

RELATORÍA GENERAL

Subtema C: Interacción de disposiciones contenidas en los convenios para evitar la doble imposición celebrados por el Perú y la legislación interna

Subtema D: Régimen de transparencia fiscal internacional e inversiones en el Perú a través de entidades controladas no domiciliadas

Relator General: **Jose Chiarella**¹

1. INTRODUCCIÓN

Al legislar en materia tributaria, los Estados crean, modifican y regulan la aplicación de tributos. Dicha potestad les faculta a implantar regímenes que pueden implicar, incluso, someter a imposición activos ubicados y hechos acaecidos fuera de su territorio, así como a conceder beneficios en este ámbito.

En el caso específico de las rentas de “fuente extranjera” percibidas por personas naturales “domiciliadas” en el Perú, el Impuesto a la Renta (“IR”) se determina anualmente aplicando una tasa progresiva acumulativa de 8%, 14%, 17%, 20% y 30%, de acuerdo a las reglas sobre el particular contenidas en la Ley del IR (“LIR”).

El hecho que nuestro país grave tales rentas de fuente extranjera, entre otros, genera el riesgo que se presente una doble imposición, situación que se produce cuando una misma renta se ve sometida a imposición, en dos o más jurisdicciones, durante un mismo período de tiempo.

Si bien los Estados suelen adoptar medidas unilaterales para buscar contrarrestar este fenómeno, éstas han demostrado ser insuficientes en la práctica.² Por ello y con el fin de reducir tales efectos perjudiciales, los Estados suelen celebrar convenios para evitar la doble imposición (“CDI”). Si bien su objetivo inmediato es reducir el riesgo que se produzca una doble imposición, su finalidad principal es la de promover y facilitar el libre intercambio de inversiones, personas, bienes y servicios entre los Estados Contratantes.

Nuestro país cuenta actualmente con CDI bilaterales vigentes con Brasil, Canadá, Chile, México, Portugal, Suiza y Corea del Sur. Por su parte, también está en vigor un CDI multilateral entre los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones (“CAN”) (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), el cual ha sido aprobado mediante Decisión N° 578 del Acuerdo de Cartagena.

Al momento de aplicar las disposiciones contenidas en un CDI y que éstas interactúan

¹ Socio de Garrigues (Lima, Perú). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho (LL.M) en *The London School of Economics and Political Science* y cursos de postgrado en fiscalidad internacional en el *International Tax Center* de la Universidad de Leiden.

² Así, por ejemplo, nuestra legislación sólo permite la posibilidad de tomar como crédito (artículo 88°, inciso e) de la LIR), impuestos pagados en el exterior que graven rentas de fuente extranjera (excluyéndose a aquéllos que afecten rentas de fuente peruana).

con la legislación interna de los Estados Contratantes, se pueden presentar una serie de malentendidos, en especial si aquéllos no cuentan con normativas internas que aclaren tal interacción. A modo de ejemplo, se pueden mencionar el hecho de considerar erróneamente que las disposiciones de un CDI sólo son de aplicación cuando un residente de un Estado Contratante paga una renta a un residente del otro Estado,³ o pensar que los CDI crean derechos a favor de los Estados Contratantes de someter a imposición rentas que no están gravadas según su legislación interna.

Ahora bien, las normas que regulaban la tributación sobre rentas de fuente extranjera, contenidas en la LIR, sufrieron una trascendental modificación el 18 de julio de 2012, con la publicación del Decreto Legislativo N° 1120 que incorporó un régimen particular (“RTFI”) de “transparencia fiscal internacional” (“TFI”) que entró en vigor el 1 de enero de 2013. Las normas reglamentarias sobre el particular fueron expedidas a través del Decreto Supremo N° 258-2012-EF, publicado el 18 de diciembre de 2012.⁴

Con el RTFI se ampliaron los supuestos contenidos en la LIR, conforme a los cuales los contribuyentes considerados como “domiciliados” en el Perú, pueden resultar obligados al pago del citado tributo de manera anticipada, sobre las rentas que califiquen como “pasivas” que se hubieren originado en el exterior.

Antes que entrase en vigencia el RTFI, los contribuyentes “domiciliados” en el Perú titulares de activos en el extranjero, estructuraban tales inversiones utilizando vehículos “no domiciliados” tales como sociedades, fondos, *trusts* y fundaciones. Con ello lograban diferir la obligación de pagar el IR local, hasta el momento en que las ganancias les eran efectivamente distribuidas. De esta forma, las rentas de fuente extranjera se reconocían recién en el ejercicio en que eran percibidas por su respectivo beneficiario “domiciliado”.

Al incorporarse el RTFI en la LIR, a partir del 1 de enero de 2013, si se cumplen las condiciones previstas en dicha normativa, las rentas de naturaleza pasiva que obtenga la entidad del exterior, se atribuyen al contribuyente “domiciliado” que la controle, aun si no se hubiera acordado o efectuado su distribución.

Al igual que en otros países, las reglas de TFI incorporadas en la legislación peruana, se han estructurado sobre la base de la concurrencia de tres (3) elementos: (i) existencia de una entidad extranjera que se entienda controlada por contribuyentes “domiciliados” en el país (personas naturales o jurídicas) al cierre del ejercicio; (ii) la entidad extranjera debe gozar de un régimen tributario privilegiado; y, (iii) las rentas obtenidas por la entidad extranjera deben ser de naturaleza mayoritariamente pasiva.

La finalidad del RTFI –tal como ha sido concebido en diversas legislaciones en el mundo– es, precisamente, gravar la renta pasiva de fuente extranjera al momento que se genera en la entidad del exterior y no cuando es efectivamente percibida por el contribuyente local. Este régimen busca que los contribuyentes “domiciliados” tributen por dichas rentas aun si no hubieran sido puestas a su disposición. Asimismo, pretende desincentivar el desplazamiento de capitales a jurisdicciones de baja

³ Así e.g. no cabe la menor duda que el CDI celebrado entre Perú y Canadá sería aplicable si un sujeto residente en este último país, enajenara acciones emitidas por una sociedad peruana, en favor de un comprador residente en Francia.

⁴ El 6 de noviembre de 2013, se publicó el Decreto Supremo N° 275-2013-EF, por el cual se realizaron modificaciones mínimas al mencionado Decreto Supremo N° 258-2012-EF, en lo concerniente a las reglas para la atribución de rentas pasivas.

tributación y, con ello, evitar la consiguiente acumulación de utilidades en dichos territorios a través de entidades constituidas, en algunos casos, con el fin de diferir el tributo a pagar en el Estado de residencia de sus beneficiarios finales.

En esencia, las reglas de TFI adelantan el reconocimiento de las rentas de fuente extranjera consideradas como “pasivas” para propósitos tributarios.⁵ Las jurisdicciones que las han incorporado en su legislación, autorizan gravar las referidas rentas, impidiendo que los contribuyentes “domiciliados” que controlen ciertas entidades en el extranjero, puedan diferir el nacimiento de la obligación de pagar su IR a nivel local.⁶

En buena cuenta, según lo señalado en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1120: “...el régimen de transparencia fiscal significa desconocer la personería de la entidad en el exterior, e imputar las rentas generadas por dicha entidad a su(s) propietario(s) domiciliado en el país. Por tal motivo, si por las rentas que son materia de atribución, la entidad hubiese pagado un impuesto a la renta en el exterior, tal impuesto deberá considerarse como si hubiera sido pagado por el propietario domiciliado en el Perú”. (subrayado nuestro)

Ahora bien, cada caso concreto debe analizarse a fin de verificar la noción de “control” que contengan las reglas de la jurisdicción de que se trate,⁷ para poder aplicar esta clase de medidas. Como antecedente, cabe mencionar que en 1962 el primer país en aprobar regulaciones de esta naturaleza fue Estados Unidos de Norteamérica,⁸ siendo México el primer país latinoamericano en adoptarlas en 1996.⁹

⁵ “The effect of CFC legislation is to tax foreign sourced income on an accrual basis (i.e. in the year in which the income is earned), instead of on a receipts basis (i.e. in the year that the income is remitted from the foreign entity to the investor’s home jurisdiction). In this sense, CFC legislation is concerned with the timing of recognition of income for tax purposes in the home country. CFC rules are intended to bring forward the year in which that taxation is levied...”. Ver: HOLMES, Kevin. “International Tax Policy and Double Tax Treaties. An Introduction to Principles and Application”. International Bureau of Fiscal Documentation (“IBFD”), Ámsterdam, 2007, página 15.

⁶ “The hallmark of CFC regimes generally is that they eliminate the deferral of income earned by a CFC and tax residents on their current, proportionate share of a CFC’s income...”. Ver: PARADA, Leopoldo. “A Comparative Analysis of CFC Regimes in Latin America”. Tax Notes International, Volúmen 68, Número 10, Washington, 3 de diciembre de 2012, página 957.

⁷ “CFC legislations are, in general terms, rules that empower a state to tax its resident taxpayers on income derived by foreign entities controlled by them (...) The rationale underlying these rules is that resident taxpayers may (...) defer their tax liability until the profits of the foreign company are finally repatriated to them (...) In order to prevent this deferral, domestic tax systems contain rules that allow the tax authorities to tax the income derived through the controlled foreign company at year end...”. Ver: RUSSO, Raffaele and others. “Fundamentals of International Tax Planning”. IBFD, Ámsterdam, 2007, páginas 212-213.

⁸ “Estados Unidos fue el país pionero en la formulación y aplicación de una norma de esta naturaleza, al adoptar, en 1937, las ‘Origen Personal Holding Company Provisions’ (...) antecedente del todavía vigente Sub-apartado F (Subpart F) del ‘Internal Revenue Code’, en el que se incorporó la normativa que entró en vigor en el año 1962 (...) La normativa CFC es sólo una más de las normas aprobadas por el legislador estadounidense que responden al fenómeno de la elusión fiscal derivado de la coexistencia del principio de renta mundial y de la subjetividad tributaria que la mayoría de los ordenamientos atribuyen a las sociedades mercantiles...”. Ver: ALMUDÍ CID, José Manuel. “El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional”. Ministerio de Económica y Hacienda. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005, página 33.

⁹ PARADA, Leopoldo. *Op. cit.*, páginas 958 y 959.

La ausencia de una regulación clara con respecto al RTFI vigente en nuestro país, ha originado una serie de interrogantes en lo que se refiere a su aplicación, entre otros, cuando personas naturales “domiciliadas” utilizan vehículos de inversión o de gestión de patrimonios, ubicados en el exterior.

2. INTERACCIÓN DE DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN CELEBRADOS POR EL PERÚ Y LA LEGISLACIÓN INTERNA

2.1. Relación entre CDI y ley interna

Las tres ponencias presentadas con relación a este sub-tema, concuerdan en que nuestro país se adscribe a la teoría monista,¹⁰ en lo que se refiere a la incorporación de los CDI al ordenamiento jurídico peruano (i.e. siendo ésta automática, sin que sea necesario trámite o procedimiento adicional alguno para tales efectos).

Ahora bien, los ponentes LUCIANA YAÑEZ y RODRIGO FLORES coinciden en señalar que la prevalencia de los CDI frente a la ley interna, encuentra sustento en los principios de “*pacta sunt servanda*” y “*reserva de competencia*”, a la luz de lo previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“*CVDI*”) y en la Constitución de 1993, siendo incorrecto referirse a una relación de “jerarquía normativa” entre CDI y ley interna.

Por su parte, el ponente RAMÓN BUENO-TIZÓN también se refiere al principio de “*pacta sunt servanda*” contenido en la CVDI, pero afirma que un CDI tiene un rango superior a la ley interna, en lo relativo a su jerarquía y además es una “*...norma especial frente a la norma general que es la normativa interna...*”.

En resumen, en caso de conflicto entre CDI y ley interna, según los ponentes LUCIANA YAÑEZ y RODRIGO FLORES, aquél se resolverá bajo parámetros de competencia, en lo que se refiere a las materias reservadas a cada uno; mientras que para el ponente RAMÓN BUENO-TIZÓN, el conflicto deberá resolverse sobre la base de criterios de jerarquía normativa y especialidad.

Con relación a lo anterior, el ponente RODRIGO FLORES hace la siguiente reflexión con respecto a la normativa interna local sobre “certificados de residencia”, como requisitos para invocar las disposiciones de un CDI: “*...ante un eventual conflicto entre un CDI y una norma interna infra-legal, en rigor no cabría (ni sería necesario) invocar un criterio de jerarquía (...) Esto es particularmente interesante en el marco de los requisitos procedimentales impuestos por el Decreto Supremo N° 90-2008-EF (norma inferior a la ley) para el acceso a los beneficios de los CDI suscritos por el Perú; y, más específicamente, a propósito de la interpretación –que juzgamos errada– que algunos funcionarios de la Administración Tributaria vienen teniendo sobre la aplicación y validez de los Certificados de Residencia extranjeros (...) sin duda urge un análisis profundo y la adopción de medidas concretas (a nivel normativo) sobre el particular*”.

La ponente LUCIANA YAÑEZ sostiene que, ante un conflicto entre un CDI y la ley interna, el primero prevalece, si bien no deroga a la ley interna ni la invalida, sino

¹⁰ Si bien RAMÓN BUENO-TIZÓN no lo señala expresamente, se desprende de su ponencia que está en esa línea, al haber hecho referencia, como los otros ponentes, a la Resolución del Tribunal Fiscal N° 3041-A-2004 que confirma tal tesis.

únicamente suspende sus efectos incompatibles. En la misma línea, el ponente RODRIGO FLORES afirma que: *"...los CDI serían normas con rango de ley 'atípicas', pues en un escenario de colisión con normas internas, la prevalencia del CDI no supondría derogar los preceptos legales que le sean opuestos, sino simplemente hacerlos inaplicables mientras el tratado se encuentre vigente"*.

En lo que se refiere a las disposiciones de la ley interna, sobre las cuales debe entenderse que prevalece un CDI, la ponente LUCIANA YAÑEZ señala que: *"...la aplicación prevalente del CDI respecto del derecho interno se produce fundamentalmente respecto de las normas internas que se encuentran en 'posición horizontal' respecto de las establecidas en el CDI (por ejemplo, las que regulan el concepto de EP). Pero tal prevalencia del CDI, en general no afecta las normas internas que se hallan en 'posición vertical' respecto de las disposiciones convencionales; esto es, las normas internas que regulan una materia previa al CDI, sobre la cual se aplica el CDI, o que no es regulada por el CDI. Nótese que entre las normas internas verticales, tenemos aquellas que regulan el hecho imponible de los impuestos cubiertos por el CDI, que de acuerdo al artículo 74° de nuestra Constitución Política, constituyen una labor del Congreso"*. (subrayado nuestro)

Por su parte, el ponente RAMÓN BUENO-TIZÓN analiza si es correcto sostener que los CDI sólo son de aplicación en caso se verifique un caso de doble imposición. Al respecto, señala (opinión que compartimos), que: *"...si bien el objetivo del CDI es evitar la doble imposición, esta última no es un requisito sine qua non para la aplicación del CDI. Y es que al suscribir un CDI, un Estado resigna potestad tributaria y lo hace de manera formal, mediante la suscripción de un tratado internacional que se rige por las disposiciones de la Convención de Viena y el principio de pacta sunt servanda"*. Ello justificaría, según el ponente, que actualmente exista la preocupación de combatir potenciales supuestos de doble imposición.

2.2. Interpretación y aplicación de normas anti-elusivas contenidas en un CDI y en la ley interna

En líneas generales, los ponentes coinciden en que el abuso de un CDI implica el de la ley interna, toda vez que los CDI forman parte del ordenamiento jurídico del Estado. Por ende, debería entenderse que una norma anti-elusiva ("**NAE**") contenida en un CDI, sería perfectamente compatible –bajo esa perspectiva– con la ley interna.

Distinto es cómo interactúa una NAE recogida en la ley interna, frente a un CDI. En líneas generales, los ponentes coinciden en señalar que dicha interacción se debe analizar caso por caso, siempre considerando los límites impuestos por los CDI y los principios contenidos en la CVDT.

Sobre el particular, el ponente RODRIGO FLORES afirma que, en caso de discrepancia, debe primar siempre la aplicación del CDI, por las razones expuestas. Sin embargo, refiere que conforme a la versión aprobada en el 2017 de los Comentarios al Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición, elaborado por el Comité de Asuntos Fiscales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE ("**MCOCDE**"), en la práctica dicha potencial colisión no debería ocurrir en la mayoría de casos, agregando que entre: *"...las principales razones de esta inexistencia de conflicto se esgrime (i) que los CDI pueden permitir expresamente la aplicación de ciertas NAE internas o declarar que ellas no entran en conflicto con el CDI; (ii) que dado que muchas disposiciones de los CDI dependen de la norma interna (...) en realidad más que generar conflicto, las NAE determinarán la forma en que finalmente se aplicará el CDI"*.

Este aspecto también es analizado por el ponente RAMÓN BUENO-TIZÓN, quien afirma que: *“...la relación de las normas anti-abuso internas con los CDI en los términos del debate compatibilidad versus treaty override es un planteamiento insuficiente y en parte desenfocado, toda vez que no puede formularse un criterio apriorístico y general con independencia del tipo de norma de que se trate, ya que las normas anti-abuso internas no siempre afectan a situaciones previstas en el CDI, sobre todo teniendo en cuenta que muchas de estas normas se proyectan sobre conductas de los residentes, como es el caso de la TFI”*. (subrayado nuestro)

En el caso particular de la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario y los CDI celebrados por nuestro país, la ponente LUCIANA YAÑEZ señala que: *“...teniendo en cuenta que los CDI no tienen como propósito regular una cláusula general anti-elusiva (contra el fraude y como una “extensión” del hecho generador), se admite la aplicación de una cláusula general anti-elusiva interna, excepcionalmente y con máxima cautela, para evitar fines distintos a los previstos en los CDI, siempre y cuando exista una clara evidencia del uso indebido del CDI en base a estándares equivalentes en ambos países. De este modo, procede la aplicación de la Norma XVI siempre que no se vulneren preceptos esenciales del CDI, y en cualquier caso dejando abierta la posibilidad de que por la vía del procedimiento de acuerdo mutuo se resuelvan los conflictos interpretativos”*. (subrayado nuestro)

De manera similar, RODRIGO FLORES hace referencia en su ponencia a que: *“...un caso que podría generar preocupación sería que, por la vía de una NAE interna interpretada en forma forzada, la autoridad tributaria pretenda hacer inaplicables los beneficios de un CDI. En tal supuesto, el acogimiento al CDI tendría que ser defendido a la luz del Derecho Internacional Público según lo explicado; aunque dada la escasa jurisprudencia sobre la materia en el país, no sería sencillo anticipar el resultado”*. (subrayado nuestro)

2.3. Modificaciones en la ley interna luego que un CDI entre en vigor

La ponente LUCIANA YAÑEZ sostiene sobre el particular que: *“...la eficacia y vigencia de los CDI no puede ser afectada por la existencia de normas de derecho interno anteriores o posteriores a los mismos, que regulan la misma materia en un sentido diferente, dada la fuerza pasiva de los CDI”*.

Comparte tal posición, el ponente RODRIGO FLORES, señalando que el MCOCDE ha reconocido expresamente la interpretación dinámica de los CDI y haciendo referencia al principio de buena fe que deriva de la CVDT. Al respecto, indica que dicho principio: *“...impone un límite a las referencias a la ley interna, impidiendo a un Estado contratante sustraerse de sus obligaciones internacionales vía modificaciones normativas...”*.

Diversos ejemplos puntuales de nuestra realidad, son analizados en las ponencias recibidas. De estos, resulta interesante mencionar lo indicado por la ponente LUCIANA YAÑEZ: *“...existe compatibilidad entre la regla prevista en la legislación interna peruana referida a la enajenación indirecta de acciones y las reglas de los CDI, teniendo en cuenta que aquellas no se emitieron para alterar las reglas de distribución de potestades tributarias sino para gravar una situación específica de ganancias de capital no gravada por la LIR. De este modo, no se vulneraría el texto del CDI, existiendo buena fe, tal como lo establece la CVDT. En efecto, la regla de la enajenación indirecta de acciones se incorporó a fin de evitar aquellas prácticas elusivas que describimos precedentemente en las que se interpone una empresa holding entre el accionista y la sociedad peruana, con el exclusivo propósito de evitar la tributación de las ganancias de capital en Perú; donde el valor de las acciones*

materia de enajenación proviene en un 50% de acciones de sociedades peruanas, esto es, lo determinante es que el valor económico de las acciones se haya generado en Perú (...) Habiendo determinado la compatibilidad de las normas de enajenación indirecta de acciones y las disposiciones de los CDI, cabe señalar que los CDI suscritos con Canadá, Chile y Brasil no contemplan alguna cláusula que regule expresamente la enajenación indirecta de acciones, ya que los referidos CDI se negociaron antes que Perú incluyera en su ordenamiento la regla de enajenación indirecta de acciones...”.

Por su parte, dentro de los casos que menciona el ponente RODRIGO FLORES, destaca el que: *“...a partir de 2015 (...) cualquier préstamo a un accionista será considerado dividendo, hasta por el importe de las utilidades disponibles (...) caso de una persona natural canadiense que cada dos o tres años toma préstamos de su subsidiaria peruana (...) Hasta 2014, el mero otorgamiento de los préstamos no generaba ninguna obligación fiscal al accionista canadiense en Perú; sin embargo, a partir de 2015, el accionista deberá soportar una retención del IR sobre los nuevos ‘dividendos’ así definidos por la ley peruana (...) creemos que sí sería válido gravar con el IR los ‘dividendos’ distribuidos al accionista canadiense (...) las entregas calificadas como dividendos bajo la ley peruana siempre pudieron gravarse en fuente bajo el CDI Perú-Canadá (...) el artículo 10.3 define a los dividendos como los rendimientos de acciones u otros derechos (...) que permitan participar en los beneficios, así como los rendimientos de otros derechos sujetos al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las rentas de las acciones por la legislación del Estado del que la sociedad que hace la distribución sea residente (...) la aplicación dinámica del concepto ‘dividendos’ definido en la ley peruana permitiría concluir que a partir de 2015 los préstamos a accionistas canadienses pueden gravarse con el impuesto al dividendo...”.*

Finalmente, el ponente RAMÓN BUENO-TIZÓN analiza el caso de las reglas de TFI y su relación con los CDI vigentes celebrados por nuestro país, concluyendo que en lo que se refiere al: *“...régimen de TFI no existe a priori un conflicto con los CDI que no lo mencionan expresamente y que entraron en vigor mucho antes de la entrada en vigencia del régimen de TFI, como es el caso de los CDI con Canadá y Chile. Por el contrario, el régimen de TFI (como cláusula anti-elusiva doméstica que es) y los CDI son perfectamente compatibles y pueden coexistir simultáneamente sin problemas, siempre que no estemos en un supuesto que provoque doble imposición o una situación discriminatoria”.*

2.4. Definiciones contenidas en los CDI frente a la ley interna

A fin de entender la interacción de las definiciones contenidas en un CDI y la ley interna, la ponente LUCIANA YAÑEZ afirma que el punto de partida son los principios recogidos en la CVDT (artículos 31° a 33°) i.e. buena fe, utilización del sentido corriente de los términos, contexto, objeto y fin del tratado, interpretación auténtica explícita del tratado y la búsqueda del efecto útil del tratado.

Sin perjuicio de ello y considerando la especial naturaleza de los CDI, la citada ponente menciona que los principios señalados anteriormente resultan insuficientes, siendo: *“...necesario recurrir a las siguientes reglas específicas: interpretación bilateral, artículo 3° de los CDI, Comentarios al Modelo del CDI, principio de calificación autónoma...”.*

El análisis de este punto requiere tomar en cuenta la existencia de conceptos: (i) utilizados en un CDI y definidos en éste; y, (ii) mencionados en un CDI pero que carecen de una definición particular en el mismo.

2.4.1 Conceptos definidos en un CDI

La ponente LUCIANA YAÑEZ sostiene que la definición recogida en un CDI con respecto a un determinado concepto, es autónoma e independiente de aquella que pudiera estar prevista en la ley interna. Por ende, tendrán preferencia en su aplicación, desprendiéndose ello del artículo 3º, párrafo 1, de los CDI.¹¹ Agrega la indicada ponente que: *“...dicho apartado constituye una regla especial de interpretación y propone, entre un elenco de términos, una serie de definiciones que deben ser utilizadas en la interpretación y aplicación de un convenio (...) Las disposiciones que están expresamente definidas en el seno convencional son generalmente aquellas que comportan ‘calificaciones’ de elementos inductores de concursos normativos, como ‘residencia’, ‘establecimiento permanente’, etc., y por tal motivo una interpretación que viniese a privilegiar criterios de derecho interno alteraría el equilibrio de la definición para el interés del respectivo Estado, lo que debe ser evitado para una correcta aplicación del acuerdo”.*

De manera similar, RODRIGO FLORES señala en su ponencia que: *“...si bien los conceptos provenientes de un CDI podrían complementar la interpretación de ciertos términos domésticos (ahí donde exista vacío y el resultado no sea contradictorio), tales conceptos deberían excluirse por completo frente a términos bien definidos internamente, y en especial, cuando lo que está en juego es la función esencial de los CDI”.*

Ahora bien, hay un tema que sí generó controversia entre los ponentes. En su ponencia, LUCIANA YAÑEZ señala que si la definición de un concepto, contenida en un CDI, es más amplia que aquella recogida en la ley interna, la primera no puede crear automáticamente nuevos supuestos gravables.

Si bien el ponente RODRIGO FLORES coincide en este punto, alega que existen casos excepcionales en los que los conceptos de los CDI, se complementan con aquéllos de la ley interna e.g. si existe un vacío en esta última y ello no conlleva un resultado contradictorio en la aplicación del CDI.

El ponente RAMÓN BUENO-TIZÓN no se encuentra en la misma línea que sus colegas, pues considera que un concepto como e.g. el de establecimiento permanente por servicios, contenido en varios de los CDI celebrados por el Perú, puede complementar la LIR¹² y, por ende, derivar en una tributación sobre renta neta.¹³

Al respecto, la doctrina internacional es clara en el sentido que un CDI no crea derechos a favor de los Estados de someter a imposición rentas, que no están gravadas según su ley interna, por lo que e.g. un Estado no puede basar su

¹¹ El párrafo 1 del artículo 3º de los CDI bilaterales suscritos por el Perú, recoge una serie de definiciones, entre otros, de términos como: *“persona”, “sociedad”, “empresa de un Estado contratante”, “tráfico internacional”, “autoridad competente”, “nacional”, etc.*

¹² El caso puntual del establecimiento permanente de servicios ha quedado zanjado a nivel de nuestra legislación interna, a raíz de las modificaciones introducidas en la LIR (artículo 14º-B), por el Decreto Legislativo N° 1424 (vigentes desde el 1 de enero de 2019), en virtud de las cuales, entre otros, se ha aprobado una definición más amplia de “establecimiento permanente” que abarca la mera prestación de servicios por un sujeto “no domiciliado” dentro de territorio peruano, que exceda de ciento ochenta y tres (183) días calendario, contados en un período de doce (12) meses.

¹³ Ver al respecto el Informe N° 39-2006-SUNAT/2B0000.

jurisdicción tributaria en el hecho que, bajo un CDI determinado, “puede” o “tiene derecho a” someter a imposición una renta en particular.

Como indicamos anteriormente, los CDI constituyen acuerdos que, en esencia, limitan el derecho de los Estados a aplicar sin restricciones su legislación interna. Un Estado únicamente puede someter a imposición una determinada renta, en base a las reglas internas que haya emitido conforme a su poder tributario (i.e. su capacidad de crear, regular, modificar o suprimir tributos y de conceder exoneraciones).

En este orden de ideas, un CDI puede imponer limitaciones tanto en el Estado de la fuente (e.g. intereses pueden someterse a imposición en el Estado del que procedan, pero hasta un límite máximo de 15% si el beneficiario efectivo es una persona residente del otro Estado Contratante), como en el Estado de residencia (e.g. por estar obligado a conceder un crédito por el impuesto que haya sido pagado en el Estado de la fuente).

Al respecto, el renombrado tratadista VAN RAAD¹⁴ señala que a raíz del: “...efecto restrictivo que los convenios para evitar la doble imposición tienen en la aplicación de la legislación interna del Estado donde se encuentra ubicada la fuente generadora de la renta, tiene sentido primero determinar si es que este último Estado efectivamente grava la renta determinada, y luego verificar si es que existe alguna disposición en el respectivo convenio para evitar la doble imposición que restrinja la aplicación de dicha imposición (...) La posibilidad de gravar una renta tiene su base en la legislación interna de los Estados, mientras que un convenio para evitar la doble imposición puede limitar dicha posibilidad. En consecuencia, el punto no es si un convenio de esta naturaleza contiene alguna regla que permita aplicar el impuesto, sino si alguna disposición del convenio limita la aplicación irrestricta de la legislación interna de los Estados Contratantes...”.

Por su parte, XAVIER¹⁵ sostiene que: “uno de los problemas fundamentales en las relaciones entre los tratados de doble tributación y la ley interna, consiste en saber si tales tratados tienen una función positiva de atribuir a los Estados mencionados pretensiones tributarias que tengan en ellos su fundamento directo, aunque tales pretensiones no encuentren soporte en la ley interna; o si tienen una simple función negativa de delimitar, por vía convencional, pretensiones tributarias de los Estados cuyo fundamento sea la respectiva ley interna (...) La orientación unánime de la doctrina es en el sentido de que los tratados de doble tributación desempeñan una función negativa, como corolario del principio de la legalidad o tipicidad de la tributación, según el cual ningún tributo puede ser exigido si no es con base en la ley (...) Así, para que exista tributación válida, no basta la existencia de una norma convencional que la permita; es necesaria la existencia de una norma interna que la imponga. Y de ahí que sea necesaria una investigación en dos fases: una primera,

¹⁴ “Because of the restrictive effect that tax treaties have on the application of a source state’s domestic (internal) tax law, it makes sense first to determine whether source country’s tax law provides for taxation, and next whether any applicable treaty imposes a restriction on the application of such taxation (...) Taxation is based on internal tax law while a tax treaty may restrict such taxation. The issue is therefore not whether a tax treaty contains any rule that permits the imposition of tax, but whether anything in the treaty prohibits the unrestricted application of the internal tax law...”. Ver: VAN RAAD, Kees. “Five fundamental rules in applying tax treaties”. Liber Amicorum Luc Hinnekens, Bruylant, Bruselas, 2002, página 588.

¹⁵ XAVIER, Alberto. “Derecho tributario internacional - Conceptos fundamentales”. Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2005, páginas 120-121.

consistente en verificar si existe una ley interna que fundamente la tributación; en caso afirmativo, una segunda, en la cual se defina si tal pretensión fue eventualmente limitada por una norma convencional". (subrayado nuestro)

Finalmente, es interesante citar a VOGEL¹⁶ quien afirma que: *"...un convenio para evitar la doble imposición no genera un derecho a gravar rentas que no existe bajo la legislación interna ni expande el alcance o altera el tipo de los derechos existentes (...) La aplicación de impuestos por parte de un Estado dentro de los límites establecidos por los convenios para evitar la doble imposición, es determinada exclusivamente por su legislación interna..."*.

Por las razones antes expuestas, es que consideramos que deben analizarse primero las implicancias fiscales de una determinada operación, considerando las reglas internas de las jurisdicciones involucradas, para luego recién verificar los matices que puedan existir en el o los CDI que resulten aplicables.

2.4.2. Conceptos no definidos en un CDI

La ponencia de LUCIANA YAÑEZ desarrolla este tema en detalle, refiriéndose al artículo 3º, párrafo 2, de los CDI, que constituye una regla de interpretación especial, frente a lo dispuesto por la CVDT. Los pasos que la ponente considera relevantes para aplicar dicho apartado, son los siguientes: *"(1) ¿el CDI prevé una definición para un término?; (2) si el CDI no prevé una definición ¿cuál es el significado en la legislación interna del término?; y, (3) ¿el contexto del CDI requiere un significado diferente al significado previsto en la legislación interna?"*.

Con relación a los alcances de la remisión que hace el artículo 3º, párrafo 2, de los CDI, la ponente LUCIANA YAÑEZ hace referencia a la posición de los Comentarios al MCOUDE, en el sentido que la interpretación del concepto que se trate, deberá realizarse en función a la legislación del Estado de la fuente, a fin de verificar la regla distributiva de potestad tributaria para aplicar el CDI (incluso si el Estado de residencia hubiera calificado el concepto de forma distinta en función a su ley interna).

Agrega la ponente que: *"...esta aproximación resulta aplicable en la medida que el uso de una disposición del CDI se deba a diferencias en la legislación interna, pero no en los supuestos de diferencias de calificación en los hechos o de la interpretación de las disposiciones del CDI. En estos últimos supuestos, el Estado de residencia puede alegar que no se ha gravado la renta de acuerdo con las disposiciones del CDI y por tanto se encuentra habilitado para no mitigar la doble imposición. Bajo este escenario, se deberá seguir el correspondiente procedimiento de acuerdo mutuo". (subrayado nuestro)*

Finalmente, la conclusión a la que arriba la ponente, que compartimos, es que: *"...como resultado de la aplicación de las reglas de interpretación previstas en los artículos 31º y 32º de la CVDT y de los propios CDI suscritos por Perú, debemos tener en cuenta lo siguiente: (i) otorgar a los términos de los CDI, el sentido que surja de los mismos; teniendo en cuenta el principio de calificación autónoma; y para las expresiones no definidas en el CDI, el significado que surja de la legislación interna en*

¹⁶ "A tax treaty neither generates a tax claim that does not otherwise exist under domestic law nor expands the scope or alters the type of an existing claim (...) The extent to which a State levies taxes within the boundaries drawn by a Double Tax Convention is determined exclusively by its own domestic law...". Ver: VOGEL, Klaus. "Klaus Vogel on Double Taxation Conventions". Kluwer Law International, Londres, 1997, página 27.

caso no se oponga al contexto del CDI, tal como lo disponen los apartados 1 y 2 del artículo 3° de nuestros CDI; (ii) al confirmar el sentido o, en los casos que el sentido así determinado sea ambiguo u oscuro o el resultado sea manifiestamente absurdo e irrazonable, o en los casos que no se cuente con el sentido corriente en las fuentes antes indicadas, a utilizar los Comentarios MCOUDE en su función de medio complementario de interpretación”.

3. RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL E INVERSIONES EN EL PERÚ A TRAVÉS DE ENTIDADES CONTROLADAS NO DOMICILIADAS

3.1. Requisitos señalados por la LIR para la aplicación del RTFI

Las reglas de TFI han sido incorporadas en la LIR a través de una normativa imprecisa y con varios errores de carácter conceptual.¹⁷ Las normas reglamentarias expedidas a través del Decreto Supremo N° 258-2012-EF, publicado el 18 de diciembre de 2012, no han corregido tales deficiencias y, por el contrario, se observa que algunas de sus disposiciones transgreden lo establecido en la LIR. De igual manera, ni el Tribunal Fiscal, ni la propia Administración Tributaria se han pronunciado sobre las imprecisiones de dichas reglas, ni sobre sus alcances.

Ahora bien, el RTFI incorporado en la LIR se ha estructurado esencialmente sobre la base de la concurrencia de tres elementos:

- Existencia de una entidad extranjera controlada en más de 50% por contribuyentes “domiciliados” en el país;¹⁸
- La entidad extranjera debe gozar de un régimen tributario privilegiado; y,
- Las rentas obtenidas por la entidad extranjera deben reunir ciertas características.

Al respecto, como señala el ponente FERNANDO NÚÑEZ, una vez verificada la concurrencia de estos tres elementos, es necesario determinar si las rentas pasivas obtenidas por el vehículo extranjero, deben atribuirse a aquellos contribuyentes domiciliados en el país, que se consideren propietarios de aquél. Cabe mencionar que no debe efectuarse atribución alguna, cuando se generan pérdidas a nivel de la entidad extranjera. En tal escenario, sin importar que se hayan verificado los elementos antes enunciados, el contribuyente “domiciliado” no se verá impactado por

¹⁷ Así, por ejemplo, el RTFI hace referencia a entidades extranjeras –perceptoras de rentas de fuentes ubicadas en el exterior– que califiquen como “personas jurídicas” para efectos del IR peruano. Ello no guarda coherencia con lo dispuesto en el artículo 14°, inciso f), de la LIR, que, al referirse a sujetos “no domiciliados”, establece que se consideran personas jurídicas sólo a las: “...entidades de cualquier naturaleza, constituidas en el exterior, que en cualquier forma perciban renta de fuente peruana...”. (subrayado nuestro)

¹⁸ Entre otras, se consideran “domiciliadas” en el Perú (artículo 7° de la LIR): (i) Las personas naturales de nacionalidad peruana que residan en el país; (ii) Las personas naturales extranjeras que hayan residido o permanecido en el país más de ciento ochenta y tres (183) días calendario durante un periodo cualquiera de doce (12) meses; (iii) Las personas jurídicas constituidas en el país; y, (iv) Las sucursales, agencias u otros establecimientos permanentes en el Perú de personas “no domiciliadas”, en cuyo caso la condición de “domiciliada” alcanza a la sucursal, agencia u otro establecimiento permanente respecto de su renta de fuente peruana.

el RTFI.

3.2. Contribuyentes a quienes se aplica el RTFI

Como señalamos anteriormente, las reglas de TFI resultan aplicables a personas "domiciliadas" en el Perú ("naturales" y "jurídicas"), que sean consideradas propietarias de vehículos extranjeros que califiquen como entidades controladas "no domiciliadas" ("ECND"), respecto de las rentas "pasivas" que estas últimas obtengan.

A ello se refiere expresamente el artículo 111° de la LIR, al señalar que el RTFI es: "...de aplicación a los contribuyentes domiciliados en el país, propietarios de entidades controladas no domiciliadas, respecto de las rentas pasivas de éstas, siempre que se encuentren sujetos al Impuesto en el Perú por sus rentas de fuente extranjera". (subrayado nuestro)

Lo anterior se complementa con lo dispuesto en el inciso a), numeral 3, del artículo 112° de la LIR: "Los contribuyentes y sus partes vinculadas domiciliadas en el país (...) no incluyen a aquellos que están sujetos al Impuesto en el Perú sólo por sus rentas de fuente peruana, ni a aquellas empresas conformantes de la actividad empresarial del Estado". (subrayado nuestro)

De acuerdo a lo anterior, el RTFI es aplicable a todo contribuyente domiciliado en el Perú en tanto tribute por sus rentas de fuente mundial. Por consiguiente, quedan descartados aquellos contribuyentes que sólo tributan por sus rentas de fuente peruana, como sería el caso de las sucursales, agencias o establecimientos permanentes establecidos en el Perú,¹⁹ además de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado, según lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1031 y normas reglamentarias.

3.3. Definición de Entidad Controlada No Domiciliada (ECND)

Como se desprende del artículo 112° de la LIR, califican como ECND, aquellas entidades de cualquier naturaleza, "no domiciliadas" en el país, que cumplan con los siguientes requisitos:

3.3.1. Personería jurídica distinta

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 112° de la LIR, la entidad no domiciliada debe tener, para efectos del RTFI, personería jurídica distinta de las personas que las integran.

A fin de esclarecer lo señalado en la LIR, el RLIR señala que lo anterior se cumple si: (i) tal entidad puede generar rentas que deban ser reconocidas por ella misma, y, (ii) sus socios, asociados, participacionistas o, en general, las personas que integran dicha entidad, domiciliadas en el país, en ausencia del RTFI, deberían reconocer dichas

¹⁹ "Considerando que la Ley del Impuesto a la Renta prevé, en su artículo 6, que los domiciliados en el país tributan por sus rentas de fuente mundial, o por la 'totalidad' de sus rentas, mientras que los contribuyentes no domiciliados en el país y sus establecimientos permanentes, tributan sólo sobre las rentas gravadas de fuente peruana, es posible notar que el ámbito de aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional se limita a los domiciliados". Ver: VILLAGRA, Renée. "Análisis crítico de la transparencia fiscal internacional vigente en el Perú a partir del 2013". Themis. Revista de Derecho. Número 64, Lima, 2013, página 55.

rentas para fines de su IR cuando tal entidad las ponga a su disposición.

Entre otros aspectos, la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 258-2012-EF señala que tal definición fue incorporada precisamente con el fin de otorgar mayor seguridad jurídica; además, precisa que *“es coherente con el objetivo del régimen de evitar el diferimiento del pago del Impuesto a la Renta, dado que la no aplicación del régimen, involucraría que las rentas antes mencionadas, únicamente se encuentren gravadas con la puesta a disposición de las mismas al contribuyente domiciliado...”*. (subrayado nuestro)

Se sigue de lo citado anteriormente, que la LIR alude a que las ECND deben estar provistas de personalidad jurídica o, por lo menos, ser reconocidas como personas jurídicas para efectos del IR. En tal virtud, en estricto, los contratos asociativos, los fideicomisos (*trusts*), los fondos colectivos de inversión y otras figuras jurídicas similares del extranjero, a través de los cuales se pueden canalizar inversiones y obtener beneficios, no deberían poder calificar como ECND, al carecer de personalidad jurídica.

Sin embargo, contraviniendo el artículo 112° de la LIR, el artículo 62°, numeral 1, del RLIR ha establecido que: *“...en cualquier caso, se considerará como entidades no domiciliadas en el país con personería distinta, a cualquier persona o entidad, con personería jurídica o sin ella, tales como cualquier sociedad, fondo de inversión, trust, partnership, asociación, fundación...”*.

3.3.2. Constituidas o establecidas en países o territorios de baja o nula imposición

El siguiente requisito estipula que las entidades extranjeras estén constituidas o establecidas, o se consideren residentes o domiciliadas en un país o territorio: (i) de baja o nula imposición; o (ii) en uno en el que las “rentas pasivas” no estén sujetas a un IR o, estándolo, el tributo sea igual o inferior al 75% de aquél que correspondería en el Perú sobre rentas de la misma naturaleza.

Con relación al supuesto (i), queda claro que el país o territorio de baja o nula imposición a que se refiere la LIR debe determinarse de acuerdo a las reglas previstas en la legislación peruana. La normativa pertinente corresponde a lo estipulado en el inciso m) del artículo 44° de la LIR, el artículo 86° del RLIR, y la lista de países considerados como tales, según la lista anexa al RLIR.

En cuanto al supuesto (ii), antes de la publicación de las normas reglamentarias, no existía claridad sobre los alcances de dicho dispositivo, pues no quedaba del todo claro si la comparación de la carga impositiva era a nivel de tasas (nominal) o a nivel de la carga efectiva de los impuestos por pagar (i.e. el monto resultante luego de aplicar las tasas impositivas).

Al respecto, el numeral 2 del artículo 62° del RLIR ha establecido que la comparación debe considerar el importe del impuesto pagado por –o que corresponda pagar a– la ECND en el país donde esté constituida, establecida, o se considere residente o domiciliada, respecto de sus “rentas pasivas”.

Asimismo, se ha precisado que para determinar el IR que correspondería pagar en el Perú, se deberá considerar aquél que el contribuyente “domiciliado” hubiese tenido que pagar de haber generado las “rentas pasivas” de manera directa. En otras palabras, estaríamos hablando de un 29.5% en caso de personas jurídicas “domiciliadas”, o de un importe cercano a dicha tasa tratándose de personas naturales

“domiciliadas”.²⁰

En suma, en la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 258-2012-EF se confirma que la regla señalada implica comparar la carga tributaria soportada por la ECND con respecto a la que podría haber soportado el contribuyente “domiciliado” de haber obtenido directamente tales rentas. Así, se señala en la exposición de motivos que: *“...se suman los importes que resulten de la aplicación de las tasas correspondientes a los referidos tipos de renta pasiva. Con esta propuesta se recoge en el Reglamento lo que en doctrina se denomina como el sistema de tributación efectivamente soportada”*. (subrayado nuestro)

Al respecto, para los ponentes ERIK LIND y JORGE LIENDO resulta claro que la comparación se debe llevar a cabo sobre la base del impuesto efectivamente pagado, cuando afirman que: *“...una interpretación literal de la norma no presenta mayores dificultades y nos permite concluir que la carga impositiva para efectos de determinar si una entidad no domiciliada califica o no como ECND debe ser la que resulte de comparar la tasa efectiva del Impuesto a la Renta que correspondería pagar en Perú contra, y únicamente, el impuesto efectivo, de la misma naturaleza, cualquiera sea su denominación, que corresponda a la jurisdicción donde se encuentre domiciliada la referida entidad”*.

Ante la duda con respecto a si la LIR se refería a la carga tributaria efectiva o a un simple análisis nominal de tasas impositivas potencialmente aplicables (pero expuestas a exoneraciones, etc.), se tuvo que aclarar el asunto en vía reglamentaria, a través del Decreto Supremo N° 258-2012-EF en los términos antes señalados.

Ahora bien, un tema distinto tiene que ver con los impuestos que deben considerarse para calcular la carga impositiva efectiva a nivel de la ECND. Surgen interrogantes en lo que se refiere a los impuestos que se deben tomar en cuenta, así como si deben considerarse sólo aquéllos aplicables en el país de residencia o domicilio de la ECND, o también los existentes en las jurisdicciones donde ésta efectúa inversiones.

Al respecto, los ponentes ERIK LIND y JORGE LIENDO sostienen que: *“Al no haber realizado nuestro Régimen de TFI una distinción expresa respecto de los tributos antes mencionados y más bien referirse a impuestos sobre las rentas en general, corresponde incluir en la comparación antes señalada a todos los impuestos sobre las ganancias existentes en el país de jurisdicción de la ECND, y no únicamente a aquél impuesto que resulte análogo a nuestro impuesto a la renta (...) ello implica tener en cuenta el impuesto sobre la renta efectivamente pagado, teniendo en cuenta tanto el de nivel federal como estatal o local (tomando desde luego en consideración cualquier devolución o compensación a la cual tuviese derecho la ECND respecto de dichos impuestos)”*. (subrayado nuestro)

Los ponentes antes mencionados también son de la opinión que se debe considerar, además, la carga impositiva derivada de la aplicación de los impuestos aplicables a los rendimientos (“rentas pasivas”) provenientes de otros países en los que la ECDN haya realizado inversiones.

²⁰ Ello considerando: (i) la tasa progresiva acumulativa de 8%, 14%, 17%, 20% y 30% que resulta aplicable sobre rentas de fuente extranjera obtenidas por personas naturales “domiciliadas” (a las que deben sumarse las rentas del trabajo); y, (ii) que la tasa marginal de 30% se aplica sobre la renta anual que exceda de cuarenta y cinco (45) UIT (i.e. sobre el importe que exceda de S/. 186,750, durante el 2018).

Ello, en la medida que según el numeral 2 del artículo 115° de la LIR, no califican como atribuibles, las rentas que hubiesen sido gravadas con un IR en un país o territorio distinto a aquél en el que la ECND esté constituida o establecida, o sea residente o domiciliada, con una tasa superior al 75% del IR que correspondería en el Perú sobre rentas de la misma naturaleza. Se desprende de ello, entonces, que la carga impositiva exigida en otros países o territorios es un elemento a considerar, a fin de verificar si ésta supera o no el 75% del IR a pagar en el Perú, posición que compartimos.

Ahora bien, el ponente FERNANDO NÚÑEZ trae a colación aquellos casos en los que una ECND mantiene inversiones pasivas en países miembros de la CAN y de qué manera la aplicación de la Decisión N° 578, en tanto instrumento para evitar la doble imposición entre aquéllos, incide en la aplicación del RTFI.

En un escenario en el que se tiene: (i) una ECND que no reside en un país o territorio de baja o nula imposición; y, (ii) donde sus "rentas pasivas" sólo se encuentran sujetas a tributación en el Estado donde se ubica su fuente generadora en virtud de la Decisión N° 578, FERNANDO NÚÑEZ sostiene que no cabría efectuar la comparación señalada en el literal b) del numeral 2 del artículo 112° de la LIR para determinar la aplicación del RTFI, toda vez que, precisamente, no existiría gravamen de IR en el Perú, al estar dichas "rentas pasivas" exentas en nuestro país en virtud de la Decisión N° 578 (i.e. en tal escenario, no podría hablarse de un gravamen efectivo inferior, al que hubiera resultado de aplicación en el Perú).

Ahora bien, si se cambiara la premisa (i) y la ECND fuera residente de un país o territorio de baja o nula imposición, FERNANDO NÚÑEZ alega que la conclusión debería mantenerse pues, aun cuando las rentas se atribuyeran al contribuyente "domiciliado" en Perú, éstas se mantendrían exentas a nivel local en virtud de la Decisión N° 578.

Por último, FERNANDO NÚÑEZ analiza el supuesto en que la ECND mantiene inversiones en países de la CAN y en otras jurisdicciones. En ese caso, el ponente afirma que, de la lectura del literal b), numeral 2), del artículo 62° del RLIR, la comparación de la tasa efectiva (i.e. 75% del IR que sería aplicable en el Perú) debe hacerse por cada tipo de renta, de manera independiente y no global. De esta forma, aquellas "rentas pasivas" provenientes de países de la CAN, estarán sujetas al tratamiento tributario señalado en los párrafos anteriores, sin perjuicio que las rentas provenientes de jurisdicciones distintas tengan un tratamiento independiente.

3.3.3. Criterios de control

Se entenderá que una ECND es propiedad de una persona "domiciliada" en el país, si al cierre del ejercicio gravable ésta tiene una participación directa o indirecta de más del 50% del capital, derechos de voto o resultados de dicha entidad ("*test del 50%*" previsto en el artículo 112°, numeral 3, de la LIR), por sí sola o conjuntamente con sus partes vinculadas "domiciliadas".

Fluye de lo anterior que, para efectos del RTFI, un contribuyente "domiciliado" en el Perú puede detentar la calidad de propietario de una ECND no sólo por ser titular de más del 50% de su capital, sino, además, si tuviera derechos de voto o sobre los resultados, en un grado de participación superior a dicho porcentaje. Es decir, si se verifica cualquiera de estas situaciones, debe entenderse que el contribuyente "domiciliado" controla la entidad "no domiciliada".

Ahora bien, el concepto de "partes vinculadas" para efectos del RTFI, en el caso de

personas naturales, incluye familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad –e.g. primos hermanos– y segundo de afinidad –e.g. cuñados– (numeral 3, inciso a) de los artículos 62° y 63° del RLIR).²¹

El hecho que la norma se refiera a la vinculación con personas “domiciliadas”, excluye el caso e.g. de familiares directos de un contribuyente, que tengan una participación significativa en una potencial ECND, pero que califiquen como “no domiciliados” en el país.

De otro lado, conforme al inciso b) del numeral 3 del artículo 62° del RLIR, cuando un contribuyente “domiciliado” en el país tenga participación directa en una entidad “no domiciliada” y esta última la tenga en otra entidad “no domiciliada”: *“...para calcular la participación indirecta del contribuyente sobre la tercera, se multiplicará el porcentaje de participación que dicho contribuyente tiene en la segunda entidad por el porcentaje que ésta tiene sobre la tercera entidad no domiciliada (...) En caso la tercera entidad tenga participación en otra entidad no domiciliada y así sucesivamente, el resultado anterior se multiplicará por los porcentajes de participación directa que cada entidad tiene sobre otra”*.

Finalmente, la fecha para considerar si un contribuyente “domiciliado” controla o no una entidad extranjera para efectos del RTFI, es la del cierre del ejercicio gravable (i.e. al 31 de diciembre), conforme lo dispuesto en los artículos 57° y 112° de la LIR.

3.4. Alcances del concepto de “rentas pasivas”

3.4.1. Concepto de “rentas pasivas”

El artículo 114° de la LIR define los alcances del término “rentas pasivas” para efectos del RTFI, a través de una lista que incluye: (i) dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades; (ii) intereses; (iii) regalías; (iv) ganancias de capital provenientes de la enajenación de los derechos de propiedad intelectual; (v) ganancias de capital provenientes de la enajenación de inmuebles, salvo que estos hubieran sido utilizados en el desarrollo de una actividad empresarial; (vi) rentas y ganancias de capital provenientes de la enajenación, redención o rescate de valores mobiliarios; (vii) rentas provenientes del arrendamiento o cesión temporal de inmuebles, salvo que la entidad controlada no domiciliada se dedique al negocio de bienes raíces; (viii) rentas provenientes de la cesión de derechos sobre las facultades de usar o disfrutar; y, (ix) rentas que las entidades controladas no domiciliadas obtengan como consecuencia de operaciones realizadas con sujetos domiciliados en el país, bajo ciertos supuestos.

Se trata de una definición taxativa pues sólo califican como “rentas pasivas”, y por ende, pasibles de ser atribuidas por la ECND, aquellas expresamente comprendidas en los conceptos antes señalados. De esta manera, quedan descartadas las rentas activas i.e. aquéllas provenientes de actividades empresariales, tal y como lo señala la exposición de motivos: *“...no se aplica la transparencia fiscal a entidades no domiciliadas por sus rentas empresariales, sino únicamente por sus rentas pasivas, habiéndose incorporado una definición de rentas pasivas, la cual excluye las provenientes de actividades empresariales”*.

Sobre los alcances de la definición de “rentas pasivas” contenida en la LIR, los

²¹ Los supuestos de vinculación regulados para efectos del RTFI son más amplios que los regulados en el artículo 24° del RLIR.

ponentes ERIK LIND y JORGE LIENDO destacan que el RTFI haya optado por una lista taxativa, lo cual genera claridad y seguridad jurídica: *“...en un régimen eminentemente anti elusivo como el régimen de TFI (...) resulta fundamental incluir definiciones y delimitaciones claras respecto de sus alcances para asegurar la seguridad jurídica del contribuyente. En ese sentido, resulta destacable que el régimen de TFI peruano haya optado por una lista taxativa para definir a las rentas pasivas que, siendo de fuente extranjera, serán atribuibles al contribuyente que controla la ECND”*.

Como mencionan los referidos ponentes, si bien existen ciertas rentas que, en esencia, tienen naturaleza de “pasivas” o poseen características de este clase de rentas (e.g. al no provenir de la explotación de un negocio), en tanto no se encuentren en la relación taxativa contenida en la norma, no califican como “rentas pasivas” para efectos del RTFI.

En esa línea, ERIK LIND y JORGE LIENDO toman como ejemplo los rendimientos provenientes del rescate de una póliza de seguro: *“...las ganancias obtenidas por una ECND de propiedad de un contribuyente domiciliado en el país, provenientes del rescate de una póliza de seguro de vida (cuyo titular es precisamente la referida ECND) en ningún caso le sería atribuible al contribuyente antes mencionado, pues tales ganancias no se encuentran definidas como rentas pasivas por el régimen de TFI peruano”*.

Otro ejemplo interesante (y con el cual también nos encontramos de acuerdo), es mencionado en la ponencia elaborada por VICTOR VALDEZ, quien señala que las ganancias en operaciones con instrumentos financieros derivados, tampoco se encuentran comprendidos en dicha lista: *“...las operaciones con derivados son, normalmente, de carácter nocional, siendo que las ganancias o pérdidas procedentes de tales operaciones derivan de la apreciación o depreciación del bien o activo designado como subyacente en la estructuración de la operación. En este sentido, las rentas procedentes de operaciones con derivados no podrían calificarse como intereses, dividendos ni como ganancias de capital (...) en ausencia de una disposición que califique expresamente a las ganancias procedentes de derivados como ‘rentas pasivas’ (...) tanto las ganancias y las pérdidas procedentes de operaciones con derivados deberán formar parte del segmento de rentas “no atribuibles” obtenidas por la ECND”*.

3.4.2. Presunciones de “rentas pasivas”

Siguiendo con el análisis del artículo 114° de la LIR, tal dispositivo presume, salvo prueba en contrario, que: (i) todas las rentas obtenidas por una ECND constituida, establecida, residente o domiciliada en un país o territorio de baja o nula imposición, tienen la naturaleza de “rentas pasivas”; y, (ii) una ECND constituida, establecida, residente o domiciliada en un país o territorio de baja o nula imposición, genera, en un ejercicio gravable²² una renta neta pasiva igual al resultado de multiplicar la tasa de interés activa más alta que cobren las empresas del sistema financiero del referido país o territorio, por el valor de adquisición de la participación o el valor de participación patrimonial, el que resulte mayor, que corresponda a la participación, directa o indirecta, de los respectivos propietarios “domiciliados” en el país.

²² Conforme al inciso a) del numeral 1, del artículo 113°, para estos efectos, se considera como ejercicio gravable el que cierra al 31 de diciembre de cada año, salvo que no coincida con el ejercicio gravable de la ECND, en cuyo caso, se considerará este último, en la medida que tenga una periodicidad de doce (12) meses.

3.4.3. Regla "80% - 20%"

Por último, según el artículo 114° de la LIR: *"...si los ingresos que califican como rentas pasivas son iguales o mayores al ochenta por ciento (80%) del total de los ingresos de la entidad controlada no domiciliada, el total de los ingresos de ésta serán considerados como rentas pasivas"*.

Esta regla tiene su correlato en el inciso b), numeral 3, del artículo 115° de la LIR. Esta última norma señala que las "rentas pasivas" obtenidas por una ECND en un ejercicio gravable, no serán atribuibles para efectos del RTFI, si los: *"ingresos que califican como rentas pasivas son iguales o menores al veinte por ciento (20%) del total de los ingresos de la entidad controlada no domiciliada"*.

Al respecto, los ponentes ERIK LIND y JORGE LIENDO sostienen que: *"...podemos encontrar un análisis de sustancia adicional, ya no referido a alguna renta en particular, sino manifestado bajo la forma de un umbral cuantitativo, pues la LIR establece que, si los ingresos que califican como rentas pasivas son iguales o mayores al 80% del total de los ingresos de la ECND, el total de los ingresos de esta serán considerados como rentas pasivas. Lo que podemos apreciar es que, de manera implícita, se reconoce que si el 80% o más de las rentas de un ECND son rentas pasivas, como se definen arriban, entonces no existe sustancia suficiente en las operaciones que dicha entidad realice (...) en la misma línea que la OCDE, la LIR ha establecido un 'enfoque de entidad', y no uno de transacción por transacción, para aplicar las reglas sobre la definición de rentas pasivas. Evidencia de ello es que nuestras normas de TFI incluyen una disposición que establece que, no se efectuará atribución de renta alguna, cuando los ingresos que califican como rentas pasivas son iguales o menores al 20% del total de ingresos de la ECND".* (subrayado nuestro)

Habiendo analizado la naturaleza de estas reglas específicas, surge la duda con respecto a la forma cómo se computan las rentas en una ECND, a fin de determinar la proporción 80% - 20%. En concreto, si los "ingresos" a los que se refieren las reglas antes señaladas, comprenden las rentas pasivas no atribuibles, o solamente las rentas activas y pasivas atribuibles.

Los ponentes ERIK LIND y JORGE LIENDO sostienen que el concepto de "ingreso" en la referida regla 80% - 20%, no debe ser entendido únicamente como "rentas pasivas" según la definición antes explicada, sino que abarca cualquier tipo de renta, incluso si no se encuentra bajo el RTFI. Así, señalan que: *"...la respuesta a esta interrogante suscita una vieja problemática: el concepto de renta no es el mismo que el concepto de ingreso: la LIR no incluye una definición de ingreso para fines tributarios, simplemente parte del concepto de renta, estableciendo para ello los supuestos que deben ser considerados como tal (...) al usar el términos ingresos, el texto de la regla 80% - 20%, nos lleva en primer lugar a determinar el total de las rentas pasivas atribuibles (rentas pasivas definidas como tales por el régimen de TFI) y determinar su proporción frente al resto de los ingresos –y no sólo rentas– obtenidas por la ECND en el mismo ejercicio, lo cual excluye (...) ganancias por diferencias en cambio (...) pero incluye (...) ganancias en compra y venta de divisas y contraprestación por servicios, respectivamente...".* (subrayado nuestro)

Coincidimos con tal planteamiento por cuanto, a fin de determinar si el total de rentas obtenidas por una ECND son pasivas atribuibles o no (i.e. regla 80% - 20%), el concepto "ingresos" debe abarcar para fines del RTFI, tanto el universo de rentas pasivas (atribuibles y no atribuibles), como a las rentas activas.

3.5. Determinación de la “renta neta pasiva”

3.5.1. Consideraciones preliminares

Únicamente el numeral 1 del artículo 113° de la LIR, contiene reglas para determinar la “renta neta pasiva”, estando las demás disposiciones orientadas a establecer la atribución propiamente dicha de las “rentas pasivas”.

El artículo en mención señala que, para determinar la “renta neta pasiva”, se deberán considerar las rentas y gastos generados en la ECND durante el ejercicio gravable, tomando en cuenta las reglas de imputación de rentas, según lo establecido en el artículo 57° de la LIR, como las reglas contenidas en el artículo 51°-A de la LIR para determinar la renta neta de fuente extranjera.

Asimismo, es de suma importancia prestar atención a lo dispuesto por el enunciado del numeral 1 del artículo 64° del RLIR, conforme al cual: *“para determinar la renta neta pasiva atribuible se considerará independientemente cada entidad controlada no domiciliada...”*. En buena cuenta, la norma reglamentaria delimita el ámbito de determinación de la “renta neta pasiva” a cada ECND por separado, contemplando la posibilidad que un contribuyente “domiciliado” se considere propietario de más de una ECND.

Lo señalado en el párrafo anterior se condice con la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 258-2012-EF, en cuyo texto se señala lo siguiente: *“...se considera a la entidad controlada no domiciliada de manera individual por las rentas pasivas que haya generado, las cuales son atribuidas al contribuyente domiciliado, lo cual es acorde con lo dispuesto en la Ley”*.

Un tema que suscitó controversia se refiere a la legislación aplicable para determinar la “renta neta pasiva”. Para el ponente FERNANDO NUÑEZ, no existe claridad con respecto a qué legislación resulta aplicable para verificar la deducibilidad de gastos y pérdidas obtenidas por una ECND y, con ello, determinar la “renta neta pasiva”. En ese sentido, FERNANDO NUÑEZ es de la opinión que dicha determinación debe realizarse en función a la legislación del país de residencia de la ECND. Sostener lo contrario, según el ponente, sería no respetar la finalidad anti-diferimiento del RTFI y, más bien, se estaría generando una renta presunta. Si bien el ponente intenta sustentarse en la finalidad del RTFI, lo cierto es que la LIR no contiene una norma de remisión o reenvío, a la legislación del lugar de domicilio o residencia de la ECND para determinar la “renta neta pasiva”.

3.5.2. Criterio de imputación aplicable a las “rentas pasivas”

De acuerdo con el segundo párrafo, numeral 1, del artículo 113° de la LIR, a efectos de identificar las rentas y gastos generados durante un ejercicio gravable, se debe tomar en cuenta los criterios de imputación aplicable a las rentas de fuente extranjera previstos en el artículo 57° de la LIR.

Al respecto, de conformidad con el inciso c) del artículo 57° de la LIR, las rentas de fuente extranjera que obtengan los contribuyentes domiciliados en el país, provenientes de la explotación de un negocio o empresa en el exterior, se imputarán al ejercicio gravable en que se devenguen. El inciso d) del referido artículo, establece que las demás rentas se imputarán al ejercicio gravable en que se perciban. Igual criterio deberá seguirse para la imputación de los gastos.

Contraviniendo ello, el inciso a), numeral 1, del artículo 64° del RLIR, señala que para

finés del RTFI se considerarán los ingresos y gastos devengados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del ejercicio gravable.

Como puede verse, existe una colisión entre lo dispuesto en el artículo 57° de la LIR (según el cual debe resultar aplicable el criterio de lo percibido) y lo establecido en el artículo 64° del RLIR (según el cual resultaría aplicable el criterio de lo devengado). Independientemente de las razones de practicidad que pudieran haber motivado el texto del RLIR, tal colisión genera una serie de distorsiones e.g. una persona natural "domiciliada" propietaria de un bono emitido por una sociedad extranjera, tendría obligación de pagar el IR en el Perú cuando el emisor le pague o ponga a su disposición los intereses; sin embargo, si dicha persona natural fuera titular del bono en cuestión, pero a través de una ECND, tendría que pagar el IR tan pronto se "devengue" el derecho a cobrar los intereses.

Con relación a la problemática detectada en las reglas de TFI, el ponente LUIS MIGUEL SÁNCHEZ sostiene que: *"...habría sido muy difícil establecer en qué casos resultaba aplicable el criterio del devengado y en cuáles el criterio del percibido; más aún cuando lo que busca el régimen es evitar que se difiera el pago del impuesto por el hecho de que la renta no ha sido imputada por la falta de un pago o percepción de la misma"*.

Por su parte, el ponente VICTOR VALDEZ recalca la existencia de una inconsistencia en el RLIR, pues no se encontraría acorde con el sistema de atribución de rentas que se sigue del RTFI incluido en la LIR. Alega que apelar al criterio de lo devengado resulta más propio de un sistema que presume una distribución ficta de dividendos basada en la utilidad obtenida por la ECND, aunada a la potencial ilegalidad de la norma reglamentaria, por contravenir lo dispuesto en la LIR.

Sobre el particular, en tanto el RTFI supone la atribución de "rentas pasivas", no derivadas de una actividad empresarial, independientemente de razones de practicidad, lo consecuente sería aplicar respecto de tales rentas el criterio de lo percibido, debiendo armonizarse las incompatibilidades que podrían generarse.

3.5.3. Ejercicio gravable para la determinación de las "rentas pasivas"

Conforme al segundo párrafo del inciso a) del numeral 1 del artículo 113° de la LIR, para determinar la renta neta pasiva de una ECND, debe considerarse como ejercicio gravable el previsto en el artículo 57° de la LIR (año calendario): *"...salvo que la determinación del Impuesto a la Renta en el país o territorio en el que la ECND esté constituida o establecida, o en el que se considere residente domiciliada, siendo de una periodicidad de doce (12) meses, no coincida con el año calendario en cuyo caso se considerará como ejercicio gravable el período de dicho país o territorio"*.

En línea con lo dispuesto en la LIR, en el artículo 64° del RLIR se señala que si: *"...en el país en que la entidad esté constituida o establecida, o en el que se considere residente o domiciliada, el Impuesto a la Renta se determine en una periodicidad de doce (12) meses distintos al del año calendario, se considerará los ingresos y gastos devengados en dichos doce (12) meses"*.

3.5.4. Aplicación de las reglas para determinar rentas de fuente extranjera

Según el artículo 113°, numeral 1, inciso b), de la LIR, para la determinación de la "renta neta pasiva", se aplicará lo previsto en el artículo 51°-A de dicha norma. Por su parte, de acuerdo con el artículo 64°, numeral 1, inciso b) del RLIR, los gastos deducibles serán aquéllos que cumplan con lo dispuesto por el primer y cuarto

párrafos del artículo 51°-A LIR.

Al respecto, el primer párrafo del artículo 51°-A de la LIR señala que, a fin de establecer la renta neta de fuente extranjera, se deducirá de la renta bruta los gastos necesarios para producirla y mantener su fuente.

De otro lado, el cuarto párrafo del artículo 51°-A de la LIR, establece que los gastos incurridos en el extranjero se acreditarán con los correspondientes documentos emitidos en el exterior, de conformidad con las disposiciones legales del país respectivo, siempre que conste en ellos, por lo menos, el nombre, denominación o razón social y el domicilio del transferente o prestador del servicio, la naturaleza u objeto de la operación; y, la fecha y el monto de la misma.

En lo referido a la remisión del RTFI al artículo 51°-A de la LIR, el ponente VICTOR VALDEZ sostiene que: *“en tanto existe una remisión expresa de las normas de TFI al dispositivo antes citado, los requerimientos documentarios antes mencionados resultan igualmente aplicables, toda vez que ni el artículo 113 de la LIR ni el artículo 64 del Reglamento contienen regulaciones especiales sobre este tema. Nótese que una disposición de este tipo resulta consistente con el ‘flow-through approach’, toda vez que la deducción de gastos para determinar la renta neta pasiva atribuible requiere las mismas condiciones que hubieran resultado aplicables si el inversionista hubiera incurrido en tales erogaciones directamente”. (subrayado nuestro)*

3.5.5. Reglas para determinar gastos comunes

De acuerdo a lo señalado por el artículo 113°, segundo párrafo, numeral 1, inciso b), de la LIR, cuando los gastos deducibles incidan en la generación de “rentas pasivas” y de otras rentas, la deducción se efectuará en forma proporcional, de acuerdo con el procedimiento que establezca el RLIR.

Dicho procedimiento, regulado en el artículo 64°, numeral 1, inciso b) del RLIR, establece que cuando los gastos incidan conjuntamente en la generación de rentas pasivas y de otras rentas, el importe de la deducción se determinará como sigue:

- 1) Aplicando a tales gastos, el porcentaje que resulte de dividir los gastos directamente imputables a “rentas pasivas”, entre la suma de dichos gastos y los gastos imputables directamente a otras rentas.
- 2) Si no pudiera determinarse el porcentaje previsto en el numeral anterior, se aplicará a los referidos gastos el porcentaje que resulte de dividir los ingresos netos que califiquen como rentas pasivas, entre el total de ingresos netos.

3.5.6. Compensación de pérdidas

De conformidad con el inciso c), numeral 1, artículo 64° de la LIR, son compensables los ingresos, ganancias, gastos y pérdidas de los distintos tipos de rentas pasivas, generados por una ECND. Si el resultado –luego de la referida compensación– fuese negativo, no se efectuará atribución alguna. Si fuese positivo, éste constituirá la “renta neta pasiva atribuible”. Finalmente, si la ECND hubiese generado pérdidas por actividades distintas de las que hubieran generado rentas pasivas, dichas pérdidas se deducirán y, si el resultado continuara siendo positivo, el mismo constituirá la nueva “renta neta pasiva atribuible”.

Con respecto a la posibilidad de compensar pérdidas obtenidas a nivel de una ECND, con rentas de fuente peruana, la ponente LISSET LÓPEZ señala que, de la lectura del

artículo 51° de la LIR, las pérdidas de una ECND no pueden compensarse con rentas de fuente peruana obtenidas por el contribuyente “domiciliado” que controle tal entidad.

Ahora bien, en lo que se refiere a la compensación de pérdidas de una ECND, con rentas de otras fuentes ubicadas en el extranjero, LISSET LÓPEZ sostiene que –en la medida que no nos encontremos ante pérdidas sufridas en países o territorios de baja o nula imposición– ello es factible, sea que provengan directamente de otras ECND, o que se trate de otras rentas de fuente extranjera, en aplicación del artículo 51° de la LIR. Sostener lo contrario, en opinión de la ponente, vulneraría principios constitucionales, como el de capacidad contributiva.

Opinión distinta es la del ponente LUIS MIGUEL SÁNCHEZ, quien alega que la compensación de pérdidas sólo podría llevarse a cabo entre dos o más ECND, por un criterio de especialidad de para determinar la “renta neta pasiva” conforme al RTFI.

Por su parte, los ponentes ERIK LIND y JORGE LIENDO señalan, basándose en la Acción 3 del Plan BEPS, que en lo relativo a: *“...la recomendación de la OCDE sobre la utilización de pérdidas generadas por una o más ECND, el legislador peruano ha optado por un camino diferente (...) estableciendo que, para determinar la renta neta atribuible, se considerará independientemente a cada ECND, correspondiendo a cada entidad compensar sus ingresos, ganancias gastos y pérdidas de los distintos tipos de rentas pasivas a que se refiere el Régimen de TFI, que hubiere generado la ECND”*.

También es del mismo parecer el ponente VÍCTOR VALDEZ, quien señala que dicha conclusión (i.e. imposibilidad de compensar pérdidas entre dos o más ECND, o con otras fuentes ubicadas en el extranjero), está corroborada por la propia exposición de motivos del Decreto Supremo N° 258-2012-EF, que señala que la determinación de la renta pasiva se realizará en forma individual por cada ECND, conforme a lo indicado precedentemente.

De otro lado, la ponente LISSET LÓPEZ sostiene que es correcto limitar la compensación de pérdidas provenientes de países o territorios de baja o nula imposición en el caso del RTFI. Al respecto, refiere que las pérdidas sufridas por ECND no siempre provienen de países o territorios de baja o nula imposición, sino también de países de alta imposición, con lo cual no necesariamente se aplicaría dicha restricción en el marco del RTFI.

El ponente LUIS MIGUEL SÁNCHEZ discrepa de lo anterior y, aludiendo a un criterio de especialidad del RTFI, sostiene que la limitante a la compensación de pérdidas provenientes de países o territorios de baja o nula imposición, no debería aplicar si la ECND que las generó es residente o domiciliada en una de tales jurisdicciones.

En la misma línea, el ponente VÍCTOR VALDEZ tampoco considera que la restricción establecida en el artículo 51° de la LIR deba aplicarse a rentas pasivas de una ECND. Ello, por cuanto deben distinguirse las reglas aplicables a las rentas netas pasivas de una ECND, de aquéllas aplicables al contribuyente domiciliado que la controla (así, sólo en este segundo caso, aplicaría la restricción a la compensación de pérdidas provenientes de países o territorios de baja o nula imposición).

Sobre el particular, consideramos que limitar la compensación de pérdidas provenientes de países o territorios de baja o nula imposición, para determinar la “renta neta pasiva atribuible” en el marco del RTFI, constituye una restricción desfasada en el contexto actual de intercambio de información y transparencia fiscal.

Con relación a la posibilidad de arrastrar pérdidas a nivel de ECND, LISSET LÓPEZ señala que ello no es posible al no existir una norma habilitante en la LIR para ello.

En opinión del ponente FERNANDO NÚÑEZ, el arrastre de pérdidas a nivel de ECND debería ser permitido, considerando el objetivo primordial del RTFI, que es combatir el diferimiento del IR. Por ello, si no se permitiera arrastrar pérdidas de ejercicios anteriores, se estaría atribuyendo una renta inexistente.

Por su parte, LUIS MIGUEL SÁNCHEZ no ve factible el arrastre de pérdidas de ejercicios anteriores en una ECND, afirmando que: *"...el RLIR estableció que se deben considerar los ingresos, ganancias, gastos y pérdidas devengados a partir del 1 de enero y el 31 de diciembre del ejercicio; siendo que, el término 'pérdidas' al que también hace referencia el RLIR, debe entenderse en contraposición al término 'ganancias'. Siendo esto así, no es posible contemplar un eventual arrastre de pérdidas generadas por una ECND de un ejercicio a otro"*.

De modo similar, el ponente VICTOR VALDEZ opina que la regulación de la determinación de la "renta neta pasiva" en el marco del RTFI, es una norma especial que no contempla la posibilidad de arrastrar pérdidas, frente a la regla general de la LIR. Asimismo, cuestiona que se pueda concluir lo contrario para el RTFI, en desmedro de un trato menos favorable a las pérdidas de fuente extranjera, cuya posibilidad de arrastre se encuentra limitada.

Como puede verse, nuestro legislador ha optado por un camino diferente al recomendado por la Acción 3 del Plan BEPS de la OCDE, estableciendo que, para determinar la renta neta atribuible, se considerará cada ECND de manera independiente. Ello ha llevado a varios de los ponentes a interpretar, que el RTFI sólo permite utilizar las pérdidas sufridas por una ECND, para compensar las ganancias a nivel de la misma entidad.

En ese contexto, considerando lo dispuesto en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1120 y su norma reglamentaria, a fin de esclarecer su aplicación práctica, respetar la neutralidad y prevenir que el IR sea confiscatorio, debería aclararse legislativamente la interacción entre el artículo 64° del RLIR y los artículos 51° y 113° de la LIR, de modo que exista certeza con respecto a la posibilidad de compensar pérdidas de una ECND, con rentas netas pasivas de otras ECND. En el mismo sentido, debería reconocerse expresamente a nivel normativo, la posibilidad de arrastrar pérdidas de una ECND a ejercicios siguientes.

Ahora bien, un tema puntual que desarrolla VICTOR VALDEZ en su ponencia, es el destino de las pérdidas vinculadas a rentas pasivas generadas en una ECND que, finalmente, no son atribuidas a su respectivo controlante domiciliado. En su opinión, dichos resultados deberían poder compensarse con rentas no atribuibles, a fin de determinar los resultados netos a ser distribuidos como dividendos por la ECND (determinados según las reglas del estado de residencia de aquélla). El ponente descarta que tales pérdidas puedan ser compensadas con rentas provenientes de otras fuentes en el exterior, toda vez que ello implicaría previamente atribuir las pérdidas al controlante "domiciliado", lo que no es posible según el RTFI.

3.6. Reglas de atribución de rentas pasivas

Una vez determinada la "renta neta pasiva" en una ECND, corresponderá determinar las condiciones bajo las cuales deberá ser atribuida al respectivo contribuyente "domiciliado". El análisis de cada caso concreto llevará a identificar los temas puntuales a considerar, como la cuantía y proporción a ser atribuida (e.g. si la

titularidad de la ECND correspondiera a más de un contribuyente “domiciliado”, o si sólo algunos de sus accionistas fueran “domiciliados”), el ejercicio en que deberá atribuirse la respectiva renta neta pasiva, entre otros.

3.7. Créditos para determinar la “renta neta pasiva atribuible”

De acuerdo con el artículo 116° de la LIR: *“Los contribuyentes domiciliados en el país, a quienes se les atribuya las rentas netas pasivas de una entidad controlada no domiciliada de acuerdo con lo previsto en este capítulo, deducirán del Impuesto en el país que grave dichas rentas, el impuesto pagado en el exterior por la referida entidad que grave dichas rentas, sin exceder los límites previstos en el inciso e) del artículo 88 de esta ley”*.²³

En cuanto a la reglamentación del dispositivo mencionado, como bien señala la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 258-2012-EF, el artículo 64°-C del RLIR fija una serie de requisitos (adicionales a los contenidos en el artículo 58°), a efectos de poder usar como crédito, los impuestos pagados en el exterior.

Entre otros aspectos propios del RTFI, la norma señala que podrá utilizarse como crédito el impuesto: *“...efectivamente pagado en el exterior por la entidad controlada no domiciliada respecto de las rentas pasivas atribuibles a los contribuyentes domiciliados, sea que ese impuesto haya sido pagado en el país en el que está constituida o establecida o en el que sea residente o domiciliada, y/o en otro país”*. (subrayado nuestro)

Este tema es tratado de manera tangencial por los ponentes LISSET LÓPEZ, ERIK LIND y JORGE LIENDO, al analizar las recomendaciones de la Acción 3 del Plan BEPS con relación a los métodos para evitar la doble imposición.

Los ponentes coinciden en señalar que la LIR se ha alineado con la Acción 3 en este punto, en lo relativo a la posibilidad de acreditar en el Perú los impuestos retenidos en el estado de fuente, así como en la jurisdicción de residencia de la ECND.

3.8. Casos particulares

3.8.1. Operaciones entre ECND de un mismo contribuyente

Como se indicó anteriormente, a fin de determinar el concepto de “rentas pasivas”, la LIR ha establecido en su artículo 114° una relación que comprende los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades. Señala la norma, sin embargo, que no se califican como rentas “pasivas” los dividendos y otras formas de distribución de utilidades, pagados por una ECND a otra.²⁴

²³ El inciso e) del artículo 88° de la LIR establece que los contribuyentes “domiciliados” deducirán de su impuesto: *“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”*.

²⁴ *“La finalidad de esta excepción es evitar que se produzca una doble imposición en cabeza del contribuyente domiciliado en el Perú cuando se le atribuyan, por un lado, las rentas pasivas obtenidas por una ECND y, por otro, cuando se le atribuyan las mismas rentas pasivas distribuidas por dicha ECND a favor de otras ECND, respecto de la cual el contribuyente en el país es su accionistas”*. Ver: RIVERA, Manuel. *“Comentarios con relación*

Al respecto, según el numeral 1 del artículo 64°-A del RLIR, para establecer si quien paga un dividendo u otra forma de distribución de utilidades es una ECND, se considerará como tal a aquélla que cumpla con las condiciones establecidas en los numerales 1 y 3 del artículo 112° de la LIR.

Asimismo, en el numeral 4 del artículo 64°-A del RLIR se señala que: *“no se considerará como rentas pasivas a los dividendos y otras formas de distribución de utilidades pagadas por una entidad controlada no domiciliada a otra aun cuando los ingresos de esta última considerados como rentas pasivas sean iguales o mayores al ochenta por ciento (80%) del total de sus ingresos”*. (subrayado nuestro)

Al respecto, coincidimos con los ponentes ERIK LIND y JORGE LIENDO, en cuanto a la finalidad de esta disposición: *“La razón por la cual nuestras normas de TFI no consideran como renta pasiva atribuible los dividendos que una ECND paga a otra ECND (...) es evitar un supuesto de doble tributación, pues se entiende que tales utilidades provendrían de rentas pasivas de la primera de las ECND mencionadas, atribuidas y gravadas previamente al contribuyente domiciliado...”*.

En la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 258-2012-EF, norma que aprobó las disposiciones reglamentarias del RTFI, se señala que:

- El numeral 1 del artículo 64°-A del RLIR fue incorporado: *“a efectos de evitar que los territorios de baja o nula imposición se encuentren en situación ventajosa respecto a otros países no considerados como tales, cuando la entidad controlada no domiciliada perciba dividendos (...) a la que se refiere el inciso b) del numeral 1 del artículo 114° de la Ley”*.
- Con respecto a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 64°-A del RLIR, señala que *“la intención de dicha norma es evitar que los dividendos u otras formas de distribución de utilidades pagadas por una entidad controlada no domiciliada a otra, se encuentren gravadas dos veces (...) en efecto, si no se efectuara la precisión antes mencionada, se gravaría los dividendos con ocasión del pago de los mismos por una entidad controlada no domiciliada a otra, y asimismo, se consideraría a dicho pago para determinar si las rentas pasivas son iguales o mayores al ochenta por ciento (80%) del total de los ingresos”*.

Como se puede apreciar, el RTFI sólo ha incluido en la excepción a las distribuciones de dividendos que se produzcan entre dos sociedades que califiquen como ECND. No están comprendidos otros supuestos, como préstamos u otro tipo de rentas.

Frente a ello, ERIK LIND y JORGE LIENDO alegan que: *“...frente a la literalidad de la norma, que ha limitado la excepción de calificación de renta pasiva a los dividendos y otras formas de distribución de utilidades (...) pagados por una ECND a otra ECND, y no a los intereses u otro tipo de renta, consideramos que bien podría tenerse en cuenta situaciones como las planteadas (...) para extender la referida excepción a otros supuestos de rentas pasivas, en cuya ausencia se podría generar una doble imposición económica”*, opinión que compartimos.

al nuevo régimen de transparencia fiscal internacional aplicable en el Perú”. Advocatus. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, número 26. Lima, 2012, página 298.

3.8.2. Inversiones en el Perú a través de ECND

Conviene recordar que según el artículo 115° de la LIR, como regla general califican como “rentas pasivas no atribuibles” las de fuente peruana, salvo las previstas en el numeral 9 del artículo 114° de la LIR. De acuerdo con el referido numeral 9 del artículo 114°, califican como rentas pasivas aquéllas obtenidas por una ECND como consecuencia de operaciones realizadas con sujetos domiciliados, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: (i) la ECND y los sujetos domiciliados sean partes vinculadas; (ii) las rentas constituyan gasto deducible para los sujetos domiciliados para la determinación de su IR en el país; y, (iii) dichas rentas no constituyan renta de fuente peruana, o estén sujetas a la presunción prevista en el artículo 48° de la LIR, o siendo íntegramente de fuente peruana estén sujetas a una tasa del IR menor al 30%.

Para ello, en el numeral 3 del artículo 64°-A del RLIR se establece que: “se considerará como rentas pasivas a cualquier tipo de renta, incluyendo las rentas distintas a las previstas en los demás numerales del referido artículo”, siempre que se cumplan las condiciones señaladas en el párrafo anterior.²⁵

Puntualizando el problema que genera la normativa antes citada, el ponente LUIS MIGUEL SÁNCHEZ sostiene que: “...las rentas de fuente peruana que estuvieron efectivamente sujetas a imposición en el Perú, por el hecho de haber pasado por una ECND se encontrarán nuevamente gravadas con el IR peruano al regresar al país”.

Coinciden en ello los ponentes ERIK LIND y JORGE LIENDO al señalar que: “...al presuponer el pago del IR sobre las rentas de fuente peruana y, en tal sentido, excluirlas de las reglas de atribución, el Régimen de TFI en la práctica atenta contra su propia naturaleza: la de ‘transparentar’ la situación del contribuyente domiciliado en el país, de manera tal que tribute de manera similar a la que le correspondería si las mismas rentas pasivas fuesen percibidas directamente, y no a través de una ECND”.

De igual modo, VICTOR VALDEZ afirma que: “...la aplicación del régimen de TFI al caso de rentas procedentes de inversiones locales resulta en una sobreimposición...”.

Frente a dichas distorsiones, se plantean una serie de propuestas. Así, LUIS MIGUEL SANCHEZ señala que existen dos posibles soluciones sobre el particular: “(i) inafectar la eventual distribución de rentas de fuente peruana realizada por una ECND a favor de sujetos domiciliados; o, (ii) gravar las rentas de fuente peruana distribuidas por una ECND, pero aceptar que se utilice un crédito contra el IR, constituido por el IR peruano que haya gravado dichas rentas”.

En forma similar, ERIK LIND y JORGE LIENDO proponen incluir: “...una modificación a la LIR de manera que se consideren atribuibles las rentas de fuente peruana, pero sujetarlas a la tasa del IR que le correspondería a la persona natural domiciliada accionista de la ECND que perciba tales rentas. Desde luego, su posterior distribución efectiva ya no estaría afecta a impuesto alguno en Perú. Esta modificación guardaría coherencia con la transparencia que busca lograr el Régimen de TFI, así como evitar el diferimiento del impuesto, sin distorsionar ni hacer más gravosa la tributación de rentas que tienen su origen en territorio peruano para las personas naturales domiciliadas en el país”.

²⁵ La norma reglamentaria agrega lo siguiente: “No procederá ajustar, en aplicación de las normas de precios de transferencia, el valor convenido en las operaciones realizadas entre una entidad controlada no domiciliada y un sujeto domiciliado en el país, cuando ellas generen las rentas pasivas a que se refiere el numeral 9 del artículo 114 de la Ley”.

Sobre la base de lo anterior, el hecho de excluir las rentas de fuente peruana de la aplicación del RTFI, distorsiona la tributación efectiva sobre las mismas, generando que una misma renta se encuentre sujeta al IR peruano en más de una oportunidad. Tal impacto desalienta el retorno de capitales al país. Debe modificarse, por ello, el RTFI a fin de permitir que las rentas pasivas de fuente peruana sean siempre consideradas como atribuibles, estableciéndose e.g. que se encontrarán inafectas del IR.

3.9. Relación entre el RTFI y los CDI

Habiendo analizado las deficiencias de las normas de TFI en el Perú, es importante también identificar la problemática del RTFI en relación con la red de CDI celebrados por Perú, incluyendo el ámbito de aplicación de la Decisión N° 578. No se trata de un tema nuevo, ni tampoco uno que escape a la controversia, dada la existencia de diversas posturas sobre el particular a nivel internacional.

Con relación a las ponencias presentadas para este sub-tema, el asunto ha sido abordado puntualmente por los ponentes LISSET LÓPEZ y FERNANDO NÚÑEZ. LISSET LÓPEZ aborda directamente el tema referido a la interrelación del RTFI y los CDI celebrados por Perú. En cambio, FERNANDO NÚÑEZ analiza el tema considerando la aplicación de la Decisión N° 578. Dado que este último punto ha sido tratado en la sección 3.3.2 de la presente relatoría, nos referiremos a continuación a la ponencia presentada por LISSET LÓPEZ.

En cuanto a la relación entre los CDI y el RTFI, LISSET LÓPEZ sostiene que: *“...las reglas de TFI y los CDI no son incompatibles; y, por tanto, las reglas y disposiciones de ambos pueden convivir, sin que resulte necesario una norma expresa habilitante en determinado CDI. Dicha posición se basa principalmente en el distinto alcance que tienen ambas normas, el de TFI como mecanismo anti elusivo interno y unilateral que genera implicancias solo para el sujeto domiciliado, mientras que, el de los CDI como herramienta para evitar la doble imposición a sujetos no domiciliados o residentes en el Estado Fuente, esencialmente”*. (subrayado nuestro)

Agrega, con relación a la red de CDI celebrados por Perú que: *“...solo dos de los CDI suscritos por el Perú (los suscritos con Brasil y México) tienen una cláusula expresa que indica que las disposiciones del CDI no impedirán la aplicación de las reglas de TFI por un Estado Contratante. Asimismo, los CDI suscritos con Corea del Sur y Portugal tienen cláusulas expresas que establecen que las disposiciones de estos CDI no impiden la aplicación de reglas anti-abuso contempladas en la legislación interna de los Estados Contratantes. No obstante, consideramos que las normas de TFI deben ser de aplicación también en el contexto de los demás CDI suscritos por el Perú”*.

Coincidimos con lo señalado por la ponente, toda vez que no existe *a priori* un conflicto entre el RTFI y los CDI que no lo mencionan expresamente. La aplicación del RTFI en el caso de un CDI que no haga referencia a aquél de manera expresa, será válida siempre que no distorsione las reglas de distribución de potestad tributaria previstas en tal CDI, ni genere una situación de discriminación.

3.10. Análisis del RTFI a la luz de la Acción 3 del Plan BEPS

Habiendo culminado con el análisis de la normativa relativa al RTFI, tanto a nivel de la LIR como a la red de CDI celebrados por Perú, la evaluación que corresponde realizar para culminar el análisis de las reglas de TFI tiene que ver con su compatibilidad con la Acción 3 del Plan BEPS.

En el 2012 los ministros de hacienda del Grupo de los 20 (“G-20”) solicitaron a la OCDE que evaluara los problemas generados como consecuencia de la conducta de algunas multinacionales, dirigida a la erosión de la base imponible y al traslado de beneficios hacia jurisdicciones de baja imposición. Al año siguiente (2013), la OCDE preparó informes preliminares sobre el particular, identificando acciones específicas orientadas a contrarrestar tales problemas, todas las cuales fueron reunidas sistemáticamente para su análisis y difusión en la comunidad internacional (“Plan BEPS”).

Como parte del Plan BEPS, se incluyó un informe específico, denominado “Reporte Final del Plan de Acción BEPS número 3: Diseñar Normas de Transparencia Fiscal Internacionales Eficaces” (“Acción 3 del Plan BEPS”), publicado el 5 de octubre de 2015, el cual recoge recomendaciones específicas, para mejorar o implementar las normas de TFI.

En tanto el Perú se encuentra participando desde el 2015 en el “Programa País” de la OCDE, con el fin de lograr su incorporación como miembro permanente en dicho organismo, se encuentra en proceso de alinear su legislación interna con aquellas recomendaciones establecidas en el mencionado Plan BEPS.

Considerando lo anterior, los ponentes LISSET LÓPEZ, ERIK LIND y JORGE LIENDO analizan si el RTFI, incorporado en nuestra legislación el 2012, se encuentra en línea con la Acción 3 del Plan BEPS. Al respecto, los ponentes coinciden en señalar que, en líneas generales, el RTFI se encuentra en línea con la Acción 3, analizando cada uno de los seis elementos que según la OCDE se deben considerar al evaluar el diseño de reglas de TFI: (i) definición de ECND; (ii) excepciones aplicables a las ECND y determinación de umbrales impositivos; (iii) definición de rentas de una ECND; (iv) reglas para la determinación de dichas rentas; (v) reglas para la atribución de dichas rentas; (vi) reglas para prevenir o eliminar la doble imposición.

3.10.1. Definición de ECND

Los ponentes coinciden en que el RTFI ha incluido una definición comprehensiva y flexible de ECND. ERIK LIND y JORGE LIENDO destacan en su ponencia que las “entidades híbridas” también estén comprendidas en dicha definición y, por ende, sujetas al RTFI. Ambos coinciden en que la LIR sigue los criterios señalados en la Acción 3 del Plan BEPS en cuanto a los parámetros de control (o propiedad) que se deben cumplir sobre una ECND.

Al respecto, señalan que, si bien la LIR no contiene reglas de control *de facto*, la Administración Tributaria peruana podría determinar supuestos de control *de facto* sobre una ECND en función a la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario (en caso se deroga su suspensión en la parte pertinente).

3.10.2. Excepciones aplicables a las ECND y umbrales

Los ponentes coinciden en que el RTFI se ha alineado en líneas generales con la Acción 3 del Plan BEPS en este punto, al incluir entre otros, una cuantía mínima por debajo de la cual no se aplican las normas de TFI, así como una exención por tipo de gravamen, en virtud de la cual aquéllas se aplican a ECND ubicadas en jurisdicciones con un gravamen bajo, en comparación con aquél aplicable localmente.

3.10.3. Definición de rentas de una ECND

Las ponencias coinciden en señalar que el RTFI no incluye una regla de sustancia para

calificar a las rentas como pasivas. Por el contrario, incluye reglas específicas para ello (una relación taxativa).

Sin embargo, ERIK LIND y JORGE LIENDO alegan que: *“...para calificar legalmente las rentas de las ECND sujetas al régimen de TFI, se ha considerado en determinados casos un análisis de ‘actividad empresarial’.* Así, se excluye de la definición de rentas pasivas a las rentas generadas por la venta de inmuebles, cuando estos hayan sido utilizados para el desarrollo de una actividad empresarial; y a las rentas por arrendamiento o cesión temporal de inmuebles cuando estas sean generadas como producto del desarrollo de una actividad empresarial consistente en el negocio de bienes raíces”.

3.10.4. Reglas para la determinación de rentas sujetas al RTFI

Los ponentes coinciden en señalar que el RTFI se alinea con la Acción 3 del Plan BEPS en cuanto a la normativa aplicable en este tema, pues para determinar las “rentas netas pasivas”, se aplican primordialmente las normas de la LIR correspondientes a la determinación las rentas de fuente extranjera (i.e. el artículo 51º-A de la LIR), salvo por las reglas particulares del RTFI.

No obstante, los ponentes coinciden en que el RTFI ha restringido la compensación de pérdidas entre dos o más ECND, pues como se ha comentado anteriormente, en el numeral 1 del artículo 64º del RLIR se señala que, para determinar la “renta neta pasiva atribuible”, se considerará cada ECND de manera independiente.

3.10.5. Reglas para la atribución de rentas

En este punto, los ponentes también comparten la opinión que debería considerarse al RTFI alineado con la Acción 3 del Plan BEPS y, en consecuencia, interpretarse que en el Perú la LIR se ha inclinado por considerar que las rentas pasivas atribuidas no sean tratadas como “dividendos presuntos” (*deemed dividend approach*), sino como si hubiesen sido obtenidas directamente por el respectivo contribuyente “domiciliado” (*look-through approach*).

3.10.6. Reglas para prevenir o eliminar la doble imposición

Finalmente, tanto LISSET LÓPEZ, como ERIK LIND y JORGE LIENDO, son de la opinión que el RTFI se ha alineado con la Acción 3 del Plan BEPS en este punto.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 En lo que se refiere al sub-tema C “Interacción de disposiciones contenidas en los CDI celebrados por el Perú y la legislación interna”:

- 4.1.1. Los CDI, en tanto tratados internacionales, se incorporan automáticamente en el derecho nacional, prevaleciendo sobre la ley doméstica en caso de conflicto, conforme al principio de *pacta sunt servanda* y de primacía del derecho internacional sobre el interno, al haber adoptado nuestro país el sistema monista según lo ha establecido el Tribunal Constitucional.
- 4.1.2. Las cláusulas anti-elusivas específicas previstas en los CDI se interrelacionan sin limitación alguna, con las disposiciones contenidas en la legislación interna peruana. Es poco probable que surja un conflicto entre cláusulas anti-elusivas específicas previstas en un CDI y en la legislación peruana, pues un abuso del

CDI conllevaría un abuso de la ley doméstica. Además, por las distintas funciones que están llamados a cumplir, la relación no debería ser conflictiva sino más bien complementaria.

Por su parte, la interacción entre las cláusulas anti-elusivas específicas contempladas en la legislación peruana en situaciones transfronterizas a las que les alcanza un CDI, debe ser analizada caso por caso, teniendo en cuenta la naturaleza de la cláusula anti-elusiva que corresponda y los alcances de las disposiciones del CDI de que se trate.

4.1.3. La cláusula general anti-elusiva prevista en la legislación interna peruana (la actual Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario) es compatible con los CDI celebrados por el Perú, siempre que en su aplicación no se vulneren preceptos esenciales del respectivo CDI y se deje abierta la posibilidad que, por la vía del procedimiento de acuerdo mutuo entre los Estados Contratantes, se resuelvan los potenciales conflictos que surjan de su aplicación.

4.1.4. La modificación de la LIR, con posterioridad a la entrada en vigencia de los CDI suscritos por el Perú, debe ser entendida bajo un enfoque dinámico, en línea con lo previsto en el artículo 3º, párrafo 2, de los CDI bilaterales suscritos por el Perú, en virtud del cual cualquier término no definido en el CDI se interpretará conforme al significado que dicho término tenga en la ley peruana en el momento en que se aplica el CDI de que se trate.

Sin embargo, la modificación de la ley interna no puede ser utilizada por un Estado Contratante como herramienta para enervar la correcta aplicación y acceso de los contribuyentes a los CDI, pues ello sería contrario a los principios de *pacta sunt servanda* y de buena fe que fluyen de la CVDT.

4.1.5. Los términos definidos en los CDI tienen como función servir como parámetros para distribuir las potestades tributarias de los Estados Contratantes y aplicar los correspondientes límites ahí previstos.

Para una adecuada interpretación de los CDI, se deben utilizar, entre otros, los principios previstos en la CVDT, el artículo 3º de los CDI, los Comentarios al MCOCDE y el principio de calificación autónoma.

Cuando un término no está definido en un CDI, conforme al artículo 3º, párrafo 2, se debe determinar: **(i)** ¿cuál es el significado en la legislación interna del Estado Contratante que aplica el CDI?; y, **(ii)** ¿el contexto del CDI colisiona con el significado previsto en la legislación interna?

4.1.6 Sin perjuicio que el alcance y la finalidad de los conceptos definidos en un CDI, que no fueran recogidos por la legislación interna, no generan necesariamente un conflicto, es conveniente que en aquellos casos en que no existiera armonización de tales conceptos, la legislación interna establezca todos los mecanismos necesarios para respetar los CDI en virtud de los principios de no discriminación, *pacta sunt servanda* y prevalencia de los tratados, reconocidos por la CVDT y los propios CDI.

4.2. En lo que se refiere al sub-tema D “Régimen de TFI e inversiones en el Perú a través de ECND”:

4.2.1. En líneas generales, el régimen de TFI es consistente con la Acción 3 del Plan

BEPS y recoge la mayoría de sus recomendaciones, orientadas a buscar evitar, en un país específico, la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a jurisdicciones de baja o nula imposición por la vía de vehículos que califiquen como ECND.

No obstante, el régimen de TFI presenta una serie de deficiencias y falta de claridad en lo que se refiere a la posibilidad de compensar y arrastrar pérdidas generadas en una ECND y a los mecanismos para eliminar la doble imposición. Estos temas deben ser corregidos por la vía legislativa.

- 4.2.2. El régimen de TFI debería ser entendido como uno de "atribución" de rentas (*"flow through approach"*) y no uno que tiene como consecuencia la imputación al contribuyente controlante domiciliado de un "dividendo ficto" (*"deemed dividend approach"*). Ello con el fin que las rentas netas pasivas atribuidas en virtud de dicho régimen, sean sometidas a imposición en los mismos términos, tal y como si hubieran sido percibidas por los contribuyentes domiciliados directamente. No existe, sin embargo, claridad al respecto en la normativa actual, por lo que si se deseara adecuar ésta a alguna de tales tesis, sería necesario que por vía legislativa se efectúen los ajustes pertinentes.
- 4.2.3. El RLIR ha establecido que, para efectos del régimen de TFI, se deben considerar los ingresos y gastos devengados al 31 de diciembre de cada ejercicio a nivel de la ECND. En tanto el régimen supone la atribución de rentas pasivas, no derivadas de una actividad empresarial, independientemente de razones de practicidad, a fin de evitar distorsiones, lo consecuente sería aplicar respecto de tales rentas el criterio de lo percibido debiendo armonizarse de ser el caso las incompatibilidades que podrían generarse en aplicación del régimen. De darse el caso, el RLIR permite la compensación de pérdidas netas originadas en actividades distintas a las que dieron origen a rentas atribuibles, para la determinación de la renta neta pasiva atribuible.
- 4.2.4. La aplicación estricta del régimen de TFI genera graves distorsiones en el tratamiento aplicable a las rentas de fuente peruana y a las de rentas de fuente extranjera sujetas a retención significativa en la fuente, respecto a las mismas rentas en caso hubieran sido percibidas directamente por personas naturales domiciliadas.

En virtud de la normatividad vigente, tales rentas se encuentran sujetas a tributación en dos oportunidades: cuando son recibidas por la ECND y, posteriormente, cuando son materia de distribución a favor del controlante domiciliado. En estos casos, el régimen de TFI no permite que los impuestos retenidos en la fuente a la ECND sean atribuidos como crédito deducible en cabeza de los controlantes domiciliados.

Deben introducirse los ajustes a nivel legislativo que correspondan, entre otros, indicándose que las únicas rentas no atribuibles son aquellas de naturaleza activa empresarial, ampliando la posibilidad de utilizar como crédito los impuestos sobre la renta efectivamente pagados en el extranjero sin más límite que la tasa media del contribuyente.

- 4.2.5. Un tema controversial que genera incertidumbre entre los contribuyentes, es el vinculado al aprovechamiento de las pérdidas generadas por una ECND. El legislador peruano ha optado por un camino diferente al recomendado por la

Acción 3 del Plan BEPS de la OCDE, estableciendo que, para determinar la renta neta atribuible, se considerará a cada ECND de manera independiente. Ello ha llevado a algunos especialistas a interpretar que el régimen de TFI sólo permite utilizar las pérdidas sufridas por una ECND para compensar beneficios de la misma entidad.

En este contexto, considerando lo dispuesto en la exposición de motivos de la norma que aprobó el régimen de TFI, a fin de esclarecer su aplicación práctica, respetar la neutralidad y prevenir que el impuesto devengue en confiscatorio, recomendamos que se aclare la interacción del artículo 64° del RLIR, y los artículos 51° y 113° de la LIR, de modo que exista certeza con respecto a la posibilidad de compensar las pérdidas de una ECND contra las rentas netas pasivas de otras ECND. En línea con lo anterior, debería reconocerse expresamente a nivel normativo, la posibilidad de arrastrar pérdidas de una ECND a ejercicios siguientes.

- 4.2.6. Existe controversia respecto al hecho de si, a efectos de determinar la "renta neta pasiva atribuible" de una ECND, el régimen de TFI permite compensar pérdidas incurridas en países o territorios de baja o nula imposición. En efecto, no es claro si las reglas de determinación de renta neta pasiva atribuible, en los términos previstos por el artículo 113° de la LIR y el artículo 64° de su reglamento, permiten o no la compensación de rentas y pérdidas obtenidas por ECND sin mayor limitación, ni si resultan aplicables, para estos efectos, las restricciones previstas por el artículo 51° de la LIR respecto de la compensación de pérdidas provenientes de países o territorios de baja o nula imposición.

En tal sentido, limitar la compensación de pérdidas provenientes de países o territorios de baja o nula imposición, para determinar la "renta neta pasiva atribuible", constituiría una restricción desfasada en el contexto actual de intercambio de información y transparencia fiscal.

- 4.2.7. Al haberse referido el régimen de TFI a impuestos sobre las rentas en general, para determinar si la tasa efectiva aplicable a las rentas pasivas en la jurisdicción de la entidad en el extranjero, es inferior al 75% del IR que correspondería pagar en Perú sobre rentas de la misma naturaleza, corresponde incluir en la comparación a todos los impuestos sobre las ganancias existentes en el país de jurisdicción de la ECND, y no únicamente a aquél impuesto que resulte análogo a nuestro IR (es decir, tanto impuestos sobre las rentas federales como estatales y/o locales).
- 4.2.8. La forma en que se han definido las "rentas pasivas" para efectos del régimen de TFI, determina que ciertas rentas derivadas del capital se excluyan de la atribución. Un ejemplo es el caso de las ganancias procedentes de instrumentos financieros derivados. Este tratamiento conlleva un gravamen sobre dichas rentas en forma diferida; esto es, como dividendos de fuente extranjera, sujetos a una tasa superior a la que resultaría aplicable, si tales ganancias se obtuvieran directamente en cabeza de la persona natural controlante domiciliada.

Por consiguiente, debe modificarse la LIR a fin de incluir tales ganancias dentro del concepto de "renta pasiva", efectuándose una atribución sobre tales rentas y un gravamen con una tasa equivalente a aquélla que resultaría aplicable, si fueran obtenidas directamente por las personas naturales "controlantes" domiciliadas.

- 4.2.9. Las rentas atribuibles se imputan a los contribuyentes “domiciliados” que se consideren propietarios de una ECND, tributando en el ejercicio en que son obtenidas por dicho vehículo, como rentas de fuente extranjera. Por su parte, las rentas consideradas no atribuibles se acumulan en cabeza de las ECND que las obtienen, computándose como utilidades de dichos vehículos susceptibles de ser posteriormente distribuidas como dividendos, de acuerdo con las normas contables, societarias y, de ser el caso, tributarias, aplicables en el Estado en que se considere residente la ECND.
- 4.2.10. Para efectos de determinar si el total de rentas obtenidas por una ECND son pasivas atribuibles o no atribuibles (regla 80% - 20%), el concepto “ingresos” abarca tanto el universo de rentas pasivas (atribuibles y no atribuibles), como las rentas activas.
- 4.2.11. Frente a la literalidad de la norma, que ha limitado la excepción de calificación de renta pasiva a los dividendos y otras formas de distribución de utilidades, pagados por una ECND a otra ECND, más no a los intereses u otro tipo de renta, deberían incluirse otros supuestos a fin de evitar una eventual doble imposición económica.
- 4.2.12. No existe *a priori* un conflicto entre el régimen de TFI y los CDI que no lo mencionan expresamente. La aplicación del régimen de TFI en el caso de un CDI que no haga referencia a aquél de manera expresa, será válida siempre que no distorsione las reglas de distribución de potestad tributaria prevista en tal CDI, ni genere una situación de discriminación.
- 4.2.13. La exclusión de las rentas de fuente peruana obtenidas por una ECND, de la aplicación del régimen de TFI, distorsiona la tributación efectiva sobre las mismas, generando que la misma renta se encuentre sujeta al IR peruano más de una vez. Tal impacto desalienta el retorno de tales capitales al país. Debe modificarse, por ello, el régimen de TFI a fin de permitir que las rentas pasivas de fuente peruana sean siempre consideradas como atribuibles, pero estableciéndose que se encontrarán inafectas del IR al ya haber tributado en el Perú previamente.

Lima, junio de 2018.

-----o-----