

Tratamiento aplicable a las Sucursales y Establecimientos Permanentes en el Extranjero de Sociedades Constituidas en el Perú

*Fabrizio Fernández-Dávila Mendoza**
Ponente Individual

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende evaluar la sujeción de las actividades y por consiguiente, de la renta generada por sucursales de sociedades peruanas domiciliadas en el exterior, a la legislación peruana, y en consecuencia afectándola con el impuesto a la renta en el Perú.

Nuestra posición en relación a este aspecto fundamental, es el de reconocer la independencia concedida por el ámbito tributario a las sucursales, bajo la concepción de unidades económicas de gestión y la personería jurídica con la cual se pueda las pueda invertir.

La falta de normas expresas como las existentes para las Controlled Foreign Company - CFC, nos llevan a reflexionar si necesitamos de disposiciones similares, que permitan reconocer la obtención de resultados gravables, con independencia del momento u oportunidad en que tales ganancias sean efectivamente percibidas o distribuidas a las sociedades domiciliadas; es decir, considerar desde el momento mismo de la generación de la renta (al cierre de un determinado ejercicio fiscal) como si dichos beneficios constituyen parte de los resultados de la sociedad peruana por el hecho de tratarse de una sucursal o si por el contrario, dichos resultados sólo deben integrarse a la renta peruana, una vez que se acuerde su distribución o entrega a la casa matriz.

Para ello, resulta indispensable el análisis y tomar posición respecto a la naturaleza de la personería jurídica con la que se encuentra inves-

* Abogado por la Universidad de Lima. Socio del Area Tributaria del Estudio Jorge Avendaño, Forsyth & Arbe Abogados. Con estudios de Especialización en Tributación Internacional en la Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina. Post-Grado en Tributación en la Universidad de Lima.

tida una sucursal, para luego de ello aplicar las reglas de domicilio, que son aquéllas que permiten la afectación de manera universal o únicamente de manera territorial (afectación sobre la fuente).

ANTECEDENTES

En las últimas dos décadas, las sociedades peruanas han tendido a expandir sus operaciones e incursionar en mercados extranjeros, dentro de un proceso de internacionalización propio de los tiempos modernos, lo que ha originado que pasemos de un mercado principal y casi exclusivamente receptor de inversiones, a uno de exportador de capitales.

Como consecuencia de la condición de país receptor de inversiones, nuestra legislación no ha recogido de manera concreta y específica normas que regulen situaciones y supuestos de este tipo; es decir, aquéllos en los que la sociedad principal (casa matriz, holding o empresa subsidiaria originaria) es una sociedad domiciliada en el Perú, mientras que las sociedades “operativas” se encuentran en el extranjero.

Habiendo operado un cambio en la realidad de las sociedades peruanas y en la actividad empresarial, se hace indispensable revisar la necesidad de regular o no de manera específica este supuesto y si el Estado requiere de normas similares a las previstas en otras regulaciones, como las desarrolladas para las Controlled Foreign Corporate; aún cuando en puridad dichas reglas no regulen en particular un supuesto similar al de una sucursal.

En efecto, en la actualidad nuestra legislación tributaria no contiene normas específicas que regulen de manera particular el supuesto del tratamiento de las rentas o resultados obtenidos por sucursales o sociedades vinculadas directamente, como aquella relación que se genera entre una holding peruana titular de acciones de sociedades extranjeras del exterior, es decir, no tenemos normas CFC o Sub part F.

Si bien este tipo de normas, como veremos más adelante, no son propiamente aplicables a la situación de las sucursales extranjeras de sociedades domiciliadas por la forma como se ha regulado las rentas de fuente extranjera en nuestro país, será importante reflexionar sobre ello, aun cuando no sea de aplicación a las sucursales pero pueden ser aplicables al caso de las sociedades subsidiarias.

Recordemos que las normas CFC (Controlled Foreign Corporation) surgen como forma de extender la tributación de aquellas sociedades creadas en el exterior pero controladas por personas domiciliadas en

un determinado Estado, y luego al crearse las normas subpart F, como *“mecanismo dirigido a regular el fenómeno de colocación de patrimonios y rentas en el exterior, normalmente en regímenes de tributación privilegiada o nula, que conlleven a la conculcación del principio de renta mundial”*.¹

En efecto, nuestra normativa tributaria se limita a establecer el tratamiento de la rentas de fuente extranjera, habiéndose hoy en día determinado que la utilidad se computa en el Perú (por el principio de rentas de fuente mundial que aplica para el caso de domiciliados) neta de gastos, consolidada y sin posibilidad de computar pérdidas. Aún más, se ha previsto de manera clara y directa que en la compensación que se haga de dichos resultados, aquella pérdida generada en territorios de baja o nula imposición, no es computable.²

REFERENCIA NORMATIVA

Al tratar de verificar en nuestra legislación tributaria la existencia de una regulación especial para la figura de la sucursal, encontramos que efectivamente se hace referencia de ella al caso de sucursales de sociedades extranjeras, otorgándoles independencia jurídica para efectos tributarios, respecto a su casa matriz domiciliada en el exterior.

De otra parte, no existe una referencia similar para el caso de sucursales de sociedades domiciliadas en el Perú, es decir, a estas últimas no se les otorga independencia de su casa matriz, por lo que puede colegirse que, respecto a las sucursales de sociedades domiciliadas, el legislador ha optado por otorgarle el mismo tratamiento que el otorgado por la legislación comercial, es decir, no reconociéndoles independencia jurídica de su casa matriz, siendo esta última quien cuenta con los atributos de imputación de obligaciones y derechos.

Ahora bien, si nos referimos a la necesidad de regular de manera expresa las rentas generadas por sucursales extranjeras de sociedades peruanas, debe tenerse presente las disposiciones contenidas en los artículos 51 y 51-A de la Ley del Impuesto a la Renta y en lo previsto

¹ ALMUDI CID, José Manuel. “La Normativa Contra la Elusión Fiscal Internacional en los Estados Unidos”. En: Las Medidas Anti-abuso en la Normativa Interna Española y en los Convenios par evitar la Doble Imposición Internacional y su Compatibilidad con el Derecho Comunitario. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid España 2002. Pág. 247.

² Art. 51 de la Ley del I.R.

por los artículos 29-A, 29-B y 29-C del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.

Podrá apreciarse del análisis de dichas normas y básicamente de la contenida en el artículo 51, que nuestra legislación lo que ha hecho es diferenciar y tratar por separado las rentas dependiendo de su fuente generadora, es decir, de un lado aquella generada de fuente peruana y de otro lado aquélla generada de fuente extranjera, con lo cual, luego que la de fuente extranjera haya sido determinada y liquidada se suma o adiciona a la renta local.

Este procedimiento denota desde ya que el legislador ha buscado y logrado individualizar el tratamiento para este tipo de rentas, la que puede ser desarrollada o generada bajo diversas formas o modalidades.

En efecto, una sociedad domiciliada en el Perú podrá realizar actividades en el exterior a través de establecimientos permanentes y sucursales, incluso mantener subsidiarias o ser la titular de las acciones y participaciones de sociedades extranjeras (holding), pero cualquiera sea la forma en que se lleve a cabo dicha actividad, lo cierto es que en el caso de las dos primeras figuras (donde no se reconoce personería jurídica distinta), lo que se imputa para ser considerado en la liquidación de rentas local es la “renta neta”, hecho que implica que sólo se considera el “resultado” al cierre del ejercicio, deducidos los gastos y las pérdidas que se pudieran haber generado.

Cabe precisar que en el supuesto comentado, es decir, el caso de establecimientos permanentes y de sucursales, el considerar el ingreso para efectos del anticipo mensual del Impuesto a la Renta resulta siendo bajo las reglas actuales un inconveniente a efectos de revisar y establecer su debido control y afectación.

En efecto, dado que por lo general las figuras jurídicas bajo comentario encuentran en la legislación de su domicilio, normas a través de las cuales se les otorgará independencia jurídico-tributario a pesar de carecer de este elemento desde el punto de vista del derecho privado, sólo la consolidación de la información financiera permitiría controlar el reconocimiento de los ingresos que se hayan devengado, en la medida que no existirá comprobante de pago que sustente o evidencie la generación del ingreso.

En este tipo de supuestos, lo que ocurre es que al verse investida la unidad económica (establecimiento permanente o sucursal) de personería jurídica en el país o territorio en el cual se encuentre domici-

liando, se convertirá en un ente capaz de ser centro de derechos y obligaciones, con lo cual, será éste, bajo las normas locales, quien proceda a facturar y llevar un control contable para efectos de la información a ser presentada a la entidad y/o autoridad tributaria de la localidad donde domicilie.

Justamente es este aspecto el del indebido diferimiento de ingresos o rentas a través de la colocación de patrimonios y rentas en el exterior, el que nos acerca a las normas de control previstas para las Controlled Foreign Corporation - CFC, con las cuales se persigue que las rentas sean imputadas en tiempo oportuno.

El elemento del diferimiento resulta más claro de ser apreciado en el caso de subsidiarias y empresas controladas a través de holdings peruanas, toda vez que lo que se trata de evitar es no esperar el acuerdo de distribución de los resultados desde la sociedad operativa hacia la empresa madre o principal, sino el de imputar el resultado en el momento oportuno y debido, no dejando librado ello a la voluntad del contribuyente.

En ese sentido las normas de CFC, buscan no sólo atribuir debidamente las rentas generadas por sociedades operativas controladas, sino también la generación de gastos, evitar tanto el ocultamiento de ingresos, como el mencionado diferimiento de resultados.

De otro lado, el Reglamento de la Ley del IR establece en su artículo 4 inciso a) numeral 3 que *“la condición de domiciliado es extensiva a las sucursales (...) establecidas en el exterior por personas domiciliadas en el país”*. Situación que haría suponer un reconocimiento por parte del legislador, de cierta independencia de las sucursales respecto a su casa matriz, pues el sostener la condición de domicilio vía “extensión” de la condición de la casa matriz, no hace sino apartarse del concepto del derecho privado que afirma que las sucursales no son otra cosa que una extensión de la casa matriz, y como tal, careciendo de personería jurídica propia, la condición de domiciliado dependerá de la casa matriz.

LA ATRIBUCIÓN DE PERSONERÍA JURÍDICA

Al analizar la situación de las sucursales domiciliadas en el exterior de sociedades peruanas, nos enfrentamos al cuestionamiento sobre la personalidad jurídica de la cual pueden ser investidas estas unidades económicas dado que desde el derecho privado, carecerían de dicha personalidad al compartir la de su casa matriz.

Dependiendo de la posibilidad de investir de personería jurídica a este tipo de unidades económicas y configurarlas como centro de imputación de derechos y obligaciones en una relación jurídica tributaria, el tratamiento y la necesidad de regulación, será más clara.

En efecto, si la referida imputación no se diera, nos encontraríamos frente a un solo contribuyente -la casa matriz- y como tal, las reglas a ser de aplicación a las rentas o resultados generados por la actividad empresarial a través de las unidades económicas (como los establecimientos permanentes o las sucursales) serían las genéricas, es decir, como si no existiera una entidad que diferenciar.

Por ello, es importante revisar si esta atribución es “gratuita” o si por el contrario depende de una estrategia previa, de un ordenamiento predeterminado y ontológico, de una estructura que responda al reconocimiento de la naturaleza.

Para nosotros, la atribución de personería jurídica a un determinado ente económico responde simplemente a la potestad de un Estado, que como sugiere Alberto Xavier³ surge por la “*necesidad de imaginar un titular de derechos y obligaciones distinto de las personas singulares*”.

En ese sentido, tratándose de un aspecto que responde exclusivamente a la facultad del Estado para evaluar y reconocer la autonomía de un determinado patrimonio, el atributo de la personería jurídica constituye un elemento de individualización para los efectos que dicho Estado considere pertinente.

Bajo este criterio, compartimos la posición de aquella corriente de opinión que sostiene que la noción de persona jurídica es una noción funcional pues se encuentra destinada a regular de modo más conveniente y racional las relaciones entre los hombres y, a su vez, es una noción relativa toda vez que siendo funcional, puede valer para determinados fines o efectos y no valer para otros.⁴

Es justamente este último aspecto de relatividad el que en nuestra consideración permite que la personería jurídica pueda ser atribuida para efectos fiscales aun cuando no lo sea para otros aspectos del derecho como el campo societario.

³ XAVIER, Alberto. “Derecho Tributario Internacional. Conceptos Fundamentales”. Abaco - Universidad Austral, Buenos Aires Argentina. 2004. Pág. 266.

⁴ XAVIER, Alberto. Ob. Cit. Pág. 266.

Como lo señala Carlos Giuliani Fonrouge,⁵ en una cita de Principi Berliri, “*la personalidad (...) es un estatuto que se logra en virtud a una expresa norma legislativa o de un acto de reconocimiento o de condiciones consignadas en la Ley*”. Para este jurista, posición que compartimos, “*las personas individuales y las personas colectivas con personalidad reconocida por el derecho privado, son sujetos pasivos de las obligaciones tributarias, sin perjuicio de que en determinadas circunstancias puedan ser excluidas de ciertas relaciones obligacionales y a la inversa, algunos entes desprovistos de personalidad por el derecho privado pueden ser sujetos de obligaciones tributarias*”.⁶

En consecuencia, siendo la atribución de personería jurídica un acto de reconocimiento normativo, que responde única y exclusivamente a la necesidad de reconocer un centro de imputación de obligaciones y derechos, ésta podría ser otorgada de manera amplia, siempre que existan elementos que permitan realizar dicha imputación.

Atendiendo a lo expuesto, la personería jurídica, entendida como aquel concepto en mérito al cual, se puede “independizar” un determinado patrimonio que como ente económico le permita realizar y mantener relaciones jurídicas independientes con otros, constituye un elemento de planificación recaudatoria y fiscal.

Es decir, el concebir a dicho patrimonio como un ente real y distinto de cualquier otro patrimonio, no es para el derecho tributario, lo que podría implicar desde un punto de vista “ontológico” para el derecho societario; debiéndose tener siempre presente que el concepto mismo surge como una necesidad de imaginar o identificar a un titular de derechos obligaciones distinto de las personas particulares.

En efecto, hace algún tiempo se viene criticando la concepción clásica de “personalidad jurídica” que la entendía, no como una creación de la sociedad para pretender regular la relación entre las personas y la sociedad de mejor manera, sino como algo natural y de construcción abstracta. Autores como Tullio Ascarelli o Bernardino Libonatti; Berle y Jeans; Fabio Konder Comparatto, y Juan Dobson; sostienen que el concepto mismo de personería jurídica es un concepto principalmente *INSTRUMENTAL*.

⁵ GIULIANI FONROUGE, Carlos. “Derecho Financiero”. Vol. I. Editorial Desalma. 5 Ed. Buenos Aires. 1993. Pág. 408.

⁶ GIULIANI FONROUGE, Carlos. Ob. Cit. Pág. 408.

Para estos autores, el concepto de “personería jurídica” es como ya hemos mencionado, funcional y relativo, pues persigue servir como disciplina que norme las relaciones entre las personas de forma más conveniente y racional; y relativa, pues puede valer para determinados fines pero para otros no. De esta forma, se ataca la posición tradicional que independizaba los ámbitos y entornos sobre la base de la personería jurídica, para sustentar que ella es meramente instrumental, es decir, que no puede entenderse por ejemplo un establecimiento permanente o una sucursal sin hacer referencia a la sociedad matriz u originaria, lo que implica que la sucursal o el establecimiento permanente es solo operacional.

Para nosotros, la personería jurídica es sin duda un elemento que permite al derecho tributario dentro de su autonomía, regular las entidades económicas de manera independiente una de otras, sin perjuicio de la unidad e instrumentalidad con la que se puede definir este elemento.

Ahora bien, es claro también que cualquier aplicación irrestricta por la simple voluntad del legislador podría llevar al uso abusivo de la personalidad jurídica, existiendo en la actualidad una fuerte corriente de opinión que sustenta la teoría que busca la “desconsideración de la personalidad jurídica”, conducente a evitar el abuso de la personalidad jurídica, aplicando mayores criterios de transparencia fiscal y eliminando los “velos jurídicos” con los que se envuelven determinadas actividades, para pretender “ocultar” ingresos, diferir rentas o atribuir pérdidas en el momento más conveniente.

Tratándose del campo fiscal, en nuestra opinión, la identificación de una unidad de negocio o unidad económica, que permita definir la existencia de un patrimonio susceptible de ser objeto de derechos y obligaciones, constituye un elemento esencial para realizar la atribución de personería jurídica. Es decir, se requiere identificar la existencia de un patrimonio a ser comprometido.

En efecto, el legislador fiscal en el Perú como en la gran mayoría de países, ha optado por darle independencia y personería jurídica propia a las unidades independientes de negocio de sociedades extranjeras (establecimientos permanentes) dentro de los cuales, el más representativo de este tipo de agentes económicos, son las sucursales de sociedades; otorgándoles un tratamiento independiente del que pudieran recibir sus casas matrices.

Respecto a la tributación de las sucursales y/o establecimientos permanentes como entes de generación de rentas de manera independien-

te a su matriz, se debe tener en cuenta que para encontrar el sustento debido de la atribución de personalidad jurídica, el ente económico o la unidad de gestión debería contar con determinada *actividad funcional*, pues sólo así se podrá concebir a una “organización dotada de capacidad contributiva propia” y tratarla como una persona jurídica distinta de la casa matriz o sociedad originaria; es decir, la funcionalidad o actividad funcional es la que permite que por la denominada “*ficción equiparada*” se le atribuya a estos entes económicos una personería jurídica independiente.

Recordemos que cuando nos encontramos frente a los supuestos de “funcionamiento”, se verifica la realización en el país de la fuente, de los gastos y costos necesarios para la obtención de las rentas, siendo ello el elemento que conduce a la tributación sintética de una “utilidad” y no a la tributación analítica de las rentas.

Precisamente porque existe a través de ciertos tipos de establecimientos (sucursales y agencias) un grado intenso de penetración del no residente en el orden territorial local, generador de un “centro de costos y gastos”, por lo general, se determina que todas las rentas por él obtenidas no deben ser tratadas aisladamente caso a caso sino de manera global, como una utilidad de empresa, considerándose los componentes positivos y negativos como sucede con las personas jurídicas domiciliadas en el país.

Esta es la fórmula que ha recogido nuestra legislación en el artículo 51 de la Ley del Impuesto a la Renta, en virtud del cual, se imputa efectivamente la renta neta, deducidos los gastos propios para su generación, compensándose los resultados obtenidos en los distintos territorios extranjeros y excluyéndose las pérdidas generadas en territorios de baja o nula imposición.

EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD Y LA CONDICIÓN DE DOMICILIADO Y/O RESIDENTE

Nuestra legislación tributaria, como la gran mayoría de legislaciones de economías receptoras de inversiones, al regular la imposición sobre las rentas recoge la aplicación del principio de “universalidad”, estableciendo que el nexo de conexión entre la actividad generadora de renta, el agente generador y el estado recaudador de los tributos, es la “nacionalidad” o “residencia” del contribuyente, en mérito a la cual, las rentas en principio son imputadas o atribuibles al Estado en el cual el agente económico generador de rentas (contribuyente) se encuentre “domiciliado o sea residente”.

Con ello, los contribuyentes domiciliados tributan por rentas de fuente mundial, es decir, por la totalidad de las rentas que generen, mientras que aquellos domiciliados en el exterior únicamente tributan respecto a las rentas de fuente nacional.

Sobre esa base, cabe indicar que si bien las actividades generadoras de rentas realizadas por un determinado contribuyente en el exterior a través de sucursales o establecimientos permanentes es llevada a cabo de manera “indirecta” y como señala Alberto Xavier⁷ *“la aplicación del principio de universalidad, conduce a que las utilidades de los establecimientos extranjeros sean adicionadas a las utilidades de la matriz, a efectos de su tributación en el país del domicilio de ésta última”*; el reconocimiento y la investidura de personería jurídica independiente a dicha sucursal o establecimiento permanente, en nuestra opinión, permitiría un tratamiento más claro para efectos tributarios y un control menos complicado para la administración tributaria que como hemos mencionado, necesitará de mayores medios y herramientas para poder llevar a cabo su labor.

En ese sentido, la aplicación del principio de universalidad en estos casos, sería similar al otorgado en aquellos casos en los que la actividad en el exterior se realiza de manera indirecta a través de entidades dotadas de personería propia, es decir, como menciona Albert Xavier *“(…) si estamos ante entidades dotadas de personería independientes (subsidiarias), el principio de universalidad exige tan sólo la tributación en razón de los dividendos”*.

En efecto, como hemos señalado en puntos anteriores, la posibilidad de diferenciar a la sucursal de su casa matriz, a través de la investidura de personalidad jurídica independiente a la primera, permitirá que para efectos de sucursales domiciliadas en el extranjero de sociedades peruanas, el principio de universalidad se aplique de manera restringida, pues sólo a través de esta atribución se podrá diferenciar un ente económico del otro y con ello, existirán razones para cuestionar la necesidad de regular de manera especial para efectos tributarios, este tipo de situaciones.

CONTROLLED FOREIGN CORPORATION

Las normas relacionadas con la Controlled Foreign Corporation (CFC) se encuentran destinadas a negar la personalidad jurídica de las enti-

⁷ XAVIER, Alberto. Ob. Cit. Pág. 316.

dades cuya constitución tenga como sustento razones exclusivamente de orden fiscal. Lo que se busca en rigor, es hacer “transparente” la generación de rentas de dichas entidades, atribuyéndolas a los socios de manera directa, anticipando el reconocimiento de los resultados a través de su imputación en un determinado momento (por ejemplo, al cierre del ejercicio fiscal) y no esperar aquél en que efectivamente esta distribución opere como consecuencia del acuerdo de distribución de utilidades o resultados.

Esta clase de normas aplicables a Controlled Foreign Corporation, van más lejos que el principio de universalidad, pues exigen por lo general adicionar la totalidad de la utilidad obtenida en proporción a la participación en el capital social, aun cuando tales utilidades hayan sido retenidas y no distribuidas.

Con este tipo de reglas, lo que opera es el alejamiento de la regla sobre diferimiento del impuesto (tax deferral), dado que justamente la regla establece que las rentas obtenidas en el exterior por subsidiarias de sociedades norteamericanas, se imputarán para efectos de la liquidación del impuesto cuando hayan sido puestas a disposición del accionista.

Cabe indicar que la utilización y formalización de sistemas CFC hoy en día se ha visto incrementada de manera importante, siendo el caso que una gran parte de países miembros de la OCDE la han adoptado; claro está que como una medida antielusiva, toda vez que se aplican principalmente para supuestos en los que las rentas generadas son de naturaleza pasiva (dividendos, intereses, royalties, alquileres, comisiones, etc.) e instaladas en territorios considerados de baja o nula imposición fiscal).

Para Xavier, Alberto,⁸ *“El examen del derecho comparado revela que mientras unas legislaciones atribuyen mayor relevancia al hecho de que la sociedad intermediaria esté localizada en un territorio de baja tributación, independientemente de la naturaleza de la renta por ella obtenida (el llamado **jurisdictional approach**, en terminología de la OCDE), otras (como Canadá y Estados Unidos) atribuyen preponderancia a la naturaleza de la renta, pretendiendo alcanzar inmediatamente ciertas clases de rentas, especialmente las “rentas pasivas”, independientemente del lugar de domicilio de la sociedad intermediaria (transaccional approach)”*.

⁸ XAVIER, Alberto. Ob. Cit. Pág. 287.

En ese sentido, se puede entender y la doctrina así lo ha entendido, que las reglas o normas sobre CFC son disposiciones que imponen de un lado, la presunción sobre la distribución de utilidades desde la sociedad controlada a sus accionistas; por otra parte, existe siempre presente la idea de “negar” la personalidad jurídica, imponiendo reglas de transparencia fiscal que implican levantar el velo de la personalidad para llegar directamente al socio o accionista; a su vez, conlleva por lo general la negación de su domicilio, considerándose las domiciliadas en el país en que se encuentre la sociedad controladora.

Se trata entonces de *“ignorar al intermediario formal representado por la persona jurídica extranjera aparente, para alcanzar directamente a sus socios”*.⁹

El carácter de herramienta antielusiva de las normas de CFC se puede apreciar también en el hecho que frecuentemente se otorgan tratamientos menos severos a las CFC que por ejemplo, distribuyan un cierto porcentaje de las utilidades por año; que tengan por objeto genuinas y reales actividades empresariales; que manifiestamente no tengan propósito de elusión fiscal; que se encuentren cotizadas en bolsa, etc.

El supuesto en consecuencia, para la creación de normas CFC se sustenta en dos elementos, de un lado el otorgamiento y reconocimiento de personería jurídica tributaria a las entidades del exterior, lo que las hace independientes de las sociedades residentes y la aplicación del principio de universalidad, el cual implica que se tribute por las rentas de fuente mundial. Sin embargo, tratándose de la legislación peruana el tratamiento que se le da a las rentas de fuente mundial haría que no sea necesaria la implementación de este tipo de normas.

NECESIDAD DE REGULAR EXPRESAMENTE LAS RENTAS DE SUCURSALES EXTRANJERAS DE SOCIEDADES PERUANAS

El presente trabajo surge bajo la reflexión inicial aquélla que careciendo la ley peruana de normas CFC, sea necesario regular de manera especial las rentas generadas por las sucursales extranjeras de sociedades peruanas.

En principio como hemos expresado en párrafos anteriores, efectivamente la ley peruana no contiene normas especiales para regular este

⁹ XAVIER, Alberto. Ob. Cit.

tipo de supuestos, pero es necesario hacerlo o ello nos convertiría en un exceso de regulación normativa.

Consideramos que la respuesta se puede evaluar luego de tomar en consideración diversos aspectos.

En primer término, como hemos comentado las normas CFC lo que buscan es aplicar criterios de “transparencia fiscal”, levantando el velo de personalidad jurídica de la cual se encuentran investidas determinadas sociedades, para llegar directamente a los socios o accionistas, a través de la atribución o imputación de los resultados o rentas, sin esperar a su efectiva distribución.

Este hecho nos lleva a establecer que la aplicación de normas CFC prevén la existencia de un ente con personería jurídica propia, independiente a la sociedad originaria, supuestos en consecuencia de subsidiarias extranjeras de sociedades peruanas, situación que no es la que existe en el caso de las sucursales extranjeras de sociedades peruanas.

En efecto, como hemos comentado, respecto a la personería jurídica atribuible a las sucursales, el legislador nacional ha optado por mantener en la norma tributaria el criterio del derecho privado, es decir, que las sucursales de sociedades peruanas son únicamente una extensión de la casa matriz y como tal, no cuentan con personería jurídica independiente.

Lo expresado encuentra sustento justamente en el hecho que, a diferencia de las sucursales de sociedades extranjeras, a las cuales se les ha investido de personería jurídica propia, justamente por el “principio de arraigo”; para el caso de sucursales de sociedades peruanas dicha calidad no ha sido imputada.

Teniendo ello en consideración y no habiéndose establecido diferencia alguna entre la personería jurídica de la casa matriz y aquella de la cual se encuentra investida la sucursal, el tratamiento aplicable a las rentas generadas por ella será el general, careciendo el supuesto de uno de los elementos esenciales que sustentan la aplicación de las normas CFC.

Esto implica que al no existir una entidad distinta desde el punto de vista del centro de imputación de obligaciones y derechos, la condición de domiciliado le será igualmente aplicable por extensión en cabeza de la casa matriz. Si bien, es cierto que la norma reglamentaria de la Ley del Impuesto a la Renta ha establecido expresamente que la con-

dición de domiciliado es extensiva a las sucursales de sociedades peruanas establecidas en el exterior, consideramos que tal referencia es innecesaria dentro de la concepción de personería jurídica que hemos desarrollado.

En efecto, en tanto no exista una disposición concreta en el ordenamiento positivo, a través de la cual se otorgue o conceda personería jurídica especial para efectos tributarios, a una entidad que carece de esta característica para el derecho privado, la regulación aplicable debe ser la genérica y bajo esas reglas, al ser la sucursal una “extensión” de la casa matriz, compartirá la misma condición de domicilio con la que cuenta esta última.

En segundo término, siendo la sucursal una extensión de la casa matriz, la imputación sobre rentas generadas en el exterior, será la misma que fuese de aplicación a un contribuyente domiciliado que lleve a cabo directamente labores en el exterior y por las cuales perciba rentas de fuente extranjera.

Así, las normas contenidas en los artículos 51 y 51-A de la Ley del Impuesto a la Renta las encontramos suficientes, no considerando necesario la implementación de otra norma o disposición que implemente disposiciones sobre atribución directa de rentas o normas similares a las existentes para las CFC. Ello por el hecho que al ser entendida la sucursal como una extensión de la casa matriz, las rentas se imputan directamente, no existiendo necesidad de levantar el velo jurídico y aplicar principio de transparencia fiscal.

En efecto, la fórmula prevista por la legislación vigente, consistente en adicionar a la utilidad de fuente peruana aquella utilidad neta de fuente extranjera, constituye en nuestra opinión, una fórmula adecuada para la determinación e imputación de las rentas generadas fuera del Perú; toda vez que para evitar la doble imposición sobre las mismas, se permite la acreditación del impuesto pagado en el exterior, siempre que se cumpla con los requisitos exigidos por la legislación vigente.¹⁰

¹⁰ Artículo 88 de la Ley del IR: *“Los contribuyentes obligados o no a presentar las declaraciones a que se refiere el artículo 79, deducirán de su impuesto los conceptos siguientes: (...) e) 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 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”.*

Es el método del crédito fiscal o de imputación el que ha sido recogido en nuestra legislación actual para evitar la doble imposición fiscal, método que ha sido defendido y aplicado principalmente por países exportadores de capital, aun cuando como en el caso peruano, se aplique de manera limitada, pues las normas de acreditación sugieren la aplicación del impuesto pagado en el país de la fuente hasta un determinado límite.

Determinado que bajo la normatividad actual no consideramos necesario el incorporar normas especiales que regulen la imputación de rentas obtenidas por las sucursales extranjeras de sociedades peruanas, y habiendo diferenciado los alcances de las normas pensadas para las CFC, lo que corresponde evaluar es si respecto a las sucursales extranjeras de sociedades peruanas es conveniente y pertinente otorgarle personalidad jurídica independiente de la de su casa matriz.

Para estos efectos, cabe indicar que la imputación de personería jurídica podría llevar al inconveniente que surge generalmente en este tipo de casos, en los que el agente económico o la unidad de gestión (sucursal o subsidiaria) por lo general difiera el reconocimiento y la tributación de los beneficios no distribuidos.

En efecto, como hemos comentado en párrafos previos, la existencia de subsidiarias y por ende investidas de personería jurídica propia e independiente de la sociedad originadora o sociedad madre, permiten que los resultados generados en el extranjero puedan ser diferidos en tanto no se distribuyan dado que bajo este supuesto, la sociedad del país residente sólo recibirá y computará dichos resultados, cuando se haya acordado su distribución como dividendo.

Es bajo este supuesto que específicamente surgen y se aplican las normas sobre CFC (Controlled Foreign Corporation), a través de las cuales, como ya hemos mencionado, lo que principalmente se busca es neutralizar dicho diferimiento del resultado imputándolo a la sociedad residente con la cual se encuentre vinculado en el ejercicio fiscal en el que

Artículo 58 del reglamento de la Ley del IR: *“Para los efectos del crédito por impuesto a la renta abonado en el exterior, a que se refiere el inciso e) del artículo 88 de la Ley, se tendrá en cuenta lo siguiente: a) el crédito se concederá por todo impuesto abonado en el exterior que incida sobre las rentas consideradas como gravadas por la ley; b) los impuestos pagados en el extranjero, cualquiera fuese su denominación, deben reunir las características propias de la imposición a la renta; y c) el crédito sólo procederá cuando se acredite el pago del impuesto a la renta en el extranjero con documento fehaciente”.*

se haya “devengado” independientemente del acuerdo de distribución.

En ese sentido, la necesidad de regular de manera expresa la generación como imputación de rentas de sucursales extranjeras de sociedades peruanas, en nuestra opinión pasa primero por determinar y otorgarle personería jurídica propia a dicha sucursal, pues de lo contrario, no tendría sentido alguno el pretender regular las rentas generadas en el exterior de manera especial.

Para estos efectos, como ya lo hemos mencionado, se requiere de la existencia de una serie de elementos que permitan sustentar de manera debida la imputación de personería jurídica, siendo el elemento indispensable la identificación de un patrimonio que permita ser concebido como generador de derechos y obligaciones.¹¹

Cabe indicar que la necesidad de aplicar normas CFC se encuentra en gran parte condicionada al tipo de regulación interna existente en el Estado de la sociedad residente que se esté regulando.

En efecto, si por ejemplo existieran normas por las cuales las rentas del exterior NO se encuentren gravadas (neutralidad en la importación de capitales), la aplicación de este tipo de dispositivos no tendría justificación alguna dado que al no estar gravadas dichas rentas NO existiría necesidad de diferir el reconocimiento de los mismos.

Por su parte, si existieran normas internas por las cuales un contribuyente debiera tributar exactamente igual las rentas de fuente extranjera y las rentas de fuente local, entonces la aplicación de este tipo de reglas sí se sustentaría, en la medida que habrá razones para

¹¹ Para DELGADO PACHECO, Abelardo, en “Manual de Fiscalidad Internacional”. Instituto de Estudios Fiscales. Manuales de la Escuela de la Hacienda Pública. 2da. Edición revisada y Ampliada. Septiembre 2004. Madrid España; siguiendo en la doctrina española a los profesores españoles José Luis Pérez de Ayala y Eugenio González García, “*pueden ser cuatro las características que serían comunes a todas las entidades susceptibles de estar comprendidas en este ámbito: a) Estas entidades deben aparecer como una unidad económica o un patrimonio separado, es decir, estas entidades deben gozar de sustantividad propia; b) Deben disponer de cierta autonomía patrimonial y deben estar definidas en el Derecho Privado, o en el ordenamiento en general, incluyendo su régimen legal mecanismos de formación y manifestación de voluntad; c) No pueden tener reconocida personalidad jurídica; d) Han de ser calificadas como sujetos pasivos por la Ley propia de un tributo. Esta última característica se convierte en aplicación del régimen de atribución de rentas en el caso de las leyes propias del IRPF y del Impuesto sobre Sociedades*”.

diferir la misma o no imputarla.

En ese sentido, consideramos innecesario que tratándose del supuesto de sucursales extranjeras de sociedades peruanas, éstas sean investidas de personería jurídica propia para luego de eso, les sean de aplicación las reglas previstas por las legislaciones del derecho comparado a las CFC.

La aplicación de la normatividad común, a través de su reconocimiento como parte de una personalidad jurídica de la casa matriz y bajo la interpretación de la generación de rentas de manera indirecta a través de sucursales, permite que las rentas obtenidas por ellas sean claramente identificadas a través del debido registro contable.

El régimen de las CFC como apunta ROSEMBUJ Tulio¹² *“representa una ultra territorialidad ofensiva, toda vez que permite a un país alcanzar la renta de entidades domiciliadas fuera de su territorio, extendiendo los poderes tributarios del Estado de domicilio de la sociedad controladora”*.

CONVENIENCIA Y POSIBILIDAD DE OTORGARLE INDEPENDENCIA JURÍDICO TRIBUTARIA A LA SUCURSAL EXTRANJERA DE SOCIEDAD PERUANA

Como ya hemos expresado en párrafos anteriores, la posibilidad de crear un centro de derechos y obligaciones está librada a la voluntad de la autoridad que considere necesario imprimirle dicho sello a un determinado patrimonio.

En efecto, tratándose del ámbito fiscal, consideramos que el reconocimiento de personería jurídica y con ello de independencia como centro de imputación de derechos y obligaciones, estará sustentado en la medida que existan elementos de orden económico que hagan necesario y conveniente dicho tratamiento.

En ese sentido, cuando nos enfrentamos a la figura de sucursales extranjeras de sociedades peruanas, apreciamos que éstas bajo una revisión del derecho comparado, son tratadas como entes independientes de su casa matriz para efectos tributarios, en el territorio o Estado en el que se encuentren realizando operaciones, por lo que desde ya existe un

¹² En XAVIER, Alberto. Ob. Cit. Pág. 290.

tratamiento independiente, entendiendo que el patrimonio asignado por la casa matriz, permite la imputación de derechos y obligaciones.

Bajo este entendimiento y conforme a lo que hemos desarrollado en párrafos precedentes, seguimos la posición como la argentina, de otorgarle a las sucursales en el exterior de sociedades domiciliadas personería jurídica y con ello, independencia respecto a su casa matriz.

Esto en la medida que, al haberse regulado en nuestra legislación que las rentas extranjeras se adicionan como renta neta, es decir, deducidos los gastos y no pudiéndose imputar contra la utilidad local las pérdidas generadas en el exterior, este tratamiento desde ya le otorga independencia a las entidades a través de las cuales se desarrollan actividades en el exterior, incluyendo en este caso no sólo a las sucursales sino también a los establecimientos permanentes.

Ahora bien, el otorgarle personería jurídica y por lo tanto, tratar a las sucursales extranjeras como entes independientes de su casa matriz para efectos tributarios, originará un reconocimiento legal que hoy en la práctica ya se da, toda vez que las utilidades y los gastos incurridos son tratados tributariamente por separado.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las normas sobre Controlled Foreign Corporation, en el caso de las sucursales extranjeras de sociedades peruanas, al no contar en la actualidad con personería jurídica independiente, los resultados son liquidados a través del registro consolidado de las operaciones, siendo el caso que los resultados se incorporan al balance y liquidan como si se trataran de ingresos de cualquier unidad de negocio, no existiendo forma de que opere el diferimiento de las mismas por no requerir éstas ser “*distribuidas*”.

En ese sentido, considero que si bien no existirá limitación alguna para otorgarle personería jurídica propia a las sucursales extranjeras de sociedades domiciliadas en el Perú, dado que el patrimonio que se “*asigna*” en estos casos, puede perfectamente calificar como un centro de imputación de obligaciones y derechos, en la práctica el tratamiento que la legislación tributaria peruana prevé no ameritaría dicha imputación, por las razones expuestas.

Sin perjuicio de lo manifestado, es claro que el hecho de no tener a las sucursales como entidades independientes conlleva una serie de requisitos adicionales y elementos que dificultan su fiscalización en la medida que la administración tributaria peruana no tiene posibilidad de realizar una fiscalización objetiva de las operaciones, por lo que tie-

ne simplemente que confiar y limitarse a la información que sea remitida a la casa matriz, a través de la consolidación de los Estados Financieros.

En ese sentido, y por razones de orden práctico, así como por el hecho que en nuestra opinión, el criterio de incorporar a la base imponible la renta neta de fuente extranjera, no resulta ser del todo confiable o completo para mediar el real hecho económico y que la administración tributaria cuente con la información veraz; compartimos la corriente de opinión aquélla que le otorga personería jurídica tributaria a las sucursales, debiendo ser tratada la relación de la casa matriz con ella como si se tratara de cualquier tercero VINCULADO.

En efecto, el hecho de domiciliar en un territorio distinto de aquél en que la casa matriz tiene sus domicilio, y el hecho de realizar sus operaciones en un territorio sobre el cual la Administración Tributaria peruana no tiene injerencia, sería imposible el poder supervisar o controlar la operación, salvo aquellos casos en los que se cuente con un Convenio para Evitar la Doble Imposición Fiscal (CDI), en cuyo caso se podría solicitar intercambio de información respecto de ellas, por lo que en nuestra opinión sería mejor tratar a dichas sucursales como terceros.

Ahora bien, de esta manera las operaciones y transacciones realizadas con las sucursales recibirán el mismo tratamiento que el previsto para operaciones con terceros, con la única precisión que el tratamiento deberá ser el previsto para transacciones entre partes vinculadas.

CONCLUSIONES

1. Las normas sobre Controlled Foreign Corporation tienen como objetivo principal buscar que las rentas o resultados de las sociedades extranjeras vinculadas directamente a una sociedad domiciliada no se difieran de manera indebida; así como que los patrimonios y las rentas no sean colocados en el exterior en territorio de baja o nula imposición sin que éstos puedan ser alcanzados por la tributación del Estado.
2. En el Perú no existe atribución de personería jurídica a las sucursales extranjeras de sociedades peruanas, únicamente dicha atribución opera respecto a sucursales de empresas extranjeras.
3. Las sucursales extranjeras de sociedades domiciliadas en el Perú

para efectos del Impuesto a la Renta, tienen el mismo tratamiento que el previsto por las disposiciones del derecho societario, en consecuencia, al realizar operaciones en el exterior es la casa matriz quien debe declarar y reportar dichos resultados o rentas.

4. De conformidad con la legislación peruana vigente, las rentas de fuente extranjera se adicionan a la renta peruana como renta neta, luego de compensar entre sí los resultados de fuente extranjera, no pudiéndose imputar las pérdidas obtenidas.
5. La atribución de personería jurídica es potestad del Estado siendo un elemento instrumental pues permite regular de mejor manera las relaciones entre las personas, no se trata de una construcción o figura abstracta a respetar sino que se construye conforme se requiera, y puede servir para un aspecto y no para otro.
6. Si se identifica que un determinado patrimonio puede ser capaz de ser centro de imputación de derechos y obligaciones, es potencialmente factible que se le otorgue personería jurídica.
7. Bajo las normas actualmente vigentes y comparando con las disposiciones sobre CFC, en la actualidad no habría necesidad de otorgarle a las sucursales extranjeras de sociedades peruanas personería jurídica en la medida que al compartir la personería jurídica de la casa matriz, la actividad realizada por las primeras se imputa a las segundas y son a éstas a quienes se le aplican las normas sobre rentas de fuente extranjera.
8. Si bien bajo las disposiciones tributarias vigentes, la sucursal extranjera sin personería jurídica propia no puede diferir la atribución de sus resultados a su casa matriz como sí pueden hacerlo las CFC, encontrándose las normas que regulan esta figura principalmente dirigidas a evitar dicho diferimiento, no es menos cierto que, al generarse las rentas en el exterior no existe supervisión bajo potestad tributaria peruana, por lo que en nuestra opinión sería mejor si se trata a la sucursal extranjera de sociedad peruana como un tercero, atribuyéndole personería jurídica.
9. Otorgada la personería jurídica propia, las operaciones respecto a las sucursales extranjeras se tratarían de manera independiente como si fuese cualquier tercero vinculado económicamente, es decir, les sería de aplicación las normas sobre precios de transferencia.

Tratamiento Tributario de los Financiamientos destinados a la Adquisición de Acciones emitidas por Sociedades Extranjeras*

INTRODUCCIÓN AL TEMA

El presente trabajo tiene por finalidad comentar el tratamiento que para efectos tributarios debiera dársele a la diferencia de cambio vinculada con financiamientos destinados a la adquisición de acciones emitidas por sociedades extranjeras, su calificación gasto vinculado a rentas de fuente peruana o extranjera o, por lo contrario, la imposibilidad existente para su calificación como renta de alguna de estas naturalezas, siendo compensable en todos los casos con resultados de fuente “local”.

Para tales efectos, comentaremos el concepto de diferencia de cambio y su tratamiento tributario; así como el concepto de renta que recoge nuestra legislación y si la diferencia de cambio puede ser categorizada en alguna de las teorías recogidas por nuestra Ley del Impuesto a la Renta.

CONCEPTO DE DIFERENCIA EN CAMBIO

Según la Norma Internacional de Contabilidad N° 21 -*NIC 21*- la diferencia de cambio es la que surge al convertir un determinado número de unidades de una moneda a otra moneda, utilizando tipos de cambio diferentes.

Para Walker Villanueva,¹³ la diferencia de cambio desde un punto de vista contable puede ser positiva o negativa, definiendo ambos conceptos como:

“(...) la diferencia de cambio positiva represente un incremento de activos o decremento de pasivos que influyen en el aumento

* Con la colaboración de Gonzalo Echevarría Mey.

¹³ VILLANUEVA GUTIÉRREZ, Walker. “Las Diferencias de Cambio y el IR”. En: Revista Análisis Tributario. Marzo 2007. Pág. 15.

del patrimonio; por el contrario, la diferencia de cambio negativa representa un decremento de los activos o un incremento de pasivos que produce una disminución del patrimonio neto (...)”.

Por otro lado, conforme al Plan Contable General Revisado, aprobado mediante la Resolución N° 006-84-EFC/94.10, se define a la diferencia de cambio como la ganancia o pérdida originada por la variación del tipo de cambio de la moneda nacional respecto de una divisa cuando se mantienen activos o pasivos en moneda extranjera.

De lo expuesto podemos concluir que la diferencia de cambio es la variación positiva o negativa que se origina por el mantenimiento de los activos y pasivos en moneda extranjera en periodos en los que fluctúa la tasa de cambio entre el nuevo sol y la moneda extranjera. Esta variación o diferencia se concreta al convertir un determinado número de unidades de una moneda a otra moneda, utilizando tipos de cambios diferentes.

TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LA DIFERENCIA EN CAMBIO

El artículo 61 de la Ley del Impuesto a la Renta¹⁴ (en adelante, LIR)

¹⁴ Cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante el Decreto Supremo N° 179-2004-EF, establece lo siguiente:

“(...) las diferencias de cambio originadas por operaciones que fuesen objeto habitual de la actividad gravada y las que se produzcan por razones de los créditos obtenidos para financiarlas, constituyen resultados computables a efectos de la determinación de la renta neta.

Para los efectos de la determinación del Impuesto a la Renta, por operaciones en moneda extranjera, se aplicarán las siguientes normas:

- a) Las operaciones en moneda extranjera se contabilizarán al tipo de cambio vigente a la fecha de la operación.*
- b) Las diferencias de cambio que resulten del canje de moneda extranjera por moneda nacional, se considerarán como ganancia o pérdida del ejercicio en que se efectúa el canje.*
- c) Las diferencias de cambio que resulten de los pagos o cobranzas por operaciones pactadas en moneda extranjera, contabilizadas en moneda nacional, que se produzcan durante el ejercicio se considerarán como ganancia o pérdida de dicho ejercicio.*
- d) Las diferencias de cambio que resulten de expresar en moneda nacional los saldos de moneda extranjera correspondientes a activos y pasivos, deberán ser incluidas en la determinación de la materia imponible del período en el cual la tasa de cambio fluctúa, considerándose como utilidad o como pérdida.*

regula el tratamiento otorgado a la diferencia en cambio, definiendo lo que es para efectos de este impuesto, debiéndose resaltar que hace referencia a operaciones habituales de la actividad gravada y aquéllas relacionadas a créditos para financiar dichas operaciones habituales.

Según la norma citada la diferencia de cambio se considerará tanto ganancia como pérdida, dependiendo de la operación sujeta a conversión y si se trata de una obligación que se incrementa o que se disminuye como consecuencia de su pago en moneda corriente y la valoración de la moneda en el mercado de divisas, lo que significa que la diferencia de cambio tiene efectos jurídicos en la determinación de la renta neta.

En consecuencia, según la LIR, la diferencia de cambio (ganancia o pérdida) debe incorporarse en la determinación de la renta anual. Si el resultado es positivo (ganancia), estamos ante un incremento patrimonial de la renta imponible gravada con el Impuesto a la Renta, y si el resultado es negativo (pérdida), nos encontramos frente a una disminución patrimonial de la renta imponible gravada. En otras palabras, la diferencia de cambio reconoce incrementos o pérdidas nominales con efecto jurídico (dado por el artículo 61 de la LIR) en la determinación de la renta anual.

Ahora bien, resulta importante analizar si el tratamiento a ser otorgado a la diferencia de cambio debe ser uno que se encuentre vinculado con la naturaleza de la operación llevada a cabo, o si por el contrario, ésta es independiente a la operación por la cual se produjo la variación del tipo de cambio.

-
- e) *Las diferencias de cambio originadas por pasivos en moneda extranjera relacionados y plenamente identificables, ya sea que se encuentren en existencias o en tránsito a la fecha del balance general, deberán afectar el valor neto de los inventarios correspondientes. Cuando no sea imposible identificar los inventarios con el pasivo en moneda extranjera, la diferencia de cambio deberá afectar los resultados del ejercicio.*
 - f) *Las diferencias de cambio originadas por pasivos en moneda extranjera relacionadas con activos fijos existentes o en tránsito u otros activos permanentes a la fecha del balance general, deberán afectar el costo del activo. Esta norma es igualmente de aplicación en los casos en que la diferencia de cambio esté relacionada con los pagos efectuados en el ejercicio. La depreciación de los activos así reajustados por diferencias de cambio, se hará en cuotas proporcionales al número de años que falten para depreciarlos totalmente.*
 - g) *Las inversiones permanentes en valores en moneda extranjera se registrarán y mantendrán al tipo de cambio vigente de la fecha de adquisición (...)*”.

Tal como lo hemos señalado en párrafos precedentes la diferencia de cambio tiene su origen en la fluctuación del valor de la moneda nacional respecto del valor de la moneda en la cual han sido realizadas las operaciones de la empresa, pero no en el desarrollo mismo de dichas operaciones.

Dicho criterio ha sido recogido por el Tribunal Fiscal en la Resolución N° 02760-5-2006 que señala:

“(...) la naturaleza de la diferencia de cambio responde al de un ajuste por efecto de la variación del valor de la moneda en el tiempo, por lo que su resultado sea ganancia o pérdida no puede preverse o cuantificarse al momento de celebrar una operación en moneda extranjera, pues hasta el momento del pago de la misma el tipo de cambio pudo haber variado (...).

(...) la imputación de la diferencia de cambio con ganancias o pérdidas del ejercicio no sólo constituye una solución técnica tendente a corregir o atenuar la distorsión que provoca la fluctuación o volatilidad de la moneda nacional en la determinación de la utilidad comercial en el curso de un período, sino que también permite mesurar el impacto (positivo o negativo) de dicha volatilidad monetaria en el patrimonio de la empresa (...).”

Asimismo, el Tribunal Fiscal en la Resolución N° 1003-4-2008 ha indicado:

“(...) que al generarse tal diferencia en un ajuste por efecto de la variación del valor de la moneda en el tiempo y no en operaciones efectuadas por los contribuyentes a efectos de generar o mantener la fuente o renta gravadas, carecen de naturaleza de gasto como lo define el artículo 37 de la Ley, constituyendo en realidad, la diferencia negativa, una pérdida deducible para efectos tributarios (...).

(...) que la imputación de las diferencias de cambio como ganancias o pérdidas del ejercicio debe efectuarse a fin de corregir o atenuar la distorsión que provoca la fluctuación o volatilidad de la moneda nacional en la determinación de la utilidad comercial en el curso de un período (...).”

En consecuencia, teniendo en cuenta el artículo 61 de la LIR y las Resoluciones citadas podemos concluir que los resultados por diferencia de cambio deberán ser considerados como ganancia o pérdida sin im-

portar la operación con la cual dicha diferencia pudiera vincularse y si proviene tanto de operaciones habituales como de operaciones que no son realizadas de manera frecuente por el contribuyente o no corresponda al giro principal del negocio.

Dicho criterio ha sido recogido por la propia administración en el Informe N° 234-2009-SUNAT/2B000, en el cual la Administración Tributaria concluye “(...) de acuerdo con el análisis efectuado en el presente informe, el resultado correspondiente a la diferencia de cambio tiene una naturaleza distinta al resultado de la operación con la se encuentra vinculada dicha diferencia (...)”.

CONCEPTO DE RENTA

Con la finalidad de precisar el ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta, la doctrina ha elaborado múltiples teorías donde sobre todo concurren consideraciones de índole económica y financiera.

Sin embargo, a pesar de la variedad de definiciones de renta que podemos encontrar en la doctrina, son tres las más aceptadas para la imposición a la renta, las cuales son recogidas en la LIR: (a) teoría de la renta - producto;¹⁵ (b) teoría del flujo de riqueza;¹⁶ y, (c) teoría de consumo más incremento patrimonial.¹⁷

Según la teoría de renta - producto, es renta gravada aquella que proviene del capital, del trabajo y de la aplicación conjunto de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que derivan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos. Al respecto, Martín Villanueva Gonzalez,¹⁸ citando a Roque García Mullin, señala

¹⁵ Artículo 1 inciso a) de la LIR: “(...) el impuesto a la renta grava las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos”.

¹⁶ El criterio de flujo de riqueza se encuentra incluido en los incisos b) y c) del artículo 1 de la LIR, que incluyen, respectivamente, a las ganancias de capital y a otros ingresos que provengan de terceros establecidos en la Ley, como es el caso de las indemnizaciones por lucro cesante, señalados en el artículo 3 de la LIR.

¹⁷ Artículo 1 inciso d) de la LIR: “(...) el impuesto a la renta grava las rentas imputadas, incluyendo las de goce o disfrute, establecidas por esta Ley (...)”.

¹⁸ VILLANUEVA GONZÁLEZ, Martín, en la Ponencia Individual “Las Rentas Empresariales” de las VIII Jornadas Nacional de Derecho Tributario: Ámbito de Aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú.

que bajo esta teoría, sólo son categorizables como rentas los enriquecimientos que cumplan los siguientes requisitos:

- a. La renta debe ser un producto, es decir, debe tratarse de una riqueza nueva, separable de la fuente que la produjo. Consecuentemente, el mayor valor que experimenta un bien no puede ser considerado como una renta bajo esta teoría.
- b. La renta debe provenir de una fuente productora durable: La fuente debe ser capaz de mantener su capacidad para volver a generar la renta.
- c. La renta debe ser periódica, lo que implica que debe existir la posibilidad que la renta se genere de manera constante y regular. Cabe señalar que este requisito no es visto como algo concreto que deba ocurrir en la realidad sino solamente como algo posible o potencial. Consecuentemente, este requisito puede no ser cumplido y no por ello la renta deja de ser considerada como tal.

Así, se considera cumplida la periodicidad si potencialmente existe la posibilidad de que tenga lugar la repetición de la ganancia. Dicha posibilidad de reproducción del ingreso significa que la fuente productora del rédito o la profesión o actividad de la persona cuando, en este último caso, es la actividad humana la que genera la renta; pueden generar los mismos rendimientos, si se vuelven a habilitar racionalmente para ser destinados a fines generadores de renta.

En tal sentido, García Belsunce¹⁹ sostiene que “Constituye rédito aquel beneficio que corresponde al fin a que se destina el bien que lo originó, o que deriva de la actividad habitual del contribuyente, sin que tenga significación alguna la frecuencia de ese ingreso”.

Los requisitos de periodicidad y de existencia de una fuente permanente llevan a la consecuencia de que los resultados de las operaciones aisladas o accidentales están excluidos del gravamen.

- d. La fuente de la renta debe ser puesta en explotación, lo que significa que la fuente debe haber sido habilitada para producir la renta. Ello implica que la fuente debe haber sido voluntaria e intencionalmente puesta en aptitud de producir la renta, de manera que si se

¹⁹ GARCÍA BELSUNCE, Horacio, “El Concepto de Rédito en la Doctrina y en el Derecho Tributario”, Buenos Aires, Edición Depalma, 1967, Pág. 122.

obtiene un ingreso como consecuencia de un hecho fortuito no debe ser considerado como renta bajo la teoría de la renta - producto.

De lo expuesto, podemos concluir que sólo califican como renta, bajo la teoría renta - producto, los ingresos que cumplan los siguientes señalados: (a) que sean un producto; (b) que provengan de una fuente durable; (c) que sean periódicos; y, (d) que la fuente haya sido puesta en explotación.

Respecto de la teoría del flujo de la riqueza, debe indicarse que, a decir de García Mullin, se trata de un criterio más amplio que considera como rentas a la totalidad de los enriquecimientos que fluyen desde terceros hacia el patrimonio del contribuyente durante un periodo determinado. El ingreso puede ser periódico, transitorio o accidental. No es necesario que se mantenga intacta la fuente productora, pudiendo inclusive desaparecer con el acto de producción de la renta.

De tal modo, este criterio abarca todas las rentas consideradas como renta - producto y las otras rentas como las ganancias de capital realizadas, a los ingresos por actividades accidentales, a los ingresos eventuales y a los ingresos a título gratuito.

- a. Ganancias de Capital. - Se tratan de los ingresos obtenidos por la realización de bienes de capital. Estas ganancias no constituyen renta bajo la teoría de la renta producto, pues la fuente productora aquí es el bien vendido, que se agota (desaparece) con la producción de la ganancia. Sin embargo, para la teoría del flujo de riqueza constituyen ganancias comunes y corrientes gravables con el Impuesto a la Renta.
- b. Ingresos Eventuales y Extraordinarios. - Se trata de ingresos cuya producción es totalmente independiente de la voluntad de quien los obtiene. Se generan más bien como consecuencia de un factor aleatorio, por lo que no cumplen con los requisitos para ser considerados como renta producto.
- c. Ingresos a título gratuito. - Aquí se encuentran comprendidos los ingresos obtenidos de donaciones, legados o herencias.

Resulta importante señalar que el flujo de riqueza debe provenir de operaciones con terceros, es decir, con otros sujetos diferentes del beneficiario de la renta. Es así que, bajo la teoría de flujo de riqueza, no será renta el ingreso que no es producto de operaciones en el mercado, sino que proviene de un mandato legal, tales como las condonaciones, los subsidios y otros beneficios tributarios o económicos que conceda el Estado a los particulares con fines de incentivo.

Ahora bien, nos preguntamos qué se debe entender por “operaciones con terceros”. Según el diccionario de la Real de la Lengua Española,²⁰ el término operación se define como *negociación o contrato sobre valores o mercaderías*. De otro lado, Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual define al termino operación como *“la negociación sobre valores, especialmente si se celebra en bolsa”* y como *“contrato sobre mercaderías”*.

En nuestra legislación, los ingresos por “operaciones con terceros” se definen como aquéllos que provienen de la actividad de la empresa en sus relaciones con otras personas, bajo condiciones de igualdad.

Dicho criterio ha sido recogido por el Tribunal Fiscal en la RTF N° 614-4-99 que respecto a los ingresos provenientes de operaciones con terceros señala que:

“(...) son entendidos como los obtenidos en el devenir de la actividad de la empresa en sus relaciones con otros particulares, en las que los intervinientes participan en igualdad de condiciones y por lo tanto, consienten en el nacimiento de obligaciones (...)”

En tal sentido, podemos definir a la “operación con terceros” como la negociación que se realiza entre partes que intervienen de manera voluntaria de las partes.

Finalmente, la teoría del consumo más incremento patrimonial busca gravar el íntegro de la capacidad contributiva del sujeto, considerando renta a la suma de los consumos más el incremento del patrimonio al final del periodo.

Al respecto, García Mullin señala que *“(...) en este enfoque, para nada interesa saber si la renta fue producto de una fuente o no; ni siquiera interesa saber si provino de un flujo de riquezas desde terceros. Además de esos rubros, la renta, como corriente de satisfacciones, puede haber consistido en el consumo de bienes o servicios producidos por el mismo individuo o en el consumo de bienes durables adquiridos con anterioridad o en simples variaciones de valor que ha experimentado el patrimonio por cualquier causa que sea, entre el comienzo y el fin del período y aunque no se haya realizado mediante una operación con terceros (...)”*²¹

²⁰ www.rae.es

²¹ GARCÍA MULLIN, Roque. “Impuesto sobre la renta - Teoría y técnica del Impuesto”. Material de apoyo para los programas desarrollados por el Instituto de Capacitación Tributaria. Santo Domingo, octubre 1980. Pág. 20.

En tal sentido, no deberá importar si el incremento proviene de una fuente durable o de un tercero sino que sólo se dé, por lo que se incluyen otros ingresos además de los considerados bajo las otras dos teorías, destacando entre ellos los siguientes: (a) variaciones patrimoniales, que se tratan de cambios operados en el valor de los bienes de propiedad del sujeto, en un determinado periodo, sin importar las causas; y, (b) consumo, que considera como renta gravada el monto empleado por el sujeto en la satisfacción de sus necesidades.

LA DIFERENCIA EN CAMBIO COMO RENTA AFECTA

Nuestro análisis está dirigido a establecer si la diferencia de cambio, relacionada con financiamientos destinados a la adquisición de acciones emitidas por sociedades extranjeras, puede calificarse como renta de fuente peruana o extranjera o si, por lo contrario, no es posible atribuirle una fuente. Para ello, obviamente, es indispensable determinar si el beneficio obtenido se encuentra comprendido dentro del ámbito de aplicación del impuesto a la renta.

Para estos efectos, analizaremos a continuación cada uno de los criterios que definen la naturaleza de renta, para determinar si la diferencia en cambio puede enmarcarse en alguno de ellos.

a. Criterio de la renta - producto

Respecto a la teoría de la renta - producto, la renta deberá cumplir con los siguientes requisitos: (a) ser un producto; (b) provenir de una fuente durable; (c) ser periódica; y, (d) que haya sido puesta en explotación.

Ahora bien, la diferencia de cambio, la hemos definido como la variación positiva o negativa que se origina por el mantenimiento de activos y pasivos en moneda extranjera, en periodos en los que fluctúa la tasa de cambio entre el nuevo sol y la moneda extranjera.

Respecto al primer requisito, para que la renta sea considerada un producto, debe tratarse de un ingreso nuevo, distinto y separable de la fuente que la produjo. Ahora bien la diferencia de cambio, como hemos señalado no califica como un “ingreso” y menos un ingreso “nuevo”, consistiendo únicamente en la variación del valor (que en algunos casos, tal como lo dispone el artículo 61 de la LIR, puede afectar el costo de las existencias o activas); razón por la cual, no califica en nuestra opinión como un producto.

Respecto al segundo y tercer requisito, consistente en que la renta

provenza de una fuente durable y que sea periódica, ambos requisitos están relacionados con la posibilidad de mantener su capacidad para volver a generar el ingreso de una manera periódica. Estos requisitos, de periodicidad y de existencia de una fuente permanente llevan a la conclusión que los resultados de las operaciones aisladas o accidentales se encuentren excluidos de tal definición.

En el caso de la diferencia de cambio, debe tenerse presente que la ganancia que se obtiene proviene de una operación aislada o accidental, que no responde propiamente a transacción alguna de parte del contribuyente y sobre la cual la voluntad de este mismo, no tiene injerencia ni vinculación, dado que la ganancia se origina por la variación del tipo de cambio. En ese sentido, soy de opinión que la diferencia en cambio no cumple con ninguno de los requisitos mencionados.

Asimismo, respecto al requisito que la renta deba ser puesta en explotación, entendemos que no se da en el caso de la diferencia de cambio, toda vez que la “puesta en explotación” implica que la fuente generadora debe haber sido voluntaria e intencionalmente puesta en aptitud de producir renta. De esta forma, si se obtiene un ingreso como consecuencia de un hecho fortuito, éste no debe ser considerado como renta bajo la teoría de la renta-producto, supuesto éste que como hemos analizado, se verificaría en el caso de la diferencia de cambio, toda vez que la ganancia se produce por un hecho del cual la voluntad del contribuyente no tiene mayor injerencia; por lo tanto, tampoco se cumple este requisito tratándose de la diferencia en cambio.

Resulta claro entonces que los requisitos antes señalados no se cumplen en el caso materia de análisis, razón por la cual debemos descartar que el escenario planteado involucre un supuesto de renta - producto.

b. Criterio del Flujo de Riqueza

Bajo este criterio, como señalamos precedentemente, califica como renta gravada cualquier ganancia o ingreso derivado de operaciones con terceros.

Ahora bien, el inciso g) del artículo 1 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante, el Reglamento) señala que:

“(...) la ganancia o ingreso derivado de operaciones con terceros a que alude el último párrafo del artículo 3 de la Ley, se refiere a la obtenida en el devenir de la actividad de la empresa en sus relaciones con otros participantes, en las que los intervinientes

participan en igualdad de condiciones y consienten el nacimiento de obligaciones (...)”.

De la lectura citado artículo, y tal como lo hemos señalado en párrafos anteriores, es claro que sólo se podrá estar ante una “operación con terceros” en aquellos casos en los que en la transacción intervengan dos o más personas en igualdad de condiciones y consientes del nacimiento de obligaciones, hecho que no ocurre en la ganancia que se obtiene por la diferencia de cambio.

Si bien es cierto la diferencia de cambio en el supuesto planteado se origina de una operación, que en virtud a lo señalado no calificaría como una operación con terceros, como ya lo hemos indicado, la diferencia de cambio tiene una naturaleza distinta de la operación con la que se encuentra vinculada, en tal sentido sería incorrecto asumir que proviene de una operación con un tercero.

En efecto, el resultado que proviene de la operación con el tercero sería el pago de los intereses por el financiamiento, pero en ningún caso el resultado sería la ganancia obtenida por la variación del tipo de cambio. Tal como lo ha establecido el Tribunal Fiscal, la diferencia de cambio es un ajuste que se realiza por efecto de la variación del valor de la moneda en el tiempo y no en operaciones efectuadas por los contribuyentes.

Por las consideraciones expuestas, podemos concluir que el supuesto planteado no determina el reconocimiento de una renta gravada bajo el criterio de flujo de riqueza.

c. Criterio del consumo más incremento patrimonial

De acuerdo a este criterio, califica como renta todo incremento experimentado en el patrimonio de un contribuyente durante el ejercicio, a lo que debe agregarse los consumos efectuados durante el mismo periodo.

De la misma forma como ocurre con el criterio del flujo de la riqueza, el del consumo más incremento patrimonial sólo resulta de aplicación en los casos previstos por la norma tributaria.

De acuerdo a lo señalado por Humberto Astete Miranda,²² la Ley del

²² ASTETE MIRANDA, Humberto. Ponencia Individual: “¿Acciones recibidas con motivo de una fusión: ¿Generan renta gravada para el inversionista?” de las VIII

Impuesto a la Renta otorga incidencia tributaria a incrementos o disminuciones patrimoniales únicamente en supuestos excepcionales, previstos expresamente por la norma. Ello ocurre concretamente con las variaciones patrimoniales provenientes del resultado por exposición a la inflación (REI) tributario y de la fluctuación en el tipo de cambio.

Asimismo, se debe tener en consideración que de acuerdo a García Mullin:²³

“(…) cabe señalar que de acuerdo a la teoría del incremento patrimonial, se considera como renta (positiva o negativa) los cambios de valor (positivo o negativo) del conjunto de derechos de propiedad del individuo operados entre el comienzo y el fin de un periodo (…).”

En tal sentido, se puede concluir que la ganancia obtenida como consecuencia de la diferencia en cambio, califica como renta gravable en virtud de la teoría de incremento patrimonial más consumo, teoría recogida por nuestra ley del Impuesto a la Renta.

DETERMINACIÓN DE LA FUENTE

El artículo 6 de la LIR indica que *“(…) están sujetas al impuesto a la renta la totalidad de las rentas gravadas que obtengan los contribuyentes que, conforme a las disposiciones de esta Ley, se consideran domiciliados en el país, sin tener en cuenta la nacionalidad de las personas naturales, el lugar de constitución de las jurídicas, ni la ubicación de fuente productora (…).”*

De otro lado, el inciso a) del artículo 5 del Reglamento señala que: *“(…) los contribuyentes domiciliados en el país tributarán por la totalidad de sus rentas de fuente peruana y extranjera (…).”*

De las normas citadas se desprende que los domiciliados deberán tributar por la totalidad de sus rentas percibidas, tanto las rentas de fuente peruana, como las renta de fuente mundial.

Jornadas Nacionales de Derecho Tributario del Instituto Peruano de Derecho Tributario - IPDT: Ámbito de Aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú.

²³ GARCÍA MULLIN, Roque: “Manual del Impuesto a la Renta”. En: Separatas Temas de Tributación II - Maestría de Derecho Empresarial, Universidad de Lima. Pág. 20.

Ahora bien, el artículo 9 de la LIR²⁴ si bien enumera una serie de supuestos con los cuales califica cuándo estamos frente a una renta de fuente peruana, en el caso de definir cuándo estamos ante una renta de fuente extranjera, no existe norma expresa alguna, debiendo ser ello interpretado en aplicación del principio de interpretación en contrario.

En efecto, y sobre la interpretación en “sentido contrario” para definir la renta de fuente extranjera, podemos recurrir a la jurisprudencia en la medida que el Tribunal Fiscal en la Resolución N° 526-5-98 señaló que:

“(...) son rentas de fuente peruana entre otras, las originadas en el trabajo personal que se lleven a cabo en territorio nacional.

²⁴ Artículo 9°.- *“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: (a) Las producidas por predios y los derechos relativos a los mismos, incluyendo las que provienen de su enajenación, cuando los predios estén situados en el territorio de la República. (b) Las producidas por bienes o derechos, cuando los mismos están situados físicamente o utilizados económicamente en el país; (c) Las producidas por capitales, así como los intereses, comisiones, primas y toda suma adicional al interés pactado por préstamos, créditos u otra operación financiera, cuando el capital esté colocado o sea utilizado económicamente en el país; o cuando el pagador sea un sujeto domiciliado en el país; (d) Los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades, cuando la empresa o sociedad que los distribuya, pague o acredite se encuentre domiciliada en el país, o cuando el Fondo de Inversión, Fondo Mutuo de Inversión en Valores, Patrimonios Fideicometidos o el fiduciario bancario que los distribuya, pague o acredite se encuentren constituidos o establecidos en el país; (e) Las originadas en actividades civiles, comerciales, empresariales o de cualquier índole, que se lleven a cabo en territorio nacional; (f) Las originadas en el trabajo personal que se lleven a cabo en territorio nacional; (g) Las rentas vitalicias y las pensiones que tengan su origen en el trabajo personal, cuando son pagadas por un sujeto o entidad domiciliada o constituida en el país; (h) Las obtenidas por la enajenación, redención o rescate de acciones y participaciones representativas del capital, acciones de inversión, certificados, títulos, bonos y papeles comerciales, valores representativos de cédulas hipotecarias, obligaciones al portador u otros valores al portador y otros valores mobiliarios cuando las empresas, sociedades, Fondos de Inversión, Fondos Mutuos de Inversión en Valores o Patrimonios Fideicometidos que los hayan emitido estén constituidos o establecidos en el Perú; (i) Las obtenidas por servicios digitales prestados a través del Internet o de cualquier adaptación o aplicación de los protocolos, plataformas o de la tecnología utilizada por Internet o cualquier otra red a través de la que se presten servicios equivalentes, cuando el servicio se utilice económicamente, use o consuma en el país; y, (j) La obtenida por asistencia técnica, cuando ésta se utilice económicamente en el país”.*

Que en este orden de ideas y atendiendo al criterio adoptado por la Ley nacional se puede extraer una segunda regla y es que las rentas originadas en el trabajo personal que se desarrolla fuera del territorio nacional son rentas de fuente extranjera, no siendo necesario que esto último conste de manera expresa en la Ley (...)”.

De la citada resolución se desprende que la Administración Tributaria ha adoptado el criterio “contrario sensu” para definir lo que debemos considerar como renta extranjera.

Teniendo en consideración lo expuesto, tal como hemos manifestado en los párrafos previos de la presente ponencia, la diferencia de cambio tiene su origen en la fluctuación del valor de la moneda nacional respecto al valor de la moneda en la cual se realizó una determinada transacción u operación, pero no en el desarrollo mismo de dichas operaciones y que el reconocimiento de la ganancia o de la pérdida en la renta neta se debe a un mandato legal bajo el concepto de la teoría de incremento patrimonial.

En ese sentido, tratándose del reconocimiento de una situación del mercado, el origen de dicha ganancia en nuestra opinión se encuentra dada por la regulación o normatividad del territorio que ordena su reconocimiento y regula el registro de la misma.

En efecto, como es de conocimiento general, este tipo de ganancias únicamente operan o se verifican en la medida que exista una norma que obligue así a reconocerlo, por lo tanto si ese reconocimiento debe plasmarse en un determinado registro, pues será el territorio en el cual se deba realizar el registro aquél que determine el origen y naturaleza de dicha renta.

Por lo tanto, en nuestra opinión, siendo que el registro de la sociedad peruana (contribuyente) responde a las normas y reglas peruanas y que por tanto, el endeudamiento para la adquisición de acciones de sociedades extranjeras se “registrará” en el Perú, la diferencia en cambio que origina el “registro” de operaciones en moneda extranjera, calificará como renta de fuente peruana, en la medida que se origina por mandato de la ley peruana y se controla y registra bajo la normatividad peruana.

En efecto, recordemos que la ganancia por diferencia en cambio surge como consecuencia de haber celebrado transacciones en una moneda distinta de aquélla de uso o giro legal, con lo cual, las fluctuaciones

que son aquéllas por las cuales se originan tanto las ganancias como las pérdidas, tienen efecto en los resultados de las sociedades o de un determinado contribuyente para efectos tributarios y contables, únicamente por la obligación legal de contabilizar las transacciones en moneda de curso legal.

Es por estas consideraciones que en nuestra opinión, las ganancias o pérdidas por diferencia de cambio que tengan vinculación con operaciones que generan rentas de fuente extranjera, no pueden considerarse dentro de los alcances del artículo 51 de la LIR,²⁵ precisamente porque como lo hemos manifestado, la naturaleza de los resultados por diferencia en cambio es distinta a la de los resultados provenientes de tales operaciones.

CONCLUSIONES

1. El reconocimiento de una ganancia o pérdida por diferencia en cambio responde a un mandato legal relacionado con la obligación de registrar las transacciones a un tipo de moneda corriente o legal y a la existencia de transacciones realizadas en otro tipo de moneda.
2. La fluctuación en el tipo de cambio como consecuencia de la comparación entre el valor al cual se adquirió el compromiso y el valor al cual se encuentra la moneda en un determinado momento, por lo general al cierre del ejercicio, origina como consecuencia de esta mecánica, el reconocimiento de una ganancia o una pérdida.
3. La diferencia en cambio no puede ser considerada de la misma naturaleza que la operación a la cual se encuentra vinculada, debiendo tratarse como un supuesto independiente, no compartiendo la naturaleza que tenga la operación subyacente o que le da origen.
4. Tratándose del caso específico de una operación de endeudamiento para la adquisición de acciones emitidas por sociedades del exterior, la naturaleza de fuente extranjera que pudiera dicha transacción no alcanza a la diferencia en cambio que pudiera resultar

²⁵ Artículo 51.- *“Los contribuyentes domiciliados en el país sumaran y compensaran entre sí los resultados que arrojen sus fuentes productoras de renta extranjera, y únicamente si de dichas operaciones resultara una renta neta, la misma se sumará a la renta neta de trabajo o a la renta neta empresarial de fuente peruana (...) en ningún caso se computará la pérdida neta total de fuente extranjera, lo que no es compensable a fin de determinar el impuesto”.*

como consecuencia de la obligación de registrar la obligación en moneda corriente.

5. La diferencia en cambio siempre calificará como renta de fuente peruana dado que el origen de su registro y obligación es la norma peruana, operando la ganancia o la pérdida por efectos de la fluctuación de los valores como consecuencia del tipo de cambio y por la comparación que se hace de una a otra, siendo que el efecto de dicha comparación se plasma en el registro contable.
6. Siendo la diferencia de cambio un concepto tributariamente independiente de la transacción subyacente u operación inicial a la cual se encuentra vinculada, en el caso que como el materia de la presente ponencia responda al endeudamiento por la adquisición de acciones emitidas por una sociedad del exterior, en nuestra opinión, NO se encuentra sometida a las disposiciones que sobre rentas de fuente extranjera son reguladas en los artículos 50 y 51 de la LIR.
7. La diferencia en cambio califica como renta gravada, al encontrarse incluida dentro del criterio del consumo más incremento patrimonial.

Medidas Antielusivas en el Plano Internacional

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Un régimen de medidas antielusivas se encuentra siempre enfrentado a las políticas y criterios vinculados con el planeamiento o planificación fiscal, las cuales no son otra cosa que la aplicación y ejercicio del derecho de opción con el que cuentan los contribuyentes para, dentro de un marco de legalidad, elegir el camino menos oneroso para la ejecución y/o realización de las actividades generadoras de renta.

Desde hace algún tiempo se discute si la opción del contribuyente de alcanzar sus objetivos a través de la implementación y uso de mecanismos y figuras jurídicas que generen un menor pago de impuestos, califica como un procedimiento antijurídico y sancionable; siendo el planeamiento fiscal por lo general, el procedimiento con el cual se implementa este derecho.

En ese sentido, la calificación de los actos realizados por los contribuyentes para la consecución de estos fines, es reconocido como ELUSION FISCAL, la cual dependiendo de la forma como se lleve al plano concreto, podrá en nuestra opinión, ser pasible o no de cuestionamiento.

De acuerdo con ello, en nuestra opinión, la implementación de medidas antielusivas por parte de los Estados, encontraría sustento en la defensa de su derecho a recaudar los tributos, enfrentados al derecho de los contribuyentes a cumplir con la menor obligación tributaria posible, constituyendo un mecanismo de defensa contra aquellas situaciones que exceden a lo que desarrollaremos como economía de opción.

En efecto, al referirnos al término ELUSIÓN nos acercamos a diferentes situaciones, todas ellas sustentadas bajo un mismo principio “el contribuyente fija sus beneficios y elige una determinada alternativa que lo ayude a minimizar su exposición fiscal y la de su negocio”.

Estas medidas dependiendo de su implementación pueden consistir propiamente en el ejercicio del derecho de “economía de opción” o el uso de figuras y mecanismos forzados, frente a los cuales surgen las denominadas medidas antielusivas.

En términos generales, podemos afirmar que la elusión internacional trata de la identificación y elección de la normativa territorial más favorable para los intereses de los contribuyentes, buscada por éstos, no necesariamente para eliminar la presión tributaria sobre la actividad gravada; sino la determinación del ordenamiento jurídico más favorable, incluso cuyos beneficios sólo reditúan una reducción de la presión tributaria o sencillamente una tributación menor.

En nuestro caso, la legislación tributaria peruana no contiene un cuerpo orgánico especial que regule estos aspectos; de un lado, el tema de las medidas antielusivas en el plano internacional y de otro lado, disposiciones para determinar qué clase o con qué criterios se debe contar para que las medidas de planeamiento fiscal (economía de opción) no resulten dentro de aquellos supuestos a eliminar vía normas o disposiciones antielusivas.

En efecto, en nuestro país, las normas o disposiciones antielusivas, salvo aquéllas aplicables en el plano internacional que normalmente se encuentran contenidas en los CDI celebrados entre los distintos Estados, se encuentran incorporadas de manera dispersa en la ley del Impuesto a la Renta, y no son otra cosa que disposiciones destinadas a reducir y/o minimizar las posibles estrategias tendentes concretar una obligación tributaria menor a la que los contribuyentes podrían encontrarse afectos en caso de no hacer nada.

Si bien, a diferencia de diversos países, principalmente miembros de la Comunidad Europea, nuestra legislación no cuenta con normas especiales antielusivas, ya sea a través de normatividad expresa o mediante sentencias y/o pronunciamientos jurisprudenciales. Sin embargo, conceptos como el fraude a la ley, abuso del derecho, o economía de opción, son términos que cada vez con mayor reiterancia suelen ser citados.

Los aspectos que suelen ser recurrentes en los procesos de planeamiento fiscal, son aquéllos relacionados con la personalidad jurídica, el domicilio, la residencia, etc.; y en el plano internacional, el sometimiento a determinados regímenes o el aprovechamiento de convenios celebrados entre Estados bajo la condición de residentes. Sin embargo, cada vez y con mayor frecuencia, encontramos situaciones en las que las sociedades o empresas trascienden el territorio de sus países de residencia ya sea directamente a través de establecimientos permanentes o sucursales, o de manera indirecta a través de subsidiarias, sin que ello responda exclusivamente a un aspecto de planeamiento fiscal o a motivaciones de orden tributario.

En efecto, la identificación de un determinado territorio, la adopción de una determinada forma jurídica o el sometimiento a un régimen legal específico, responde tanto a consideraciones de orden mercantil, como comercial y por supuesto, también a consideraciones de carácter tributario, que no necesariamente se encuentran impresas de un elemento elusivo de la obligación tributaria.

La existencia de regulaciones con normas especiales y distintas unas de otras y la constante globalización de la actividad empresarial, y por consiguiente de la actuación de las sociedades en los mercados económicos, llevan a los distintos agentes económicos a la búsqueda mecanismos y la verificación de situaciones que les resulten lo más convenientes posibles desde todo punto de vista, siendo claro que uno de los principales aspectos en los cuales se trata de obtener la mayor de las conveniencias, es el aspecto tributario.

Es justamente este enfrentamiento entre el derecho del contribuyente de optimizar sus recursos y el derecho del Estado a no ver reducido o perjudicado su derecho recaudatorio, el que sustenta la regulación de manera objetiva de medidas destinadas a combatir el uso de ciertas figuras y situaciones por las cuales se busque reducir la presión tributaria y con ello, se menoscabe el derecho del Estado a recaudar los tributos que le corresponden, luego de verificado el hecho imponible.

Pero para esto, un cuestionamiento indispensable por formular es aquél referido al hecho de si TODO acto tendente a la reducción de la presión tributaria o la minimización de los costos tributarios deben ser materia de revisión o regulación bajo regímenes para evitar o prevenir la elusión fiscal.

Este cuestionamiento, en nuestra opinión resulta fundamental, toda vez que, como lo desarrollaremos en las líneas siguientes, compartimos la posición de aquéllos que sostienen que sólo aquellas figuras que representen figuras abusivas del derecho deben ser materia de regulación bajo el término de regímenes para evitar o prevenir la elusión fiscal, mientras que figuras enmarcadas en el denominado principio de “economía de opción”, no merecerían dicho tratamiento.

En efecto, desde el profesor Duverger encontramos esta diferenciación en el sentido que él reconocía la existencia de la figura de la EVASIÓN FISCAL y la diferenciaba de la EVASIÓN LEGAL, según la cual “*ésta se producía sin transgredir norma legal alguna*”.²⁶ Dentro de los su-

²⁶ En VILLEGAS, Héctor. “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario”.

puestos que conllevan este tipo de operaciones se encuentran por ejemplo aquéllos en los que el beneficio es encontrado a través de las denominadas lagunas legales, la falta de adecuación a la circunstancia concreta prevista por la ley como supuesto de configuración del hecho imponible, etc.

Pero esta diferenciación se basaba en la determinación de cierta conducta delictiva, es decir, la EVASIÓN -como la definía el Prof. Héctor Villegas-²⁷ es *“toda eliminación o disminución de un monto tributario producida dentro del ámbito de un país por parte de quienes están jurídicamente obligados a abonarlo y que logran tal resultado mediante conductas fraudulentas u omisivas violatorias de disposiciones legales”*.

El tema de la ELUSIÓN resulta más difícil de delimitar, en la medida que a diferencia de la EVASIÓN LEGAL como la entendía Duverger, ésta tiene que ver o encuentra sus límites en la aplicación de la economía de opción y muchas veces se vincula con un elemento subjetivo de difícil determinación. Se trata entonces de establecer cuándo el desarrollo de alternativas jurídicas plenamente válidas pueden ser concebidas de manera negativa, como procedimientos antijurídicos, destinados a lograr un menoscabo en el derecho de recaudación de un determinado Estado.

El principio de “economía de opción” se sustenta en el derecho que tiene todo contribuyente de realizar su actividad tratando de configurar y utilizar los mecanismos que le resulten menos onerosos para sus propios intereses; es decir, partiendo del supuesto que “nadie está obligado a elegir el mecanismo más gravoso para sus intereses”.

Este es justamente el aspecto principal del presente trabajo, ¿debe nuestra legislación contener este principio de libertad o por el contrario se debieran regular normas y disposiciones que obliguen a los contribuyentes a implementar sus actividades a través de los mecanismos que la autoridad fiscal considere más conveniente para sus propios intereses recaudatorios en menoscabo de los intereses de los contribuyentes?

Un concepto adicional, íntimamente vinculado al de “economía de opción” es el de “planificación o planeamiento fiscal” y en relación a dichos conceptos, los de “abuso del derecho” o “fraude de ley”.

De Palma 5ta. Edición 1994. Buenos Aires Argentina. Pág. 383.

²⁷ En VILLEGAS, Héctor. Ob. Cit. Pág. 382.

En nuestra opinión, y así lo desarrollaremos más adelante, las medidas implementadas bajo el principio de economía de opción que no conlleven en sí mismas elementos que configuren abuso del derecho o fraude de ley, no deben ser enmarcadas dentro de figuras reguladas y restringidas.

En rigor, compartimos la opinión de los que, como Alejandro Altamirano,²⁸ consideran que una determinada conducta será sancionable dependiendo del operador jurídico, pues “*el contribuyente -sin recurrir a métodos antifuncionales que puedan encuadrar su conducta como violatoria de la Ley-, tratará de encontrar todas las vías que la ley le autorice para contribuir de la forma más económica posible*”.

La economía de opción, como señala Alejandro Altamirano,²⁹ se presenta entonces como la manera o modalidad de materializar la elusión tributaria, a través la interpretación razonable de la norma tributaria, el contribuyente puede esgrimir evidencias en tal sentido y desplegar un negocio jurídico con una estructura apta ofrecida por el derecho privado, el mejor impacto tributario que así logre, no es reprochable en forma alguna.

El tema de la elusión fiscal internacional, no es otra cosa que la búsqueda de los Estados en lograr ampliar la materia impositiva alcanzada por sus respectivos poderes, de forma tal que mayores contribuyentes se vean obligados a contribuir a determinados Estados aun cuando no fuesen sus residentes pero cuyo elemento de conexión resulta ser algún tipo de vinculación con aquellos contribuyentes que sí cuentan con la condición de residentes de dicho Estado.

Es justamente esta confrontación entre Estado y contribuyente, la que da origen a determinar si determinadas conductas deben ser eliminadas, neutralizadas o simplemente desconocidas, para reconocerle los efectos que la ley quiere otorgarle a determinadas transacciones en beneficio del proceso de recaudación fiscal.

Como señala el profesor Guillermo Teijeiro³⁰ “*las Normas Anti Elusión*

²⁸ ALTAMIRANO, Alejandro y RUBINSKA, Ramiro (coordinadores). “Derecho Penal Tributario”. Tomo I. Marcial Pons. 2008. Buenos Aires Argentina. Pág. 207.

²⁹ ALTAMIRANO, Alejandro y RUBINSKA, Ramiro (coordinadores). Ob. Cit. Pág. 208.

³⁰ TEIJEIRO O, Guillermo. “Interpretación Económica de las Normas Tributarias”. José Osvaldo Casás (coordinador). Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.

buscan prevenir, disuadir o neutralizar el uso de formas legales no naturales para estructurar los negocios y operaciones de un contribuyente, de forma tal que se minimice o reduzca el impuesto a pagar. Esta práctica no debe ser confundida con la evasión fiscal. La cual generalmente envuelve el uso de medios ilegales para el logro del mismo fin”.

Debemos reiterar que dentro de estos elementos uno que debe ser rescatado es el hecho que en principio, no puede exigírsele a un contribuyente el que busque realizar o ejecutar sus acciones a través de los mecanismos y figuras jurídicas más onerosas para sus intereses, sólo por el hecho que el Estado así lo requiera.

Así, la EVASIÓN es aquélla que emula efectivamente situaciones y condiciones contrarias al derecho, en tanto que la ELUSIÓN para nuestro entorno, obedece al derecho del contribuyente de obtener la menor exposición posible. Se trata en consecuencia de utilizar aquellas herramientas que ofrece el derecho para el pago de la menor obligación.

NECESIDAD DE IMPLEMENTAR NORMAS ANTIELUSIVAS

La pregunta es de suma importancia, en la medida que lo primero que debemos determinar es si contamos o no con este tipo de herramientas y si no contamos con ellas, cuál debiera ser el procedimiento a seguir en caso nos encontremos frente a un hecho de esta naturaleza.

Como hemos ya anticipado estas normas son aquéllas que buscan prevenir, disuadir o neutralizar el uso de formas legales no naturales para estructurar los negocios y operaciones de un contribuyente, logrando la reducción del impuesto a pagar.

En ese sentido, uno de los primeros elementos sobre los cuales se debe reflexionar, es cuál es la obligación debida, o a qué nos referimos con la “reducción” del impuesto, y aquí es donde podremos ubicar nuestra posición.

En efecto, entendemos que el concepto de “reducir la obligación” puede implicar tanto aquel supuesto en el que uno disminuye la obligación debida o como aquél en el cual se busca cumplir con la menor obligación exigible.

En el primer caso, estamos ante la determinación previa de la obliga-

ción y se buscan los mecanismos tendentes a confirmar esa obligación pero bajo un importe menor, mientras que en el segundo caso, de lo que se trata es de lograr la finalidad debida utilizando las figuras que generen la “menor obligación posible” de forma tal que el pago o cumplimiento fiscal se realice exactamente por lo debido.

El segundo de los casos comentados se enmarca dentro del principio de “indisponibilidad de la obligación tributaria” según la cual, el acreedor no puede dejar de cobrarla ni el acreedor de pagarla, pero sólo en la medida, condiciones y alcances establecidos en la Ley; razón por la cual en la aplicación de este principio se involucra también el principio de reserva de ley.

Ahora bien, definida la existencia de un enfrentamiento en el campo jurídico del derecho del contribuyente al pago de la menor obligación tributaria a la cual se pueda encontrar afecto y el derecho de los Estados al cobro de la obligación tributaria limitada a lo estrictamente señalado en la Ley, es necesario comentar la existencia y/o necesidad de que existan dispositivos o normas antielusivas, si éstas son aplicadas al campo del derecho tributario internacional.

En ese sentido, como hemos comentado inicialmente, nuestro ordenamiento contiene diversas disposiciones relacionadas con el particular de manera dispersa en el texto de la Ley del Impuesto a la Renta, pero la principal en nuestra opinión, se encuentra en el texto del Código Tributario. En efecto, nos referimos al principio de realidad económica, recogido en la Norma VIII del Título Preliminar.

En aplicación de este principio, se busca que predomine la sustancia respecto a la forma -*substance over form*-. Se pretende desechar la forma jurídica que un contribuyente haya elegido para llevar a cabo un determinado acto, cuando ésta no coincida de manera debida con la que el derecho privado prevea para alcanzar de manera correcta y completa, la intención económica subyacente en el referido acto.

Ahora bien, para su aplicación consideramos que es necesario el determinar cuándo se aplica o cuándo se lleva a ejecución dicho principio, en la medida que “todos” los actos no pueden ser sometidos permanentemente a este tipo de juicios, pues ello llevaría a concluir que “*per se*”, todo acto amerita ser despojado del ropaje jurídico con el cual se encuentre investido. En ese sentido, somos de opinión, que para la aplicación de este principio en el campo objetivo, debemos encontrarnos ante una manifestación evidente, de falta de coincidencia total e integral, entre la forma jurídica elegida y la real intención económica.

Por otro lado, existe igualmente la limitación a la aplicación de este principio sustentado en el hecho que, siendo la voluntad del Estado recaudar el tributo en un grado superior, es posible que en la práctica el principio sea ejecutado de manera poco justa y de manera excesiva, pudiéndose presentar situaciones de ampliación o extensión del hecho imponible, de forma tal que se recharactericen nuevas formas de negocios, logrando en consecuencia vulnerar el principio de reserva de ley.

De lo expresado, queda clara la necesidad de contar con límites a la aplicación del principio de realidad económica, siendo uno de ellos el de reserva de Ley, el cual obliga al fisco a mantener vigente la aplicación exacta de la norma positiva, sin posibilidad de manejarla a favor de una postura de ampliación de potestad recaudatoria.

Lo que se debe buscar con la aplicación de este principio, es el desecharlo o simplemente no considerarlo como tal, la forma jurídica utilizada por el contribuyente en un determinado acto o negocio jurídico, cuando el contribuyente ha utilizado formas jurídicas o legales que son *manifiestamente inadecuadas* para caracterizar o concretar su intención económica.

Como expresa el profesor Guillermo O. Teijeiro³¹ *“las normas antielusión sólo autorizan la re-caracterización, cuando las formas legales empleadas son distorsionadas, esto es, cuando ellas no se adecúan, de acuerdo a su naturaleza o características definidas por el derecho privado, a la intención económica real del contribuyente”*.

Puede entonces colegirse que, el elemento primordial para la aplicación de este tipo de medidas antielusivas, es la determinación de la existencia de una distorsión clara y manifiesta entre la figura jurídica o el ropaje jurídico dado por el contribuyente y la intención económica subyacente en el acto o negocio jurídico, y si el derecho privado contempla una ropaje jurídico o una figura jurídica distinta para caracterizar ese contenido económico subyacente.

Así, se puede llegar a la conclusión entonces que la evidente distorsión, por la cual se requerirá abandonar el ropaje jurídico pretendido por el contribuyente, requiere de la verificación de la existencia de elementos como el ***fraude de ley, el abuso del derecho y la simulación***.

Según el profesor español De Castro³² se entiende por fraude de ley *“el*

³¹ TELJEIRO, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 525.

³² En “Interpretación Económica de las Normas Tributarias”. José Osvaldo Casás

intento de amparar el resultado contrario a una ley en otra disposición dada en verdad con una finalidad diferente. El negocio en fraude a la ley consiste en utilizar un tipo de negocio o un procedimiento negocial con el que se busca evitar las normas dictadas para regular otro negocio: aquél, precisamente, cuya regulación es la que corresponde al resultado que se pretende conseguir con la actividad puesta en práctica”.

En la actualidad, la legislación tributaria española recoge el término de “conflicto en la aplicación de la norma tributaria” para ejemplarizar figuras de abuso de las formas jurídicas y la inexistencia de propósitos de negocios ajenos al fiscal, como datos para la desestimación de las formas adoptadas por el contribuyente.³³

Las figuras más frecuentes de este tipo de situaciones en las que se verifica el fraude de ley son por ejemplo: la adquisición de acciones de una sociedad y su posterior disolución para hacerse de los activos; la generación de pérdidas y ganancias derivadas de las ventas de acciones entre empresas vinculadas; las ventas con pacto de retroventa, etc.

De otro lado, para MOSETT ITURRASPE³⁴ *“los negocios abusivos y los negocios fraudulentos (in fraude legis) tienen mucho en común. Pero mientras en los negocios abusivos la norma es aplicada y hecha servir de medio a un fin que no es el suyo (en un ejercicio irregular o antifuncional), en los in fraude legis, una norma es rodeada, evitada y relegada su aplicación, haciéndolo con otra en su lugar, al menos en la medida en que no es aplicable la primera. Mientras la ilicitud de los negocios abusivos proviene de poner en ejercicio derechos contrariando los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos, la ilicitud de los in fraude legis deviene de comparar dos resultados prácticos: el que la ley veda por considerar contrario a la moral social o al orden público, y el que las partes tratan de conseguir y de arribar a la conclusión acerca de su analogía”.*

Una de las formas que constituyen mayor expresión del abuso del derecho en el campo tributario, es el abuso de la persona jurídica; consistente en el hecho que por su intermedio se posibilita la burla a una disposición legal, una obligación contractual o se causa un perjuicio a

(coordinador). Ob. Cit. Pág. 93.

³³ “Interpretación Económica de las Normas Tributarias”. José Osvaldo Casás (coordinador). Ob. Cit. Pág. 95.

³⁴ En “Interpretación Económica de las Normas Tributarias”. José Osvaldo Casás (coordinador). Ob. Cit. Pág. 97.

terceros.

Para ALBERTO TARSITANO mediante la simulación tributaria se pretende evadir los efectos fiscales del hecho imponible verificado sobre el acto disimulado, que permanece oculto con pretensión de indemnidad, pudiendo ser absoluta o relativa, total o parcial; pero siempre está motivada en transgredir el hecho imponible que se pretende evitar mediante tal simulación.

Ahora bien, siendo el principio de “realidad económica” o de substance over form el de mayor injerencia en todas las legislaciones, no quiere decir que sea la única medida antielusiva que puede contener la legislación positiva de un determinado país. Existen muchas otras generalmente dispersas en una determinada norma e incluso en distintas normas de una determinada legislación.

En efecto, normas o disposiciones como: normas de deslocalización de residencia, normas de sub-capitalización, normas sobre transparencia fiscal internacional, normas anti paraísos fiscales, disposiciones sobre Precios de Transferencia, normas reglamentarias de operaciones back to back, etc.

En el plano internacional, lo que se busca a través de las medidas anti-abuso o medidas para evitar la elusión, es que los Estados hagan frente a las construcciones legales -“andamiajes jurídicos”- que puedan estructurar los contribuyentes, con la finalidad de pagar el menor de los impuestos en todos los países o Estados en los que operen o en los que sin operar se vinculen justamente para lograr estar cubiertos por la legislación vigente en dicho territorio.

Las medidas antielusivas en el plano internacional -como señala MAROTO SAEZ, AMELIA³⁵ se enmarcan dentro de los objetivos planteados por los Estados para facilitar las transacciones internacionales de sus residentes y de evitar la doble imposición internacional de las rentas de fuente extranjera, como también en el objetivo de proteger sus ingresos tributarios recaudando exactamente todos los ingresos asociados a hechos imposables respecto de los que el Estado en cuestión tenga competencia tributaria para su gravamen.

³⁵ INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES. “Medidas antiabuso en los Convenios para Evitar la Doble Imposición Fiscal”. Agencia estatal de Administración Tributaria. Doc. N° 22/05. 2005 Pág. 5.

En ese orden de ideas, en el plano internacional, los Convenios para evitar la doble imposición fiscal, desarrollados bajo el modelo OCDE, constituyen igualmente medidas tendentes a evitar la elusión fiscal.

En efecto, conforme se puede apreciar del comentario 7 al artículo 1 del Modelo de Convenio de la OCDE *“el objeto principal de los convenios de doble imposición es promover, por medio de la eliminación de la doble imposición internacional, los intercambios de mercancías y de servicios, y los movimientos de personas y capital. Asimismo, es propósito de los convenios prevenir la elusión y evasión fiscal”*.

Atendiendo a ello, los CDI contienen normas y disposiciones generales y específicas que buscan eliminar o minimizar el uso abusivo y la utilización de andamiajes jurídicos sin sustento real, con la única finalidad que determinados entes gocen de los beneficios que pueden proporcionar los convenios celebrados entre los distintos Estados, y sin cuyo andamiaje no les serían de aplicación y/o alcanzarían los efectos de las disposiciones así aplicables.

Dentro de las normas que contienen los CDI encontramos las disposiciones sobre el domicilio o residencia. Esta es una de las principales normas para evitar la elusión fiscal, en la medida que establece una serie de requisitos para poder definir a un determinado contribuyente como residente de un Estado contratante y como consecuencia de ello, hacerle extensivo los beneficios previstos por la aplicación de la regulación interna de cada Estado contratante. En efecto, es justamente el domicilio o residencia el elemento que permite acceder al tratamiento previsto en un determinado CDI.

Tratándose de normas específicas encontramos a las denominadas anti treaty-shopping, cláusulas de “beneficiario efectivo”, las de limitación de beneficios, y aquéllas que regulan los temas sobre residencia, todas ellas tendentes de alguna manera a restringir o anular la utilización de meras sociedades conductoras o instrumentales para poder acceder a los beneficios otorgados por un determinado CDI.

En efecto, en el plano internacional se suele distinguir tres grandes grupos de medidas antielusivas, a) aquéllas que buscan evitar la utilización de *ABUSIVA* del CDI a través de sociedades instrumentales: Cláusula de Transparencia, Cláusula de Tránsito, Cláusula del Beneficiario Efectivo; b) aquéllas dirigidas a sacar del ámbito de la aplicación del CDI a entidades que tributan en un régimen privilegiado: Cláusula de Exclusión, Cláusula de Sujeción; y c) otras cláusulas dentro de las cuales la más importante es la de Treaty Override.

El treaty shopping

Tratándose del Treaty Shopping, éste se puede definir como “*la utilización incorrecta o abusiva de CDIs, que se produce cuando residentes de un tercer Estado crean una entidad jurídica en uno de los dos Estados contratantes con el objeto de beneficiarse de los tipos reducidos de las retenciones y otros beneficios fiscales, a los que no habrían tenido derecho de actuar directamente*”.³⁶

Como se puede interpretar, tratándose de situaciones de Treaty Shopping nos encontramos frente a figuras en las cuales se utilizan las denominadas “sociedades vehículo o Conduit Company” la cuales son utilizadas por sus accionistas domiciliados en Estados distintos de aquéllos que han celebrado el CDI y que controlan y manejan la sociedad vehículo constituida o domiciliada ella sí en uno de los Estados firmantes del CDI.

En ese sentido, en este tipo de situaciones lo que se verifica es un Estado en el que se encuentran domiciliados los accionistas que controlan a la sociedad vehículo y que no es parte del CDI celebrado; un Estado en el que domicilia la sociedad vehículo y; un tercer Estado en el que se desarrolla la actividad generadora de rentas (Estado fuente); estos dos últimos son partes en el CDI celebrado.

Se trata entonces de canalizar los resultados generados en el Estado de la fuente a través del Estado de domicilio de la sociedad vehículo obviamente con reducción de costos tributarios o concesión de beneficios hacia el Estado de domicilio de los accionistas de la sociedad vehículo, los cuales resultarían constituir el “*beneficiario efectivo*” de dichas rentas, quienes no tienen derecho de obtener las rentas con los beneficios que hayan sido de aplicación, de no ser por la intermediación de la sociedad vehículo o *conduit company*.

Sobre esa base se estructuran otros mecanismos o andamiajes jurídicos para obtener la finalidad deseada, por ejemplo el uso de sociedades base. Las operaciones realizadas bajo esta modalidad implican la uti-

³⁶ Definición de M.A. Cavestany Manzanedo. “El Treaty Shopping en el modelo de convenio de la OCDE de 1992”, Impuestos, 1993/ II Pág. 94, Citada por SERRANO ANTON, Fernando, “Medidas Antiabuso en los Convenios Para Evitar la Doble Imposición Internacional”. En: Medidas Anti-Abuso en la Normativa Interna Española y en la Los Convenios Para Evitar la Doble Imposición Internacional y su Compatibilidad con el Derecho Comunitario. Instituto de Estudios Fiscales Madrid España 2002, Pág. 87.

lización de cuatro Estados, adicionándose en consecuencia, a la modalidad básica comentada en los párrafos, el de la sociedad base que por lo general se sitúa en un territorio de baja o nula imposición y es quien recibe rentas por el pago generalmente de rentas pasivas (comisiones, intereses, cánones, regalías, etc.). Se suele identificar a estas operaciones como “Operaciones Trampolín o Stepping Stone Strategy”.

Las medidas antielusivas previas en virtud de las cuales se suelen combatir este tipo de operaciones son:

- a) Las del *levantamiento del velo o de transparencia*, consistentes en limitar la aplicación de los beneficios contenidos en un CDI a determinadas sociedades, si sus accionistas o socios no fueran residentes o domiciliados en el Estado en el cual resida la sociedad o tenga ésta la condición de domiciliada;
- b) Las de *exclusión* consistente en no conceder los beneficios previstos por el CDI a las sociedades que gocen de beneficios tributarios especiales que se traduzcan en una menor carga tributaria; y,
- c) Las de *sujeción* consistente en limitar la aplicación de los beneficios de un CDI en la medida que las rentas generadas en el Estado fuente se encuentren sujetas a gravamen en el Estado de residencia de la sociedad beneficiaria.

El beneficiario efectivo

Lo que se busca con esta cláusula es evitar que una sociedad que no es residente en ninguno de los Estados firmantes de un CDI acceda a los beneficios previstos en ese convenio, suponiendo que para alcanzar esta finalidad, se accede a interponer sociedades creadas ex profesa para estos fines. Se trata en consecuencia que quien sea el receptor de la renta proveniente del Estado fuente sea efectivamente el beneficiario final de la misma.

La limitación de los beneficios

Esta cláusula tiene como presupuesto principal y especial el de beneficiar con el CDI a los residentes de los Estados firmantes y en ese sentido, se tratan de cláusulas que atribuyan los beneficios a residentes con determinadas características o que cumplan determinados requisitos o incluso que realicen una determinada acción.

Se trata en consecuencia de establecer previamente y señalar de manera clara el CUÁNDO un residente de un determinado Estado fir-

mante puede beneficiarse de las disposiciones del CDI.

Por lo general estas cláusulas establecen que para ser considerados “residentes beneficiarios” se requiera por lo menos que más del 50% de la sociedad pertenezca a personas residentes en ese Estado y que las rentas de las sociedades residentes en el “Estado de Residencia” no se destinen al pago de servicios u obligaciones a personas residentes en OTROS Estados que no sean los firmantes del CDI.

Cláusulas de residencia

Este tipo de cláusulas tienen como punto de partida la facilidad con la cual las sociedades pueden ser deslocalizadas, de forma tal que conciben disposiciones por las cuales la calidad de residente se mantenga por un determinado plazo sin variación o modificación alguna.

El treaty override

No es propiamente una cláusula antiabuso internacional en la medida que, de lo que se trata es de la aplicación de mecanismos UNILATERALES y no de pactos convenidos entre los Estados firmantes de un CDI. Se trata entonces de identificar aquellas medidas aplicadas por uno de los Estados firmantes que pueden ir incluso en contra de los términos mismos del CDI toda vez que lo que se busca es neutralizar el uso abusivo de los beneficios contenidos en el CDI, pero a través de normas de orden interno, y por lo tanto, unilaterales.

Es a la situación jurídica de transgresión de los principios básicos de la celebración de un convenio entre dos partes y la obligación concomitante que existe en respetar los acuerdos en él contenidos a la que se identifica con el término de *Treaty Override*.

Se trata entonces de llegar a un momento de contravenir las normas y disposiciones que informan el derecho internacional y propiamente la Convención de Viena sobre la celebración de tratados, en la medida que de acuerdo con los términos de la convención un Estado contratante *no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificatorias para proceder a la no ejecución del tratado, pues ello implica o supone violar el principio internacional de “**pacta sunt servanda**”*.

Una clasificación distinta pero igualmente importante sobre medidas antielusivas que implican o conllevan las figuras comentadas como forma de combatir el planeamiento o planificación fiscal abusiva, es aquella basada en la intención de los Estados de no ver erosionada su base imponible por la actividad o actitud de los contribuyentes. En ese

sentido, se puede agrupar las medidas para evitar dicho ejercicio, en: a) La Transparencia Fiscal Internacional; b) Régimen de atribución de rentas; y c) Normas de Valoración en Operaciones Vinculadas.

Tratándose de la *Transparencia Fiscal Internacional* lo que se busca es gravar en la sede o país de un determinado residente, las rentas obtenidas por entes constituidos en otro país, que gozan de beneficios tributarios pero que son controladas por los primeros. El procedimiento para llegar a tal propósito consiste en imputar como propia la renta de la entidad no residente al socio o titular residente para gravarlo.

Tulio Rosembuj sostiene que bajo la denominación de Transparencia Fiscal Internacional se aplica el impuesto sobre sociedades a sujetos pasivos por obligación personal que sean socios o controlen entidades no residentes, mediante la inclusión de las respectivas bases imponibles a determinadas rentas positivas, obtenidas fuera del territorio y que hubieran soportado una tributación inferior a la propia del Estado de residencia.

Bajo esta figura son dos los fines que se obtienen generalmente y contra los que se busca luchar: 1) evitar el desplazamiento y la acumulación de beneficios de sus residentes en otros Estados de baja presión fiscal incluyendo aquéllos de nula imposición, al amparo de sociedades aparentes y, 2) el diferimiento del impuesto a pagar en el Estado de residencia de los socios o titulares, mediante el reconocimiento de los beneficios conseguidos en otro Estado.

Como sostiene FRANCISCO CLAVIJO, se trata en consecuencia, del régimen a través del cual se busca someter a imposición ciertas rentas obtenidas en el extranjero mediante sociedades instrumentales controladas, con la finalidad de igualar la tributación de las rentas percibidas directamente respecto de las rentas acumuladas en tales sociedades instrumentales, evitando que la no distribución de resultados pueda dar lugar a un diferimiento de tributación.

Tres razones que sustentan el diferimiento y en su caso la evasión fiscal internacional:

- a) Encuentra justificación en la gravabilidad de un dividendo ficticio.
- b) Levantamiento del velo de la sociedad y la neutralización del abuso de las formas.
- c) Se fundamentan en que lo que se grava es la manifestación de capacidad contributiva.

En ese sentido, se puede afirmar que la transparencia fiscal internacional persigue las rentas pasivas y no las activas, pues estas últimas son generadas usualmente en países de baja imposición. Se incluyen en las primeras los dividendos, intereses, beneficios en general, mientras que entre las segundas estarían las derivadas de la actividad económica de producción de la sociedad.

Recordemos que la principal función de una *sociedad aparente* es la de recibir beneficios que sin su existencia serían percibidos directamente por el contribuyente y colocarlos a cubierto de la imposición en su país de residencia. (Informe OCDE).

Al respecto, ROSEMBUJ señala que los beneficios pueden quedar a cubierto si se pospone o retrasa su repatriación hacia el Estado de residencia del accionista. Los beneficios de la sociedad filial en el exterior no resultan gravados sino cuando son distribuidos como dividendo a la sociedad matriz.

En España, la aplicación de la Transparencia Fiscal Internacional ha quedado muy limitada pues tiene un carácter contrario al principio de *NO DISCRIMINACIÓN* impuesto por la normativa comunitaria, cuando la entidad no residente en España perceptora de las rentas sea miembro de la Comunidad Europea.³⁷

Tratándose de la *Atribución de Rentas*, podemos afirmar que, de manera análoga a lo anterior sobre rentas pasivas, algunas legislaciones recurren a normar las entidades en régimen de atribución de rentas, cuyo propósito radica en impedir la falta de imposición o el diferimiento de dicha gravabilidad de los miembros de esta clase de entidades.

Las rentas obtenidas por estas entidades o régimen de atribución de rentas atribuidas -valga la redundancia- a los socios, tendrán para cada uno de ellos, la naturaleza derivada de la actividad o fuente de donde proceden. Por tanto cuando los miembros de la entidad regulada por el régimen de atribución de rentas sean sujetos pasivos del impuesto a la renta en su propio país, podrán aplicar todas las deducciones que la legislación interna prevé en relación con las utilidades de fuente extranjera y así liquidar su impuesto.

De otro lado, en lo que respecta a las *Normas de Valoración en Operaciones entre Vinculadas*, podemos señalar que estas normas tienden a

³⁷ “Fiscalidad Internacional”. 2da Ed. Revisada. Fernando Serrano Antón. Centro de Estudios Financieros. Madrid. Pág. 710.

impedir que los contribuyentes difieran o reduzcan sus bases imponibles en relación con sus impuestos, aprovechando la posibilidad de la planificación internacional, a través de la utilización de intermediarios, con los cuales se encuentren vinculados.

Así se modifica el valor de los servicios cuando éste difiere del valor de mercado, lo que conlleva una divergencia en los precios para compararlo con aquél cobrado por empresas o sociedades no vinculadas, es decir, cuando se manipulan los precios pactados.

Estas operaciones incluyen cualquier tipo de operación y no se limitan a las operaciones corrientes, a las determinantes de ingresos o gastos, sino a cualquiera cuyo contenido consista en la concesión de una ventaja y también la adopción de medidas unilaterales de la sociedad como sería la condonación de deudas, la cesión de créditos sin contrapartida o el pago de facturas del socio.

La práctica del traslado de beneficios de un Estado a otro, en donde la tasa efectiva del impuesto a los beneficios sea menor, no hace más que plasmar un criterio de eficiencia económica. En la búsqueda de dicha eficiencia que se compadece con el derecho del contribuyente a optimizar el impacto fiscal, las compañías pueden generar el detrimento de los ingresos tributarios de un determinado país.

De lo desarrollado hasta este momento, podemos apreciar que, sea a través de nuestra legislación interna como de la legislación desarrollada a través de la celebración de los CDI que el Perú ha formalizado, si bien contando un modelo propio pero desarrollado bajo los criterios de la OCDE; nuestro país cuenta ya con medidas antielusivas, tanto en el plano interno como en el plano internacional, por lo que no consideramos que sea necesario regular de manera específica este tipo de medidas.

APLICACIÓN CONJUNTA A SITUACIONES INTERNACIONALES DE LAS MEDIDAS ANTIELUSIVAS INTERNAS COMO LAS INTERNACIONALES

Uno de los cuestionamientos que se hacen de manera regular, es si las normas antiabuso o antielusivas recogidas en la legislación interna de un país, pueden ser aplicadas a situaciones u operaciones internacionales, toda vez que ello calificaría como un acto UNILATERAL que vulneraría el principio del *pacta sunt servanda* recogido en la Convención de Viena sobre los Tratados.

La discusión en este aspecto puede centrarse en establecer si las normas internas pueden ser aplicadas en una relación con un contribuyen-

te residente de otro Estado con el que se mantiene suscrito un CDI, pese al hecho que dichas normas antielusivas no se encuentren contenidas expresamente en dichos convenios.

Sobre este aspecto consideramos que si bien no existe razón para no aplicar las normas antielusivas internas a un residente de un país contratante con el cual se mantenga un CDI vigente, su aplicación no podría contravenir ni el espíritu ni el objetivo trazado en el propio CDI.

Es decir, compartimos la opinión de aquéllos que señalan que si los contribuyentes residentes en otros Estados se involucran en operaciones que de haber sido realizadas por residentes del último Estado hubiesen ameritado una corrección o desnaturalización, no existe razón alguna para no aplicar las medidas antielusivas internas aun cuando ellas no se encuentren recogidas en el CDI siempre que ello no signifique una vulneración de los términos del mismo CDI dado que se trata de un acto unilateral.

En la doctrina actual, la solución a este cuestionamiento ha sido concebida bajo la idea de incorporar en los CDI una cláusula de cierre con la cual se incorporen al mismo todas aquellas cláusulas recogidas en el derecho interno, de forma tal que el residente del otro Estado pueda contar con todos los elementos con los cuales será medido dentro de un mismo texto.

En efecto, si bien estamos conscientes que desde un punto de vista estrictamente legal nuestra legislación le pone límites a la aplicación de la norma interna sobre las disposiciones de un convenio, dada la estructura jerárquica de nuestro ordenamiento jurídico que considera superior a los Convenios sobre las Leyes internas; en el fondo no debiera existir inconveniente alguno para la aplicación de dichas normas sólo por el hecho de tratarse de normatividad interna. Sí encontraría limitación como hemos manifestado en la medida que CONTRAVENGA las disposiciones mismas del CDI.

En el análisis de este aspecto, un elemento de suma importancia a tener en cuenta es la potestad del Estado y su soberanía fiscal para regular los aspectos relevantes de fiscalidad. Es decir, los Estados cuentan con el poder y facultad necesaria para regular y tener plena injerencia en los actos, transacciones u operaciones que lo vinculen con contribuyentes, sean éstos domiciliados, residentes o no.

Como bien señala el profesor GUILLERMO TEIJEIRO³⁸ “*el empleo de las normas antielusión sobre transacciones internacionales, no conduce necesariamente a un ejercicio ilegítimo de potestad tributaria (...)*”.

En consecuencia, si la aplicación de las normas antielusivas como hemos planteado, responden básicamente al derecho de un Estado a ejercer su potestad tributaria y como hemos planteado, tampoco se trata de una aplicación irrestricta de dicho derecho, pues la aplicación de las disposiciones locales a las transacciones internacionales debieran encontrar como freno las propias disposiciones contenidas en los CDI celebrados por el referido Estado, nos preguntamos, ¿qué sucede en aquellos casos en los que pese a no existir un CDI si existen transacciones u operaciones internacionales?

Consideramos que para la aplicación de las normas internas sobre elusión fiscal internacional deberá siempre existir algún tipo de conectividad con la potestad del Estado, por ejemplo la condición de residente de ese Estado llevaría a que exista siempre potencialidad de que el Estado ajuste las transacciones internacionales que realice un residente.

De la misma manera, por el lado de las rentas o ganancias, si las mismas se encuentran afectas en el Estado residente con independencia de la condición de domiciliado o residente que pueda tener el contribuyente, igualmente sería procedente la aplicación de las normas internas antiabuso o antielusivas.

Como se aprecia, los inconvenientes y la problemática de la aplicación de las normas internas antielusivas, se centra en dos aspectos, la potestad tributaria de un determinado Estado y sus límites para injerir y corregir los efectos de las transacciones internacionales aplicando normatividad local a transacciones internacionales; y la determinación de nexos de conectividad que hagan que dichas transacciones se vean incorporadas en el ámbito de aplicación de una determinada legislación local.

NECESIDAD DE MODIFICAR DISPOSICIONES LOCALES COMO CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN MEDIDAS ANTIELUSIVAS EN EL PLANO INTERNACIONAL

Como ha sido ya señalado, nuestra legislación interna contempla una serie de normas destinadas a evitar el uso abusivo de las figuras jurí-

³⁸ Ob. Cit. Pág. 549.

dicas, partiendo por el principio de realidad económica contenida en la norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario y siguiendo con diversas disposiciones normativas dictadas en ese sentido, contenidas en nuestra Ley del Impuesto a la Renta.

Nuestra legislación ha incorporado y hecho suyas, dentro de la legislación interna, las normas sobre Precios de Transferencia, aplicando incluso dichas reglas a transacciones entre contribuyentes domiciliados (claro está que sólo cuando alguno de dichos contribuyentes se encuentre en determinada situación tributaria especial).

Las normas de conexión para radicar en el Perú una determinada renta sujeta a la potestad tributaria del Estado peruano, se basan en el principio de universalidad, con lo cual la potestad tributaria del Estado encuentra amparo para su aplicación en el hecho que los contribuyentes domiciliados en el Perú tributan por sus rentas de fuente mundial.

En virtud de ello, no consideramos necesario modificar las disposiciones relacionadas con Precios de Transferencia, como tampoco el crear una normatividad expresa y especial que contenga normas antielusivas. Sin embargo, dado que la aplicación de las disposiciones internas la vemos procedente para regular también las transacciones internacionales y como hemos señalado, éstas no sólo se aplicarían a residentes en el Perú, sería importante que en los CDI que celebre el Perú se incorpore una cláusula de cierre que reconozca esta aplicación como un tema de transparencia.

Ahora bien, respecto a las normas contenidas en nuestra legislación, por las cuales se regulan las transacciones con contribuyentes domiciliados o residentes en territorios de baja o nula imposición, debe tenerse presente que la norma o medida antielusiva justamente es el NO RECONOCER los gastos originados por tales transacciones, salvo excepciones como: (i) transacciones de crédito; (ii) seguros o reaseguros; (iii) cesión en uso de naves o aeronaves; (iv) transporte que se realice desde el país hacia el exterior y desde el exterior hacia el país; y, (v) derecho de pase por el canal de Panamá; en cuyo caso se requerirá demostrar, a través del Estudio de Precios de Transferencia, que la contraprestación responde a criterios de libre competencia.

Entendemos en consecuencia que, al haber “nacionalizado” criterios antielusivos de carácter internacional como PT y disposiciones sobre territorios de baja o nula imposición, se facilita la aplicación de normas antielusivas locales a relaciones en el plano internacional.

LIBERTAD DEL CONTRIBUYENTE A ELEGIR EL MECANISMO MENOS ONEROSO PARA DESARROLLAR SU ACTIVIDAD

Como hemos mencionado en la parte introductoria, el contribuyente tiene derecho a elegir libremente la forma por la cual desarrolla sus actividades, a elegir su sometimiento a una determinada regulación y a una determinada potestad tributaria, cuando ello es permitido por la propia legislación y a ello se denomina por lo general “planificación o planeamiento fiscal”.

Este tipo de actitudes de elección libre, en nuestra opinión, no deberían ser censurables y por ello la “elusión” por sí misma no constituye un elemento sancionable *per se*, debiendo para ello verificarse la existencia de elementos como el abuso del derecho o el fraude a la ley o figuras de simulación.

En efecto, al encontrarnos frente a una situación “elusiva”, lo que tenemos es la influencia de la voluntad del contribuyente en el elemento de conexión de la norma, es decir, el hecho generador del supuesto gravado no se verifica, por el contrario, es el contribuyente el que voluntariamente hace que sus actos se vean configurados con el elemento de conexión de una determinada normatividad que por cierto será la más favorable para sus intereses.

ALBERTO TARSITANO,³⁹ comentando al profesor español LARRAZ, quien acuñó la frase “economía de opción” expresa que la noción “*tiene en común con el fraude de la ley la concordancia entre lo formalizado y la realidad. De ningún modo se da simulación. También coinciden en no contrariar la letra legal y en procurar un ahorro tributario. Pero, fuera de estos trazos comunes, fraude de ley y economía de opción divergen. La economía de opción no atenta a lo querido por el espíritu de la Ley, en tanto que se atenta en el fraus legis*”.

La diferencia entre ambos conceptos se aprecia de manera más clara en la manera o forma como se alcanza la finalidad que en ambos casos es la misma, el “ahorro de tributos”. En efecto, mientras que en la economía de opción el resultado se consigue a través de la figura jurídica típicamente utilizada en el negocio que se realiza, en el fraude a la ley la operación se realiza para conseguir un resultado que no es típico del negocio.

³⁹ En “Interpretación Económica de las Normas Tributarias”. Ob. Cit. Pág. 100.

Ahora bien, el derecho del contribuyente a pagar la menor obligación tributaria posible, como hemos comentado, siendo totalmente lícita e irreprochable, se enmarca dentro del concepto de economía de opción, la cual como señala MARCOS GUTMAN⁴⁰ puede ser definida como *“la ventaja tributaria que resulta oponible a la administración tributaria. Así concebida, la economía de opción se compone de dos elementos: 1) la economía de opción fisiológica, que opera en coherencia con la ratio y con los principios de un determinado sistema normativo; 2) la elusión legítima, que se verifica cuando el ahorro del impuesto proviene de un comportamiento que, surgiendo de la ratio y de los principios de una determinada disciplina tributaria, no es cuestionable ni por vía de una interpretación ni recurriendo a los recursos vigentes en las normas antielusivas”*.

Es éste el concepto que permite sostener la existencia de una llamada “planificación fiscal lícita”, la cual consiste en contar con la posibilidad de elegir entre distintas formas jurídicas para formalizar o concretar un determinado negocio jurídico, procurando aquéllos que resulten menos gravosos, siempre que no califiquen como actividades ilícitas, es decir, en la medida que no se incurra en el engaño o la simulación.

CONCLUSIONES

1. Todo contribuyente tiene el derecho de lograr sus objetivos a través de aquellos mecanismos y figuras legales más convenientes para sus intereses, siempre que con ello no se incurra en figura de abuso del derecho o fraude de ley.
2. Nadie está obligado a realizar la operación o concretar la transacción que le resulte más onerosa tributariamente.
3. Por lo general el mecanismo para alcanzar los objetivos y finalidades más convenientes para los intereses del contribuyente es la planificación fiscal, la que resulta ser la materialización de lo que se denomina “economía de opción”.
4. El derecho del contribuyente a pagar la menor obligación tributaria posible se contrapone con el derecho de los Estados a recaudar los tributos en la mayor proporcionalidad posible.

⁴⁰ En “Interpretación Económica de las Normas Tributarias”. Ob. Cit. Pág. 905.

5. Muchas veces el derecho de los contribuyentes a pagar la menor obligación posible se confunde con la implementación de mecanismos que, aun cuando no constituyan situaciones de vulneración de la ley, sí califican como figuras extremas que desnaturalizan la misma, convirtiéndose en figuras de abuso del derecho.
6. Son aquellas situaciones en las que se manifiesta el abuso del derecho por parte del contribuyente, en las que se hace necesario contar con medidas que eliminen o minimicen las consecuencias de ello a favor del derecho de recaudación de los Estados.
7. Las medidas con las cuales se cuenta son las denominadas antielusivas o medidas antiabuso. Las cuales existen tanto para el plano local como para el plano internacional.
8. Nuestro ordenamiento legal ha reconocido y cuenta con medidas antielusivas tanto para efectos locales como para regular las transacciones internacionales, no siendo necesario la implementación de nuevas medidas o el organizar un cuerpo normativo especial sobre el particular.
9. Las normas antielusivas en el Perú se encuentran dispersas en la Ley del Impuesto a la Renta, siendo una de las principales el Principio de Realidad Económica recogido en el Código Tributario, como también en los CDI celebrados.
10. No encontramos mayor inconveniente para que en operaciones internacionales sean de aplicación las medidas antielusivas locales o para la aplicación conjunta de estas medidas con aquéllas previstas exclusivamente para el plano internacional; salvo que la norma interna contravenga lo dispuesto por el propio CDI.

Lima, abril de 2010.

