

**Subtema D:**

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

Ponentes Individuales: Erik Lind Cosulich de Pecine\* / Jorge Liendo Tejada\*\*

**RESUMEN EJECUTIVO**

El presente trabajo toma como premisa el cambio en el paradigma mundial del secreto bancario y de la reserva de información financiera de los contribuyentes, hacia la transparencia absoluta de dicha información, impulsada por la OCDE, y enfocándose en el Régimen de Transparencia Fiscal Internacional, (i) contrasta las recomendaciones de la acción 3 BEPS (referido a los regímenes de transparencia fiscal internacional), con las disposiciones del Régimen de Transparencia Fiscal Internacional peruano, encontrando muchas similitudes pero algunas diferencias que podrían llevar a interpretaciones que distorsionen el tratamiento tributario aplicable a las situaciones que pretende equiparar; (ii) analiza y precisa la carga impositiva que debe ser tomada en cuenta para determinar si una entidad califica como una Entidad Controlada No Domiciliada (ECND), es decir, si se trata solo de impuestos federales o también locales, o inclusive aplicables en otras jurisdicciones, en la medida en que en Perú el único impuesto a comparar es el Impuesto a la Renta; (iii) analiza las consecuencias tributarias derivadas de operaciones entre ECND de un mismo contribuyente domiciliado en el país, esto es, sobre las rentas que pudieran generar estas transacciones entre entidades vinculadas entre sí; (iv) analiza si en la aplicación de la regla 80%-20% debe extenderse la consideración de rentas pasivas atribuibles a las rentas activas únicamente, o, adicionalmente, en este último caso, a todos aquellos conceptos que no estén definidos como rentas pasivas atribuibles en el RTFI; (v) explica las distorsiones que genera para el contribuyente domiciliado, la exclusión de rentas de fuente peruana, de las rentas pasivas atribuibles de su ECND; y, (iv) propone cambios y sugerencias para eliminar las distorsiones que se generan en la aplicación de las disposiciones del RTFI antes mencionadas.

**INTRODUCCIÓN**

Vivimos en un nuevo orden mundial en el ámbito de la regulación y reserva del patrimonio de las personas. Estamos ante un cambio del paradigma que nos lleva del secreto bancario y la privacidad de la información financiera, hacia la identificación del beneficiario efectivo del patrimonio o de sus rentas y el intercambio de dicha información entre las administraciones tributarias del mundo. Para ello, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) impulsa medidas como el *Common Reporting Standard - CRS*, a través del cual los Estados miembros y adherentes podrán implementar el Acuerdo de Intercambio de Información Automática de sus contribuyentes, y el *Base Erosion and Profit Shifting - BEPS*, el conjunto de acciones o medidas anti elusivas que buscan evitar que se erosione la base imponible

\* Abogado. Socio del Estudio Echechopar Asociado a Baker & McKenzie International.

\*\* Abogado. Asociado del Estudio Echechopar Asociado a Baker & McKenzie International.

del impuesto de un país mediante el trasladado artificial de las utilidades a otra jurisdicción. En suma, se trata de "transparentar" la información patrimonial de los contribuyentes para que sean éstos últimos quienes tributen en el país y por el monto que económicamente corresponde (según la perspectiva de la OCDE).

Perú no ha sido ajeno a esta tendencia mundial irreversible, y en su carrera por volverse miembro pleno de la OCDE, ha venido adoptando medidas como: la incorporación del Régimen de Transparencia Fiscal Internacional a la Ley del Impuesto a la Renta, vigente a partir del 2013, y la adhesión al denominado Acuerdo de Intercambio Automático de Información, a fines del 2017, en virtud del cual a partir del 2019 compartirá recíprocamente información financiera de contribuyentes con más de 100 países integrantes del Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información de la OCDE.<sup>1</sup>

Más allá de la discusión sobre si estas medidas cumplen con su misión anti elusiva o si atentan contra la economía de opción de los contribuyentes y la libre competencia fiscal internacional de los Estados, la adopción de estas medidas por el Estado peruano obliga a analizar si su aplicación cumple cabalmente su función anti elusiva o si éstas en la práctica pueden generar distorsiones respecto del tratamiento tributario que precisamente buscan igualar.

## **I. ¿EL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL DE LA LEY DE IMPUESTO A LA RENTA SE ENCUENTRA EN LÍNEA CON LO DISPUESTO EN LA ACCIÓN 3 DEL PLAN BEPS DE LA OCDE?**

En septiembre del año 2013, la OCDE emprendió el extenso Plan BEPS, con el propósito de incorporar estándares internacionales nuevos o reforzados, así como medidas concretas, para ayudar a los países a hacer frente al fenómeno de la erosión de la base imponible.<sup>2</sup>

Uno de los objetivos del Plan BEPS es implementar directrices basadas en mejores prácticas para aquellos países que busquen reforzar sus legislaciones internas en relación a los pilares fundamentales para el diseño de normas de TFI efectivas.

Es así que, luego de diversas discusiones, recopilación de comentarios y recomendaciones de grupos de interés privados y públicos de distintas partes del mundo, en octubre de 2015, la OCDE emitió su Reporte Final del Plan de Acción BEPS número 3: Diseñar Normas de Transparencia Fiscal Internacionales Eficaces.

A continuación repasamos y analizamos los seis pilares que la OCDE considera como fundamentales para el diseño de normas de TFI y los comparamos con las disposiciones de nuestra legislación vigente sobre la materia.

### **A. Definición de ECND**

El primero de los 6 elementos establecidos por la OCDE a considerar para el diseño de una norma de TFI, se refiere a la conceptualización de (i) qué tipo de entidades caen dentro de la categoría de ECND; y, (ii) qué nivel de control o influencia sobre dicha entidad es el adecuado.

<sup>1</sup> <<https://gestion.pe/economia/peru-ocde-firman-convenio-intercambio-informacion-tributaria-221409>>.

<sup>2</sup> Nota explicativa del Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios.

**i. Recomendación BEPS**

Al respecto, la OCDE recomienda incluir una definición que sea lo suficientemente amplia, que, inclusive, pueda abarcar entidades que por definición sean transparentes y a Establecimientos Permanentes, cuando las rentas percibidas por estas entidades sean susceptibles de generar un riesgo de erosión de base imponible y no exista otra norma que las regule. Adicionalmente, la OCDE no cierra la posibilidad de incluir en las normas de TFI una regla específica anti-híbridos con el fin de evitar que las entidades eludan una norma de TFI por el hecho de recibir un tratamiento fiscal dispar por parte de diferentes jurisdicciones.

El objetivo de una definición amplia es evitar que el contribuyente eluda la aplicación de normas de TFI escogiendo un vehículo que no esté previsto en la legislación positiva.

En cuanto a nivel de control o influencia, la OCDE plantea mantener un test de control jurídico y otro test de control económico. Como umbral o nivel de control se recomienda utilizar uno equivalente al 50% de participación –directa o indirecta– en la ECND, aunque dependiendo de cada caso en particular, el umbral podría ser menor.

El control de carácter jurídico se basa en el porcentaje de participación en la ECND y la tenencia de derechos de voto. Siendo este un test objetivo y fácil de evadir, se complementa con un test económico, el cual se enfoca en los derechos que tiene el contribuyente sobre el capital, activos y beneficios de la ECND. La OCDE plantea la posibilidad de incluir un test adicional basado en el control de facto sobre la ECND, que busca determinar quién cuenta con mayores poderes en el proceso de toma de decisiones sobre la referida entidad (como por ejemplo, el caso del "settlor" de un "Trust" revocable). Si bien es cierto existen otros criterios para determinar la existencia de control sobre una ECND, lo antes mencionados, incluyendo la combinación de los mismos, suelen ser los test de control más comunes.

Adicionalmente, se recomienda revisar la existencia de control cuando se actué de modo conjunto por varios contribuyentes, cada uno de los cuales posee una participación minoritaria en la ECND.

**ii. Régimen de TFI peruano**

El Régimen TFI peruano ha seguido en líneas generales las recomendaciones de la OCDE para la definición de ECNDs

En efecto, la LIR y el RLIR definen a las ECNDs como aquellas entidades de cualquier naturaleza, no domiciliadas en el país que tenga personería distinta de la de sus socios, asociado, participacionistas o, en general, de las personas que las integren;<sup>3</sup> siendo que, en cualquier caso, se considerarán como tales, a cualquier persona o entidad, con personería jurídica o sin ella, tales como cualquier sociedad, fondo de inversión, "trust", "partnership", asociación, fundación.<sup>4</sup>

Como se puede apreciar, la definición de ECND es altamente comprehensiva, pues se extiende, inclusive, a entidades cuyo origen y regulación no son propios de nuestro sistema civil de Derecho. Así, podemos afirmar que la LIR sigue la recomendación de la OCDE en cuanto a incluir una definición amplia de ECND.

<sup>3</sup> Artículo 112, numeral 1 de la LIR.

<sup>4</sup> Artículo 62, numeral 1, último párrafo del RLIR.

Ahora bien, la LIR no incluye una disposición específica sobre entidades "híbridas". Una entidad híbrida es aquella que para propósitos de una jurisdicción es considerada como una entidad transparente ("disregarded entity"), mientras que en otra jurisdicción es tratada como vehículo existente, generándose potencialmente un no reconocimiento de las rentas pasivas en la jurisdicción de dicho vehículo y, en consecuencia, una potencial no atribución de dichas rentas en la jurisdicción del propietario de la ECND.

Al respecto, consideramos que la definición de ECND en la LIR es lo suficientemente amplia en su parte general y permite interpretar que los vehículos híbridos tienen existencia para efectos del Régimen de TFI peruano y, en ese sentido, están sujetos a los supuestos que determinan la existencia de una ECND (el "Test de ECND"). Dicho de otra manera, no es relevante para nuestro Régimen de TFI la calificación jurídica o económica que se le da al vehículo en su jurisdicción de origen, sino nuestro propio régimen, que se refiere precisamente a "entidades de cualquier naturaleza no domiciliadas..." En consecuencia, corresponde atribuir al contribuyente las rentas netas pasivas de fuente extranjera del vehículo híbrido, en el caso que califique como ECND conforme a nuestra legislación.

Por otra parte, la LIR establece que se entenderá que una ECND es de propiedad de un contribuyente domiciliado en el país cuando –por sí solo o conjuntamente con sus partes vinculadas– tengan una participación, directa o indirecta, en más del 50% del capital o en los resultados de dicha entidad, o en los derechos de voto en esta.<sup>5</sup>

Adicionalmente, la LIR señala que se presume que se tiene participación en una ECND cuando se tenga, directa o indirectamente, una opción de compra de participación en dicha entidad.<sup>6</sup>

Tal como lo sugiere la OCDE, la LIR ha optado por incluir un test jurídico y económico para determinar las relaciones de control y propiedad de una ECND, incluyendo un supuesto particular referido a la tenencia de opciones de compra, el cual podríamos decir, que se constituye como un tipo de control de facto.

Si bien es cierto, más allá del supuesto de control mediante la tenencia de una opción de compra, no existe dentro de las normas de TFI peruanas mayores supuestos de control de facto, dicha forma de control bien podría determinarse mediante la aplicación de la norma anti-elusiva general contenida en la Norma XVI del título preliminar del Código Tributario.<sup>7</sup>

En efecto, la Administración Tributaria podría hacer uso de la norma anti-elusiva general para determinar, bajo ciertas circunstancias, la existencia de un control de facto sobre una entidad del exterior, y en virtud de dicha norma re-caracterizar la estructura de inversión del contribuyente y someterla a la aplicación del Régimen de TFI.

Por otra parte, en la misma línea de la OCDE, el Régimen de TFI toma en cuenta el porcentaje de participación que un contribuyente pueda tener junto con alguna de sus

<sup>5</sup> Artículo 112, numeral 3, segundo párrafo de la LIR.

<sup>6</sup> Artículo. 112, numeral 3, tercer párrafo, literal c, de la LIR.

<sup>7</sup> Actualmente, la aplicación de esta norma se encuentra suspendida; sin embargo, se espera que para la mitad del año 2018, se dicten y entren en vigencia las disposiciones que permitan su aplicación.

partes vinculadas domiciliadas, ya sea de forma directa o indirecta, reforzando así la regla para la determinación del control.

## **B. Excepciones aplicables a las ECND y determinación de umbrales positivos**

El segundo elemento del Plan de Acción 3 busca restringir o limitar la aplicación de normas de TFI a cierto tipo de entidades, no enfocándose en la naturaleza de las mismas, sino en circunstancias específicas que amerite su exclusión de un Régimen de TFI, así se presta mayor atención a aquellos escenarios que son más susceptibles de generar un riesgo de erosión de la base imponible.

### **i. Recomendación BEPS**

Se recomienda la inclusión de una excepción que suponga la exclusión de aplicación de las normas TFI a aquellos supuestos en que la tributación efectiva en la jurisdicción de la ECND sea lo suficientemente similar a la que resultaría de aplicación en la jurisdicción de residencia del contribuyente propietario de dicha ECND.

El efecto que se busca es aplicar las normas de TFI a aquellas ECNDs sujetas a una tasa de tributación efectiva significativamente inferior a la tasa impositiva de la jurisdicción del contribuyente propietario de una ECND.

El equipo de trabajo de la OCDE y los países involucrados recomiendan tres tipos diferentes de exenciones y umbrales mínimos:

1. Una cuantía mínima por debajo de la cual las normas de TFI no se aplicarían;
2. Un requisito anti-abuso que dirigiría las normas de TFI hacia situaciones donde existe un propósito elusivo;
3. Una exención por tipo de gravamen en virtud del cual las normas de TFI solo serían aplicables sobre ECNDs residentes en países con un tipo de gravamen inferior al aplicable en la jurisdicción de residencia del propietario de la ECND.

### **ii. Régimen de TFI peruano**

El legislador peruano ha optado por incluir disposiciones alineadas con las recomendaciones 1 y 3 arriba señaladas, dejando de lado, por la complejidad que ello representaría, incluir una norma anti-abuso.

Ahora bien, dichas disposiciones se reflejan en dos niveles distintos que encontramos en nuestro Régimen de TFI. El primer nivel se refiere a los requisitos del Test de ECND; mientras que, el segundo nivel tiene que ver con la atribución de rentas, una vez determinada la existencia de la ECND.

Así, para el Test de ECND, el Régimen de TFI contiene una exención por tipo de gravamen, al establecer que se entenderá por ECND, entre otros dos requisitos más, a aquellas entidades que (a) estén establecidas o constituidas en países o territorios de baja o nula imposición (i.e. paraísos fiscales); o, (b) en el que sus rentas pasivas no estén sujetas a un impuesto a la renta, cualquiera fuese la denominación que se de a este tributo, o estándolo, el impuesto sea igual o inferior al 75% del Impuesto a la Renta que correspondería en el Perú sobre las rentas de la misma naturaleza.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Artículo 112, numeral, literal b) de la LIR.

Por otro lado, ya en el supuesto en que se cumpla con el Test de ECND de la LIR, y por lo tanto corresponda ahora efectuar un análisis sobre la atribución de rentas bajo el Régimen de TFI, el legislador incluye el mismo supuesto de exención por tipo de gravamen señalado en el párrafo anterior; sin embargo, adicionalmente, ha incluido un umbral *de minimis* al establecer que no se efectuara atribución de renta alguna, a pesar de que exista una ECND, cuando (a) el total de las rentas netas pasivas de dicha entidad no excedan de 5 Unidades Impositivas Tributarias;<sup>9,10</sup> o cuando, (b) los ingresos que califican como rentas pasivas son iguales o menores al 20% del total de ingresos de la ECND.<sup>11</sup> De esta forma, mientras las rentas pasivas, también definidas taxativamente en la LIR, no superen un umbral mínimo de 5 Unidades Impositivas o del 20% del total de los ingresos, no existirá razón alguna para tributar sobre las mismas al amparo del Régimen de TFI.

Como podemos ver, desde la normas de TFI la LIR no contiene una norma anti-abuso que dirija las normas de TFI hacia situaciones donde existe un propósito elusivo. No obstante, consideramos que este efecto puede lograr, de igual manera, bajo la aplicación de la norma anti-elusiva general contenida en nuestro Código Tributario y a la cual hemos hecho referencia líneas arriba.

Según lo arriba mencionado, podemos concluir que en relación con el segundo elemento del Plan de Acción BEPS, las normas peruanas se encuentran en la misma línea.

### C. Definición de rentas de una ECND

El tercer elemento para el diseño de normas de TFI, se refiere a la definición de ingresos de la ECND. Al respecto, la OCDE pretende no ser exhaustiva o tajante, recomendando que los países tienen libertad amplia para determinar los ingresos sujetos a las normas de TFI, pero aconsejando que la adopción de cualquier definición busque incluir supuestos que puedan generar un riesgo en la erosión de la base imponible.

#### *i. Recomendación BEPS*

No obstante, la OCDE hace referencia a ciertos criterios que se pueden considerar, e incluso optar por una combinación de los mismos, al momento definir las rentas de una ECND sujetas al régimen de TFI:

- Análisis por categorías de ingresos: Busca incluir distintos tipos de renta.
  - *Clasificación legal:*
    - Dividendos
    - Intereses
    - Rentas de seguro

<sup>9</sup> Una Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es un valor referencial que se emplea para la determinación de impuestos, infracciones, multas y cualquier otra cuantía de orden tributario. Una UIT, para el año 20128, equivale a S/ 4,150.00 (USD 1,281.00 aproximadamente).

<sup>10</sup> Art. 115, numeral 3, literal a) de la LIR.

<sup>11</sup> Art. 115, numeral 3, literal b) de la LIR.

- Regalías
- Rentas derivadas de ventas y servicios; entre otros.
- *Vinculación de partes*: Existen países que ponen mayor énfasis en la vinculación de las partes como un indicador de que la renta ha sido trasladada a un ECND buscando capturar la misma para evitar la erosión de la base imponible.
- *Fuente de la renta*: Este criterio busca identificar las jurisdicciones en las que existan mayores probabilidades de generar riesgos de traslado de beneficios.
- Análisis de sustancia: Este análisis se basa en determinar si la ECND incurre en operaciones con sustancia y que, por lo tanto, tenga la capacidad de generar rentas por sí misma. Se busca determinar un vínculo entre las rentas generadas por la ECND y la actividad económica subyacente. Este análisis puede materializarse como umbrales proporcionales o bajo umbrales de “todo o nada”.
- Análisis de beneficios excesivos: Ningún país ha optado por esta alternativa.

Finalmente, luego de, e independientemente de, analizar y establecer una definición de rentas o ingresos de una ECND bajo normas de TFI, la OCDE señala que las jurisdicciones deben decidir si aplicarán dicho análisis por entidad o transacción por transacción (este último atribuirá flujos individuales de renta).

De acuerdo con el primero de dichos enfoques, la entidad que no obtenga una determinada cuantía o porcentaje mínimo de renta atribuible o aquella que desarrolle determinado tipo de actividades, se considerará que no tiene renta atribuible alguna, por mucho que alguna de sus rentas haya tenido inicialmente tal carácter. Por el contrario, bajo el enfoque transaccional, se analizarían la naturaleza de cada uno de los distintos tipos de renta obtenidos por la ECND para determinar si estos califican o no, individualmente, como rentas atribuibles.

## **ii. Régimen de TFI peruano**

Sobre el particular, nuestras normas de TFI ha optado por incluir una clasificación legal de las rentas –pasivas– de una ECND bajo una lista de carácter cerrada o taxativa. En ella se incluye:<sup>12</sup>

- Los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades.
- Intereses.
- Regalías.
- Las ganancias de capital provenientes de la enajenación de los derechos de propiedad intelectual.
- Las ganancias de capital provenientes de la enajenación de inmuebles, salvo que estos hubieran sido utilizados en el desarrollo de una actividad empresarial.
- Las rentas y ganancias de capital provenientes de la enajenación, redención o rescate de valores mobiliarios.
- Las rentas provenientes del arrendamiento o cesión temporal de inmuebles, salvo

<sup>12</sup> Artículo 114 numerales del 1 al 9, de la LIR.

que la entidad controlada no domiciliada se dedique al negocio de bienes raíces.

- Las rentas provenientes de la cesión de derechos sobre las facultades de usar o disfrutar.
- Las rentas que las entidades controladas no domiciliadas obtengan como consecuencia de operaciones realizadas con sujetos domiciliados en el país, bajo ciertos supuestos.

Asimismo, se presume, salvo prueba en contrario, que todas las rentas obtenidas por una ECND que esté constituida o establecida, o sea residente o domiciliada en un país o territorio de baja o nula imposición, son rentas pasivas.<sup>13</sup>

La LIR ha establecido además un supuesto de renta presunta para ECND, señalando que aquéllas constituidas, establecidas, residentes o domiciliadas en un país o territorio de baja o nula imposición, generan, en un ejercicio gravable, 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 propietarios domiciliados en Perú.<sup>14</sup>

Por otro lado, nuestras normas de TFI no incluyen expresamente el análisis de sustancia recomendado por la OCDE. Sin embargo, 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.

Por otra parte, 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.<sup>15</sup> 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 efectuara 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.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Artículo 114, último párrafo, inciso (i) de la LIR.

<sup>14</sup> Artículo 114, último párrafo inciso (ii) de la LIR.

<sup>15</sup> Artículo 114, segundo párrafo de la LIR.

<sup>16</sup> Artículo 115, numeral 3 de la LIR.

Como podemos observar, en un régimen eminentemente anti elusivo como el Régimen de TFI –que busca erosionar la base imponible de una determinada jurisdicción mediante su "traslado" a una jurisdicción de baja imposición tributaria y diferir así el impuesto que de otro modo se gatillaría en la primera jurisdicción– 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.

Desde luego, esta delimitación permite al contribuyente tener claridad y predictibilidad respecto de rentas que, pudiendo ser "pasivas" en su naturaleza, de ninguna manera lo son para efectos de las reglas de atribución del Régimen de TFI peruano. Así, por ejemplo, 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.

#### **D. Reglas para la determinación de rentas**

Una vez determinado los tipos de rentas sujetos a normas de TFI y su carácter de atribuible, la OCDE, en su cuarto elemento expuesto en el Plan de Acción 3, se plantea los criterios a seguir para cuantificarla, las normas sobre qué jurisdicción deben ser aplicables y si son necesarias normas específicas para calcular la renta atribuible.

##### ***i. Recomendación BEPS***

La OCDE recomienda utilizar la normativa de la jurisdicción del propietario de la ECND<sup>17</sup> y, en la medida en que la ley de cada país lo permita, se recomienda contar con una norma específica que solo permita utilizar las pérdidas de la ECND para compensar beneficios de la propia ECND o de otras ECNDs residentes de una misma jurisdicción.

##### ***ii. Régimen de TFI peruano***

Si bien no se señala de forma expresa en la LIR, las reglas para el cálculo de las rentas sujetas y atribuibles bajo nuestro Régimen de TFI, siguen las disposiciones contenidas en el régimen general del Impuesto a la Renta.

Prueba de ello es que dentro de las disposiciones del Régimen de TFI, encontramos remisiones expresas a otras disposiciones de la LIR. Así, por ejemplo:

- Para determinar la renta neta pasiva atribuible, se deberá tomar en cuenta, los criterios de imputación aplicables a las rentas de fuente extranjera previstos en el artículo 57 de la LIR.<sup>18</sup> Esto significa, que a las rentas obtenidas por las ECND deben reconocerse bajo el criterio del devengado.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Otras alternativas que se contemplaron fueron: (i) aplicación de las normas de la jurisdicción de la ECND, (ii) permitir a los contribuyentes escoger entre la norma de su jurisdicción o de la jurisdicción de la ECND; o, (iii) utilizar estándares internacionales comunes, tales como la Normas Internacionales de Información Financiera.

<sup>18</sup> Artículo 113, numeral 1 de la LIR.

<sup>19</sup> El artículo 57 de la LIR establece en su literal c) que las rentas de fuente extranjera que

- El ejercicio gravable para determinar la renta neta pasiva atribuible es, en principio, el previsto en el artículo 57 de la LIR; esto es, el período gravable a considerar será el que comience el 1 de enero de cada año y finalice el 31 de diciembre.
- Para la determinación de las rentas netas pasivas, incluyendo la utilización de gastos deducibles, se aplicará lo dispuesto en el artículo 51-A de la LIR.<sup>20</sup> El referido artículo, permite la deducción de gastos necesarios para producir o mantener las rentas de fuente extranjera; en el presente caso, para producir o mantener las rentas generadas por la ECND, independientemente de que esos gastos puedan o no ser deducibles en el país de jurisdicción de dicha entidad.
- Las rentas netas pasivas se imputarán al ejercicio gravable en que se debe efectuar la atribución y se las aplicará lo dispuesto por el artículo 51 de la LIR.<sup>21</sup>
- Los créditos contra el Impuesto a la Renta peruano por impuesto pagados por la ECND en el exterior, no puede exceder los límites previstos en el inciso e) del artículo 88 de la LIR.<sup>22</sup>

No obstante, lo señalado, no existe una interpretación uniforme a nivel nacional sobre qué reglas deben aplicar para la determinación de las rentas netas atribuibles. Hay quienes sostienen que una interpretación sistemática y teleológica nos debe llevar a concluir que las normas que aplican son las normas generales del Impuesto a la Renta, salvo disposición en contrario expresamente establecida en las normas de TFI; mientras que, otros juristas son de la opinión que las normas generales del Impuesto a la Renta solo son aplicables en la medida en que haya una referencia expresa a las mismas dentro del Régimen de TFI y aplicables únicamente para la cuestión en particular sobre la cual existe tal referencia, para todos los demás casos o disposiciones no resultaría aplicable lo establecido en el régimen general de la LIR.

Por otro lado, en lo referente a la recomendación de la OCDE sobre la utilización de pérdidas generadas por una o más ECNDs, el legislador peruano ha optado por un camino diferente al recomendado, estableciendo que, para determinar la renta neta atribuible, se considerará independientemente cada ECND<sup>23</sup> y, a tal efecto, se compensarán los 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.<sup>24</sup>

De lo anterior, se sigue que las normas de TFI peruanas solo permiten utilizar las pérdidas de la ECND para compensar beneficios de la propia ECND. Dicha ECND deberá tener en cuenta las limitaciones para la compensación de pérdidas de fuente extranjera, establecida en el artículo 51 de la LIR, por la remisión expresa de la LIR señalada anteriormente, y en tal sentido, no tomar en cuenta para dicha compensación a las pérdidas obtenidas en países o territorios de baja o nula imposición tributaria.

---

obtengan los contribuyentes domiciliados en el país proveniente de la explotación de un negocio o empresa en el exterior se imputarán al ejercicio gravable en que se devenguen.

<sup>20</sup> Artículo 113, numeral 1, literal b) de la LIR; y, artículo 65, numeral 1, literal b) del RLIR.

<sup>21</sup> Artículo 113, numeral 2 de la LIR.

<sup>22</sup> Artículo 116 de la LIR.

<sup>23</sup> Artículo 64, numeral 1 del RLIR.

<sup>24</sup> Artículo 64, numeral 1, literal c), primer párrafo del RLIR. Nótese que el lenguaje de la norma utilizado es en singular, pues se refiere a "la" ECND.

## **E. Reglas para la atribución de rentas**

El quinto elemento del Plan Acción 3 trata sobre reglas de atribución, esto es, la determinación de cómo se debe asignar las rentas atribuibles a los propietarios de las ECNDs.

### **i. Recomendación BEPS**

La OCDE se plantea las siguientes preguntas:

1. ¿A qué contribuyente debe asignarse las rentas atribuibles?
2. ¿Cómo se cuantifica la renta atribuible a asignar?
3. ¿Cuándo la renta atribuible debe ser declarada?
4. ¿Qué tratamiento debe tener la renta atribuible a ser asignada?
5. ¿Qué tasa debe aplicar a la renta atribuible asignada?

### **ii. Régimen de TFI peruano**

En su mayoría, estas preguntas no representan mayores problemas y nuestras normas de TFI, responde la siguiente manera:

1. La renta neta atribuible debe ser asignada a los propietarios (contribuyente domiciliados) que haya pasado el Test de ECND.
2. El monto de la renta neta atribuible a ser asignada debe ser proporcional al porcentaje de participación que el propietario de la ECND mantenga en la misma.
3. La renta neta atribuible asignada debe ser declarada con motivo de la presentación de la Declaración Jurada anual del Impuesto a la Renta, dentro de los plazos establecidos para ello.
4. Entre los diversos países existen, principalmente, dos tipos de caracterización que se le da a la renta atribuible bajo normas de TFI. El primero de ellos es considerar a las rentas atribuibles como una suerte de "dividendo presunto"; mientras que, el segundo tipo de caracterización busca mantener la naturaleza de las mismas rentas, apuntando a la transparencia total de la ECND, de tal forma que el tratamiento que se le da a las rentas atribuibles sea el mismo que hubiese correspondido de no existir dicha entidad. Es este último tipo de caracterización es por el que la LIR ha optado.
5. La renta neta atribuible, será considerada para el contribuyente domiciliado como renta de fuente extranjera; siendo que, en el caso de personas naturales, dicha renta deberá sumarse a las rentas de trabajo y estará sujeta a la escala acumulativa progresiva del IR (desde un 8% hasta un 30%).

## **F. Reglas para prevenir o eliminar la doble imposición**

El último de los elementos del Plan de Acción BEPS, reconoce la existencia de diversos escenarios en los que la aplicación de una o más normas de TFI pueden generar situaciones de doble imposición.

**i. Recomendación BEPS**

Al respecto, la OCDE recomienda dos métodos diferentes: (a) crédito y (b) exención. Se recomienda utilizar el primero en casos donde la renta atribuible al propietario de una ECND sufrió tributación en la fuente y/o cuando esa misma renta ha tributado en más de una jurisdicción; en estos casos, la jurisdicción del domicilio del propietario de la ECND deberá otorgar un crédito por todos los impuestos pagados, incluyendo impuestos retenidos. Se recomienda el empleo del segundo método, en aquellos casos donde la ECND distribuya dividendos a partir de rentas que ya han sido atribuidas a los propietarios residentes de acuerdo con las normas de TFI cuando el propietario residente disponga de las acciones de la ECND.

**ii. Régimen de TFI peruano**

Siguiendo estas recomendaciones, la LIR ha establecido que los contribuyentes domiciliados en el país a quienes se les atribuya las rentas netas pasivas de una ECND, 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 la LIR.<sup>25</sup>

Para el caso de dividendos, la LIR ha establecido un supuesto de exención, señalando que los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades que las ECNDs distribuyan a los contribuyentes domiciliados en el país, no estarán gravados con el Impuesto en el país en la parte que correspondan a rentas netas pasivas que hubiesen sido atribuidas conforme a las normas de TFI contenidas en la LIR.<sup>26</sup>

**II. ¿CÓMO SE REALIZA LA COMPARACIÓN DE LA CARGA IMPOSITIVA PARA EFECTOS DE DETERMINAR SI UNA ENTIDAD NO DOMICILIADA CALIFICA COMO ENTIDAD CONTROLADA NO DOMICILIADA ¿QUÉ IMPUESTOS SE DEBEN TOMAR EN CUENTA? ¿SÓLO LOS APLICABLES EN EL PAÍS DE RESIDENCIA DE LA ENTIDAD CONTROLADA NO DOMICILIADA?**

El segundo punto del Test de ECND establecido en la LIR, considera a una ECND a aquellas que:

***“Estén constituidas o establecidas, o se consideren residentes o domiciliadas, de conformidad con las normas del Estado en el que se configure cualquiera de esas situaciones, en un país o territorio:***

- a) *De baja o nula imposición, o*
- b) ***En el que sus rentas pasivas no estén sujetas a un impuesto a la renta, cualquiera fuese la denominación que se dé a este tributo, o estándolo, el impuesto sea igual o inferior al setenta y cinco por ciento (75%) del Impuesto a la Renta que correspondería en el Perú sobre las rentas de la misma naturaleza”.*** (El énfasis es agredo)

<sup>25</sup> El inciso e) del artículo 88 de la LIR desarrolla la fórmula de la tasa media para establecer un límite cuantitativo a la deducción del impuesto pagado en el exterior como crédito contra el Impuesto a la Renta peruano.

<sup>26</sup> Artículo 116-A de la LIR.

Al respecto, 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.

Sobre la tasa efectiva del Impuesto a la Renta en el Perú que debiera corresponder sobre las rentas pasivas atribuibles, en el caso de personas naturales debe considerarse que dicha tasa será la que resulte de considerar las tasas progresivas contenidas en la escala acumulativa de la Ley del IR, y sobre el impuesto así calculado aplicar el 75%, para compararlo así con la tasa efectiva del IR que resulte aplicable en el país o jurisdicción de domicilio de la ECND.

Ahora bien, el análisis puede complicarse en aquellos casos en que, como sucede en Brasil y en Estados Unidos, existen distintos niveles de impuesto a la renta (ej., un impuesto a la renta federal y otro a nivel estatal o local), ¿qué impuesto debemos considerar para comparar las tasas efectivas en estos casos?, ¿qué sucede si el impuesto a la renta federal puede ser utilizado como crédito contra el impuesto a la renta estatal o local?

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. En los ejemplos antes señalados, 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).

Finalmente, debe distinguirse que, *recién* superado el Test de ECND, no se considerarán rentas pasivas atribuibles a las que hubiesen sido gravadas con un **Impuesto a la Renta 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 Impuesto a la Renta, que correspondería en el Perú, sobre las rentas de la misma naturaleza. En este caso, el impuesto a la renta a considerar no solo será el del país de residencia de la ECND, si no también el de aquellos otros países en los que las rentas pasivas hayan estado sujetas a tributación.

### **III. PARA APLICAR LA REGLA 80%-20%, ¿EN EL TOTAL DE LAS RENTAS SE DEBE CONSIDERAR INCLUSIVE LAS RENTAS PASIVAS NO ATRIBUIBLES, O EL TOTAL SÓLO ESTÁ COMPUESTO POR RENTAS ACTIVAS Y PASIVAS ATRIBUIBLES?**

Como hemos señalado anteriormente, la LIR dispone 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.

¿Debemos considerar dentro del universo de esta proporción únicamente a las rentas pasivas definidas en el Régimen de TFI peruano y a las rentas activas o empresariales; o esta comparación incluye a otras rentas que no necesariamente se encuentran incluidas dentro de las disposiciones del referido Régimen? Nos parece que

la referencia al concepto *ingresos* nos abre la puerta al segundo escenario.

En efecto, 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.

Para ilustrar nuestra posición, consideremos por ejemplo un escenario en el cual una ECND genera los siguientes conceptos: (i) ganancias por diferencias de cambio producto de la exposición de sus inversiones a las fluctuaciones del mercado monetario; (ii) ganancias provenientes de la compra y venta de divisas; y, (iii) una contraprestación recibida por la prestación de un servicio, para lo cual la ECND se ha valido de los activos y recursos con los que cuenta a su disposición.

Los dos primeros conceptos no han sido considerados dentro de la definición de rentas pasivas del Régimen de TFI peruano, pues no se encuentran dentro de la lista taxativa del artículo 114 de la LIR. Tampoco son producto de una actividad empresarial. De hecho, como veremos más adelante, el primero de dichos conceptos ni siquiera califica como un ingreso. Por su parte, la contraprestación recibida sí se generó por la realización de una actividad empresarial, por lo que su naturaleza sería de renta activa u operativa.

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 solo rentas– obtenidas por la ECND en el mismo ejercicio, lo cual excluye el primero de los conceptos mencionados en los párrafos precedentes (ganancias por diferencias en cambio), pero incluye al segundo y tercer concepto (ganancias en compra y venta de divisas y contraprestación por servicios, respectivamente).

Cabe recordar que tanto la Administración Tributaria como el Tribunal Fiscal –este último mediante Resolución de observancia obligatoria N° 11116-4-2015– han concluido que la ganancia por diferencias de cambio producto de la exposición a las fluctuaciones monetarias del mercado, no constituyen ingreso, bajo la definición contable y, en tal sentido, para efectos del Impuesto a la Renta. Se trata, como señala la LIR, resultados computables para efectos de determinar el referido impuesto.<sup>27</sup>

La posición de la Administración Tributaria antes mencionada no podría alcanzarse en el supuesto de compra y venta de divisas, dónde las monedas son consideradas como activos, los cuales si son susceptibles de generar ganancias y afectar los estados de resultados de las empresas.

La retribución por la prestación de un servicio no plantea mayores dificultades para afirmar que constituye un ingreso para la empresa que prestó dicho servicio, producto desde luego de una actividad empresarial.

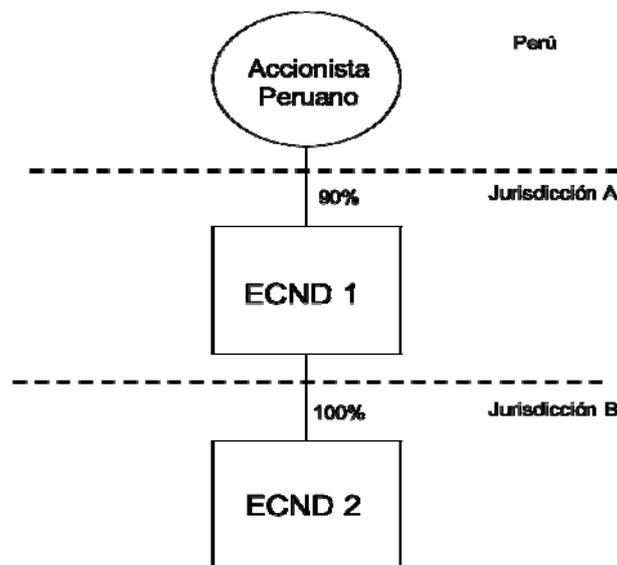
---

<sup>27</sup> En ese mismo sentido la SUNAT se ha pronunciado mediante los informes N°s 045-2012-SUNAT/4B0000 y 051-2014-SUNAT/4B0000, concluyendo que las ganancias por diferencias de cambio no son ingresos, pues si bien estas constituyen resultados computables a efectos de la determinación de la renta neta, ello no convierte tales resultados en ingresos provenientes de la actividad de la empresa.

**IV. ¿CUÁLES SON LAS REGLAS APLICABLES CUANDO EXISTEN OPERACIONES ENTRE ENTIDADES CONTRALADAS NO DOMICILIADAS DE UN MISMO INVERSIONISTA? POR EJEMPLO, DEL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL ESTABLECE QUE, SI ECND2 DISTRIBUYE DIVIDENDOS ECND1 NO SE CONSIDERA RENTA PASIVA ATRIBUIBLE. ¿QUÉ OCURRE EN CASO DE PRÉSTAMOS U OTRO TIPO DE OPERACIONES?**

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 decir, cuando la primera ECND mencionada distribuye utilidades a la segunda ECND que es su accionista), 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 nuestro país.

Imaginemos el siguiente escenario en que una persona natural domiciliada en Perú controla el 90% del capital de la ECND 1 y esta última controla el 100% de la ECND 2, cada una ubicada en jurisdicciones de baja o nula imposición distintas:



- En el ejercicio "X", producto de sus inversiones, ECND 1 generó USD 100 de rentas netas pasivas; mientras que ECND 2 obtuvo USD 20 de rentas netas pasivas por alquiler de un inmueble ubicado en la Jurisdicción B. En el mismo ejercicio, el accionista peruano se atribuyó un total de USD 120 como rentas pasivas, sobre las cuales pagó el correspondiente IR.
- En el ejercicio "X+1" ECND 1 generó las mismas rentas por USD 100. Sin embargo, a comienzos del ejercicio "X+1", ECND 1 entregó en préstamo a favor de ECND 2, la cantidad de USD 100, para que esta última efectúe mejoras en el inmueble de su propiedad; siendo que, en el referido ejercicio ECND 2 no generó renta alguna.
- En el mismo ejercicio "X+1", ECND 2 pagó a favor de ECND 1, la suma de USD 10 por concepto de intereses.
- En consecuencia, la renta neta pasiva de ECND 1 es de USD 110 (USD 100 generado por sus inversiones + USD 10 de intereses pagados por ECND 2).

- Por su parte, la ECND 2 habrá registrado un egreso por USD 10 como gasto por intereses pagados; no generando renta alguna en el período "X+1".
- Adicionalmente, en el ejercicio "X+1" la ECND 2 distribuye dividendos por USD 15 a la ECND 1, con cargo a resultados acumulados de ejercicios anteriores.

De acuerdo con la LIR, los USD 15 distribuidos por ECND 2 a ECND 1 como dividendos no constituyen renta pasiva atribuible,<sup>28</sup> toda vez que dicho monto corresponde a rentas netas pasivas que ya han sido generadas y atribuidas en un ejercicio anterior al ejercicio "X+1".

Sin embargo, en virtud a las disposiciones del Régimen de TFI antes citadas, considerando las rentas de ECND 1 provenientes de sus inversiones en instrumentos financieros (USD 100) más los intereses derivados del préstamo otorgado a ECND 2 (USD 10), en el ejercicio "X + 1" correspondería al accionista peruano atribuirse USD 110 por concepto de rentas pasivas de ECND 1 y pagar el IR correspondiente.

No obstante ello, podría ser el caso que los intereses de USD 10 pagados por ECND 2 a ECND 1 se efectúa con cargo a resultados acumulados de ejercicios anteriores, los mismos que ya fueron atribuidos al accionista peruano (como por ejemplo, del alquiler generado en el ejercicio X). En ese caso, al atribuirse los intereses antes mencionados en el ejercicio "X + 1" se estaría atribuyendo dos veces una renta cuyo origen es el mismo (la renta pasiva proveniente del arrendamiento) y, consecuentemente, tributando dos veces sobre ésta. Este es precisamente el supuesto que se pretende evitar con la disposición que excluye de las rentas pasivas atribuibles a las utilidades distribuidas por una ECND a otra ECND.

Reconocemos que el caso planteado por la operación de préstamo no es exactamente similar al caso de los dividendos, ya que ambos tienen naturaleza distinta. El pago de dividendos no es una operación comercial en sí misma, se trata de un retorno pagado a los accionistas (ya sea al accionista peruano o a una ECND de su propiedad), mientras que los intereses pagados son consecuencia de una operación comercial propiamente dicha (en este caso, entre dos ECNDs de un mismo contribuyente).

Adicionalmente, nos encontramos frente a dos distintos caracteres de renta pasiva. Una de ellas son las operaciones que generaron los resultados para la ECND 2 (i.e. el arrendamiento del inmueble), las cuales se distribuyen precisamente vía dividendo a la ECND 1, constituyendo para esta última renta pasiva no atribuible; y la segunda es la operación de préstamo planteada, la cual genera por sí misma un interés, que también califica como renta pasiva.

Sin embargo, 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 (i.e. artículo 24-A de la LIR) 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 en nuestro ejemplo anterior, para extender la referida excepción a otros supuestos de rentas pasivas, en cuya ausencia se podría generar una doble imposición económica.

Esta postura podría reforzarse desde una interpretación teleológica de las normas de TFI peruanas, argumentándose que el Régimen de TFI busca la total transparencia de las operaciones del contribuyente, es decir, como si no existiese la ECND. En nuestro ejemplo, de no existir las ECND 1 y ECND 2, no habría la necesidad de hacer un

<sup>28</sup> Artículo 114, numeral 1 literal b) de la LIR.

préstamo para las mejoras del inmueble (una persona no se presta dinero a sí misma), por lo que no un interés compensatorio sobre el cual tributar. Bajo esta óptica, la entrega de los USD 100 de la ECND 1 a la ECND 2 se asemejaría a un simple traslado o movimiento entre cuentas bancarias.

**V. DISTORSIONES EN EL CASO QUE PERSONAS “DOMICILIADAS” INVIERTAN EN EL PERÚ A TRAVÉS DE ENTIDADES CONTROLADAS NO DOMICILIADAS. ANÁLISIS DE NORMAS APLICABLES. CARÁCTER DE “NO ATRIBUIBLE”, COMO REGLA GENERAL, DE LAS RENTAS DE FUENTE PERUANA.**

Como regla general el Régimen de TFI, establece que no son atribuibles las rentas pasivas de fuente peruana. Esta disposición supone que las rentas pasivas de fuente peruana serán sujetas de retención por un sujeto domiciliado que pague o acredite dichas rentas o, en cualquier caso, sean pagadas directamente por la misma ECND. Es decir, su diferimiento no será posible y, por lo tanto, no tiene sentido aplicar las reglas de atribución del Régimen de TFI.

No obstante ello, 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.

Así, por ejemplo, si una persona natural domiciliada en Perú es accionista mayoritario de una ECND, quien a su vez invierte en distintas acciones emitidas por empresas peruanas, el dividendo que estas últimas paguen a la ECND tendrá una tasa de retención del 30%, y cuando estos mismos dividendos sean distribuidos por la ECND a la persona natural domiciliada, tributarán en cabeza de tal accionista a la tasa acumulativa progresiva del 8% al 30% del IR sobre rentas de fuente extranjera (que no han sido previamente atribuidas).<sup>29</sup> Si esa misma persona fuese accionista directa de una de las empresas de las cuales la ECND es también titular, el dividendo que correspondería a la participación individual de dicha persona, estaría sujeto a una tasa de retención del 5% del IR.

La distorsión generada por la aplicación del Régimen de TFI en este caso es clara. El tratamiento tributario de las rentas que tienen su origen en fuente peruana no pueden variar por el solo hecho de existir una ECND entre éstas y la persona natural accionista domiciliada en el país, generando una situación más gravosa para el contribuyente peruano.

En esa línea, podría incluirse 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.

<sup>29</sup> Naturalmente, el impuesto retenido del 30% por las empresas peruanas podrá ser utilizado como crédito contra el impuesto a la renta de la persona natural.

## VI. CONCLUSIONES

1. El Régimen de TFI peruano es generalmente consistente con la Acción 3 del Plan BEPS, y recoge la mayoría de sus recomendaciones, cuya finalidad es evitar la erosión de la base imponible de una determinada jurisdicción a través del traslado de las rentas pasivas de fuente extranjera a una jurisdicción de baja imposición tributaria, a través de la constitución de una ECND.
2. Así por ejemplo, la definición de ECND es lo suficientemente amplia en su parte general para interpretar que los vehículos híbridos tienen existencia para efectos del Régimen de TFI peruano y, en ese sentido, están sujetos a los supuestos que determinan la existencia de una ECND (el "Test de ECND") y, de ser el caso, la atribución de rentas pasivas de fuente extranjera al contribuyente domiciliado en Perú que controle dicho vehículo.
3. Si bien es cierto que el Régimen de TFI peruano solo recoge expresamente el criterio de control jurídico y económico para determinar la existencia de una ECND, sugeridos por la Acción 3 BEPS, y no el criterio del control de facto –salvo por el control vía opción de compra– esta última forma de control bien podría determinarse mediante la aplicación de la Norma XVI del Código Tributario.
4. El Régimen TFI peruano considera una cuantía mínima (5 UIT) y un umbral mínimo (20%) de rentas pasivas a partir del cual considerar la aplicación del Régimen siguiendo en este sentido también las recomendaciones de la Acción 3 BEPS.
5. En un Régimen anti elusivo, como es el Régimen de TFI –como lo entiende la Acción 3 BEPS– resulta fundamental incluir definiciones y delimitaciones claras respecto de sus alcances para asegurar la seguridad jurídica del contribuyente. En ese sentido, resulta destacable que, alejándose en alguna medida de las recomendaciones de la Acción 3 BEPS, 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. Ello permite tener claridad y predictibilidad respecto de ganancias u otros conceptos generados por una ECND que, al no estar incluidos expresamente en la lista taxativa de la definición de rentas pasivas, no serán atribuibles al contribuyente domiciliado en Perú. Tal es el caso de las ganancias por rescates de pólizas de seguro de vida y de las ganancias por diferencias de cambio, entre otros.
6. En lo referente a la recomendación de la OCDE sobre la utilización de pérdidas generadas por una o más ECNDs, el legislador peruano ha optado por un camino diferente al recomendado por la Acción 3 BEPS, 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.
7. De lo anterior, podemos concluir que el Régimen de TFI peruana solo permite utilizar las pérdidas de la ECND para compensar beneficios de la propia ECND, debiendo tener en cuenta las limitaciones para la compensación de pérdidas de fuente extranjera, establecida en el artículo 51 de la LIR, por la remisión expresa de la LIR señalada anteriormente, y en tal sentido, no tomar en cuenta para dicha compensación a las pérdidas obtenidas en países o territorios de baja o nula imposición tributaria.

8. Al no haber realizado nuestro Régimen de TFI una distinción expresa al respecto y más bien referirse a impuestos sobre las rentas en general; para determinar si la tasa efectiva aplicable a las rentas pasivas de la ECND en su jurisdicción de domicilio no son inferiores al 75% del IR que correspondería pagar en Perú sobre las 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 impuesto a la renta (es decir, tanto impuestos sobre las rentas federales como estatales y/o locales).
9. Recién superado el Test de ECND, no se considerarán rentas pasivas atribuibles a las que hubiesen sido gravadas con un Impuesto a la Renta 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 Impuesto a la Renta, que correspondería en el Perú, sobre las rentas de la misma naturaleza (es decir, no solo se considera al impuesto a la renta del país de domicilio de la ECND, como en el Test de ECND referida en el punto precedente).
10. En el caso de la Regla 80%-20% para determinar si el total de rentas son pasivas atribuibles o no atribuibles, nos parece que la referencia al concepto *ingresos* nos abre la puerta a considerar dentro del universo dicha proporción tanto a las rentas pasivas, como a las rentas pasivas no atribuibles (por no estar previstas en la lista taxativa del Régimen de TFI peruano) como a las rentas por naturaleza operativas o activas.
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 (i.e. artículo 24-A de la LIR) 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 expuestas en la presente ponencia –en las cuales por ejemplo una ECND paga intereses a otra ECND con cargo a resultados de ejercicios anteriores y por tanto ya atribuidos al contribuyente domiciliado en el país– para extender el supuesto de exclusión antes mencionado y así evitar una eventual doble imposición económica.

Para ello, podría argumentarse además que, desde un punto de vista teleológico, el Régimen de TFI busca una total transparencia de las operaciones de los contribuyentes y sus correspondientes rentas de fuente extranjera (es decir, asemejar el tratamiento tributario lo más posible a un escenario sin ECND); y, en el caso planteado como ejemplo, de no existir dos ECND, tampoco podría existir un préstamo de un vehículo a otro con la consecuente generación de intereses, sino eventualmente un simple movimiento de cuentas (una persona no puede prestarse a si misma).

12. La distorsión generada por la aplicación de la exclusión de las rentas pasivas atribuibles del Régimen de TFI a las rentas de fuente peruana es clara, pues la persona natural domiciliada en el país que obtiene rentas de fuente peruana a través de una ECND tributaría primero en cabeza de la ECND (vía retención o pago directo del IR que corresponda) y luego como consecuencia de la distribución efectiva de las utilidades (sujetas a la tasa acumulativa progresiva del IR); en lugar de pagar la tasa general de 5% del IR sobre rentas de capitales de fuente peruana.
13. Para evitar que la aplicación del Régimen de TFI peruano contravenga su propia naturaleza y resulte en una situación más gravosa para el contribuyente

domiciliado en Perú, en el caso expuesto anteriormente, proponemos una modificación a la LIR que considere atribuibles a las rentas pasivas de fuente peruana, pero afectándolas a la tasa del IR que le correspondería a la persona natural domiciliada accionista de la ECND que perciba tales rentas; sin que su posterior distribución efectiva se encuentre gravada. Sin perjuicio de la modificación anterior, permitir al referido contribuyente utilizar como crédito el IR que hubiese sido retenido en Perú contra el IR resultante de la atribución.

Lima, mayo de 2018.

-----o-----