del *trust*, en este caso particular, y por ciertas características específicas, correspondía al contribuyente, sin recurrir a ninguna atribución de rentas ficticia. Todo esto en la medida en que, si bien existió una transferencia patrimonial al *trust*, el contribuyente tenía total capacidad de disposición y dominio pleno sobre la ganancias generadas (incluyendo la capacidad de realizar pagos y transferencia de los fondos) y el patrimonio no estuvo en poder de los *trustees*⁴¹.

III. TRIBUTACIÓN EFECTIVA SOPORTADA

La Ley peruana, con el objetivo de impedir el diferimiento de la tributación del Impuesto a la Renta de algunos rendimientos fácilmente deslocalizables, en su artículo 112, la Ley del Impuesto a la Renta establece un nivel mínimo de tributación que, en caso de no superarse, ocasiona que el domiciliado se atribuya tales rentas.

En tal sentido, establece la consideración de entidad controlada no domiciliada a las entidades constituidas, establecidas, residentes o domiciliadas en un país o territorio que califica como de baja o nula imposición –que es un término definido desde el año 2001 por la legislación– y, adicionalmente, a aquel en el que sus rentas pasivas estén sujetas a un impuesto igual o inferior al 75% del Impuesto a la Renta que correspondería en el Perú sobre las rentas de la misma naturaleza.

³⁹ Tampoco la Resolución del Tribunal Fiscal 05233-4-2003 vinculada a los mismo hechos de la Resolución 05229-4-2003 y que contiene el mismo análisis.

⁴⁰ En diferentes partes de la Resolución del Tribunal Fiscal 05229-4-2003 se especifica que las rentas de fuente extranjera fueron percibidas por el contribuyente, entre otros, en la página 21 se señala: “En el presente caso se tiene que la Administración ha establecido que el recurrente obtuvo rentas de fuente extranjera, a partir de considerar los ingresos que por concepto de intereses, dividendos y ganancias de inversión, habrían sido abonados en las cuentas [...] de acuerdo a la información obtenida de los estados de cuenta proporcionados por el recurrente durante la fiscalización [...]”.

⁴¹ En la página 27 de la Resolución del Tribunal Fiscal 05229-4-2003, se señala: “[...] De otro lado, la pretendida discrecionalidad absoluta para realizar todo tipo de transacciones, incluidas las de pagar o transferir fondos en favor de los beneficiarios que tendrían los *trustees* [...] se vería contradicha por las transferencias de fondos efectuadas por instrucción del recurrente, antes analizadas, conforme a lo admitido por éste, por lo que carece de validez lo alegado por el recurrente”.

Es preciso indicar que el origen o motivo de la menor carga fiscal es irrelevante, en tanto se trata de un criterio objetivo. Así, puede tratarse de un régimen general que resulta aplicable a todas las entidades ubicadas en un territorio de baja imposición; o también podría tratarse de un régimen particular del que gozan ciertas entidades que cumplen determinados requisitos. En la última situación se ubican, por ejemplo, las ampliamente difundidas en Sudamérica Sociedades Financieras de Inversión [en adelante, SAFI] de Uruguay, que pagan como único tributo el impuesto conocido como el Isafí⁴².

La determinación del Impuesto a la Renta que correspondería en el Perú sobre las rentas de la misma naturaleza, a efecto de saber si éste es igual o inferior al 75%, es una exigencia que implica realizar una comparación entre la tributación peruana y la del otro país o territorio. En tal sentido, se tendrá que determinar o reliquidar el Impuesto a la Renta conforme a las normas contenidas en la Ley del Impuesto a la Renta, lo cual resulta sumamente complejo; situación que se agrava teniendo en cuenta la variedad de criterios contables que existen en los diferentes Estados⁴³.

Es preciso señalar que el *test* del 75% antes aludido, se refiere a países o territorios que no califican como de baja o nula imposición por la Ley del Impuesto a la Renta, a efecto de la aplicación de las distintas medidas defensivas o antielusivas conocidas “antiparaíso”.

A. Países o territorios de baja o nula imposición

La regulación referida a los países o territorios de baja o nula imposición fue introducida en la Ley del Impuesto a la Renta el año 2000, con vigencia desde el ejercicio 2001. La gama de medidas defensivas respecto de los paraísos fiscales se ha modificado respecto de las normas originales, siendo las más importantes las siguientes:

- Prohibición de la deducción de gastos⁴⁴, excepto: (i) Intereses, seguros o reaseguros, cesión en uso de naves y aeronaves; (ii) transporte que se realice desde el país hacia el exterior y desde el exterior hacia el país; y, (iii) derechos de pase por el Canal de Panamá.
- Prohibición de la compensación de pérdidas de fuente extranjera⁴⁵.
- Integrar el ámbito de aplicación de los precios de transferencia⁴⁶.

Habría que añadir, como una cuarta medida, la aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional a partir del 1 de enero del 2013.

En el Perú, existe un sistema mixto para identificar países o territorios de baja o nula imposición, en el que junto a la comparación del tributo soportado en el tercer país, se incluye un sistema de lista. La peculiaridad radica en que concurrentemente a la baja o nula tributación identificada mediante la comparación de la tributación efectiva del país o territorio; éste debe presentar por lo menos una de las cuatro características adicionales que señala la ley⁴⁷. Cabe señalar que la lista aludida, emitida por primera vez el año 2001, no ha sido modificada a la fecha, lo cual no es un fenómeno aislado del Perú, ya que la misma situación se ha presentado en varios países. La razón corresponde a la dificultad técnica de confeccionar una lista exhaustiva en un ámbito sumamente dinámico.

Con relación a la calidad de baja o nula imposición atribuida a los países o territorios contenidos en la lista no cabe prueba en contrario y, de este modo, no es factible que el contribuyente pruebe o demuestre que no disfruta de un régimen privilegiado⁴⁸.

En efecto, conforme al artículo 86 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta,

⁴² Si bien el régimen tributario de las SAFI ha sido derogado, existen empresas que gozan del beneficio en tanto el año 2005 consolidaron el impuesto y se acogieron a una suerte de estabilidad por quince años en virtud a lo previsto por el artículo 7 de la Ley 11,073.

⁴³ Tal situación se resalta, respecto al régimen español en: ALMUDÍ CID, José Manuel. Op. cit. p. 1082.

⁴⁴ Sin admitir prueba en contrario, conforme al inciso m del artículo 44 de la Ley del Impuesto a la Renta.

⁴⁵ Artículo 51 de la Ley del Impuesto a la Renta.

⁴⁶ Numeral 4 del artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta.

⁴⁷ El Capítulo XVI del reglamento que comprende a los artículos 86 y 87 fue incorporado por el Decreto Supremo 045-2001-EF publicado el 20 de marzo de 2001.

⁴⁸ Como sí sucede en otros países en los que existe la lista, entre otros, España.

se considera país o territorio de baja o nula imposición a aquél donde la tasa efectiva del Impuesto a la Renta, cualquiera fuese la denominación que se dé a este tributo, sea 0% o inferior en un 50% o más a la que correspondería en el Perú sobre rentas de la misma naturaleza, de conformidad con el Régimen General del Impuesto y que, adicionalmente, presente al menos una de las siguientes características:

- Que no esté dispuesto a brindar información de los sujetos beneficiados con gravamen nulo o bajo.
- Que en el país o territorio exista un régimen tributario particular para no residentes que contemple beneficios o ventajas tributarias y que excluya explícita o implícitamente a los residentes.
- 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.
- 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.

Mediante una reciente modificación al Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta⁴⁹ se ha establecido que en caso el Perú suscribiera con algún país o territorio de baja o nula imposición un convenio para evitar la doble imposición que incluya una cláusula de intercambio de información, la calificación de dicho país o territorio como de baja o nula imposición dejará de tener efecto desde que entra en vigor dicho convenio. Al respecto, es preciso notar que si bien el país deja de tener la calificación de país o territorio de baja o nula imposición, tal hecho no lo eximiría de la aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional en el supuesto en que califique en función a la tributación inferior al 75% del Impuesto a la Renta que correspondería en el Perú sobre las rentas de la misma naturaleza.

De esa forma, a los contribuyentes domiciliados, respecto al país que suscriba un convenio tributario y que calificaba como país o territorio de baja o nula imposición, se les levantarán la prohibición de la deducción de gastos y se les permitirá la compensación de pérdidas de fuente extranjera; no obstante, podrían estar incursos en el ámbito de aplicación de los precios de transferencia si es que realizan transacciones con partes vinculadas de tal país; y, asimismo, podrían estar en el ámbito de aplicación de la transparencia fiscal internacional por aplicación del *test* del 75% antes aludido.

Desde el año 2004, Venezuela ya contaba con una disposición similar a la que el Perú incorpora el año 2012, en el sentido de que los países o territorios con los cuales celebrase un convenio para evitar la doble tributación internacional que contenga cláusula de intercambio de información no serán considerados como jurisdicciones de baja imposición fiscal. No obstante, se incorpora la adecuada condición –inexistente en la normatividad peruana– de que aquellos países o territorios que no proporcionen la información que le sea solicitada con base en la cláusula de intercambio de información del respectivo convenio, serán considerados jurisdicciones de baja imposición fiscal⁵⁰.

B. Comparación impositiva

En virtud a lo antes señalado, se observa que el régimen de transparencia fiscal internacional tendría paralelamente dos límites o parámetros que determinan su aplicación: Por una parte, la tasa efectiva del Impuesto a la Renta inferior en un 50% y, por otro lado, el sometimiento de las rentas pasivas a un impuesto igual o inferior al 75% del Impuesto a la Renta que correspondería en el Perú sobre las rentas de la misma naturaleza. No obstante, cabe reiterar que, para la calificación de un país como de baja o nula imposición, la tributación del 50% tiene que coexistir con una o más características propias de los paraísos fiscales previstas por el reglamento.

En tal sentido, la comparación del impuesto peruano con los impuestos pagados en el ex-

⁴⁹ Decreto Supremo 258-2012-EF, publicado el 18 de diciembre de 2012, con vigencia desde el 1 de enero del 2013.

⁵⁰ Artículos 3 y 4 de la Resolución SNAT 2004 0232, del 24 de abril del 2004. En: http://www.seniat.gob.ve/portal/page/portal/SENIAT_CA/02INFORMACION/2.1TRIBUTOS_INTERNOS/2.1.1NORMATIVA/2.1.1.09NORMATIVA_ISLR/PROVIDENCIA232.pdf.

tranjero no se limitarían a los impuestos por la renta empresarial satisfechos en la jurisdicción donde la entidad está constituida, establecida, es residente o domiciliada; sino que incluirían los impuestos conocidos como *withholding taxes* o retención en el país de la fuente. En mi opinión, la comparación con la tasa de retención se presentaría en tres casos:

- a. La renta es generada en el país o territorio en el que la entidad está constituida o establecida; no obstante, la legislación de tal país o territorio lo trata como un no domiciliado o no residente.
- b. La renta es generada en el país o territorio en el que la entidad está constituida o establecida, pero se la considera de fuente extranjera por la utilización de criterios diferentes de sujeción de rentas.
- c. La renta es sometida a un impuesto en un tercer país.

En la misma línea, con relación a los impuestos que deben tomarse en cuenta a efecto de la comparación en España, Sanz Gadea señala que ésta no “parece limitarse a los impuestos satisfechos en la jurisdicción en donde reside la entidad controlada, de manera tal que impuestos satisfechos a otras jurisdicciones, en particular los denominados *withholding*, también deberán ser tomados en consideración”⁵¹.

El numeral 2 antes señalado estaría recogido indirectamente por la Ley del Impuesto a la Renta, en el numeral 2 del artículo 115, cuando prevé la improcedencia de la atribución en el caso de rentas pasivas que hubiesen sido gravadas con un Impuesto a la Renta en un país o territorio distinto a aquél en el que la entidad controlada no domiciliada esté constituida o establecida, o sea residente o domiciliada, con una tasa superior al 75% del Impuesto a la Renta que correspondería en el Perú sobre las rentas de la misma naturaleza. El impuesto en el tercer país no sería otro que el *withholding tax*. En tal sentido, queda ratificado, por lo menos, uno de los dos supuestos que planteo como susceptibles de aplicación de la retención.

No obstante, es preciso notar que, en general, una característica de los *withholding taxes* es que se aplican sobre renta bruta; no obstante, la Ley del Impuesto a la Renta, con relación a

las rentas pasivas a ser atribuidas, permanentemente se refiere a rentas netas.

En México, la discusión no existe, ya que la comparación se circunscribiría a un porcentaje en particular, en tanto su Ley del Impuesto sobre la Renta prevé que las personas morales deberán calcular el impuesto aplicando al resultado fiscal obtenido en el ejercicio la tasa 28%.

Para efecto del análisis del caso peruano, en la tabla que se expone a continuación se consideran los dos parámetros de comparación nominal, es decir el 75% considerado exclusivamente para el ámbito de aplicación de la transparencia fiscal internacional y el 50%, reiterando que para que un país o territorio califique como de baja o nula imposición, conforme a la Ley del Impuesto a la Renta, se requiere el cumplimiento de un requisito adicional.

La comparación no está exenta de dificultades, ya que requiere un conocimiento que no se limita a la tasa nominal del Impuesto a la Renta en un tercer país. Cabe notar, además, que los criterios de sujeción que utilizan los países corresponden exclusivamente a su soberanía tributaria, manifestada por la voluntad del legislador.

Una situación compleja es la de los países que cuentan con un sistema territorial de renta, también conocido como sistema de fuente, que gravan solamente la renta producida en su territorio. En tales casos, a pesar de que tales países tienen una tasa nominal para domiciliados, usualmente dentro del promedio internacional, es probable que, reliquidando el Impuesto a la Renta conforme al sistema peruano de renta de fuente mundial, incluyendo la renta de fuente extranjera de cualquier filial, la tributación resultante sea inferior en un 75% a la que soportaría la entidad en el Perú.

Tal es el caso de Nicaragua, Guatemala, Costa Rica, Uruguay, Paraguay y Bolivia, entre otros, que en la actualidad cuentan con un sistema territorial de renta que somete a gravamen sólo las rentas de fuente propia, con tasas nominales que superan el 75% de la tasa del Impuesto a la Renta empresarial peruano que asciende al 30%; no obstante, la base imponible no incluye rentas de fuente extranjera, que en algunos supuestos, podría ser la única renta de la entidad.

⁵¹ SANZ GADEA, Eduardo. Op. cit. p. 626.

	Tipo de Renta	Impuesto a la Renta en el Perú	Inferior en 75%	Inferior en 50% + Requisito
1.	Los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades	4.1%	1.025%	2.05%
2.	Los intereses	4.99%	1.2475%	2.495%
	Entre partes vinculadas	30%	7.5%	15%
3.	Las regalías	30%	7.5%	15%
4.	Las ganancias de capital provenientes de la enajenación de los derechos a que se refiere el artículo 27 de la Ley del Impuesto a la Renta	30%	7.5%	15%
5.	Las ganancias de capital provenientes de la enajenación de inmuebles	30%	7.5%	15%
6.	Las rentas y ganancias de capital provenientes de la enajenación, redención o rescate de valores mobiliarios: Dentro del Perú	5%	1.25%	2.5%
7.	Las rentas y ganancias de capital provenientes de la enajenación, redención o rescate de valores mobiliarios: Fuera del Perú	30%	7.5%	15%
8.	Las ganancias de capital provenientes del arrendamiento o cesión temporal de inmuebles, salvo que la entidad controlada no domiciliada se dedique al negocio de bienes raíces	30%	7.5%	15%
9.	Las rentas provenientes de la cesión de derechos sobre las facultades de usar o disfrutar cualquier de los bienes o derechos generadores de las rentas consideradas pasivas conforme a los numerales 1, 2, 3, y/o 7 antes señalados	30%	7.5%	15%
10.	Las rentas que las entidades controladas no domiciliadas obtengan como consecuencia de operaciones realizadas con sujetos domiciliados en el país siempre que sean partes vinculadas, tales rentas constituyan gasto deducible para los sujetos domiciliados para la determinación de su impuesto en el país, y dichas rentas no constituyan renta de fuente peruana o estén sujetas a la presunción prevista en el artículo 48 de la Ley del Impuesto a la Renta, o siendo íntegramente de fuente peruana estén sujetas a una tasa del Impuesto menor al 30%.	30%	7.5%	15%

La situación se agrava cuando, por ejemplo, se trata de rentas procedentes de ganancias patrimoniales llevadas a cabo en Costa Rica, pero de forma no habitual, en cuyo caso tal renta no constituye renta de fuente costarricense y, por tanto, se le excluye de la base imponible⁵². En tal sentido, en la comparación a llevarse a

cabo, en el Perú no bastará con incluir la renta de fuente extranjera de la entidad de Costa Rica, sino que además se incorporarán los conceptos que resultan gravados en el Perú conforme a la Ley del Impuesto a la Renta; entre otros, las ganancias patrimoniales de las empresas.

⁵² El inciso d del artículo 6 de la Ley 7096, que prevé: “Exclusiones de la renta bruta. No forman parte de la renta bruta: [...] Las ganancias de capital obtenidas en virtud de traspasos de bienes muebles e inmuebles, a cualquier título, siempre que los ingresos de aquellas no constituyan una actividad habitual, en cuyo caso se deberá tributar de acuerdo con las normas generales de la ley. Para los efectos de esta ley, por habitualidad, ha de entenderse la actividad a la que se dedica una persona o empresa, de manera principal y predominante y que ejecute en forma pública y frecuente, y a la que dedica la mayor parte del tiempo”.

Mención aparte tiene el caso de Panamá, que está incluido en la lista de países o territorios de baja o nula imposición del Perú —al margen de su voluntad de intercambio de información puesta de manifiesto a través de la celebración de varios convenios con terceros países en tal sentido. Además de tener un sistema territorial de renta, fomenta la refacturación por sumas mayores, al eximir la de gravamen⁵³, a través del párrafo 2 del artículo 694 de su Código Fiscal, que señala:

Parágrafo 2.- “No se considerará producida dentro del territorio de la República de Panamá la renta proveniente de las siguientes actividades:

(a) Facturar, desde una oficina establecida en Panamá, la venta de mercancías o productos por una suma mayor de aquella por la cual dichas mercancías o productos han sido facturados contra la oficina establecida en Panamá siempre y cuando que dichas mercancías o productos se muevan únicamente en el exterior”.

La norma antes reproducida ejemplifica la complejidad de la comparación del nivel efectivo de tributación requerido por la ley, al margen de la tasa nominal del Impuesto a la Renta en un país que no sólo cuenta con un sistema territorial de renta, sino que ha diseñado ficciones cuyo efecto es la inafectación de algunos tipos de renta que usualmente son gravados por los países.

IV. RENTAS PASIVAS

La Ley considera rentas pasivas a:

- a. Los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades⁵⁴, excepto los pagados por una entidad controlada no domiciliada a otra.
- b. Los intereses⁵⁵, salvo que la entidad controlada no domiciliada que las genera sea una entidad bancaria o financiera.
- c. Las regalías.
- d. Las ganancias de capital provenientes de la enajenación de los derechos a que se refiere el artículo 27 de la Ley del Impuesto a la Renta⁵⁶.
- e. Las ganancias de capital provenientes de la enajenación de inmuebles, salvo que éstos hubieran sido utilizados en el desarrollo de una actividad empresarial.
- f. Las rentas y ganancias de capital provenientes de la enajenación, redención o rescate de valores mobiliarios.
- g. Las ganancias de capital provenientes del arrendamiento o cesión temporal de inmuebles, salvo que la entidad controlada no domiciliada se dedique al negocio de bienes raíces.

⁵³ El efecto devastador en las bases tributarias de terceros países de la legislación de Panamá (en particular el inciso transcrito) se agrava en los Estados que no han implementado adecuadamente fiscalizaciones de precios de transferencia o normas antiparaiso.

⁵⁴ La Ley excluye a los conceptos previstos en los incisos g y h del artículo 24-A de la ley, “(g) Toda suma o entrega en especie que resulte renta gravable de la tercera categoría, en tanto signifique una disposición indirecta de dicha renta no susceptible de posterior control tributario, incluyendo las sumas cargadas a gastos e ingresos no declarados. El Impuesto a aplicarse sobre estas rentas se regula en el artículo 55° de esta Ley. (h) El importe de la remuneración del titular de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, accionista, participacionista y en general del socio o asociado de personas jurídicas así como de su cónyuge, concubino y familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en la parte que exceda al valor de mercado”.

⁵⁵ La norma alude a las rentas a que se refiere el inciso a del artículo 24 de la Ley del Impuesto a la Renta, es decir los intereses originados en la colocación de capitales, así como los incrementos o reajustes de capital, cualquiera sea su denominación o forma de pago, tales como los producidos por títulos, cédulas, debentures, bonos, garantías y créditos privilegiados o quirografarios en dinero o en valores.

⁵⁶ Artículo 27.- “Cualquiera sea la denominación que le acuerden las partes, se considera regalía a toda contraprestación en efectivo o en especie originada por el uso o por el privilegio de usar patentes, marcas, diseños o modelos, planos, procesos o fórmulas secretas y derechos de autor de trabajos literarios, artísticos o científicos, así como toda contraprestación por la cesión en uso de los programas de instrucciones para computadoras (*software*) y por la información relativa a la experiencia industrial, comercial o científica. A los efectos previstos en el párrafo anterior, se entiende por información relativa a la experiencia industrial, comercial o científica, toda transmisión de conocimientos, secretos o no, de carácter técnico, económico, financiero o de otra índole referidos a actividades comerciales o industriales, con prescindencia de la relación que los conocimientos transmitidos tengan con la generación de rentas de quienes los reciben y del uso que éstos hagan de ellos”.

- h. Las rentas provenientes de la cesión de derechos sobre las facultades de usar o disfrutar cualquier de los bienes o derechos generadores de las rentas consideradas pasivas conforme a los incisos a, b, c, y/o g antes señalados.
- i. Las rentas que las entidades controladas no domiciliadas obtengan como consecuencia de operaciones realizadas con sujetos domiciliados en el país siempre que sean partes vinculadas, tales rentas constituyan gasto deducible para los sujetos domiciliados para la determinación de su impuesto en el país, y dichas rentas no constituyan renta de fuente peruana o estén sujetas a la presunción prevista en el artículo 48 de la ley del Impuesto a la Renta, o siendo íntegramente de fuente peruana estén sujetas a una tasa del Impuesto menor al 30%.

Del análisis del artículo 114 de la Ley del Impuesto a la Renta, se observa que la principal exclusión está vinculada con el ejercicio de actividades comerciales e industriales; así, el numeral 2, respecto de intereses excluye a las entidades bancarias o financieras; de igual forma, el numeral 5 con relación a la enajenación de inmuebles excluye a la renta si tales inmuebles hubieran sido utilizados en el desarrollo de una actividad empresarial; y en el numeral 7, relativo a las ganancias de capital provenientes del arrendamiento o cesión temporal de inmuebles, se exceptúa de la consideración como renta pasiva a las ganancias de capital provenientes del arrendamiento o cesión temporal de inmuebles el caso en el que la entidad controlada no domiciliada se dedique al negocio de bienes raíces. Cabe resaltar la ausencia de la exclusión genérica a las actividades comerciales e industriales.

Es preciso notar que la Ley del Impuesto a la Renta, en su artículo 114 numeral 7, refiere a “las ganancias de capital provenientes del arrendamiento o cesión temporal de inmue-

bles [...]”; no obstante, tales actividades constituyen renta y no una ganancia de capital⁵⁷. Al respecto la legislación española alude a las rentas derivadas de la titularidad de bienes inmuebles rústicos y urbanos o de derechos reales que recaigan sobre éstos.

Por su parte, por razón del importe de la renta susceptible de inclusión en relación con la renta total, el numeral 3 del artículo 115 de la ley del Impuesto a la Renta prevé que no se efectuará atribución de las rentas pasivas obtenidas por una entidad controlada no domiciliada en un ejercicio gravable cuando el total de rentas netas pasivas de dicha entidad no excedan de cinco Unidades Impositivas Tributarias [en adelante, UIT] o cuando los ingresos que califican como rentas pasivas sean iguales o menores al 20% del total de los ingresos de la entidad controlada no domiciliada. Es preciso notar la alusión a “ingreso” y no renta⁵⁸.

En tal sentido, la ley mencionada no considera excepciones por razón de la distribución de dividendos, ni por la existencia de motivos económicos válidos, ni por cotización en mercados oficialmente organizados.

Como se observa, uno de los aspectos en que la legislación introducida en el Perú se alejaría de algunos regímenes de transparencia fiscal internacional contemplados en la legislación comparada es que no grava por atribución las rentas provenientes de la prestación de servicios por parte de la entidad controlada no domiciliada; concepto del que fluyen usualmente importantes montos a las mismas; y si bien no son en estricto pasivas, sirven para la extracción de bases imponibles⁵⁹. Sin embargo, la disposición del numeral 9 podría tener tal efecto, ya que incluye en la consideración de rentas pasivas a las rentas que las entidades controladas no domiciliadas obtengan como consecuencia de operaciones realizadas con sujetos domiciliados en el país siempre que sean partes vinculadas y que tales rentas constituyan gasto deducible para los sujetos domiciliados para la determinación de su impuesto

⁵⁷ Roque García Mullín diferencia a la renta de la ganancia de capital según la fuente subsista o se agote con la operación. GARCÍA MULLÍN, Roque. “Impuesto sobre la renta: Teoría y técnica del impuesto”. Buenos Aires: Centro Interamericano de Estudios Tributarios, Organización de Estados Americanos. 1978.

⁵⁸ El artículo 107.3 del TRLIS de España vinculado a la excepción por razón del importe de la renta en relación a la renta total, establece dos relaciones entre la renta susceptible de inclusión y la renta o los ingresos de la entidad controlada.

⁵⁹ Nótese que, en virtud del inciso m del artículo 44 de la Ley de Impuesto a la Renta, los gastos realizados en países o territorios de baja o nula imposición no son deducibles, salvo algunas excepciones.

en el país, y que, entre otros, siendo íntegramente de fuente peruana estén sujetas a una tasa del Impuesto menor al 30%, conforme se expone más adelante.

Por otra parte, es preciso notar que algunas legislaciones, como la española, aluden a las rentas provenientes de entidades controladas no domiciliadas que deberían incluirse en la base imponible “derivadas por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad y cesión a terceros de capitales propios [...]”; disposición que por amplia y genérica impide que ciertos conceptos escapen de su consideración como rentas pasivas. En el mismo sentido, se alude a las rentas que provengan de “actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios, excepto los directamente relacionados con actividades de exportación [...]”.

Es importante notar que en México no se consideran ingresos sujetos al régimen fiscal preferente las regalías pagadas por el uso o concesión de uso de una patente o secretos industriales; siempre que, entre otros, dichos intangibles se hayan creado y desarrollado en el país en donde se ubica o reside la entidad o figura jurídica del extranjero que es propietaria de los mismos; y que no generen una deducción autorizada para un residente en México⁶⁰.

A. Rentas pasivas no atribuibles

La Ley señala que no se efectuará atribución de las siguientes rentas pasivas:

- a. Las que sean de fuente peruana, salvo las previstas en el numeral 9 del artículo 114⁶¹.
- b. Las que hubiesen sido gravadas con un Impuesto a la Renta en un país o territorio distinto a aquél en el que la entidad controlada no domiciliada esté constituida o establecida, o sea residente o domiciliada, con una tasa superior al 75% del

Impuesto a la Renta que correspondería en el Perú sobre las rentas de la misma naturaleza.

- c. Las obtenidas por un ECND en un ejercicio gravable cuando:
 - El total de rentas netas pasivas de dicha entidad no excedan de cinco UIT.
 - Los ingresos que califican como rentas pasivas son iguales o menores al 20% del total de los ingresos de la entidad controlada no domiciliada.

B. Entidades crediticias

En principio, el régimen de transparencia fiscal internacional considera como renta pasiva a las rentas a que se refiere el inciso a del artículo 24 de la Ley del Impuesto a la Renta; es decir, a los intereses originados en la colocación de capitales, así como los incrementos o reajustes de capital, cualquiera sea su denominación o forma de pago, tales como los producidos por títulos, cédulas, *debentures*, bonos, garantías y créditos privilegiados o quirografarios en dinero o en valores, salvo que la entidad controlada no domiciliada que las genera sea una entidad bancaria o financiera.

El tratamiento antes señalado, de alguna manera, es consecuente con la consideración especial que, por su naturaleza, diferentes legislaciones han otorgado a las entidades crediticias. Tenemos el caso de Reino Unido donde se está discutiendo la incorporación a sus régimen de Controlled Foreign Corporation de una suerte de *safe harbour* vinculado a la capitalización de las entidades bancarias⁶².

En España, a las entidades de crédito y aseguradoras, como consecuencia del ejercicio de sus actividades, se las excluye de la obligación de incluir en su base imponible la renta positiva que provenga de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad y cesión a terceros de capitales propios.

⁶⁰ Artículo 212 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

⁶¹ “Las rentas que las entidades controladas no domiciliadas 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 Impuesto 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 esta ley, o siendo íntegramente de fuente peruana estén sujetas a una tasa del Impuesto menor al 30%”.

⁶² Detallado en: http://www.hm-treasury.gov.uk/d/cfc_banking_capitalisation_em.pdf.

C. Operaciones entre partes vinculadas que constituyen gasto deducible

El numeral 9 del artículo 114 de la Ley del Impuesto a la Renta señala que constituyen rentas pasivas “las rentas que las entidades controladas no domiciliadas obtengan como consecuencia de operaciones realizadas con sujetos domiciliados en el país, siempre que: (i) Éstos y aquellas sean partes vinculadas, (ii) tales rentas constituyan gasto deducible para los sujetos domiciliados para la determinación de su impuesto 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 esta ley, o siendo íntegramente de fuente peruana estén sujetas a una tasa del impuesto menor 30%”.

Según el último supuesto del inciso iii antes señalado, tendríamos, entre otros, que constituyen rentas pasivas que serán atribuidas a sus propietarios domiciliados las rentas que la entidad controlada no domiciliada obtenga de operaciones entre partes vinculadas, que sean gasto deducible en el país y que, siendo de fuente peruana, no tributan con la tasa de Impuesto a la Renta del 30%.

Es preciso recordar que el inciso m del artículo 44 de la Ley del Impuesto a la Renta establece la prohibición de la deducción de gastos de países o territorios de baja o nula imposición (excepto intereses, seguros o reaseguros, cesión en uso de naves y aeronaves, transporte que se realice desde el país hacia el exterior y desde el exterior hacia el país y derechos de pase por el Canal de Panamá). En tal sentido, el supuesto previsto por el numeral 9 del artículo 114 de la Ley del Impuesto a la Renta sería aplicable sólo a los gastos permitidos por el citado inciso m del artículo 44 de la Ley del Impuesto a la Renta y, adicionalmente, comprendería a los países cuya tributación es inferior al 75% del Impuesto a la Renta que correspondería en el Perú sobre las rentas de la misma naturaleza. La consecuencia de la consideración de tales gastos como rentas pasivas comprendidas por el régimen de la transparencia fiscal internacional sería una doble imposición inevitable, conforme se expone a continuación.

Tomemos como ejemplo una asistencia técnica prestada por una entidad controlada no domiciliada en un país no considerado país o territorio de baja o nula imposición en el que la tributación es inferior al 75% del impuesto que correspondería en el Perú, a una parte vinculada en el Perú para ser utilizada económicamente en el país⁶³, por la que procedió la retención del 15% conforme a lo previsto por el inciso f del artículo 56 de la Ley del Impuesto a la Renta. A su vez, tal gasto para la empresa peruana constituye uno deducible, en virtud del artículo 37 de la mencionada ley.

Al amparo del numeral 9 del artículo 114, estaríamos ante una renta pasiva que debe ser atribuida en el Perú. Asumiendo que esta renta fuera la única obtenida por la entidad controlada no domiciliada ubicada en un país o territorio diferente a uno de baja o nula imposición, por mandato del artículo 113 de la ley del Impuesto a la Renta, esta renta tendría que ser atribuida a la empresa peruana y sometida al gravamen del 30%; no obstante, la misma ya tributó al nivel del 15% en el Perú, al margen del impuesto que, de darse el caso, aplica el país al que pertenece la entidad controlada no domiciliada.

En principio, conforme a la Ley del Impuesto a la Renta en el Perú, habría derecho al crédito por lo pagado en el último país citado; no obstante, el reglamento de la ley, en su artículo 64-C, numeral 2, literal a prevé que, tratándose de las rentas pasivas a que se refiere el numeral 9 del artículo 114 de la Ley del Impuesto a la Renta, “no es deducible el impuesto pagado en el exterior por la entidad controlada no domiciliada si dichas rentas son consideradas de fuente peruana”.

En tal sentido, la asistencia técnica de fuente peruana prestada por una entidad controlada no domiciliada en países o territorios diferentes aquellos de baja o nula imposición en los que la tributación es inferior al 75% del impuesto que correspondería en el Perú, en todos los casos será sometida a la retención del 15%, adicionalmente al régimen de transparencia fiscal internacional que implica un gravamen del 30%; y no será posible deducir en el país el Impuesto a la Renta pagado en el exterior por la referida entidad no domiciliada.

⁶³ Conforme al inciso j del artículo 9 de la Ley del Impuesto a la Renta: “En general y cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en las operaciones y el lugar de celebración o cumplimiento de los contratos, se considera rentas de fuente peruana: [...] La obtenida por asistencia técnica, cuando ésta se utilice económicamente en el país”.

Con relación a las partes vinculadas, cabe señalar que el artículo 63 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, incorporado por el Decreto Supremo 258-2012-EF, publicado el 18 de diciembre de 2012, prevé las situaciones en las que se entiende la existencia de partes vinculadas exclusivamente para el régimen de transparencia fiscal internacional.

V. PRESUNCIONES DEL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

El régimen de transparencia fiscal internacional crea tres presunciones, una de las cuales no admite prueba en contrario, y dos que sí lo hacen.

La primera presunción es que si los ingresos que califican como rentas pasivas son iguales o mayores al 80% del total de los ingresos de la entidad controlada no domiciliada, el total de los ingresos de éstas serán considerados como rentas pasivas.

Adicionalmente, se introducen dos presunciones que sí admiten prueba en contrario:

- a. Carácter pasivo de todas las rentas obtenidas por una entidad controlada no domiciliada constituida, establecida, residente o domiciliada en un país o territorio de baja o nula imposición.
- b. Generación de intereses, en tanto prescribe que la entidad controlada no domiciliada constituida, establecida, residente o domiciliada en un país o territorio de baja o nula imposición genera una renta 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. La norma también establece que 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.

La presunción de generación de renta alude a la aplicación de una tasa de intereses sobre el mayor de los siguientes dos valores:

- El valor de adquisición de la participación; o
- El valor de participación patrimonial.

A su vez, la norma refiere a dos tasas de intereses: En primer lugar, a la tasa de interés activa promedio de las empresas de su sistema financiero publicada oficialmente por el país o territorio de baja o nula imposición; y, en caso de no existir tal publicación oficial, se aplicará la tasa de interés activa más alta que cobren las empresas del sistema financiero del referido país o territorio.

Con relación a la presunción del carácter pasivo de todas las rentas de una entidad controlada no domiciliada, cabe señalar que bajo la interpretación de que el establecimiento permanente se encuentra en el ámbito de la transparencia fiscal internacional, tendríamos que las sucursales que tienen actividad empresarial diferente a la mera obtención de rentas pasivas, como por ejemplo la actividad bancaria y financiera, tendrían que demostrar el carácter no pasivo de sus rentas.

VI. DOBLE IMPOSICIÓN

En cuanto a la posible doble imposición, para efecto del análisis se diferenciará el tratamiento otorgado por la Ley del Impuesto a la Renta ante la ausencia de convenios para evitar la doble imposición y, en el numeral siguiente, se tratará la situación de dichos convenios. Dentro del primer grupo, analizaremos la doble imposición internacional y el crédito por impuesto pagado en el exterior; después se expondrá el problema de la doble imposición interna y las sucursales y otros establecimientos permanentes; y, finalmente, la doble imposición interna y los dividendos.

A. Doble imposición internacional: Crédito por impuesto pagado en el exterior

La norma prevé la eliminación de la doble imposición jurídica a través del otorgamiento de un crédito directo por el impuesto pagado por las rentas atribuidas a los contribuyentes domiciliados, con los mismos límites aplicables a cualquier impuesto pagado en el exterior; es decir, los previstos en el inciso e del artículo 88 de la Ley del Impuesto a la Renta⁶⁴. En tal

⁶⁴ El artículo 88 enumera los conceptos que los contribuyentes tienen derecho a deducir y, en su inciso e, señala: "Los impuestos a la renta abonados en el exterior por las rentas de fuente extranjera gravadas por esta ley, siempre que no excedan del importe que resulte de aplicar la tasa media del contribuyente a las rentas

sentido, los límites los constituirán la tasa media del contribuyente y el impuesto efectivamente pagado. En cuanto a la tasa media, su cálculo varía tratándose de personas naturales y jurídicas.

La vigente definición de tasa media contenida en el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, correspondiente a la modificación introducida por el Decreto Supremo 313-2009-EF⁶⁵, distingue dos formas de cálculo: Una aplicable a personas naturales (sin negocio) y la otra a contribuyentes de tercera categoría.

Para personas naturales, la tasa media es el porcentaje que resulta de relacionar el impuesto determinado con la renta neta del trabajo más la renta neta de fuente extranjera, sin tener en cuenta la deducción que autoriza el artículo 46 de la Ley del Impuesto a la Renta. En tal sentido, para efecto del cálculo, se reconstruye la renta de fuente mundial añadiendo las siete UIT en el caso de existir renta de fuente peruana, que sólo puede corresponder a rentas de trabajo⁶⁶.

En el caso de contribuyentes de tercera categoría, la tasa media es el porcentaje que resulta de relacionar el impuesto determinado con la renta neta de la tercera categoría más la renta neta de fuente extranjera; y, de existir pérdidas de ejercicio anteriores, éstas no se restarán de la renta neta. Significa esto que para efecto del cálculo se reconstruye la renta de fuente mundial adicionando las pérdidas antes deducidas.

Es importante notar que en el régimen de transparencia fiscal se permite la deducción de impuestos pagados en países o territorios de baja o nula imposición, lo cual no es usual; así, por ejemplo, el numeral 9 del artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de España prohíbe tal crédito⁶⁷. Deviene en contraproducente el otorgamiento de créditos

o deducciones en estos casos, dada la opacidad en la información que caracteriza a los paraísos fiscales.

Cabe señalar, adicionalmente, que en el Perú no se prevé la eliminación de la doble imposición económica a nivel de la Ley del Impuesto a la Renta y los únicos supuestos en los que ésta procede son los contenidos en los convenios para evitar la doble imposición, en los que para el caso de dividendos, además del crédito otorgado por el impuesto pagado directamente por el accionista, es posible utilizar el pagado por la empresa que efectúa la distribución⁶⁸.

Es preciso notar que el artículo 116 de la mencionada ley establece que los contribuyentes domiciliados a quienes se les atribuye rentas netas pasivas de una entidad controlada no domiciliada deducirán del impuesto en el país que grave dichas rentas “el impuesto pagado en el exterior por la referida entidad”, sin especificar el lugar donde se llevó a cabo el pago. No obstante, el reglamento, en su artículo 64-C, señala que el impuesto a acreditar es el efectivamente pagado en el exterior, “sea que ese impuesto haya sido pagado en el país en el que está constituida o establecida o en el que sea residente o domiciliada, y/o en otro país”; quedando clara la admisión como crédito del impuesto pagado en un tercer país.

B. Doble imposición interna: Sucursales y otros establecimientos permanentes

En cuanto al establecimiento permanente, entre otros, de las sucursales, que según lo concluido en el numeral 2.4 sería considerado una entidad controlada no domiciliada, se presentaría una situación grave de doble imposición, ya que coexistirán las siguientes obligaciones:

- La empresa peruana debe declarar y pagar el impuesto correspondiente a la renta generada por el establecimiento

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”.

⁶⁵ Publicado el 30 de diciembre de 2009 y vigente desde el 31 de diciembre de 2009.

⁶⁶ Antes del año 2009, la tributación de la persona natural era global y se incorporaba en la base imponible las rentas de primera, segunda, cuarta y quinta categorías. En la actualidad las rentas de primera y de segunda categoría tributan de forma cedular.

⁶⁷ Párrafo 4 del numeral 9 del artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades: “En ningún caso se deducirán los impuestos satisfechos en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales”.

⁶⁸ Así lo establece el convenio suscrito con Chile en el punto 4 de su protocolo, el convenio con el Canadá en el literal b del numeral 2 del artículo 23 y el Convenio con Brasil en el literal b del numeral 1 del artículo 22.

permanente conforme a lo previsto por el artículo 57 de la Ley del Impuesto a la Renta (régimen de lo devengado), probablemente como lo ha venido haciendo anualmente; y,

- Los contribuyentes propietarios deben tributar por las rentas pasivas atribuidas del establecimiento permanente en calidad de entidad controlada no domiciliada en virtud del artículo 113 de la Ley del Impuesto a la Renta (régimen de transparencia fiscal internacional).

Con relación al impuesto pagado en el exterior, pareciera que es posible reconocerlo “doblemente” como crédito; en el primer caso, en virtud del inciso e del artículo 88 de la Ley del Impuesto a la Renta; mientras que, en el segundo, de conformidad con el artículo 116 del mismo cuerpo legal. No obstante, la situación se complica aún más cuando no existe impuesto efectivamente pagado en el exterior y la tributación es doble. En tal caso, tributaría tanto la empresa domiciliada (por ejemplo la que tiene una sucursal en un país o territorio de baja o nula imposición), cuanto el contribuyente propietario, sin ninguna posibilidad de que el último utilice como crédito el impuesto peruano pagado por la empresa domiciliada que cuenta con el establecimiento permanente. El régimen de transparencia fiscal internacional pareciera haber sido diseñado únicamente para eliminar la doble imposición de las filiales; mientras que respecto de las sucursales y otros establecimientos permanentes no existe disposición que pueda solucionar el problema.

C. Doble imposición interna: Dividendos

Los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades que las entidades controladas no domiciliadas distribuyan a los contribuyentes domiciliados en el país no estarán gravados con el impuesto en el país correspondiente a rentas netas pasivas que hubiesen sido atribuidas. Para tal efecto, se considerará que los dividendos y otras formas de distribución de utilidades distribuidas corresponden a las rentas netas pasivas en forma proporcional a la parte que dichas rentas representan respecto del total de las rentas netas de las entidades controladas no domiciliadas.

Como se observa, el régimen de transparencia fiscal internacional peruano se aplica incluso cuando la junta de accionistas u órgano equivalente de la entidad extranjera hubiere acordado la distribución de los beneficios obtenidos en el ejercicio. En tal sentido, la normativa peruana se asemeja a la española, que difiere de la aplicable en otros países en los que no se aplica la transparencia fiscal cuando se confirma la existencia de una política de efectiva distribución de beneficios por parte del ente extranjero como, por ejemplo, Reino Unido. Puede afirmarse entonces, que el régimen de transparencia fiscal internacional en el Perú resulta aplicable incluso en los casos en los que la presencia de una entidad en el extranjero no implica la ventaja fiscal constituida por el no reparto de utilidades; con el consecuente diferimiento del Impuesto a la Renta.

Cabe señalar que el no sometimiento a tributación en el Perú de los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades que las entidades controladas no domiciliadas distribuyan a los contribuyentes domiciliados en el país está condicionado a la atribución previa. En tal sentido, a efecto de corregir la doble imposición jurídica interna, no bastaría con que hubiese devengado la obligación de imputar tales rentas, sino que es necesario que tal imputación se haya realizado de forma efectiva.

Respecto de la exigencia de imputación efectiva aplicable en España —al igual que en el Perú—, Almodí Cid afirma que se encuentra plenamente justificada “puesto que, en caso contrario, la ausencia de información de la Administración tributaria española sobre los rendimientos obtenidos por las entidades participadas en el extranjero jugaría en favor del contribuyente que ha incumplido sus obligaciones tributarias”⁶⁹.

D. Convenios para Evitar la Doble Imposición

Si bien los Comentarios al Modelo de la OCDE y al Modelo de Convenio de la Organización de las Naciones Unidas señalan que las cláusulas internas de antielusión son compatibles con los convenios para evitar la doble imposición y, en particular respecto de la transparencia fiscal internacional⁷⁰, indican que el uso de

⁶⁹ ALMUDÍ CID, José Manuel. Op. cit. p. 1099.

⁷⁰ Comentario 23 al artículo 1.

compañías base o instrumentales puede ser combatido a través de la legislación Controlled Foreign Corporation, cabe señalar que existirían circunstancias en las que tales cláusulas no necesariamente regulen circunstancias abusivas⁷¹.

Tal aseveración ha sido recogida en el Modelo de Convenio de la ONU⁷² en su versión del año 2011, que indica que si bien algunas normas domésticas antiabuso específicas son diseñadas con referencia a factores objetivos, entre otros, el nivel de accionariado, lo cual facilita su aplicación, también podrían resultar afectadas algunas transacciones que no constituyen abuso.

Es importante notar que los Comentarios del Modelo de Convenio de la ONU del 2011 reconocen la inclusión del régimen de transparencia fiscal internacional en la legislación de los países como una de las medidas más efectivas para tratar el caso de los arreglos que involucran compañías que concentran el poder económico y administrativo de entes situados en otros países⁷³; mientras que el Modelo de Convenio de la OCDE lo reconoce sólo como un instrumento legítimo para proteger la base tributaria doméstica, sin calificar su eficiencia⁷⁴.

Por su parte, el Modelo de Convenio de la ONU admite la existencia de quienes alegan que la regulación Controlled Foreign Corporation “violaría” algunos artículos de los tratados; mientras que el Modelo de Convenio de la OCDE sólo admite la existencia de “conflictos” con algunos artículos, aludiendo ambos al párrafo 1 del artículo 7 y párrafo 5 del 10. No obstante y aunque parece contradictorio en el

caso del Modelo de Convenio de la ONU, ambos modelos sostienen la compatibilidad de la regulación Controlled Foreign Corporation con los convenios.

Con relación a la compatibilidad de las normas sobre transparencia fiscal internacional con los convenios de doble imposición que sostiene el Modelo de Convenio de la OCDE, Vega Borrego resalta que la OCDE “[...] más que tratar de justificar jurídicamente la razones de por qué estas normas son compatibles con los convenios de doble imposición, lo que pretende es reflejar la postura de las Administraciones tributarias a favor de este tipo de normas. Todo ello, como ha señalado la doctrina, con el objetivo de utilizar los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE como una vía para influir en los ordenamientos internos. Con ello se pretende evitar, que los tribunales de los Estados no sigan el ejemplo del Consejo de Estado francés que, el 28 de julio de 2002, declaró incompatible con el convenio de doble imposición Francia-Suiza la norma francesa sobre transparencia fiscal internacional”⁷⁵. Al respecto, cabe señalar que tal comentario alcanzaría también al Modelo de Convenio de la ONU en la medida en que este reproduce el Comentario 23 al artículo 1 del Modelo de Convenio de la OCDE en su Comentario 74 al mismo artículo del Modelo de Convenio de la ONU.

Recientemente, en el Congreso de la Asociación Fiscal Internacional llevado a cabo en Copenhague en agosto de 2013, antes aludido, se deja constancia de que, a nivel de los países participantes⁷⁶, se ha reportado muy pocos casos vinculados a Controlled Foreign Corporation fuera del área de los convenios de

⁷¹ VEGA BORREGO, Felix Alberto. “Las medidas antielusión en la normativa interna española con proyección internacional”. En: Monografías Fiscalidad Internacional. Madrid: CEF. 2007. p. 926. Vega Borrego, al finalizar el párrafo transcrito, cita a Martín Jiménez.

⁷² Comentario 19 del artículo 1 en: Department of Economic & Social Affairs, United Nations. Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. Nueva York: Naciones Unidas. 2011. p. 44.

⁷³ Comentario 74 al artículo 1 del Modelo de Convenio de la ONU, p. 69: “These approaches, however, might not be successful in dealing with arrangements involving companies that have substantial management and economic activities in the countries where they have been established. One of the most effective approaches to dealing with such cases is the inclusion, in domestic legislation, of controlled foreign corporation (CFC) legislation”.

⁷⁴ Comentario 23 al artículo 1 del Modelo de Convenio de la OCDE.

⁷⁵ VEGA BORREGO, Felix Alberto. Op. cit. p. 926.

⁷⁶ 38 países: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, China, Colombia, Corea, Dinamarca, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Holanda, India, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Perú, Polonia, Portugal, Rusia, Serbia, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Ucrania, Reino Unido y República Checa.

doble imposición y que la mayoría de países considera la inexistencia de conflictos de las cláusulas Controlled Foreign Corporation con los convenios de doble imposición; no obstante, existe un grupo que considera la existencia de diferentes niveles de incompatibilidad⁷⁷.

En cuanto a los convenios de doble tributación bilaterales vigentes del Perú, que son los suscritos con Chile el 8 de junio de 2001⁷⁸, con Canadá el 21 de julio de 2001⁷⁹ y Brasil el 17 de febrero de 2006⁸⁰, se observa que sólo el último contiene una cláusula bilateral vinculada con la transparencia fiscal internacional en el literal d del numeral 5 del protocolo⁸¹:

“Las disposiciones del Convenio, especialmente las del artículo 23, no impedirán que un Estado Contratante aplique las disposiciones de su legislación nacional relativa a la subcapitalización o para combatir el diferimiento del pago del Impuesto a la Renta incluida la legislación de sociedades controladas extranjeras (legislación ‘CFC’) u otra legislación similar”.

Cabe resaltar, no obstante, que la cláusula citada colisiona con el numeral 5 del artículo 10 del propio convenio de doble imposición Perú-Brasil que, siguiendo el Modelo de Convenio de la OCDE, prohíbe 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.

Respecto de las reglas Controlled Foreign Corporation contempladas en la legislación de Brasil, Taveira considera que, por sus peculiaridades, entran en conflicto con los convenios y divergen de la práctica internacional y de las recomendaciones de la OCDE; en tanto podrían denegarse los beneficios de un convenio incluso si una transacción o estructura es absolutamente legítima y no es usada con propósitos de evasión tributaria⁸².

Por su parte, la Decisión 578, que constituye el Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 4 de mayo de 2004⁸³, no alude al régimen de transparencia fiscal internacional y este resultaría inconcebible en su esquema de gravamen exclusivo en el país de la fuente, en virtud del cual el país de residencia debe considerar como “exonerada” la renta gravada por la fuente⁸⁴. En tal sentido nos encontramos ante un convenio multilateral que, rompiendo el esquema de fuente mundial recogido en la legislación de tres (Colombia, Ecuador y Perú) de sus cuatro países miembros, reconoce exclusivamente el gravamen territorial.

Finalmente, es preciso señalar que en el convenio de doble imposición que el Perú suscribió con España el 6 de abril de 2006 —el cual no ha sido aprobado por el Congreso de la República pero que, a su vez, no ha sido oficialmente desaprobado⁸⁵—, se recoge, en su artículo 28, una “limitación de beneficios”,

⁷⁷ WIMAN, Bertil y Mattias DAHLBERG. Op. cit. p. 54.

⁷⁸ Aprobado en el Perú por Resolución Legislativa 27905 publicada el 6 de enero de 2003. Entró en vigencia el 1 de enero de 2004.

⁷⁹ Aprobado en el Perú por Resolución Legislativa 27904 publicada el 5 de enero de 2003. Entró en vigencia el 1 de enero de 2004.

⁸⁰ Aprobado en el Perú por Resolución Legislativa 29233 publicada el 22 de mayo de 2008.

⁸¹ Texto extraído de la página web del Ministerio de Economía y Finanzas, en tanto no ha sido publicado oficialmente en el Diario Oficial El Peruano. En: http://www.mef.gob.pe/contenidos/tributos/cv_dbl_imp/Convenio_Peru_Brasil.pdf.

⁸² INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION. Op. cit. p. 150.

⁸³ Sobre la naturaleza multilateral y características de la Decisión 578, ver: VILLAGRA, Renée. “La Red de Convenios para evitar la doble imposición suscritos por los países de Sudamérica”. En: SERRANO, Antón. *Fiscalidad Internacional*. Quinta edición. Madrid: CEF. 2013. pp. 1463-1528.

⁸⁴ El artículo 3 de la Decisión 578 denominado Jurisdicción Tributaria señala: “Independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas, las rentas de cualquier naturaleza que éstas obtuvieren, sólo serán gravables en el país miembro en el que tales rentas tengan su fuente productora, salvo los casos de excepción previstos en esta Decisión. Por tanto, los demás países miembros que, de conformidad con su legislación interna, se atribuyan potestad de gravar las referidas rentas, deberán considerarlas como exoneradas, para los efectos de la correspondiente determinación del impuesto a la renta o sobre el patrimonio”.

⁸⁵ El convenio de doble imposición Perú - España ingresó al poder legislativo mediante el Proyecto de Ley 7/2006-PE en la legislatura anterior (2006-2011) y fue derivado a dos comisiones del Congreso: A la de Economía y Finanzas y a la de Relaciones Exteriores. Según la información de la página web del Congreso, en la

una cláusula genérica, no expresa respecto de la legislación Controlled Foreign Corporation, que señala que sus disposiciones no impedirán a los Estados contratantes aplicar las disposiciones antiabuso contempladas en su legislación interna. Cabe señalar, sin embargo, que a la fecha el Perú y España se encontrarían negociando un nuevo convenio de doble imposición, conforme lo evidencia la Resolución de Superintendencia 118-2013/SUNAT publicada el 11 de abril de 2013.

E. PÉRDIDAS

La procedencia de la compensación de pérdidas no está contemplada en el régimen de transparencia fiscal internacional introducido en el Perú; sin embargo, ello no constituye novedad en tanto antes de la existencia de tal legislación en el Perú ya se encontraba prohibido el reconocimiento de pérdidas procedente de países o territorios de baja o nula imposición en el globo de renta de fuente extranjera.

En general, en virtud a la Ley del Impuesto a la Renta, las pérdidas de fuente extranjera son susceptibles de compensación dentro del globo de resultados de fuente extranjera; no obstante, no es posible traer como resultado final de tal globo un resultado negativo. Sin perjuicio del tratamiento antes expuesto, en virtud del artículo 51 de la Ley del Impuesto a la Renta, en la compensación de resultados que arrojen fuentes productoras de renta extranjera, desde el ejercicio 2001, está prohibido tomar en cuenta las pérdidas de países o territorios de baja o nula imposición. En tal sentido, no es de extrañar que el régimen de transparencia fiscal internacional no contemple el reconocimiento de tales pérdidas.

Cabe señalar; sin embargo, que los regímenes Controlled Foreign Corporation de otros países, han previsto tratamientos que incluyen el arrastre de las pérdidas de las entidades extranjeras de forma cedular y separada a las rentas ordinarias de la empresa; e incluso al-

gunos sistemas más modernos permiten que las pérdidas ordinarias de la empresa puedan compensarse con rentas atribuidas conforme a la transparencia fiscal internacional⁸⁶.

F. OBLIGACIONES FORMALES

En cuanto a las obligaciones formales, la ley no exige nada específico, sino que, por el contrario, en un plano general, requiere que los contribuyentes domiciliados en el país mantengan en sus libros y registros, con efecto tributario, en forma detallada y permanente tres conceptos:

- Las rentas netas que le atribuyan sus entidades controladas no domiciliadas,
- Los dividendos u otra forma de participación en las utilidades provenientes de su participación en entidades controladas no domiciliadas; y
- El impuesto pagado por las citadas entidades.

Al respecto es preciso notar que en principio los libros y registros son contables, por lo que la alusión hecha por la ley a “libros y registros con efecto tributario” deviene más bien en inexacta y podría generar distorsiones.

A efecto del mejor control, la norma faculta a la administración tributaria a establecer el detalle de la información que deben contener los libros y registros, así como a solicitar la presentación de documentación e información, de cualquier forma (periódica o no).

Es usual que la administración tributaria requiera información con relación a la transparencia fiscal internacional; así, por ejemplo, en España, los sujetos pasivos a quienes les resulta aplicable tal régimen deben presentar conjuntamente con su declaración del Impuesto a la Renta los siguientes datos relacionados con la entidad no residente⁸⁷:

última comisión citada recibió un dictamen con mayoría en contra de su aprobación, la comisión de Economía y Finanzas no se pronunció a la fecha de cierre de la legislatura (2011) y en consecuencia el proyecto de ley no llegó al pleno del Congreso. En la actualidad el Proyecto de Ley se encuentra archivado por “fin de período parlamentario”, como sucede con todos los proyectos de ley de legislaturas anteriores. No obstante, en nuestra opinión, por tratarse de un instrumento suscrito por dos Estados, jurídicamente era posible volver a presentarlo mediante un nuevo proyecto de ley para su aprobación conforme al artículo 56 de la Constitución en la legislatura vigente (2011-2016). Para este comentario se accedió a: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>. Consulta: 11 de marzo del 2013.

⁸⁶ Tal es el caso del régimen vigente en Francia a partir del 1 de enero del 2006.

⁸⁷ ALMUDÍ CID, José Manuel. Op. cit. p. 1104.

- Nombre o razón social y lugar del domicilio social.
- Relación de administradores.
- Balance de la cuenta de pérdidas o ganancias.
- Importe de la renta positiva que debe ser incluida en la base imponible.
- Justificación de los impuestos satisfechos respecto de la renta positiva que deba ser incluida en la base imponible.

A título ilustrativo tenemos el caso de Venezuela, donde existe la obligación de presentar, conjuntamente con la declaración anual definitiva de rentas, una declaración informativa sobre las inversiones que durante el ejercicio hayan realizado o mantengan en jurisdiccio-

nes de baja imposición fiscal, acompañando los estados de cuenta por depósitos, inversiones, ahorros o cualquier otro documento que respalde la inversión⁸⁸.

En México, se requiere que los contribuyentes tengan a disposición de las autoridades fiscales la contabilidad de las entidades o figuras jurídicas extranjeras a las que se refiere la legislación sobre transparencia fiscal; y, adicionalmente, requiere la presentación dentro del plazo correspondiente de una declaración informativa sobre los ingresos generados en el ejercicio inmediato anterior, sujetos a regímenes fiscales preferentes “acompañando los estados de cuenta por depósitos, inversiones, ahorros o cualquier otro, o en su caso, la documentación que mediante reglas de carácter general establezca el Servicio de Administración Tributaria”⁸⁹.

⁸⁸ Artículo 107 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

⁸⁹ Artículos 213 y 214 de la Ley sobre la Renta de México.